**PARECER N.:** **140/2019-GPGMPC**

**PROCESSO:** **418/2019-TCERO**

**ASSUNTO:** **EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – ACÓRDÃO AC2-TC 00542/16**

**INTERESSADOS:** **TOBIAS XAVIER DE SOUZA**

**RELATOR:** **CONSELHEIRO JOSÉ EULER POTYGUARA PEREIRA DE MELLO**

Trata-se de Embargos de Declaração manejados pelo Senhor Tobias Xavier de Souza[1] em face do Acórdão AC2-TC 00542/16[2], proferido nos autos de Tomada de Contas Especial n. 04445/02, que, julgada irregular, resultou em imputação de débito e aplicação de multa ao embargante, nos seguintes termos:

> TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. APURAÇÃO DE ILÍCITOS ADMINISTRATIVOS. AQUISIÇÃO DE REFEIÇÕES SUPERFATURADAS E EM QUANTITATIVOS EXORBITANTES. IRREGULAR LIQUIDAÇÃO DE DESPESA INSTRUÇÃO PROCESSUAL EFETIVADA. DANO AO ERÁRIO PROVADO E QUANTIFICADO. APLICAÇÃO DE MULTA. TCE JULGADA IRREGULAR COM IMPUTAÇÃO DE DÉBITO E MULTA.
>
> 1. Após a conversão do procedimento em Tomada de Contas Especial, uma vez verificadas irregularidades e dano ao erário, deve-se imputar responsabilidade aos agentes causadores do

[1] Diretor Administrativo da Casa de Detenção José Mário Alves da Silva (Urso Branco) no período de1º.9.2001 A 31.12.2001 (fl. 3169 dos autos 04445/2002).
[2] Republicada no D.O.e-TCE/RO 1796, de 28.1.2019, para correção de erros materiais, em cumprimento à DM 306/2018-GCJEPPM.

dano, quando provada a prática de atos ilegais, ilegítimos, antieconômicos e com infração às normas legais;

2. A jurisprudência desta Corte de Contas e do Tribunal de Contas da União são pacíficas, no sentido de considerarem ser de responsabilidade pessoal do gestor público a comprovação do bom e do regular emprego dos valores públicos que, nessa condição, tenham concretizado, cabendo-lhes o ônus da prova da escorreita aplicação de tais valores (Acórdãos 11/97-TCU-Plenário; 87/97-TCU-2ª Câmara; 234/95-TCU-2ª Câmara; 291/96-TCU-2ª Câmara; 380/95-TCU-2ª Câmara; Decisões 200/93-TCU-Plenário; 225/95-TCU-2ª Câmara; 735/2010-TCU-1ª Câmara, dentre
outras).

3. No presente caso, a instrução processual efetivada revelou má aplicação de recursos públicos, consistente no pagamento de refeições superfaturadas e em quantidade bem acima da população carcerária, à época, existente no Município de Ariquemes -RO, sendo constatado o resultado danoso ao erário estadual, cujo débito foi imputado aos agentes responsáveis.

4. Tomada de Contas Especial irregular, com imputação de débito e aplicação de multa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, que tratam de Inspeção Ordinária convertida em Tomada de Contas Especial por meio da Decisão n. 125/2001 – Pleno, como tudo nos autos consta.

ACORDAM os Senhores Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia, em consonância com o Voto do Relator, CONSELHEIRO WILBER CARLOS DOS SANTOS COIMBRA, por unanimidade de votos, em:

**I - JULGAR IRREGULAR** a presente **Tomada de Contas Especial**, com fundamento no disposto no art. 16, inciso III, “b” e “c”, da LC n. 154/96, haja vista a infringência aos artigos 62 e 63 da Lei n. 4.320/64, em razão dos pagamentos de refeições prontas além do número de detentos, bem como pelo do fornecimento indevido de refeições a terceiros não beneficiados legalmente na Unidade em referência, caracterizando despesas ilegais.

(...)

**XXXV - IMPUTAR DÉBITO** solidariamente aos senhores **Jorge Honorato,** Secretário da SESDEC**, Francisco Assis de Lima**, Coordenador Técnico da SESDEC, **Abimael Araújo dos Santos,**

> Superintendente da SUPEN e **Reinaldo Raimundo da Silva**, Gerente Administrativo da SUPEN, pela distribuição indevida de refeições a terceiros e categorias não legitimadas à percepção, no âmbito das **Unidades Prisionais - UP´s** infra, consoante os valores abaixo, à revelia dos princípios basilares da Administração Pública, insculpidos no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, solidariamente, com os respectivos diretores ou responsáveis a saber:
>
> (...)
>
> **b) Tobias Xavier de Souza,** Diretor Administrativo da Casa de Detenção José Mário Alves da Silva (Urso Branco), R$14.065,30 (set/01), R$19.104,98 (out/01), R$ 4.944,18 (nov/01), R$ 992,38 (dez/01) **= R$ 39.106,84**, cujo valor atualizado e com juros alcança o montante de **R$ 280.315,69** (duzentos e oitenta mil, trezentos e quinze reais e sessenta e nove centavos);
>
> (...)
>
> **XXXVI – APLICAR MULTA INDIVIDUALMENTE**, no percentual de 10% (dez por cento) do valor do débito atualizado a cada um dos responsáveis nos itens precedentes, em razão de terem causado dano ao erário, com fundamento no art. 54, da Lei Complementar n. 154/1996;
> **(...)**

O embargante suscitou que o acórdão apresentaria omissões que necessitariam ser esclarecidas e questão de ordem pública cujas análises teriam efeitos infringentes.

Na Certidão de fl. 10, foi atestada a tempestividade da irresignação.

Na DM 0039/2019-GCJEPPM (fls. 14 a 15), o Conselheiro Relator considerou presentes os pressupostos de admissibilidade e determinou o encaminhamento do processo a este *Parquet* para manifestação.

É o relatório.

**DA ADMISSIBILIDADE RECURSAL**

Constata-se, de plano, que o recurso atende aos requisitos de cabimento, legitimidade e interesse recursal da parte.

Resta, então, ainda em sede preliminar, verificar a pertinência do expediente com o pressuposto temporal disposto no art. 33 da Lei Complementar n. 154/96 e no art. 95 do Regimento Interno do Tribunal de Contas de Rondônia.

Vê-se[3] que o acórdão sofreu correções materiais e, em cumprimento à DM 306/2018-GCJEPPM (fls. 5488 a 5525), foi republicado, sendo disponibilizado no D.O.-e/TCE-RO n. 1796, no dia 28.1.2019, considerando-se como data de publicação o dia 29.1.2019 e como data inicial da contagem do prazo processual o dia 30.1.2019. Diante disso, o termo final se daria em 8.2.2019, tendo sido o expediente protocolizado junto a essa Corte nessa mesma data. Sendo assim, **o recurso merece ser conhecido**, visto que tempestivo.

Conforme dispõe o artigo 33 do RITCERO, na mesma esteira da sistemática processual civil[4], são cabíveis embargos declaratórios para corrigir os vícios de obscuridade, contradição e omissão, ou seja, trata-se, portanto, de meio de impugnação cuja cognição está limitada às citadas eivas, não sendo lícito ao julgador adentrar em questões meritórias, salvo erros materiais ou teratológicos.

[3] Certidão de publicação à fl. 5531 dos autos 4445/2002.
[4] Art. 1.022. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para:
I - esclarecer obscuridade ou eliminar contradição;
II - suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento;
III - corrigir erro material.

O embargante alega omissão quanto a ocorrência da prescrição e da nulidade da citação ordenada pelo então conselheiro Natanael Silva.

Com efeito, quanto ao vício da omissão, a doutrina processualista dispõe que somente "configura-se quando o juízo ou tribunal deixa de apreciar questões relevantes para o julgamento, suscitadas pelas partes ou cognoscíveis de ofício; ou quando não se manifesta sobre algum tópico da matéria submetida à sua apreciação"[5].

Preliminarmente, como se percebe pela leitura do expediente recursal, a insurgência traz em seu bojo questão de fundo, atinente à prescrição e nulidade da citação, que não foi alegada em sede de defesa, conforme permite aferir a leitura dos autos de origem.

Nada obstante, por tratar a prescrição e nulidade da citação questão de ordem pública, ainda que tal ponto não tenha sido levantado anteriormente pelas partes embargantes, deve ser enfrentado nesta sede por força do que dispõe o artigo 1.022, inciso II, do CPC/15[6].

**QUESTÃO DE ORDEM - PRESCRIÇÃO**

Segundo o embargante, os fatos teriam sido alcançados pela prescrição quinquenal e intercorrente previstas na Lei Federal n. 9.873/1999. Arguiu, também, que a prescrição é matéria de ordem pública e, por isso, deve ser decretada de ofício.

[5] GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. Recursos no Processo Penal. 7º edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.p. 175.
[6] Art. 1.022. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para:
II - suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento;

Argumentou que o DDR inicial foi de autoria de Conselheiro[7] cuja nomeação foi considerada nula por decisão judicial, o que acarretaria na nulidade de todos os atos por ele praticados. Por essa razão, as citações válidas só teriam ocorrido a partir de 2011, passados dez anos dos fatos tidos como irregulares. Equiparou seu caso ao do Senhor Rubens Gilmar da Costa, que, em Recurso de Revisão (Acórdão APL-TC 00210/18, referente ao Processo 02040/17), logrou que a Corte declarasse extinta a Tomada de Contas Especial em relação a ele, excluindo as imputações e multas decorrentes do Acordão AC2-TC 000542/2016-2ª Câmara.

Considerando que o acórdão combatido foi recentemente republicado para correção de erros materiais, não tendo transitado em julgado, aplica-se o entendimento mais recente a respeito dos prazos prescricionais no exercício do controle externo, consolidados na Decisão Normativa n. n. 01/2018/TCE-RO[8].

Assim, esclareça-se que o aludido normativo aponta a possibilidade de ocorrência de dois tipos de prescrição: a intercorrente, em que o processo pendente de julgamento fica paralisado por mais de três anos injustificadamente, e a quinquenal, em que passam mais de 5 anos entre os fatos e os atos fiscalizatórios ou entre os atos processuais mencionados no normativo. Veja:

---

[7] Natanael José da Silva.

[8] Isso porque seu art. 8º estabelece, expressamente, que o novo entendimento não se aplica aos processos que tenham transitado em julgado antes de 17.8.2017 (data de julgamento do Processo n. 1449/2016):
**Art. 8º** A presente Decisão entrará em vigor na data da sua publicação, com efeitos retroativos a 17.8.17, preservando-se as decisões que tenham sido proferidas em conformidade com os entendimentos superados, de modo que:
I – incidirá sobre os processos que não tenham transitado em julgado, independentemente da sua autuação ter ocorrido em data anterior ou posterior ao dia 17.8.17;
II – não incidirá sobre os processos transitados em julgado antes de 17.8.17, ainda que em sede de recurso de revisão ou petições residuais;
III – os entendimentos superados continuarão a servir de parâmetro para o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva quanto às sanções aplicadas e com transito em jugado formado em momento anterior a 17.8.17.

Decisão Normativa n. 01/2018/TCE-RO

**Art. 2º** Prescreve em 05 (cinco) anos a pretensão punitiva do Tribunal de Contas em face dos ilícitos sujeitos a sua fiscalização, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado.
**Art. 3º** Interrompe-se a prescrição de 05 (cinco) anos:
I – pela notificação ou citação válidas do responsável no âmbito do Tribunal de Contas, inclusive por meio de edital;
II – por qualquer ato inequívoco que importe apuração do fato, incidindo uma única vez no processo;
III – pela decisão condenatória recorrível no âmbito do Tribunal de Contas;
IV – por qualquer ato inequívoco que importe em manifestação expressa de tentativa de solução conciliatória no âmbito do Tribunal de Contas;
§1º No curso do processo, se forem realizadas mais de uma notificação ou citação, haverá nova interrupção da prescrição.
§2º Consideram-se atos inequívocos de apuração do fato, entre outros, os seguintes (o que ocorrer primeiro):
a) o despacho que ordenar a apuração dos fatos;
b) a portaria de nomeação de Comissão de Auditoria ou Inspeção;
c) a determinação do Tribunal de Contas para que o Gestor instaure o processo de TCE (art. 8º da LC n. 154/96);
d) a concessão de tutela provisória em qualquer fase processual (art. 3º da LC n. 154/96);
e) a conversão dos autos em Tomada de Contas Especial (art. 44 da LC n. 154/96);
f) a expedição de Despacho de Definição de Responsabilidade (art. 12, I da LC n. 154/96);
g) a elaboração de Relatório Técnico em que tenham sido apontadas irregularidades.
§3º A prescrição interrompida recomeça a correr da data do último ato que a interrompeu.
§4º Os marcos interruptivos acima estabelecidos também são considerados hipóteses interruptivas dos prazos da prescrição intercorrente.
§5º Quando o ilícito sujeito à fiscalização do Tribunal de Contas também constituir crime, a prescrição da pretensão punitiva reger-se-á pelo prazo previsto na lei penal.
**(...)**
**Art. 5º** Incide a **prescrição intercorrente** no processo pendente de julgamento e paralisado por mais de 03 (três) anos, sem causa que o justifique, cuja declaração será feita de ofício, mediante requerimento da parte interessada ou do Ministério Público de Contas, sem prejuízo da apuração da responsabilidade funcional decorrente da paralisação, se for o caso.
Parágrafo único. Não incide a prescrição intercorrente de 3 anos se o processo não estiver paralisado ou se estiver sobrestado para atender diligência indispensável para o seu deslinde, não

constituindo causa relevante para justificar a paralisação a alegação de excesso de trabalho.

Manuseando os autos, percebe-se que os fatos apurados e que importaram em responsabilização do embargante são de 2000 e 2001 e que em 22.11.2001 (fls 1 e 2), por meio da Decisão n. 125/2001-Pleno, converteu-se inspeção em Tomada de Contas Especial. O relatório de auditoria foi juntado em 11.4.2003 (fls. 1587 a 1635). O Despacho de Definição de Responsabilidade é de 18.9.2003 (fls. 1637 a 1658). A citação do embargante veio a ocorrer em 12.1.2004 (fl. 2127, Vol. VI). As defesas foram apresentadas entre fevereiro a julho de 2004 (volumes VIII a XI) e somente em 2.3.2010 foi juntado o relatório técnico dedicado a analisá-las (fl. 3611-v).

Desse registro da sequência de atos processuais extrai-se que o processo ficou paralisado por mais de 5 anos entre a juntada das manifestações dos responsáveis e o respectivo exame técnico, incidindo, dessa forma, a prescrição intercorrente.

Ademais, passados mais de 12 anos das citações, ainda não havia decisão condenatória, vindo ela a ser publicada somente em 2016 e republicada para correções de erros materiais em 2019. Por essa razão, a pretensão punitiva da Corte de Contas também foi alcançada pela prescrição quinquenal, devendo-se dar provimento aos embargos e, em consequência, afastar o item XXXVI do acórdão[9], excluindo-se a aplicação de multa.

Todavia, ressalte-se que “São imprescritíveis, nos termos do art. 37, §5º, da Constituição Federal, as pretensões e ações visando ao ressarcimento do erário por danos decorrentes de atos ilícitos sujeitos ao controle externo a cargo do Tribunal de Contas” (art. 7º da Decisão Normativa n. 01/2018/TCE-RO). Por essa razão, a prescrição não atinge a imputação de débito.

[9] Item renumerado por determinação da DM 306/2018-GCJEPPM, fl. 5490.

Assim, considerando determinação expressa do texto constitucional, as ações de ressarcimento por danos causados ao erário são imprescritíveis, sendo excluídas da faculdade atribuída ao legislador ordinário para a fixação de prazo prescricional.

A doutrina também defende majoritariamente a imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário decorrente de ilícito. Nesse sentido, cito entendimento de José Afonso da Silva:

> A prescritibilidade, como forma de perda da exigibilidade de direito, pela inércia de seu titular, é um princípio geral do direito. Não será, pois, de estranhar que ocorram prescrições administrativas sob vários aspectos, quer quanto às pretensões de interessado em face da Administração, quer quanto às desta em face de administrados. Assim é, especialmente, em relação aos ilícitos administrativos. Se a Administração não toma providências à sua apuração e à responsabilidade do agente, a sua inércia gera a perda de o seu *ius persequendi*. É o princípio que consta do art. 37, § 5º, que dispõe: "A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízo ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento". Vê-se, porém, que há uma ressalva ao princípio. Nem tudo prescreverá. Apenas a apuração e punição do ilícito, não, porém, o direito da Administração ao ressarcimento, à indenização, do prejuízo causado ao erário. É uma ressalva constitucional e, pois, inafastável, mas, por certo, destoante dos princípios jurídicos, que não socorrem quem fica inerte (*dormientibus no sucurrit ius*). Deu-se assim à Administração inerte o prêmio da imprescritibilidade na hipótese considerada.[10]

A diretriz jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, conquanto a matéria esteja submetida ao crivo do Plenário pelo sistema de repercussão geral (recurso extraordinário n. 669.069/MG), orienta pela imprescritibilidade das ações de ressarcimento de danos causados ao erário, conforme verifica-se nos seguintes julgados:

> Agravo regimental no recurso extraordinário. Administrativo. Alegação de não esgotamento de instância. Não ocorrência.

[10] SILVA, José Afonso da. Comentário contextual à Constituição. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p.353/354.

Imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário. Repercussão geral do tema reconhecida. Mantida a decisão em que se determinou o retorno dos autos à origem. Precedentes. 1. **O Supremo Tribunal Federal, no exame do RE n. 669.069/MG-RG, Relator o Ministro Teori Zavascki, reconheceu a repercussão geral da matéria relativa à "imprescritibilidade das ações de ressarcimento por danos causados ao erário, ainda que o prejuízo não decorra de ato de improbidade administrativa"**. 2. Manutenção da decisão mediante a qual, com base no art. 328, parágrafo único, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, se determinou a devolução dos autos ao Tribunal de origem para a observância do disposto no art. 543-B do Código de Processo Civil. 3. Agravo regimental não provido. (RE 814243 AgR/PE – Ag. Reg. No Recurso Extraordinário, rel. Ministro Dias Toffoli – 01.09.2015. (Destaque nosso)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO ADMINISTRATIVO. DANO AO ERÁRIO. ARTIGO 37, §5º, DA CF. IMPRESCRITIBILIDADE. PRECEDENTES. PRETENSÃO DE REJULGAMENTO DA CAUSA PELO PLENÁRIO E ALEGAÇÃO DE NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DE DANO CONCRETO PARA SE IMPOR A CONDENAÇÃO AO RESSARCIMENTO EM RAZÃO DO DANO CAUSADO À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SUBMISSÃO DA MATÉRIA A REEXAME PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO, DETERMINANDO-SE O PROCESSAMENTO DO RECURSO OBSTADO NA ORIGEM. 1. **O Supremo Tribunal Federal tem jurisprudência assente no sentido da imprescritibilidade das ações de ressarcimentos de danos ao erário**. Precedentes: MS n. 26210/DF, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, 10.10.2008; RE n. 578.428/RS-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Ayres Britto, DJe 14.11.2011; RE n. 646.741/RS-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe 22.10.2012; AI n. 712.435/SP-AgR, Primeira Turma, Relatora a Ministra Rosa Weber, DJe 12.4.2012. 2. Agravo regimental. (AI 819135 AgR/SP – Ag. Reg. No Agravo de Instrumento, Relator Min. Luiz Fux, JULGADO: 28.05.2013 – Primeira Turma). (Destaque nosso)

Nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. DANO AO ERÁRIO. RESSARCIMENTO. IMPRESCRITIBILIDADE. MULTA. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. ART. 1º DA LEI 9.873/1999. INAPLICABILIDADE. 1. **A pretensão de ressarcimento por prejuízo causado ao Erário é imprescritível. Por decorrência lógica, tampouco prescreve a**

> **Tomada de Contas Especial no que tange à identificação dos responsáveis por danos causados ao Erário e à determinação do ressarcimento do prejuízo apurado. Precedente do STF**. 2. Diferente solução se aplica ao prazo prescricional para a instauração da Tomada de Contas no que diz respeito à aplicação da multa prevista nos arts. 57 e 58 da Lei 8.443/1992. Em relação à imposição da penalidade, incide, em regra, o prazo quinquenal. 3. [...] 4. Recursos Especiais parcialmente providos para afastar a prescrição relativamente ao ressarcimento por danos causados ao Erário. (REsp 894539/PI, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/08/2009, DJe 27/08/2009). (Destaque nosso)

Essa Corte também sedimentou entendimento de que os ilícitos que causam dano ao erário são imprescritíveis, *in verbis*:

> ACÓRDÃO Nº 05/2005
> Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, que tratam da apuração de responsabilidade pela contratação ilegal de Jerônimo Ribeiro (Acórdão n. 400/95 – Justiça do Trabalho), como tudo dos autos consta. ACORDAM os Senhores Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia, em consonância com o Voto do Relator, Conselheiro AMADEU GUILHERME MATZENBACHER MACHADO, por maioria de votos, em: I – Preliminarmente, na forma do artigo 173, inciso VI, alínea "f", do Regimento Interno, assentar o seguinte entendimento sumular versando sobre o Instituto da prescrição no âmbito deste Tribunal de Contas, tendo em vista a ausência de norma no âmbito estadual dispondo sobre o assunto; a) **Os atos ilícitos dos quais resultem dano ao erário são imprescritíveis, nos termos do artigo 37, § 5º, da Constituição Federal**; [...]" (Destaque nosso).

Diante de tais considerações, forçoso concluir que a imputação de débito ao gestor, como no caso em análise, tem caráter de ressarcimento de dano ao erário, sendo, portanto, esse tipo de ação imprescritível.

## QUESTÃO DE ORDEM – NULIDADE DO DDR

O embargante pretende ver reconhecida a nulidade dos atos praticados pelo então Conselheiro Relator Natanael José da Silva, tendo em vista que, por decisão judicial, teria sido considerada nula a sua nomeação. Em seu

entender, a citação ao embargante em 2003 não teria sido válida pois em cumprimento ao Despacho de Definição de Responsabilidade produzido por aquele relator.

Todavia, não trouxe aos autos cópia da aludida decisão nem mencionou o número da ação. Também não colacionou qualquer fundamento legal, doutrinário ou jurisprudencial sobre esse aspecto específico do seu recurso, apenas trechos genéricos extraídos de doutrinadores sobre nulidade de atos administrativos.

Entrementes, foi juntada cópia dessas decisões no Recurso de Revisão manejado por Jorge Honorato (Processo n. 4129/2018).

Verifica-se do acórdão do STF julgando Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 696.375 de Rondônia[11], que o ,Senhor Natanael José da Silva, buscava ver seu caso revisto pela Suprema Corte, o que foi por ela rechaçado por não conter ofensa direta à Constituição.

Da leitura do acórdão[12] prolatado pela 2ª Câmara do TJ-RO na Apelação Cível 103.001.2003.013126-9 e da sentença proferida na Segunda Vara da Fazenda Pública da Comarca de Porto Velho na Ação Popular 00120030131269, que declararam a nulidade tanto da indicação quanto da nomeação para o cargo de Conselheiro do Tribunal de Contas, não há menção quanto aos efeitos da decisão nos atos por ele praticados no exercício do cargo.

[11] Disponível em http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2584776, acesso em 3.4.2019.

[12] AÇÃO POPULAR. CONSELHEIRO DO TRIBUNAL DE CONTAS. INDICAÇÃO. NOMEAÇÃO. REQUISITOS CONSTITUCIONAIS. INOBSERVÂNCIA. NULIDADE. São nulos os atos de indicação e nomeação para o cargo de Conselheiro do Tribunal de Contas que não fornecerem a necessária motivação, consubstanciada pelo cumprimento dos requisitos constitucionais de idoneidade moral e reputação ilibada.

Pois bem. Seguindo o raciocínio de que o acessório segue o principal, todos os atos praticados por esse servidor também deveriam ser considerados ilegais. Ocorre que o Supremo Tribunal Federal[13] já reconheceu a aplicabilidade da **teoria do funcionário de fato**, em que servidor público cuja investidura foi considerada ilegal deve ser afastado do serviço público, mas mantidos os atos por ele praticados em nome da **segurança jurídica**.

A propósito, o STF, ao apreciar o mérito da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 388/DF, a despeito da inconstitucionalidade de nomeação de membro do MP para cargo do Poder Executivo, aprovando à unanimidade o voto do relator, se pronunciou para admitir como válidos os atos por ele praticados, sob a justificativa da aparência de legalidade do ato administrativo. Veja:

> 3. **Validade jurídica dos atos praticados pelo servidor** "***de facto***" **e a teoria da investidura aparente**
>
> **Nem se diga** que a decisão *que está sendo construída* **neste** julgamento **implicará invalidação** dos atos e resoluções **emanados** do Senhor Ministro da Justiça, **considerada a inconstitucionalidade** de sua investidura funcional.
> **Cumpre rememorar**, *a esse propósito*, **a jurisprudência** desta Suprema Corte que, *por mais de uma vez* (**MS 26.603/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *v.g.*), **já aplicou** a tais situações **a teoria** do servidor "*de facto*", **fundada** *na doutrina da aparência do direito*.
> **Não se pode desconhecer**, *quanto a esse tema*, **o magistério jurisprudencial** que o Supremo Tribunal Federal **firmou** a propósito das questões **surgidas** em decorrência **da investidura funcional** "*de facto*", **orientando-se** *esta Corte*, *na matéria em causa*, **no sentido** de fazer preservar, **em respeito** *aos postulados da confiança* **e** *da boa-fé dos cidadãos*, *da segurança jurídica* **e** *da aparência do Direito*, **a integridade** dos atos praticados *pelo funcionário de fato*:
>
> > "***A declaração de insubsistência da nomeação de magistrado*** *que haja participado de julgamento* ***não implica*** *nulidade deste.* ***Milita****, a favor da administração pública,* ***a presunção de legitimidade*** *dos respectivos atos,* ***sendo*** *o magistrado considerado* ***como servidor público de fato***."

[13] MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 7. Ed. Niterói: Impetus, 2013, fl. 323.

(**HC 71.834/RR**, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, **Segunda Turma**)

**Na realidade**, a jurisprudência desta Corte Suprema **tem advertido**, no exame da controvérsia **pertinente** ao denominado **servidor de fato**, que, "***Ainda que declarada a inconstitucionalidade da lei*** *que permitiu a investidura de agentes do Executivo nas funções de Oficiais de Justiça,* ***são válidos*** *os atos por eles praticados*" (**RDA 126/216**, Rel. Min. ALIOMAR BALEEIRO – **grifei**).

**Esse entendimento jurisprudencial** – *é importante assinalar* – **nada mais reflete** *senão a orientação do mais autorizado magistério doutrinário* (LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, "**Curso de Direito Administrativo**", p. 257/260, itens ns. 3.2 **a** 4, 8ª ed., 2006, Malheiros; CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, "**Curso de Direito Administrativo**", p. 236, item n. 2, 22ª ed., 2007, Malheiros; JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, "**Manual de Direito Administrativo**", p. 533/534, item n. 3, 12ª ed., 2005, Lumen Juris; MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, "**Direito Administrativo**", p. 471, item n. 12.1, 20ª ed., 2007, Atlas, *v.g.*), *que reconhece*, **com fundamento na teoria da investidura aparente**, "*a legitimidade dos atos praticados por funcionários de fato (...)*" (THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, "**Tratado de Direito Administrativo**", vol. IV/84, 4ª ed., 1961, Freitas Bastos).

*Todas essas razões permitem-me reconhecer*, Senhor Presidente, que, **não obstante** os fundamentos **em que se apoia** este julgamento, *subsistem íntegros* os atos oficiais **praticados** pelo Senhor Ministro da Justiça. (ADPF 388/DF, STF – Pleno, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Julgamento: 9.3.2016, DJ: 29.7.2016) ***(trechos do texto em destaque no original)***

A Corte Constitucional também já julgou casos[14] em que validou atos praticados por juiz incompetente, com base na teoria do juízo

[14] Informativo STF n. 701, de 8 a 12.9.2013. "Ao admitir a ratificação de provas — interceptações telefônicas — colhidas por juízo aparentemente competente à época dos fatos, a 2ª Turma, por maioria, denegou habeas corpus impetrado em favor de vereador que supostamente teria atuado em conluio com terceiros para obtenção de vantagem indevida mediante a manipulação de procedimentos de concessão de benefícios previdenciários, principalmente de auxílio- doença. Na espécie, a denúncia fora recebida por juiz federal de piso que decretara as prisões e as quebras de sigilo. Em seguida, declinara da competência para o TRF da 2ª Região, considerado o art. 161, IV, d-3, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, bem como o julgamento do RE 464935/RJ (DJe de 27.6.2008), pelo qual se reconhecera que os vereadores fluminenses deveriam ser julgados pela segunda instância, em razão de prerrogativa de função. Por sua vez, o TRF da 2ª Região entendera que a competência para processar e julgar vereadores seria da primeira instância, ao fundamento de que a justiça federal seria subordinada à Constituição Federal (art. 109) e não às constituições estaduais. Alegava-se que o magistrado federal não teria competência para as investigações e para julgamento da ação penal, uma vez que vereadores figurariam no inquérito.
Asseverou-se que o precedente mencionado não se aplicaria à espécie, porquanto aquela ação

aparente, vez que, à época dos fatos, era aparentemente competente, tal qual ocorreu nos autos da TCE em discussão quando da elaboração e juntada do DDR.

De fato, vícios de atos processuais afrontam o princípio da legalidade, que está no cerne do Estado de Direito. Ocorre que não se pode buscar preservar esse princípio como se regra absoluta fosse, devendo sofrer ponderação para acomodar os demais princípios, tais como segurança jurídica, confiança, boa-fé, estabilizando situações criadas administrativamente. Mesmo porque, muitas vezes, os prejuízos que seriam suportados pela Administração seriam maiores que eventuais vantagens do desfazimento dos atos viciados.

Dessa feita, também o direito processual busca aproveitar, tanto quanto possível, os atos processuais, para evitar os custos temporais da repetição de atos, promovendo, nessa perspectiva, um processo com razoável duração, de acordo com o art. LXXVIII, da CR/1988 e art. 4º do CPC[15].

---

penal tramitara na justiça estadual e não na federal. Destacou-se que, à época dos fatos, o tema relativo à prerrogativa de foro dos vereadores do Município do Rio de Janeiro seria bastante controvertido, mormente porque, em 28.5.2007, o Tribunal de Justiça local havia declarado a inconstitucionalidade do art. 161, IV, d-3, da Constituição estadual. Observou-se que, embora essa decisão não tivesse eficácia erga omnes, seria paradigma para seus membros e juízes de primeira instância. Nesse contexto, obtemperou-se não ser razoável a anulação de provas determinadas pelo juízo federal de primeira instância. Aduziu-se que, quanto à celeuma acerca da determinação da quebra de sigilo pelo juízo federal posteriormente declarado incompetente — em razão de se identificar a atuação de organização criminosa, a ensejar a remessa do feito à vara especializada —, aplicar-se-ia a teoria do juízo aparente. Vencido o Min. Celso de Mello, que concedia a ordem. Ressaltava que, embora a jurisprudência do STF acolhesse a mencionada teoria, essa apenas seria invocável se, no momento em que tivessem sido decretadas as medidas de caráter probatório, a autoridade judiciária não tivesse condições de saber que a investigação fora instaurada em relação a alguém investido de prerrogativa de foro. Pontuava que o juízo federal, ao deferir as interceptações, deixara claro conhecer o envolvimento, naquela investigação penal, de três vereadores, dois dos quais do Rio de Janeiro, cuja Constituição outorgava a prerrogativa de foro perante o Tribunal de Justiça. Frisava que a decisão que decretara a medida de índole probatória fora emanada por autoridade incompetente. Após, cassou-se a liminar anteriormente deferida.
**HC 110496/RJ, rel. Min. Gilmar Mendes, 9.4.2013. (HC-110496)**

[15] MARINONI, Luiz Guilherme. *Novo curso de processo civil [livro eletrônico]: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume 2*. Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero. 3º ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. 6Mb; PDF.

Por essa razão, uma invalidade processual só é decretada pelo juízo se comprometer a finalidade do ato (art. 277) e causar prejuízo aos fins de justiça do processo (arts. 282, §§ 1.º e 2.º e 283, parágrafo único), seguindo o princípio da instrumentalidade das formas (*pas de nullité sans grief*).

> CPC/2015
> Art. 277. Quando a lei prescrever determinada forma, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade.
> (...)
> Art. 282. Ao pronunciar a nulidade, o juiz declarará que atos são atingidos e ordenará as providências necessárias a fim de que sejam repetidos ou retificados.
> § 1º O ato não será repetido nem sua falta será suprida quando não prejudicar a parte.
> § 2º Quando puder decidir o mérito a favor da parte a quem aproveite a decretação da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.
> Art. 283. O erro de forma do processo acarreta unicamente a anulação dos atos que não possam ser aproveitados, devendo ser praticados os que forem necessários a fim de se observarem as prescrições legais.
> Parágrafo único. Dar-se-á o aproveitamento dos atos praticados desde que não resulte prejuízo à defesa de qualquer parte.

A respeito, o embargante deixou de demonstrar qual teria sido o prejuízo à sua defesa ou aos fins do processo derivados dos atos praticados por aquele Conselheiro. Aliás, o que se extrai da TCE é que a elaboração do DDR e a expedição dos mandados de audiência e citação dela oriundos observaram o devido processo legal no fluxo processual específico das tomadas de contas especiais e, ainda, garantiram o exercício do contraditório e ampla defesa aos envolvidos. Por essa razão, o embargante apresentou defesa, juntada entre as fls. 3166 a 3473, vol. X, sendo analisada pela unidade técnica, pelo Ministério Público de Contas e pelo voto do relator aprovado no acórdão objeto dos embargos.

Ademais, em caso de reconhecimento de incompetência do juízo, pode-se, motivadamente, afastar os efeitos das decisões por ele proferidas.

Porém, não havendo deliberação expressa sobre isso, as decisões continuarão produzindo efeitos normalmente, pois dotadas de presunção de legalidade.

Além disso, o Código de Processo Civil de 1973 (art. 113, parágrafo 2º), vigente à época da sucessão de relator objeto da celeuma, estabelecia tão somente a nulidade dos atos decisórios praticados pelo juízo absolutamente incompetente[16], o que não é o caso dos autos.

Sobre o assunto, esclareça-se que a competência absoluta abrange, no geral, a competência em razão da matéria e a funcional [17]. Sob essa perspectiva, verifica-se que a TCE foi instaurada e se desenvolveu para o exercício do controle externo dentro das competências e prerrogativas constitucionais previstas entre os arts. 70 a 75 da CR/1988 (competência material). Além disso, ao exarar o Despacho de Definição de Responsabilidade, cumpriu, o relator, a atribuição definida ao art. 12, I, da Lei Orgânica do TCE-RO, segundo o qual cabe ao relator definir a responsabilidade individual ou solidária pelo ato de gestão inquinado (competência funcional).

Para esclarecer e finalizar o assunto sobre competência, vejam-se esses exemplos de incompetência absoluta do TCE-RO: fiscalizar a aplicação de recursos federais[18] e realizar controle concentrado de constitucionalidade[19].

---

[16] O atual código consagrou mais ainda o aproveitamento dos atos processuais praticados por juiz incompetente, fixando uma presunção de validade:
Art. 64 (...)
§ 4º - Salvo decisão judicial em sentido contrário, conservar-se-ão os efeitos de decisão proferida pelo juízo incompetente até que outra seja proferida, se for o caso, pelo juízo competente.

[17] MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo de conhecimento*. Curso de Processo civil: volume 2. Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart. 10º ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, pág. 41.

[18] EMENTA: Pregão presencial. Contratação de serviços gráficos de *banner* e *outdoor* e aquisição de garrafa *squeeze*, sacolas de lixo para cambio de carro, canetas personalizadas, bonés, chaveiros e camisetas. Revogação da decisão nº 283/2015 que suspendeu o certame cautelarmente. Recursos de origem federal. Incompetência do TCE/RO. (Doc. N. 12821/2015, DM-GCESS-TC-00289/2015, DOeTCE-RO n. 1033, 16.11.2015, pág. 7).

[19] DENÚNCIA AUTUADA COMO REPRESENTAÇÃO. RETIFICAÇÃO DA AUTUAÇÃO. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADE DE LEI COMPLEMENTAR

Aliás, mesmo que considerado o relator como incompetente e inválida a citação por ele determinada, o embargante veio aos autos e apresentou defesa, que foi juntada entre as fls. 5121 a 5142. Regra geral, o comparecimento espontâneo supre vícios na citação (art. 214, §1º, do CPC/1973 e art. 239, §1º do CPC/2015).

> CPC/1973
> Art. 214. (...)
> § 1º O comparecimento espontâneo do réu supre, entretanto, a falta de citação. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)
>
> CPC/2015
> Art. 239. (...)
> § 1º O comparecimento espontâneo do réu ou do executado supre a falta ou a nulidade da citação, fluindo a partir desta data o prazo para apresentação de contestação ou de embargos à execução.

Dessa feita, não há procedência na alegação de nulidade do DDR e do mandado de citação.

O embargante ainda afirmou que o seu caso é idêntico ao do Recurso de Revisão manejado pelo Senhor Rubens Gilmar Mendes (Processo n. 02040/2017, Acórdão APL-TC 00210/18), tido, em seu entender, como procedente para reconhecimento da incidência da prescrição.

---

MUNICIPAL. APRECIAÇÃO DE ATOS NORMATIVOS EM TESE. PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE NÃO ATENDIDOS. NÃO CONHECIMENTO. ARQUIVAMENTO.
1. O controle concentrado de constitucionalidade de leis e atos normativos cabe ao Supremo Tribunal Federal e aos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal (sobre suas respectivas cartas constitucionais), enquanto aos Tribunais de Contas é atribuída competência exercer o controle difuso de constitucionalidade, quando no exercício de suas atribuições, nos exatos termos da Súmula nº 347 do STF.
2. Tendo a denúncia por objeto que a Corte exerça o controle concentrado de constitucionalidade, a apreciação de atos normativos em tese, impõe-se o seu não conhecimento por não atender aos pressupostos de admissibilidade estabelecidos na Lei Orgânica do Tribunal de Contas e em seu Regimento Interno. (Processo n. 07180/2017, Acórdão APL-TC 00304/2018, DOeTCE/RO n. 1686, de 8.8.2018, pág. 15).

Em verdade, não houve reconhecimento da prescrição. Nem as situações dos dois recorrentes podem ser equiparadas. O Senhor Rubens Gilmar Mendes foi incluído como responsável somente em 15.12.2010, no segundo DDR, o de n. 028/2010/GCWCSC (fls. 3671 a 3672), e citado em 29.3.2011, conforme AR juntado à fl. 3680. Passada mais de uma década entre os fatos e a citação, considerou-se prejudicado o exercício da ampla defesa, a razoabilidade/proporcionalidade na duração do processo e a segurança jurídica, razão pela qual o processo foi, em relação ao Senhor Rubens Gilmar Mendes, considerado extinto e excluídas as imputações de débito e multa decorrentes do Acórdão AC2-TC 00542/2016-2ª Câmara.

**REDISCUSSÃO DA MATÉRIA – IMPOSSIBILIDADE**

Registre-se que o item II dos embargos, parte final (fl. 2-v), cinge-se a repetir argumentos de defesa a respeito de sua ilegitimidade, ressaltando que não possuiria atribuições orçamentárias e financeiras e que o controle alimentar era atribuição dos diretores das unidades penais. Aduz que o acórdão contém equívocos que não refletiriam a realidade dos autos e que suas razões de defesa foram desconsideradas por ocasião do julgamento.

Nesse ponto específico, o embargante não revela qual teria sido a omissão, a contradição ou a obscuridade no acórdão, buscando, em vez disso, a mera rediscussão do mérito, o que é impróprio para a espécie recursal manejada. Por essa razão, esses argumentos não serão enfrentados na análise dos embargos.

Nesse sentido, colaciono precedente do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia que, por sua didática e precisão acerca do tema, merece reprodução de sua ementa, de forma a ilustrar o que até aqui se afirmou, *in verbis*:

> Embargos de declaração. Omissão. Ausência. Questões de mérito. Efeitos infringentes. Prequestionamento. Recurso não provido. **Os embargos de declaração são cabíveis somente para sanar omissão, obscuridade ou contradição contida no julgado, ou ainda, para sanar erro material. Ausente qualquer dessas hipóteses, devem ser rejeitados**. O inconformismo da parte em relação ao conteúdo da decisão deve ser objeto de recurso próprio, **não se prestando os embargos para rediscutir a matéria**. A inexistência de omissão, obscuridade ou contradição em acórdão embargado é requisito para a concessão dos efeitos infringentes e, ausente quaisquer deles, deve o julgado ser mantido em sua integralidade. Ainda que se admita a oposição dos embargos de declaração para fins de prequestionamento, isso não significa dizer que o embargante não deva demonstrar a ocorrência de alguma das hipóteses previstas no art. 535, do CPC. Recurso a que se nega provimento. (TJRO - ED, N. 00001109020128220001, Rel. Des. Waltenberg Junior, J. 13/09/2013) (Destaque nosso)

Nessa senda é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

> PROCESSUAL CIVIL. **EMBARGOS DE DECLARAÇÃO**. OFENSA AO ART. 1.022 DO CPC/2015 (ART. 535 DO CPC/1 973) NÃO CONFIGURADA. **REDISCUSSÃO DA CONTROVÉRSIA. IMPOSSIBILIDADE**. 1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 1.022 do CPC/2015 (art. 535 do CPC/1973). 2. **Os Embargos Declaratórios não constituem instrumento adequado para a rediscussão da matéria de mérito**. 3. Hipótese em que a embargante reconhece que o acórdão fundamentou os motivos pelos quais entendeu não configurado o Conflito de Competência. Não obstante, assevera que tal decisum é "contraditório", sem, contudo, demonstrar relação de incompatibilidade lógica interna entre a motivação e a conclusão do julgado. 4. Embargos de Declaração rejeitados. (EDcl no CC 130.905/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/10/2016, DJe 08/11/2016) (Destaque nosso)

Por fim, analisados os embargos, observa-se que houve efeitos infringentes apenas no que tange ao item XXXVI do acórdão, alcançado pela prescrição, mantendo-se os demais termos dispositivos da decisão (irregularidade da TCE e imputações de débito).

Ante todo o exposto, manifesta-se o MPC pelo CONHECIMENTO dos embargos e, no mérito, pelo PARCIAL PROVIMENTO, a fim de que:

1 – seja reconhecida a prescrição da pretensão punitiva da Corte de Contas de Rondônia, em razão da incidência da prescrição intercorrente entre a apresentação das defesas (em 2004) e a juntada do relatório técnico de análise (em 2010) e, também, em razão da prescrição quinquenal entre as citações (em 2004) e a prolação do acórdão (em 2016 e republicado em 2019), afastando-se, em consequência, a cominação da multa ao item XXXVI do acórdão;

2 – seja afastada, por improcedência, a questão de ordem relativa à nulidade do DDR de autoria do então Conselheiro Relator Natanael José da Silva e dos mandados de citação dele derivados.

É o Parecer.

Porto Velho, 10 de maio de 2019.

**Yvonete Fontinelle de Melo**

S4 Procuradora-Geral do Ministério Público de Contas