

VOTO

De início, registro que atuo neste processo em atenção ao disposto no art. 152 do Regimento do TCU, por ocasião da assunção do então relator, Ministro Aroldo Cedraz, ao cargo de Presidente deste Tribunal.

2. A sociedade empresária Planam Indústria, Comércio e Representação Ltda. visa a impugnar despacho de minha lavra pelo qual me manifestei favorável à continuidade dos processos de cobrança executiva (peça 97) – conforme posição externada pela Secretaria de Controle Externo de Aquisições Logísticas (Selog) –, antes suspensos em razão de o Serviço de Cadastros e Cobrança Executiva (Scbex) haver detectado possível erro de procedimento ensejador da decretação de nulidade absoluta. O vício cogitado pela área técnica consiste na falta de publicação do nome do advogado daquela responsável na pauta da sessão de julgamento do Acórdão 2.205/2013-TCU-2ª Câmara (Rel. Ministro Aroldo Cedraz – data da sessão: 23/4/2013).

3. Ante a natureza do expediente em tela, manejado por pessoa legitimada no feito cuja intenção é reverter decisão monocrática de minha autoria, recebo-o como agravo, em atenção ao disposto no art. 289 do Regimento Interno do TCU. Prejudicada está a análise da tempestividade do recurso, uma vez que a responsável (ora recorrente) não foi notificada do teor de meu despacho decisório. Preenchidos os demais requisitos, conheço do recurso.

4. Passo ao exame de mérito.

-II-

5. No processo de controle externo a cargo do TCU, a nulidade de um ato processual pode ser arguida de duas formas: por meio de recurso (arts. 277 e seguintes do RITCU) ou mediante simples petição, com fundamento no art. 174 do Regimento, **até o trânsito em julgado da decisão de mérito.**

6. Com efeito, o art. 174 do RITCU 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.

7. O próprio art. 174, que está fora do título dos recursos, prevê essa segunda alternativa, evidenciando tratar-se de figura distinta. Ademais, as matérias que podem ser conhecidas de ofício pelo Tribunal podem, por maior razão, ser conhecidas 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.

8. Embora visando ao mesmo fim – o reconhecimento da nulidade do ato impugnado –, a arguição pela via do recurso (arts. 277 e seguintes do RITCU) ou por simples petição (art. 174 do RITCU) apresenta distinções práticas relevantes, a saber:

a) quando a nulidade for arguida mediante recurso, o escopo de impugnação pode ser mais amplo: a nulidade pode ser suscitada como preliminar, podendo-se avançar para o debate da justiça da decisão, pleiteando-se a sua reforma. Além disso, e 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 259/2014;

b) por outro lado, na nulidade arguida por simples petição, como permite o art. 174 do RITCU, o escopo de impugnação é mais restrito: a autorização prevista nesse dispositivo limita-se a matérias tendentes à anulação do ato processual, não se autorizando a rediscussão de seu mérito e, por consequência, não se viabilizando a reforma do julgado. 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 259/2014.

9. A orientação de que as nulidades, em geral, devem ser arguidas até o trânsito em julgado, sob pena da preclusão máxima inerente à coisa julgada formal, é extraída, acima de tudo, do direito processual civil – aplicado de maneira subsidiária aos processos neste Tribunal por força do art. 298 do RITCU –, conforme depreendo da regra contida no art. 485, § 3º, do Código de Processo Civil – CPC (Lei 13.105, de 16 de março de 2015):

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 perempção, 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.**

(...) (grifamos).

10. Como se percebe, **até as nulidades absolutas**, ou seja, as que podem ser conhecidas de ofício, por vincularem matérias de ordem pública, **precluem se não arguidas até o trânsito em julgado**. Nisso se enquadram inúmeros defeitos processuais relacionados ao desenvolvimento válido e regular do processo.

11. Em complemento a esse raciocínio, transcrevo a disciplina contida no art. 278 daquela norma processual:

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 (grifamos).

12. Essa regra, combinada com a do art. 485, evidencia que a parte não será prejudicada se deixar de arguir uma nulidade absoluta na primeira oportunidade em que lhe couber falar nos autos – o que não ocorre em se tratando de nulidade relativa. No entanto, **na falta de pronúncia pelo juiz, deve fazê-lo até o trânsito em julgado sob pena de preclusão**.

13. É verdade que o sistema processual comporta exceções, por meio de nulidades tidas como extraordinárias pela doutrina. O primeiro caso clássico se dá em situação de incompetência absoluta do juízo, uma das hipóteses para ajuizamento de ação rescisória (art. 966, inciso II, do CPC). O segundo desborda da própria noção de coisa julgada ao se considerar que esta, em verdade, sequer ocorreu. Isso se evidencia quando o processo corre à revelia do réu, por falta ou vício na citação inicial. Não há, nessa circunstância, pressuposto de existência do processo, o que caracteriza nulidade absoluta passível de arguição a qualquer tempo, seja na fase de cumprimento da sentença (arts. 525, § 1º, inciso I, e 535 do CPC) ou adiante, no prazo para ajuizamento da ação rescisória ou até fora dele, por simples petição, fazendo-se uso do instituto da *querela nullitatis*.

14. Avançando um pouco mais nessa segunda hipótese excepcional, o Supremo Tribunal Federal (STF) declarou persistir em nosso ordenamento jurídico a **viabilidade da arguição do referido vício a qualquer tempo**, mesmo sem previsão expressa no Código de Processo Civil. A matéria foi examinada em profundidade em acórdão prolatado ainda em 1982, de lavra do Ministro

Moreira Alves, no qual aquela Corte reafirmou a subsistência da referida solução no sistema processual vigente. O acórdão recebeu a seguinte ementa, no que interessa ao ponto em exame:

AÇÃO DECLARATORIA DE NULIDADE DE SENTENÇA POR SER NULA A CITAÇÃO DO RÉU REVEL NA AÇÃO EM QUE ELA FOI PROFERIDA.

1. **Para a hipótese prevista no artigo 741, I, do atual CPC – que é a da falta ou nulidade de citação, havendo revelia – persiste, no direito positivo brasileiro, a ‘querela nullitatis’, o que implica dizer que a nulidade da sentença, nesse caso, pode ser declarada em ação declaratória de nulidade, independentemente do prazo para a propositura da ação rescisória** (RE 97.589, Rel. Min. Moreira Alves, Data de Julgamento: 17/11/1982, Tribunal Pleno) (grifamos).

15. O Superior Tribunal de Justiça (STJ) também reconhece o cabimento de declaração de nulidade do processo conduzido com vício insanável de citação, como evidencia o seguinte julgado, exemplificativamente:

PROCESSO CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE SENTENÇA (QUERELA NULLITATIS). IDONEIDADE DA VIA PROCESSUAL ELEITA.

1. A ação declaratória de nulidade, também denominada *querela nullitatis*, pode ser manejada nos casos de decisão proferida contra o réu revel, cuja revelia se deu em razão da falta de citação ou citação irregular. (AC 1130, Rel. Min. Gilson Jacobsen, Data de Julgamento: 17/3/2011).

16. Mediante este paralelo com o processo civil, **concluo que, até o trânsito em julgado, as nulidades que podem ser arguidas pela parte por simples petição, com fundamento direto no art. 174 do RITCU, 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.

17. Por certo, 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 uma vez identificado, desde que isso ocorra antes do trânsito em julgado.

18. Em outras palavras, no curso do processo, o relator ou o Tribunal podem adotar as medidas necessárias para o seu perfeito saneamento, corrigindo erros de procedimento e indicando as providências necessárias para esclarecer os fatos em prol da higidez da decisão de mérito a que se busca chegar. Essa possibilidade ocorre tanto no processo civil quanto no processo de controle externo. Essas providências, quando constatadas, devem ser adotadas de ofício, pois é atribuição do relator eliminar defeitos e dar impulso ao feito. O mesmo se dá a partir de provocação da parte, porquanto nada impede que esta acompanhe a marcha processual, apontando eventuais incorreções que precisam ser desfeitas.

19. Todavia, proferida a decisão de mérito, qualquer modificação em seu conteúdo encontra-se limitada pelo sistema processual, haja vista o valor conferido pelo ordenamento jurídico à sua estabilidade, como ato de encerramento e de definição do resultado do processo.

20. Essa linha foi adotada no Acórdão 253/2014 (Relação 2/2014-1ª Câmara – Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti), no âmbito do TC 015.080/2011-0, seguindo o parecer da Secretaria de Recursos.

-III-

21. Postas essas premissas, para fins didáticos, entendo que a **nulidade suscitada pelo Scbex, conquanto absoluta, *prima facie*, não deve prevalecer por dois motivos: a) operou-se a preclusão por força do trânsito em julgado do acórdão condenatório; b) não houve evidenciação de prejuízo ao direito de defesa da agravante, haja vista que, devidamente notificada de acórdão cuja**

pauta fora publicada erroneamente no DOU, sem a indicação do nome de seu advogado, **absteve-se de contestar esse vício procedimental quando teve oportunidade de fazê-lo.**

22. **O advogado da responsável, devidamente notificado do Acórdão 2.205/2013-TCU-2ª Câmara no dia 13/5/2013 (peças 39 e 44), quedou-se inerte**, tendo optado por não impugnar a falha procedimental por meio de recursos ou mesmo por simples petição. **Em vista dessa sua falta de iniciativa, operou-se o trânsito em julgado do acórdão condenatório no dia 29/5/2013** (após o transcurso do prazo de quinze dias para interposição de recurso de reconsideração).

23. Importa ressaltar que a notificação em questão foi endereçada ao advogado da Planam habilitado no processo naquele momento (Luiz Mário do Nascimento Júnior – OAB/MT 12.886), conforme documentos a que se refere a peça 33, protocolados em 26/4/213.

24. Improcedente a alegação da agravante segundo a qual não teria sido notificada no acórdão. Por mais que tenha, posteriormente, juntado aos autos substabelecimento do mandato, sem reserva de poderes, isso se deu em 14/5/2013 (data de protocolo do documento), após a expedição e o recebimento do ofício de notificação daquela decisão (peça 46). **Logo, a comunicação processual foi válida.**

25. Ademais, **como se sabe, só há nulidade se houver prejuízo (princípio *pas nullité sans grief*), em atenção ao disposto no art. 171, caput, do RITCU.** Assim, não se descarta a possibilidade de o patrono da agravante, ciente da inclusão do processo em pauta por outras formas (concessão de vista/cópia eletrônica ou presencial; recebimento de e-mail a partir do cadastro no sistema *push*; acompanhamento da pauta pelo site do Tribunal ou pelo número do processo, em publicação no próprio Diário Oficial da União etc.), ter julgado desnecessária a produção de sustentação oral. Nessas circunstâncias, não há que se falar em lesão ao seu direito de defesa.

26. O fato de o Tribunal falhar ao deixar de indicar o nome do advogado, para efeito de publicação da pauta da sessão, não implica presunção absoluta de prejuízo à defesa da parte, supostamente por não ter podido exercer o seu direito de realizar sustentação oral no dia do julgamento.

27. **Imaginemos o seguinte exemplo.** Em sede de tomada de contas especial, o responsável tem as suas contas julgadas irregulares e é condenado em débito, além de lhe ter sido imposta multa. Na publicação da pauta da sessão de julgamento, não consta o nome de seu advogado. Contra essa decisão o responsável interpõe recurso de reconsideração, que, no mérito, é desprovido. Opõe embargos de declaração a esse julgado, no mérito, também rejeitados. Passados três anos desde a primeira deliberação, o acórdão condenatório transita em julgado e o processo de cobrança executiva é constituído. Por um lapso qualquer, a unidade técnica não acusa aquele erro de procedimento (falta de publicação do nome do advogado na pauta de julgamento). Dois anos após o trânsito em julgado, tendo o título executivo e os elementos da fase de cobrança sido remetidos ao juízo executório competente, o responsável ingressa com recurso de revisão, que é conhecido, porém desprovido. Detalhe: em nenhum dos três recursos (embargos de declaração, recurso de reconsideração e recurso de revisão) o responsável contesta o vício processual em questão. Transcorridos, enfim, mais cinco anos depois do último acórdão, que apreciou o seu recurso de revisão, estando encerrado o processo no TCU e a execução em fase adiantada no Poder Judiciário, o responsável protocola petição requerendo a declaração de invalidade do acórdão condenatório, sob o argumento de que se trata de nulidade absoluta, passível de arguição de ofício e imune à preclusão temporal (fundamento do pedido: art. 174 do RITCU, c/c o art. 278, parágrafo único, do Código de Processo Civil).

28. **Diante desse cenário, indago: deve o Tribunal acolher o pedido e declarar nulo acórdão proferido há mais de dez anos, depois de transitado em julgado e o responsável ter tido inúmeras possibilidades de arguir o vício?** Do mesmo modo, se a falha for constatada pela unidade técnica depois de todo esse tempo, deve o Tribunal decretar a sua nulidade, de ofício? Sob o ponto de vista da

não incidência de preclusão em matéria de nulidade absoluta, não há ao TCU o que fazer senão declarar nulo o acórdão.

29. Isso me preocupa muito. Admitir que as partes possam, a qualquer tempo, arguir erros de procedimento não reclamados em prazo próprio – o que vale para arguições de ofício –, depõe contra a estabilidade dos julgados (segurança jurídica), deslegitima a via recursal e estimula a adoção de comportamentos contraditórios ao longo da marcha processual. É que, em caso de intuito protelatório por estratégia da defesa, basta ao advogado 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, conduta incompatível com a litigância de boa-fé, com o princípio da boa-fé objetiva e com a coerência do sistema processual.

30. Como mostrarei a seguir, não se trata de tese inovadora. Muito pelo contrário. **O STF e o STJ, mesmo em matéria penal – ramo do direito que tutela os bens jurídicos mais valiosos e permite a imposição das sanções mais gravosas ao indivíduo –, possuem firmes jurisprudências no sentido de admitir a preclusão deste tipo de nulidade, decorrente de *error in procedendo* relacionado à falta de intimação do advogado do réu na pauta da sessão de julgamento, em vista de situações, análogas às do presente processo, nas quais a provocação se dá após o trânsito em julgado.** Especialmente, na visão desses dois tribunais, o reconhecimento de tal nulidade se sujeitaria à demonstração de prejuízo efetivo suportado pelo réu **logo na primeira oportunidade em que lhe fosse possível reclamar a falha procedimental, sob pena de preclusão.** Vejamos – grifos nossos:

[1] *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 88.193/SP, Rel. Ministro Eros Grau, Segunda Turma, DJ de 19/5/2006);

[2] DIREITO PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. NULIDADE DO ACÓRDÃO. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO. DENEGAÇÃO. 1. **A tese apresentada na petição inicial deste writ consiste no possível constrangimento ilegal sofrido pelo paciente devido à nulidade do julgamento do recurso de apelação em razão da falta de regular intimação de seu defensor constituído para a sessão de julgamento.** 2. **Não houve demonstração da ocorrência de prejuízo decorrente da irregularidade constante da pauta de julgamento.** O procurador constituído cumpriu em observar os 2 (dois) dias de prazo concernentes à oposição de embargos de declaração, evidenciando estar atento ao andamento processual. 3. A alegação do impetrante acerca da possível nulidade do julgamento da apelação criminal, baseada única e exclusivamente na ausência de regular intimação do defensor constituído, não tem respaldo nos demais elementos constantes do processo 4. Habeas corpus denegado. (STF – HC 88.583/PI, Rel. Ministra Ellen Gracie, Segunda Turma, DJe de 26/9/2008);

[3] *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 de 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);

[4] 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);

[5] PROCESSUAL PENAL E PENAL. *HABEAS CORPUS* (CP, ART. 121, § 2º, INCISOS I E IV). IMPRONÚNCIA. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. PROVIDO PARA PRONUNCIAR. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DA SESSÃO DE JULGAMENTO. NULIDADE ARGUIDA TRÊS ANOS APÓS O **TRÂNSITO EM JULGADO** DA CONDENAÇÃO. PRECLUSÃO. PRECEDENTES. ORDEM EXTINTA. 1. **A intimação da defesa para o julgamento do recurso em sentido estrito, quando faltante, consubstancia nulidade sanável, que deve ser arguida na primeira oportunidade, sob pena de preclusão**, *ex vi* do art. 571-VIII do CPP. Precedentes: HC nº 94.277/SP, rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 3-2-2009, publicado no DJe de 26.02.2009; HC nº 89.709/SP, rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 07.08.2007, publicado no DJe de 20.9.2007) 2. **A preclusão opera-se na hipótese em que a alegação dessa nulidade perfaz mais de três anos do trânsito em julgado da condenação**. 3. *In casu*, o acórdão prolatado no HC que ensejou esta impetração destaca o trânsito em julgado em 29.05.2007 do acórdão do recurso em sentido estrito, ao passo que a nulidade ora suscitada somente foi arguida perante o Superior Tribunal de Justiça em 22.06.2010, impondo-se, *prima facie*, o reconhecimento da preclusão. (...) (STF – HC 113.919/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe de 27/8/2013);

[6] *HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO DEFENSOR DATIVO PARA A SESSÃO DE JULGAMENTO DO RECURSO EM SENTIDO ESTRITO E DA APELAÇÃO CRIMINAL. INTIMAÇÃO PESSOAL DAS CONCLUSÕES DOS RESPECTIVOS ACÓRDÃOS. ARGUIÇÃO DE NULIDADE. INSURGÊNCIA APÓS O **TRÂNSITO EM JULGADO DO ÉDITO CONDENATÓRIO**. PRECLUSÃO. PRECEDENTES DESTA CORTE E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

1. Conforme pacífica orientação deste Superior Tribunal de Justiça, a falta de intimação pessoal do defensor público ou dativo da data do julgamento de recurso consubstancia nulidade processual, que mitiga o exercício do direito de defesa do réu.

2. **Todavia, ‘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 [...]’** (STF, HC 88.193/SP, 2.^a Turma, Rel. Min. EROS GRAU, DJ de 19/05/2006).

3. Na hipótese dos autos, embora não tenha sido observada a prévia intimação do defensor dativo do Paciente da sessão de julgamento do recurso em sentido estrito e do recurso de apelação, o causídico foi intimado pessoalmente das conclusões dos respectivos acórdãos. **Desse modo, permanecendo inerte a Defesa do Paciente para, somente após o trânsito em julgado do decisum, arguir a nulidade, é de se reconhecer a preclusão da matéria.**

4. Ordem denegada (STJ – HC 130.191/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe de 11/10/2010); e

[7] PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO DO *WRIT*. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ACÓRDÃO QUE CONFIRMOU, EM SEDE DE RECURSO DA DEFESA, A SENTENÇA CONDENATÓRIA. INOBSERVÂNCIA DO PRAZO DE 48 HORAS ENTRE A DATA DA PUBLICAÇÃO DA PAUTA E A SESSÃO DE JULGAMENTO DA APELAÇÃO. NULIDADE. POSSÍVEL CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. PRECLUSÃO TEMPORAL. OCORRÊNCIA. PRECEDENTES DO STF E DO STJ. INEXISTÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE, A ENSEJAR A CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO. ORDEM NÃO CONHECIDA.

(...)

V. Dispõe o art. 552, § 1º, do CPC c/c art. 3º do CPP, que, ‘entre a data da publicação da pauta e a sessão de julgamento mediará, pelo menos, o espaço de 48 (quarenta e oito) horas’, que se aplica, subsidiariamente, ao processo penal, com fundamento no art. 3º do CPP.

VI. Hipótese em que a pauta de julgamento foi disponibilizada em 17/05/2011 e considerada publicada em 18/05/2011 – dela constando o número do processo, o nome do apelante e do advogado habilitado à época –, **não tendo sido observado, porém, o prazo de 48 horas, entre a data da publicação da pauta e a sessão de julgamento**, realizada em 19/05/2011, **apontando-se, em princípio, para a existência de possível constrangimento ilegal**, na forma da Súmula 117 do STJ.

VII. **Entretanto, consoante a atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, a nulidade, pela própria ausência de intimação da data de julgamento do recurso não pode ser arguida a qualquer tempo, sujeitando-se à preclusão temporal**, nos termos dos arts. 564, IV, 571, VIII, e 572, I, do Código de Processo Penal.

VIII. **Na forma da atual jurisprudência do STJ, ‘a intimação de defensor dativo ou público da data de sessão de julgamento de recurso de apelação pela imprensa oficial, seguida de ciência pessoal do acórdão pelo causídico, sem qualquer recurso, por quase dois anos, enseja a preclusão da arguição da nulidade’** (STJ, HC 214.082/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 14/12/2011). Em igual sentido: **‘Decorridos quase dois anos do trânsito em julgado do acórdão do recurso em sentido estrito da defesa, ocorreu a preclusão da alegada nulidade ocorrida nesse julgamento. Precedentes’** (STF, HC 112.360/SP, Rel. Ministra CÁRMEN LÚCIA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 18/05/2012).

IX. *In casu*, publicado, em 23/05/2011, o acórdão do resultado do julgamento do recurso de Apelação, a defesa ficou-se inerte. O trânsito em julgado do acórdão deu-se em 10/06/2011, e o presente *Habeas corpus* foi impetrado apenas em 28/11/2012, ou seja, após mais de 1 ano e 5 meses da ciência do acórdão ora impugnado e do respectivo trânsito em julgado.

X. Operada a preclusão temporal, não se verifica, na linha da atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, constrangimento ilegal, passível da concessão, de ofício, da ordem de *habeas corpus*.

XI. Ordem não conhecida. (STJ, HC 260654. Relatora: Ministra Assusete Magalhães, Data de Julgamento: 21/05/2013, T6 – Sexta Turma).

31. A mesma preocupação foi levantada pela Ministra Ellen Gracie no julgamento do HC 88.583/PI – cuja ementa foi reproduzida anteriormente:

3. A alegação do impetrante acerca da possível nulidade do julgamento da apelação criminal, baseada única e exclusivamente na ausência de regular intimação do defensor constituído, não tem respaldo nos demais elementos constantes do processo (autos em apenso), eis que após o julgamento do recurso de apelação houve interposição de embargos de declaração dentro do prazo de dois dias da intimação do acórdão e, posteriormente, houve interposição de recursos especial e extraordinário, também em momentos oportunos.

Assim, resta nítida a não-configuração de prejuízo ao paciente, tratando-se de mera irregularidade o lapso da divulgação de outro defensor para fins de intimação da pauta de julgamento do recurso de apelação (grifamos).

32. Naquela assentada, a relatora anuiu às razões constantes do parecer do Ministério Público Federal, do qual destaco o seguinte excerto: “(...) a eventual nulidade nem sequer foi suscitada quando da oposição dos embargos de declaração e dos recursos subsequentes, **inferindo-se tratar, em verdade, não de violação ao princípio da ampla defesa, mas, sim de estratégia desta última**” (grifamos).

33. Tenho notado que as unidades técnicas deste Tribunal, na fase de constituição da cobrança executiva, instadas pela Secretaria-Geral de Controle Externo a detectar erros nos acórdãos – em sua maioria reflexos de inexatidões materiais –, têm ampliado o escopo dessa análise para a pauta de julgamento publicada no Diário Oficial da União (DOU). Sem problemas até aí. Ocorre que, constatando a ausência do nome do advogado da parte na publicação da pauta, as unidades têm formulado proposta de nulidade dos acórdãos, independentemente das circunstâncias em exame, de uma forma automática, aparentemente típica de um esforço de padronização. Ressalvo não ser esse o caso da Selog neste processo, não obstante a provocação inicial ter partido do próprio setor de cobrança executiva (Scbex).

34. É evidente que a unidade técnica pode – e deve – identificar erros de procedimento em momento bem anterior, por exemplo, logo depois de prolatado o acórdão e antes de expedidas as notificações dele decorrentes. Louvável, nessa situação, que formule proposta de nulidade da deliberação inquinada visto que constatada em tempo hábil, antes da notificação e da consequente abertura de prazo à parte para interposição dos recursos cabíveis.

35. Não ignoro que a jurisprudência do Tribunal contempla precedentes que acolheram, diante do mesmo vício ora em evidência, arguições de nulidade depois do trânsito em julgado do acórdão condenatório (v.g. Acórdãos do Plenário 354/2015, Rel. Min. Ana Arraes; 1.878/2015, Rel. Min. Bruno Dantas; e 994/2016, Rel. Min. Raimundo Carreiro). *Permissa venia*, não vislumbro coerência tampouco viabilidade jurídica nesse entendimento. Sem contar os custos (processual e social) que essa linha de pensamento nos tem imposto, sob a ótica da busca pelo incremento da efetividade do controle externo, ao afrontar diretamente os princípios constitucionais da eficiência e da razoável duração do processo.

36. **Recentemente, sob os mesmos fundamentos, levei este Tribunal a prolatar o Acórdão 6.842/2016-2ª Câmara (data da sessão: 7/6/2016)**. Aderente também à posição que sustento, destaco o Acórdão 4.326/2016 – Relação n. 9/2016-TCU-2ª Câmara, Rel. Ministro-Substituto André Luís de Carvalho, julgado em 5/4/2016.

37. Por fim, não se aplica a exceção, admitida na jurisprudência, que consiste no reconhecimento da nulidade a qualquer tempo. É que a inércia da agravante se fez presente também na fase inicial do processo, quando, citada validamente, deixou transcorrer o prazo legal para apresentar alegações de defesa (peças 11 e 15) e, por consectário, permitiu que o julgamento ocorresse à sua revelia.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo, nos termos da minuta de acórdão que submeto à consideração deste colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 20 de setembro de 2016.

Ministro JOÃO AUGUSTO RIBEIRO NARDES
Relator