

VOTO

I – Histórico

Cuida-se de tomada de contas especial, no âmbito da qual foi prolatado acórdão condenatório transitado em julgado, cuja expedição supostamente contém vícios aptos a gerar sua nulidade.

2. No dia 3/6/2015, o Plenário deste Tribunal exarou o Acórdão nº 1.357/2015, cuja parte dispositiva apresentou a seguinte redação:

“ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, diante das razões expostas pelo Relator, em:

9.1. considerar revéis o Sr. Luiz Gonzaga dos Santos Barros (CPF nº 042.213.621-20) e a Construtora Versátil Ltda. - ME (CNPJ nº 04.225.806/0001-39), em conformidade com o disposto no art. 12, § 3º, da Lei nº 8.443/1992;

9.2. julgar irregulares as contas do Sr. Luiz Gonzaga dos Santos Barros (CPF nº 042.213.621-20), nos termos dos arts. 1º, I; 16, III, “c”; 19 e 23, III, todos da Lei nº 8.443/1992 e dos arts. 1º, I; 209, II; 210 e 214, III, do Regimento Interno do TCU, e condená-lo em débito solidário com a empresa Construtora Versátil Ltda. (CNPJ nº 04.225.806/0001-39) ao pagamento da quantia de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), com a fixação do prazo de quinze dias, a contar das datas das respectivas notificações, para comprovar, perante o Tribunal, na forma do art. 214, III, “a”, do Regimento Interno do TCU, o recolhimento da dívida aos cofres do Fundo Nacional de Saúde – FNS, atualizada monetariamente e acrescida dos juros de mora, calculados a partir do dia 3/10/2003 até a data do seu efetivo recolhimento, na forma prevista na legislação em vigor;

9.3. aplicar a multa prevista nos arts. 19, caput, e 57 da Lei nº 8.443/1992, no valor individual de R\$ 17.000 (dezesete mil reais), ao Sr. Luiz Gonzaga dos Santos Barros (CPF nº 042.213.621-20) e à Construtora Versátil Ltda. (CNPJ nº 04.225.806/0001-39), fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias, a contar das datas das respectivas notificações, para comprovarem, perante o Tribunal, na forma prevista no art. 214, III, “a”, do Regimento Interno do TCU, o recolhimento das dívidas ao Tesouro Nacional, atualizadas monetariamente desde a data do presente Acórdão até a data do efetivo recolhimento, se forem pagas após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

9.4. declarar a inidoneidade da empresa Construtora Versátil Ltda. (CNPJ nº 04.225.806/0001-39), por um prazo de dois anos, tendo em vista a ocorrência de fraude comprovada à licitação, na forma prevista no art. 46 da Lei nº 8.443/1992;

9.5. autorizar, desde logo, nos termos do art. 28, II, da Lei nº 8.443/1992, a cobrança judicial das dívidas, caso não sejam atendidas as notificações;

9.6. autorizar, caso seja solicitado, o parcelamento das dívidas, na forma do art. 217 do Regimento Interno do TCU;

9.7. remeter cópia dos elementos pertinentes à Procuradoria da República no Estado do Maranhão, para a adoção das providências que entender cabíveis, com fundamento no art. 16, § 3º, da Lei nº 8.443/1992 e no art. 209, § 7º, do Regimento Interno do TCU.”

3. Ocorre que o nome do advogado do Sr. Luiz Gonzaga dos Santos Barros, Sr. Mauro Henrique Ferreira Gonçalves Silva, não constou da pauta de julgamento nem do relatório e do acórdão ora sob comento.

4. À época da autuação do processo de cobrança executiva, a unidade técnica constatou a falha acima descrita e encaminhou os presentes autos ao meu gabinete.

5. Nesse contexto, solicitei a manifestação do Ministério Público junto ao TCU sobre o caso vertente, inclusive no que concerne às providências que deveriam ser adotadas.

6. Em atendimento a essa solicitação, o ilustre Procurador Júlio Marcelo de Oliveira emitiu parecer no qual afirmou que *“em razão da ausência do nome do advogado do sr. Luiz Gonzaga dos Santos Barros na pauta de julgamento desta tomada de contas especial (publicada no Diário Oficial da União - DOU de 1/6/2015, Seção 1, p. 105), aliada à falta de comprovação de que algum dos seus advogados teve, por quaisquer outros meios, prévia ciência do referido julgamento, o Acórdão nº 1.357/2015 - Plenário deve ser declarado nulo”*.

7. Para fundamentar esse entendimento, o representante do **Parquet** especializado asseverou que:

a) o pedido de habilitação nos autos dos advogados do Sr. Luiz Gonzaga dos Santos Barros (Srs. João Batista Ericeira - OAB/MA nº 742, João Batista Ericeira Filho - OAB/MA nº 8.296, Mauro Henrique Ferreira Gonçalves Silva - OAB/MA nº 7.930, e Marconi Torres Pereira - OAB/MA nº 13.925), bem como o pedido de vista eletrônica ou cópia integral do processo, foram formulados em 24/4/2015 e juntados aos autos em 4/5/2015 (peças 45 e 46), antes da prolação do Acórdão nº 1.357/2015 - Plenário, ocorrida em 3/6/2015;

b) o pedido de vista e cópia dos presentes autos só foi apreciado pela Secex/MA no dia 26/6/2015. Além disso, o efetivo recebimento da cópia dos autos pelo advogado Mauro Henrique Ferreira Gonçalves Silva só ocorreu em 13/7/2015 (peça 64), após a prolação do Acórdão nº 1.357/2015 - Plenário;

c) assim sendo, verifica-se que o advogado do Sr. Luiz Gonzaga não obteve cópia integral dos autos antes do julgamento. Tal fato, por si só, já poderia caracterizar o cerceamento de defesa em relação ao referido responsável;

d) nesse contexto, a falta de publicação do nome do advogado do Sr. Luiz Gonzaga dos Santos Barros na pauta de julgamento deste processo revela-se ainda mais grave, pois reforça a presunção de prejuízo ao direito à ampla defesa; e

e) a jurisprudência predominante desta Corte de Contas tem consignado que a falta de indicação ou a indicação errônea do nome do advogado na pauta de julgamento configura vício insanável e caracteriza a nulidade absoluta do julgado, que pode ser declarada de ofício pelo julgador. Isso porque a referida falha pode ter impedido a apresentação de memoriais ou a realização de sustentação oral pelo advogado do responsável, de modo que faz presumir a ocorrência de prejuízo ao direito de defesa.

8. Com fulcro nessas considerações, o Procurador Julio Marcelo se manifestou no sentido de:

“a) declarar, de ofício, a nulidade do Acórdão nº 1.357/2015 - Plenário, com fundamento nos arts. 174 e 175 do Regimento Interno do TCU;

b) julgar irregulares as contas do Sr. Luiz Gonzaga dos Santos Barros e da Construtora Versátil Ltda., nos termos dos arts. 1º, I; 16, III, “c”; 19 e 23, III, todos da Lei 8.443/1992 e dos arts. 1º, I; 209, II; 210 e 214, III, do Regimento Interno do TCU, e condená-los, solidariamente, ao pagamento da quantia de R\$ 100.000,00, com a fixação do prazo de quinze dias, a contar das datas das respectivas notificações, para comprovarem, perante o Tribunal, na forma do art. 214, III, “a”, do Regimento Interno do TCU, o recolhimento da dívida aos cofres do Fundo Nacional de Saúde – FNS, atualizada monetariamente e acrescida dos juros de mora, calculados a partir do dia 3/10/2003 até a data do seu efetivo recolhimento, na forma prevista na legislação em vigor;

c) aplicar a multa prevista nos arts. 19, caput, e 57 da Lei nº 8.443/1992, individualmente, ao Sr. Luiz Gonzaga dos Santos Barros e à Construtora Versátil Ltda., fixando-lhes o prazo de 15 dias, a contar das datas das respectivas notificações, para comprovarem, perante o Tribunal, na forma prevista no art. 214, III, “a”, do Regimento Interno do TCU, o recolhimento das dívidas ao Tesouro Nacional, atualizadas monetariamente desde a data do acórdão que vier a ser proferido até a data do efetivo recolhimento, se forem pagas após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

d) autorizar, desde logo, nos termos do art. 28, II, da Lei nº 8.443/1992, a cobrança judicial das dívidas, caso não sejam atendidas as notificações;

e) remeter cópia dos elementos pertinentes à Procuradoria da República no Estado do Maranhão, para a adoção das providências que entender cabíveis, com fundamento no art. 16, § 3º, da Lei nº 8.443/1992 e no art. 209, § 7º, do Regimento Interno do TCU;

f) determinar a exclusão, no Sicaf, do registro da sanção de declaração de inidoneidade da Construtora Versátil Ltda., em razão da nulidade do acórdão que aplicou a referida sanção;

g) juntar cópia da deliberação que vier a ser proferida aos processos TC nº 033.116/2015-6, TC nº 033.117/2015-2 e TC nº 033.118/2015-9.”

II – Análise de mérito

9. Agradeço as manifestações dos Ministros Bruno Dantas e Walton Alencar Rodrigues, do Ministro Substituto Marcos Bemquerer Costa e da Procuradora-Geral Cristina Machado, que contribuíram para o aperfeiçoamento deste voto.

10. Preliminarmente, apresento a seguir a cronologia dos principais eventos abordados nesta oportunidade:

Data de ocorrência	Evento
24/4/2015	Elaboração do pedido de habilitação nestes autos dos advogados do Sr. Luiz Gonzaga dos Santos Barros (Drs. João Batista Ericeira - OAB/MA nº 742, João Batista Ericeira Filho - OAB/MA nº 8.296, Mauro Henrique Ferreira Gonçalves Silva - OAB/MA nº 7.930 e Marconi Torres Pereira - OAB/MA nº 13.925).
24/4/2015	Elaboração do pedido de vista eletrônica ou cópia integral deste processo.
4/5/2015	Juntada desses pedidos aos presentes autos.
3/6/2015	Prolação do Acórdão nº 1.357/2015 – Plenário.
26/6/2015	Apreciação pela Secex (MA) dos pleitos formulados pelos advogados acima relacionados.
3/7/2015	Ciência pelo Sr. Luiz Gonzaga dos Santos Barros do Acórdão nº 1.357/2015 (Ofício nº 2.289/2015, de 30/6/2015)
13/7/2015	Recebimento das cópias pelo Dr. Mauro Henrique Ferreira Gonçalves Silva, advogado do Sr. Luiz Gonzaga dos Santos Barros
21/7/2015	Trânsito em julgado do Acórdão nº 1.357/2015 em relação ao Sr. Luiz Gonzaga dos Santos Barros

11. Após analisar os documentos acostados aos presentes autos, reconheço a existência neste processo dos dois vícios graves que foram corretamente apontados pelo Procurador Júlio Marcelo, quais sejam:

a) falta de publicação do nome do advogado do Sr. Luiz Gonzaga dos Santos Barros na pauta de julgamento deste processo; e

b) efetivo recebimento da cópia dos presentes autos por esse advogado somente após a prolação do Acórdão nº 1.357/2015 – Plenário.

12. Contudo, solicito as vênias de estilo para discordar do representante do **Parquet** especializado, uma vez que, como se verá a seguir, os vícios acima citados não foram arguidos no tempo devido. Por via de consequência, não obstante sua reconhecida gravidade, julgo que eles não devem servir de base para a impugnação neste momento do acórdão em tela.

13. No âmbito do TCU, a nulidade de um ato processual pode ser arguida de duas formas: por meio de recurso, em consonância com as disposições constantes dos arts. 277 e seguintes do Regimento Interno do TCU, ou mediante a apresentação de uma simples petição, com fundamento no art. 174 do mencionado Regimento. Em ambas as hipóteses, via de regra, a arguição deve ocorrer antes do trânsito em julgado da decisão de mérito.

14. Nesse sentido, o art. 174 do Regimento Interno do TCU, a seguir transcrito, prevê que nulidades absolutas, como o vício de citação, podem ser declaradas pelo Tribunal de ofício ou por provocação da parte, a qual independe de recurso propriamente dito, podendo ser veiculada por simples petição:

“Art. 174. Conforme a competência para a prática do ato, o Tribunal ou o relator declarará a nulidade de ofício, se absoluta, ou por provocação da parte ou do Ministério Público junto ao Tribunal, em qualquer caso.”

15. Destaco que as matérias que podem ser conhecidas de ofício pelo Tribunal também podem sê-lo por provocação da parte interessada. A provocação, neste caso, constitui mero ato de deflagração de um exame inerente às atribuições do Tribunal e que, por isso mesmo, pode realizar-se por iniciativa própria.

16. Importa salientar ainda que a arguição pela via do recurso ou por simples petição, na forma prevista no art. 174 do Regimento Interno do TCU, apresenta distinções práticas relevantes, a saber:

a) quando a nulidade for arguida mediante recurso, o escopo de impugnação pode ser mais amplo, uma vez que a nulidade pode ser suscitada como preliminar. Além disso, salvo quanto aos embargos de declaração e ao agravo, a impugnação será instruída pela Secretaria de Recursos e relatada por um Ministro sorteado para o recurso (relator **ad quem**), nos termos dos arts. 49, inciso I, e 51 da Resolução TCU nº 259/2014;

b) por outro lado, se a nulidade for arguida por meio de simples petição, o escopo de impugnação é mais restrito, pois limita-se à anulação do ato processual, não sendo cabível a rediscussão do mérito do julgado. Ademais, por não se tratar de recurso propriamente dito, não haverá sorteio de novo relator e a instrução permanecerá sob competência da unidade técnica de origem, nos termos do art. 48, parágrafo único, da Resolução TCU nº 259/2014.

17. Meu entendimento no sentido de que as nulidades, em geral, devem ser arguidas até o trânsito em julgado, sob pena da preclusão máxima inerente à coisa julgada, encontra amparo no Código de Processo Civil - CPC, que é aplicado de maneira subsidiária aos processos que tramitam neste Tribunal, por força do art. 298 do Regimento Interno do TCU.

18. O art. 485, § 3º, do Código de Processo Civil – CPC apresenta a seguinte redação:

“Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando:

(...)

IV - verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo;

V - reconhecer a existência de preempção, de litispendência ou de coisa julgada;

VI - verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual;

(...)

IX - em caso de morte da parte, a ação for considerada intransmissível por disposição legal; e

(...)

§ 3º O juiz conhecerá de ofício da matéria constante dos incisos IV, V, VI e IX, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não ocorrer o trânsito em julgado” (sublinhei).

19. Da leitura desses dispositivos, depreende-se que até as nulidades absolutas, que podem ser conhecidas de ofício, por se referirem a matérias de ordem pública, precluem se não forem arguidas até o advento do trânsito em julgado.

20. Acrescento que essa conclusão é reforçada pelo disposto no art. 278 do CPC, **verbis**:

“Art. 278. A nulidade dos atos deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão.

Parágrafo único. Não se aplica o disposto no caput às nulidades que o juiz deva decretar de ofício, nem prevalece a preclusão provando a parte legítimo impedimento.”

21. A partir da leitura conjunta desses dois artigos, constata-se que a parte não será prejudicada se deixar de arguir uma nulidade absoluta na primeira oportunidade em que lhe couber falar nos autos. No entanto, na falta de um pronunciamento judicial a respeito, ela deve levantar a questão até o trânsito em julgado da decisão supostamente viciada, sob pena de preclusão.

22. Reconheço que existem exceções, como, por exemplo, a incompetência absoluta do juízo. Nesse caso, é cabível ajuizar ação rescisória, consoante disposto no art. 966, II, do CPC.

23. Outra exceção notável se refere à hipótese de não realização da citação inicial ou de sua realização com vícios. A rigor, nessa situação hipotética, verifica-se a inexistência de um pressuposto de existência do processo, o que significa dizer que não ocorreu efetivamente a formação da coisa julgada. Por via de consequência, restou configurada uma nulidade absoluta passível de arguição na fase de cumprimento da sentença, consoante disposto nos arts. 525, § 1º, I, e 535, ambos do CPC, no prazo para ajuizamento da ação rescisória ou após o término desse último prazo, por meio da apresentação de uma simples petição, a qual encontra supedâneo no instituto da **querela nullitatis** (nulidade da sentença).

24. O Supremo Tribunal Federal (STF) já confirmou ser possível arguir o vício na citação a qualquer tempo, mesmo sem previsão expressa no Código de Processo Civil (RE nº 97.589, Rel. Min. Moreira Alves, Data de Julgamento: 17/11/1982, Tribunal Pleno).

25. Também o Superior Tribunal de Justiça (STJ) reconhece o cabimento de declaração de nulidade do processo conduzido com vício insanável de citação (AC nº 1.130, Rel. Min. Gilson Jacobsen, Data de Julgamento: 17/3/2011).

26. Com espeque nessas considerações, julgo que, até o trânsito em julgado, as nulidades que podem ser arguidas pela parte por simples petição, com fundamento no art. 174 do Regimento Interno do TCU, também podem ser conhecidas de ofício pelo Tribunal. Após o trânsito em julgado, tal possibilidade subsiste apenas quanto à arguição de falta ou nulidade de citação em processo que correu à revelia, pois, nessa hipótese, estará em dúvida a própria existência da relação jurídico-processual.

27. Por via de consequência, se a parte deixar de se manifestar na primeira oportunidade em que lhe couber falar nos autos, não há impedimento a que o relator ou o Tribunal, de ofício, corrija o defeito processual eventualmente identificado, desde que isso ocorra antes do trânsito em julgado.

28. Friso que esta tese não é novidade nesta Corte, tendo sido levantada, por exemplo, pelo Ministro Augusto Nardes no voto condutor do Acórdão nº 6.842/2016 – 2ª Câmara, o qual foi acolhido por este Tribunal. Naquela oportunidade, foi determinada a retificação do Acórdão nº 1.483/2015, no qual havia sido omitido o nome do advogado do responsável.

29. Por ser elucidativo para o deslinde da questão ora sob análise, transcrevo a seguir o sumário do mencionado Acórdão nº 6.842/2016 – 2ª Câmara:

“TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. CONSTRUÇÃO DE SISTEMA DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO. EXECUÇÃO PARCIAL DO OBJETO DO CONVÊNIO. DÉBITO E MULTA. RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO. INTERPOSIÇÃO FORA DO PRAZO DE QUINZE DIAS. AUSÊNCIA DE FATOS NOVOS. NÃO CONHECIMENTO. NOTIFICAÇÃO VÁLIDA. CERTIFICAÇÃO DO TRÂNSITO EM JULGADO. AUSÊNCIA DE PUBLICAÇÃO DO NOME DO ADVOGADO NA PAUTA DE JULGAMENTO DO RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO. ARGUIÇÃO DE NULIDADE PELA UNIDADE TÉCNICA. IMPROCEDÊNCIA. PRECLUSÃO. INOCORRÊNCIA DE PREJUÍZO AO DIREITO DE DEFESA. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. PRECEDENTES DO STF E DO STJ. CORREÇÃO DE INEXATIDÃO MATERIAL.

1. *A falta de publicação do nome do advogado da parte na pauta de julgamento (disponibilizada no Diário Oficial da União - DOU) é causa de nulidade do acórdão resultante desse vício, diante da presunção de prejuízo ao direito subjetivo daquela de produzir sustentação oral, e pode ser declarada pelo Tribunal, de ofício, ou mediante provocação do responsável ou interessado. Contudo, como quase todas as hipóteses de nulidade (inclusive as absolutas) - exceção posta adiante -, deve ser suscitada até o trânsito em julgado da decisão de mérito, sob pena de preclusão (aplicação subsidiária do Código de Processo Civil - Lei 13.105/2015: art. 485, § 3º, c/c o art. 278; precedentes do STF: v.g. HC 88.193/SP; HC 88.583/PI; HC 97.380/SP; e RHC 107.758/RS).*

2. *Não há prejuízo ao direito de defesa se a parte, devidamente notificada do acórdão inquinado, deixa de apontar o erro de procedimento no decorrer do processo, quando lhe era possível fazê-lo - por interposição de recursos ou por ingresso com petição anulatória -, e, por consequência, consente com o trânsito em julgado (intelecção extraída do art. 171, caput, do Regimento Interno do TCU e do princípio **pas nullité sans grief**).*

3. *Excetua-se dessa orientação a nulidade decorrente da falta de citação válida, em processo que correu à revelia da parte, diante da própria inexistência da relação jurídico-processual, podendo ser arguida após o trânsito em julgado por meio de recurso de revisão ou mera petição (entendimento perfilhado no RE nº 97.589)."*

30. Concluída essa breve explanação dos parâmetros que serão utilizados na avaliação do caso vertente, considero que a nulidade suscitada pela unidade técnica e avalizada pelo **Parquet** especializado não deve ser declarada. A uma, porque ocorreu a preclusão decorrente do trânsito em julgado do acórdão condenatório. A duas, porque a defesa do responsável, devidamente notificada do acórdão sob comento (o advogado solicitou e obteve cópia dos presentes autos após o julgamento), absteve-se de contestar esse vício procedimental quando teve oportunidade de fazê-lo.

31. Saliento que o trânsito em julgado ocorreu, neste caso específico em que a parte não recorreu, sequer inicialmente via embargos declaratórios, após 15 (quinze) dias contados da data de notificação do acórdão condenatório.

32. Por fim, cumpre frisar a importância da questão ora sob exame. Se, a qualquer tempo, as partes pudessem arguir erros de procedimento não reclamados no prazo próprio ou se o julgador pudesse reconhecer a existência desses erros e declarar a nulidade dos procedimentos em questão, haveria um claro prejuízo para a estabilidade dos julgados e, por via de consequência, para a segurança jurídica.

33. Adicionalmente, poderia haver um estímulo para a adoção de estratégias de defesa protelatórias. Afinal, bastaria ao patrono do responsável omitir o vício em sede recursal para assim fazê-lo mais a frente, por simples petição, na fase de constituição do processo de cobrança executiva ou até no processo judicial de execução do título do TCU.

34. Cientes desse risco, o STF e o STJ possuem firmes jurisprudências no sentido de admitir a preclusão da nulidade decorrente de **error in procedendo** relacionado à falta de intimação do advogado do réu na pauta da sessão de julgamento, quando essa questão é suscitada após o trânsito em julgado. Na visão desses dois tribunais, o reconhecimento de tal nulidade depende da alegação pelo réu na primeira oportunidade em que lhe fosse possível reclamar dessa falha procedimental, sob pena de preclusão.

35. Como exemplos de julgamentos com esse teor, podem ser citados os seguintes:

"HABEAS CORPUS. DEFENSOR DATIVO. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL QUANTO À DATA DO JULGAMENTO DA APELAÇÃO. PREJUÍZO POR FALTA DE SUSTENTAÇÃO ORAL. IMPROCEDÊNCIA.

Ausência de intimação pessoal do defensor dativo quanto à inclusão em pauta do recurso de apelação. Intimação feita por meio da imprensa oficial. Nulidade absoluta, face à ausência de sustentação oral. Relativização: Tendo sido a defesa intimada pessoalmente do

acórdão proferido no recurso de apelação e permitido, com sua inércia, o trânsito em julgado, é de ter-se por relativizada a nulidade antes absoluta, sobretudo quando a arguição é feita cinco anos após a data em que a condenação tornou-se definitiva. Ordem denegada.” (STF – HC nº 88.193/SP, Rel. Ministro Eros Grau, Segunda Turma, DJ de 19/5/2006);

“HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. FALTA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DE DEFENSOR PÚBLICO DA SESSÃO DE JULGAMENTO DO RECURSO DE APELAÇÃO. NULIDADE. ARGUIÇÃO TARDIA. PRECLUSÃO. PRECEDENTES.

A falta de intimação pessoal de defensor público para a sessão de julgamento de apelo criminal causa nulidade. Contudo, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem se pronunciando, em casos peculiares, no sentido de considerar tal nulidade passível de preclusão quando a parte interessada deixar de arguir o vício na primeira oportunidade que tiver para se manifestar nos autos. Habeas corpus denegado.” (STF – HC 97.380/SP, Rel. Ministro Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJe de 22/10/2010);

“PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME DE ESTUPRO (ART. 213 C/C 29 DO CÓDIGO PENAL). NULIDADE PROCESSUAL. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DA DEFESA DA DATA DE JULGAMENTO DA APELAÇÃO CRIMINAL. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO NO MOMENTO OPORTUNO. PRECLUSÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. O WRIT NÃO É SUCEDÂNEO DE REVISÃO CRIMINAL. SUSTENTAÇÃO ORAL. ATO ESSENCIAL À DEFESA. DESCARACTERIZAÇÃO. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO.

1. A nulidade não suscitada no momento oportuno é impassível de ser arguida através de habeas corpus, no afã de superar a preclusão, sob pena de transformar o writ em sucedâneo da revisão criminal (Precedentes: HC 95.641/SP, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, Julgamento em 2/6/2009; HC 95.641/SP, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, Julgamento em 2/6/2009; HC 102.597/SP, Relator Ministra Carmen Lúcia, Primeira Turma; HC 96.777/BA, Relator Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, Julgamento em 21/9/2010).

2. In casu, a parte pretende a anulação de acórdão de apelação criminal pela ausência de intimação do defensor constituído da data da sessão de julgamento sem, no entanto, ter arguido a matéria na primeira oportunidade que teve para falar nos autos, vale dizer, quando da interposição dos embargos de declaração cuja decisão transitou em julgado.

3. É cediço na Corte que a não intimação do defensor constituído para o julgamento da apelação importa tão-somente na supressão da sustentação oral, que não é ato essencial à defesa, tanto assim que não é necessária a constituição de advogado dativo para a sua prática, na falta do patrono (HC nº 76.970/SP, Relator Min. Maurício Corrêa, DJ de 20.4.2001). E, mais, a falta de intimação pessoal, quer para o julgamento do recurso, quer da publicação do acórdão, configura nulidade sanável, que deveria ter sido arguida na primeira oportunidade, pois como dispõe o art. 571-VIII, do Código de Processo Penal, as nulidades decorrentes do julgamento em plenário ou em sessão do tribunal deverão ser arguidas logo depois de ocorrerem, sob pena de preclusão. (Precedentes: HC 90.828/RJ, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Julgamento em 23/10/2007; AI 781.608-AgR/RS, Relator Min. Ayres Britto, Segunda Turma, Julgamento em 24/8/2010; HC 94.515/BA, Relatora Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, Julgamento em 17/3/2009).

4. Recurso ordinário desprovido (STF – RHC 107.758/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe de 28/09/2011);”

36. Diante do acima exposto, julgo que não deve ser reconhecida a nulidade supostamente existente no Acórdão nº 1.357/2015 – Plenário. Adicionalmente, com amparo no Enunciado 145 da Súmula de Jurisprudência do TCU, deve ser determinada a retificação do referido **decisum**, no sentido de que, onde constou “8. Representante legal: não há.”, passe a constar “8. Representantes

legais: Mauro Henrique Ferreira Gonçalves Silva (OAB/MA nº 7.930), João Batista Ericeira (OAB/MA nº 742) e outros, representando Luiz Gonzaga dos Santos Barros”.

III – Considerações finais

37. O Procurador Júlio Marcelo de Oliveira, em seu parecer, afirmou que:

“(.) esta Corte, recentemente, firmou jurisprudência no sentido de que a prescrição da pretensão punitiva é decenal e contada a partir da data de ocorrência da irregularidade sancionada, interrompendo-se com o despacho que ordenar a citação (Acórdão nº 1.441/2016 - Plenário, sessão de 8/6/2016), tal entendimento deve ser observado na nova deliberação que vier a ser proferida em substituição ao Acórdão nº 1.357/2015 - Plenário, para que se reconheça a incidência da citada prescrição no presente caso concreto, mas tão somente em relação às ocorrências anteriores a 15/10/2003.

Com efeito, o despacho que ordenou a citação dos responsáveis está datado de 15/10/2013 (peça 31) e algumas das irregularidades sancionadas ocorreram mais de 10 anos antes, notadamente as relativas ao processo licitatório (o termo de homologação do Convite nº 3/2003 está datado de 3/2/2003 – peça 2, p. 187).

Note-se que, embora a data de referência do débito seja 3/10/2003 (data do crédito dos recursos federais na conta específica do convênio – peça 2, p. 181), os cheques foram debitados da conta específica no período de 10/10/2003 a 24/10/2003 (peça 2, p. 181), as notas fiscais foram emitidas nas datas de 12/12/2003 e 12/4/2005 (peça 2, pp. 189/91) e o termo de aceitação da obra foi assinado em 20/4/2005 (peça 2, p. 183).

Apesar de alguns pagamentos terem ocorrido antes de 15/10/2003, o Ministério Público de Contas entende que é cabível a aplicação da multa do art. 57 da Lei nº 8.443/1992 a ambos os responsáveis, proporcional à integralidade do débito, pois a emissão das notas fiscais e do termo de aceitação da obra, ocorrida após aquela data, foi fundamental para a consumação da fraude na execução do Convênio nº 3.567/2002 e do dano ao erário em apreço nesta TCE.

Desse modo, o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva no presente caso concreto não deve impedir a aplicação da multa do art. 57 da Lei nº 8.443/1992 aos responsáveis, em valor proporcional ao do dano ao erário, embora impeça a aplicação da sanção de declaração de inidoneidade à Construtora Versátil Ltda., em razão de a fraude à licitação ter se consumado mais de dez anos antes da citação pelo TCU.”

38. No que concerne especificamente à prescrição da pretensão punitiva, concordo com o entendimento esposado pelo representante do Ministério Público junto ao TCU. Afinal, diferentemente do que ocorre com a nulidade decorrente de um vício procedimental, como a não intimação do advogado da parte, a prescrição pode ser alegada a qualquer tempo, uma vez que essa última tem natureza material.

39. Nesse sentido, o Pretório Excelso tem decidido que a prescrição da pretensão punitiva estatal pode ser arguida e reconhecida a qualquer tempo, como se observa nos julgamentos dos Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 737.485 – SP e do Recurso Extraordinário nº 751.394, ambos relatados pelo Ministro Dias Toffoli.

40. Aduzo que, quando se trata da aplicação de sanções, cabe observar também os preceitos do direito penal, segundo os quais a prescrição é matéria de ordem pública, o que reforça a consideração de que ela pode ser alegada e reconhecida a qualquer momento.

41. Aliás, esse entendimento está expresso no art. 61 do Código de Processo Penal, a seguir transcrito:

“Art. 61. Em qualquer fase do processo, o juiz, se reconhecer extinta a punibilidade, deverá declará-lo de ofício.”

42. Com fulcro nessas considerações, por um lado, manifesto-me pela manutenção da multa aplicada aos responsáveis com base no art. 57 da Lei Orgânica desta Corte de Contas. Por

outro lado, julgo que deve ser tornada sem efeito a declaração de inidoneidade da Construtora Versátil Ltda.

43. Na sessão do Plenário do dia 26/7/2017, este processo foi apresentado aos meus pares. Naquela oportunidade, o Ministro Bruno Dantas pediu vistas destes autos com fulcro no art. 112 do Regimento Interno do TCU.

44. No dia 6/8/2018, o presente processo foi restituído ao meu Gabinete, tendo o Ministro Bruno Dantas informado que não iria apresentar voto revisor.

Diante do acima exposto, voto por que o Tribunal adote o Acórdão que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 10 de outubro de 2018.

BENJAMIN ZYMLER
Relator