



Acórdão 00757/2020-5 - Plenário

Processos: 05019/2019-1, 08172/2017-3, 07006/2017-1

Classificação: Pedido de Reexame

UGs: PMV - Prefeitura Municipal de Vitória, SEMAD - Secretaria Municipal de Administração de Vitória

Relator: Sérgio Manoel Nader Borges

Interessado: COMUNICA BRASIL LTDA, MARCIO AURELIO PASSOS, ELISABETH ANGELA ENDLICH, CAPER SERVICOS CORPORATIVOS LTDA

Recorrente: Membros do Ministério Público de Contas (LUCIANO VIEIRA)

Procurador: RODRIGO CARLOS HORTA (OAB: 9356-ES)

PEDIDO DE REEXAME – JUNTADA DE DOCUMENTOS NOVOS EM SEDE RECURSAL – PEDIDO DE NOVO JULGAMENTO – RECURSO CONHECIDO – PRELIMINAR DE VIOLAÇÃO AO CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA APRESENTADA PELA DEFESA – PROVIMENTO – ANULAÇÃO DO ACÓRDÃO TC Nº. 1733/2018 – NOVA INSTRUÇÃO PROCESSUAL.

O EXMO. SR. CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES:

I – RELATÓRIO

Tratam os autos de Pedido de Reexame interposto pelo Ministério Público de Contas do Estado do Espírito Santo em face do teor do **Acórdão TC nº. 1733/2018 – Plenário**, proferido nos autos do **Processo TC nº. 7006/2017**, cujo teor versa acerca de Representação formulada pela empresa Comunica Brasil Ltda. em face da Secretaria Municipal de Administração de Vitória, questionando a habilitação da empresa Caper Serviços Corporativos Ltda. para o **Pregão Eletrônico nº 153/2017**.

O referido Acórdão restou assim lavrado:

1. ACÓRDÃO

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em sessão Plenária, ante as razões expostas pelo Relator, em:

- 1.1 Considerar **IMPROCEDENTE a presente Representação**;
 - 1.2 Com base no art. 294, §3º do RITCEES, ante a ausência de preenchimento dos requisitos estabelecidos no §2º do art. 294 do mesmo diploma legal, **INDEFERIR** o ingresso da Representante nos presentes autos.
 - 1.3 Dar **CIÊNCIA desta decisão** ao representante e aos responsáveis;
 - 1.4 **REMETER** os autos ao Ministério Público de Contas, após a confecção deste Acórdão nos termos do art. 62, parágrafo único da LC 621/2012;
 - 1.5 **ARQUIVAR os presentes autos**, após o trânsito em julgado.
2. Unânime.
3. Data da Sessão: 27/11/2018 - 42ª Sessão Ordinária do Plenário.

Tendo em vista o Pedido de Reexame apresentado pelo Ministério Público Especial de Contas, proferi a **Decisão Monocrática Preliminar (DECM) nº. 456/2019-9**, a fim de **notificar** a empresa **CAPER SERVIÇOS CORPORATIVOS LTDA. – EPP** para o oferecimento de contrarrazões, no prazo de 30 dias, tendo a mesma se manifestado nos autos.

Dentre os argumentos apresentados para rechaçar o pedido de modificação do julgado, a empresa CAPER SERVIÇOS CORPORATIVOS LTDA. – EPP, pugna pela decretação de sigilo dos autos, baseado nos seguintes argumentos:

1. DO PEDIDO DE SIGILO COMERCIAL – ESCLARECIMENTOS QUE SE FAZ.

Seguindo recente entendimento do Superior Tribunal de Justiça, se faz necessário requerer, desde já, a decretação de sigilo comercial no pedido de reexame em andamento perante a este R. Tribunal, vez que é nítido que a concorrência busca conhecer os procedimentos da empresa Recorrida, ora Expoente, bem como, suas estratégias comerciais, algo que por si só justifica o pedido de sigilo comercial.

A juntada do contrato de permuta firmado entre a Caper Serviços Corporativos Ltda EPP e a Ivox Contact Center Ltda, cujo objeto é a permuta de serviços, tais como: apoio administrativo, *backoffice* e cessão de mão de obra versus permuta de utilização de estrutura e infra e dos demais documentos juntados neste ato, sem a decretação de sigilo comercial afeta a intimidade da empresa Recorrida, ora Expoente, além de expor estratégias desenvolvidas pela empresa Recorrida, ora Expoente, com eventual prejuízo para suas condições de competitividade.

Configura-se a hipótese de proteção de segredo comercial, tratada pelo artigo 206 da lei 9.279/96, que admite o sigilo processual em tais situações, a saber:

Art. 206. Na hipótese de serem reveladas, em juízo, para a defesa dos interesses de qualquer das partes, informações que se caracterizem como confidenciais, sejam segredo de indústria ou de comércio, deverá o juiz determinar que o processo prossiga em segredo de justiça, vedado o uso de tais informações também à outra parte para outras finalidades.

Firme neste entendimento, requer a este R. Tribunal a decretação de sigilo comercial no procedimento em destaque por ser dever de Justiça!

Com a juntada da manifestação, e documentos que a acompanham, os autos foram encaminhados à área técnica para análise e manifestação, tendo sido elaborada a **Instrução Técnica de Recursos (ITR) nº. 00251/2019**, cuja conclusão assim dispôs:

CONCLUSÃO

Ante o exposto, face à violação ao Princípio do Devido Processo Legal, arguida em sede preliminar, opinamos pela **anulação do Acórdão TC-1733/2018 – Plenário**, proferido nos autos do **TC 7006/2017**, com o consequente retorno do processo à fase instrutória, para que seja devidamente instaurado o contraditório sobre as novas questões fáticas e jurídicas apresentadas neste Pedido de Reexame.

Ressalta-se o requerimento de **manifestar-se oralmente na sessão de julgamento**.

Ato contínuo, os autos foram encaminhados ao Ministério Público Especial de Contas que, por meio do Parecer Ministerial nº. 05425/2019, da lavra do Dr. Luciano Vieira, manifestou-se pelo “(...) CONHECIMENTO do recurso, nos termos dos arts. 152, inciso II, e 166 da LC n. 621/2012, e, no mérito, seja ANULADO o v. Acórdão TC-1733/2018-1–Plenário, determinando-se a reinstrução do feito nos termos regimentais”.

Por fim, vieram os autos ao gabinete para elaboração de voto.

É o relatório.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Conforme acima exposto, tratam os autos de Pedido de Reexame interposto pelo Ministério Público de Contas do Estado do Espírito Santo em face do teor do **Acórdão TC nº. 1733/2018 – Plenário**, proferido nos autos do **Processo TC nº. 7006/2017**, cujo teor versa acerca de Representação formulada pela empresa

Comunica Brasil Ltda. em face da Secretaria Municipal de Administração de Vitória, questionando a habilitação da empresa Caper Serviços Corporativos Ltda. para o **Pregão Eletrônico nº 153/2017**.

Antes de adentrar à análise da impugnação propriamente dita, há que se verificar a presença dos pressupostos recursais da presente peça.

II.1 – Da Admissibilidade do Pedido de Reexame

Em análise à questão da admissibilidade do presente pedido de reexame verifica-se que, em consulta aos eventos eletrônicos constantes dos autos, a entrega dos autos com vista pessoal ao Ministério Público de Contas se deu em 21/02/2019, com termo inicial para ajuizamento do Pedido de Reexame em **22/02/2019**.

Considerando, nos termos do artigo 157 c/c o artigo 166, § 3º, bem como o artigo 164, *caput*, da LC 621/2012, que o Ilustre *Parquet* possui prazo em dobro, a interposição do presente Pedido de Reexame em **22/04/2019** o torna **TEMPESTIVO**.

Outrossim, a **Instrução Técnica de Recursos (ITR) nº. 0251/2019**, com razão, aponta que o “(...) instrumento utilizado **é adequado à hipótese dos autos**, tendo em vista o disposto no *caput* do artigo 166, da Lei Complementar (...)”. Cabe ressaltar que o referido dispositivo aponta ser cabível o ajuizamento de Pedido de Reexame em face de decisão definitiva ou terminativa proferida em processo de fiscalização e de consulta em trâmite nesta Corte de Contas.

Logo, estando preenchidos os requisitos de admissibilidade, conheço o presente Pedido de Reexame, passando à apreciação de seu mérito.

II.2 – PRELIMINAR DE VIOLAÇÃO AO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA – APRESENTAÇÃO DE NOVOS DOCUMENTOS EM “FASE RECURSAL”.

A questão preliminar ora debatida encontra-se bem delineada no teor da **Instrução Técnica de Recursos (ITR) nº. 0251/2019**, razão pela qual pedimos vênias para transcrevê-la, senão vejamos:

“(...)

Embora tenha o Ministério Público de Contas, ora Recorrente, no curso da instrução processual, se manifestado igualmente pela inexistência das irregularidades apontadas pelo Representante, conforme Pareceres 2128/2018-4 e 5117/2018-1, acostados ao TC 7006/2017, reapreciando os elementos probatórios já existentes, bem como nova documentação encaminhada após o julgamento do processo, interpôs o órgão ministerial o presente recurso, por vislumbrar que “a documentação apresentada pela

empresa CAPER SERVIÇOS CORPORATIVOS LTDA. – EPP para comprovar suas alegações contém informações inverídicas”.

A irregularidade sobre a qual se debruçou este Tribunal dizia respeito aos atestados de capacidade técnica apresentados pela empresa CAPER, face à suposta insuficiência de funcionários para a prestação do serviço. A partir da documentação colacionada pela Representada, consistente na relação de todos os empregados nos meses de dezembro de 2014, dezembro de 2015, dezembro de 2016 e junho de 2017, conclui-se pela regularidade do procedimento licitatório.

Ocorre que, a partir de informações constantes de listagem encaminhada pela Superintendência Regional do Trabalho no Estado do Espírito Santo sobre o número de funcionários da referida empresa, obtida após a prolação do acórdão ora combatido, bem como outras análises sobre eventuais vínculos com os sócios da empresa IVOX CONTACT CENTER LTDA. – EPP, prestadora de serviço semelhante ao contratado, aventou o Ilustre *Parquet*, nesta sede recursal, a possibilidade de ocorrência de **fraude à licitação**, alicerçada em falsidade documental, invocando a aplicação da penalidade de **inabilitação e proibição de contratar com o poder público, bem como declaração de inidoneidade da referida licitante**.

(...)”

Tem-se, portanto, que após o encerramento da fase instrutória processual, da qual decorreu o julgamento com elaboração do **Acórdão TC nº. 1733/2018 – Plenário**, o Ministério Público Especial de Contas – MPC obteve novos documentos relacionados ao caso concreto que, teoricamente, colocavam em dúvida a documentação apresentada pelo proponente durante o procedimento licitatório.

Diante disso, aviou o presente pedido de reexame a fim de que tais documentos possam integrar os autos e, oportunamente, reformar a decisão proferida com base nos achados posteriores.

Todavia, e com razão, a empresa CAPER SERVIÇOS CORPORATIVOS LTDA. – EPP, cuja Representação foi ofertada em seu desfavor no processo original, impugnou a pretensão meritória do atual pedido de reexame, suscitando preliminar de violação ao princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa, haja vista que a documentação juntada aos autos com o fim de demonstrar a suposta falsidade documental.

Ao apreciar a questão suscitada, tanto a **Instrução Técnica de Recursos (ITR) nº. 0251/2019**, quanto o **Parecer Ministerial nº. 05425/2019**, da lavra do Dr. Luciano Vieira, comungam da impossibilidade de se levar adiante julgamento do mérito do Pedido de Reexame, haja vista a supressão de instância julgadora, caso a documentação apresentada passasse a fundamentar uma decisão desta Corte de Contas a partir do julgamento a ser proferido nestes autos.

De fato, cabe transcrever parte da **Instrução Técnica de Recursos (ITR) nº. 0251/2019**, acerca do tema:

“(…)

É inegável, a nosso ver, a existência de prejuízo para a defesa da Recorrida no surgimento de novas alegações, apoiadas em nova matéria fática, e não apenas jurídica, em sede recursal, sem o retorno à fase instrutória da Representação, para que sejam devidamente submetidas ao crivo do contraditório e à apreciação do Colegiado. Não se pode olvidar que, ocorrendo a análise primária de questões meritórias em Pedido de Reexame, haverá supressão do direito recursal da empresa CAPER, em caso de condenação, já que o Pedido de Revisão, instrumento cabível na fase posterior (após o trânsito em julgado), está condicionado às hipóteses estritamente previstas na LC 621/2012.

Além disso, é possível que, da análise dos novos documentos acostados aos autos, bem como de outros elementos de prova e/ou argumentos trazidos pela área técnica, Ministério Público de Contas ou pelo Representado, haja a necessidade de ampliação do polo passivo e/ou do número de irregularidades, identificação de novas irregularidades, modificação da penalidade sugerida (em função das irregularidades imputadas), entre outras questões, próprias da fase instrutória.

Por fim, há que se ressaltar que a gravidade das penalidades reclamadas pelo Recorrente - inabilitação e proibição de contratar com o poder público, bem como declaração de inidoneidade da empresa licitante - impõe o absoluto respeito ao adequado exercício do direito de defesa garantido constitucionalmente.

(…)”

Não por menos o Ministério Público Especial de Contas - MPC, na qualidade de fiscal da lei, aquiesceu com a proposta de anulação do **Acórdão TC nº. 1733/2018 – Plenário**, contida na **Instrução Técnica de Recursos (ITR) nº. 0251/2019**, a fim de que os autos retornem à origem para nova instrução processual.

É correto dizer que o meio adequado para a impugnação do julgado proferido por esta Corte de Contas encontra-se previsto no art. 166, da Lei Complementar nº. 621/2012 e art. 408, da Resolução TCEES nº. 261/2013, e possui previsão de fundamentação ampla, somente ficando restrito o seu conhecimento, e efeitos de sua interposição, em caso de impugnação sobre ponto específico.

Na processualística vigente atualmente no Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo – TCEES, o pedido de reexame tem o condão de possibilitar uma reanálise das questões já apreciadas na instância anterior, permitindo-se, inclusive, a alteração das conclusões apresentadas, tal qual inicialmente pretendido pelo Ministério Público Especial de Contas – MPC em sua petição de recurso.

Ocorre, porém, que os argumentos manejados com o fim de pretender a reanálise dos fatos e conclusões jurídicas alcançadas não permitem o ingresso do julgamento

do pedido de reexame em seu mérito sem que, contudo, reste violada cláusula constitucional instituidora de direito fundamental, qual seja o art. 5º., LV, onde se encontra previsto que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Tal se afirma em decorrência da utilização, na via recursal, de novos documentos que alteram o panorama fático e, conseqüentemente, jurídico das análises realizadas durante a instrução processual originária. Veja-se, inclusive, que as próprias sanções decorrentes das novas análises pretendidas alcançam medidas mais gravosas do que aquelas inicialmente possíveis acarretando, inclusive e possivelmente, a decretação de inabilitação da empresa para participar em procedimentos licitatórios futuros.

Esta inovação em fase recursal viola, de certo, o art. 5º., LV, da Constituição Federal, pois impõe à empresa Representada restrição dos meios e recursos inerentes ao contraditório e ampla defesa, já que se levado a efeito o julgamento diretamente a partir do que consta no pedido de reexame terá inviabilizado, ou limitado, o seu acesso à instância recursal.

Conforme exaustivamente demonstrado na **Instrução Técnica de Recursos (ITR) nº. 0251/2019**, a jurisprudência de nossos Tribunais possui inúmeros precedentes que rechaçam a denominada “supressão de instância”, eis que à instância recursal deve ser reservada a função revisora dos julgados, e não a função criativa do direito a partir do caso concreto.

Assim, resta evidente que a utilização dos novos documentos acostados aos autos a partir do pedido de reexame, visando a alteração do julgado presentificado no **Acórdão TC nº. 1733/2018 – Plenário**, ainda que tenha em vista a persecução da preservação de interesses públicos, não pode superar a previsão da necessidade de respeito a direitos e garantias fundamentais insculpidos no texto constitucional.

Com base nestas premissas, faz-se imperioso o reconhecimento de que os novos documentos acostados aos autos impõe a anulação do **Acórdão TC nº. 01733/2018**, para que outro seja proferido em seu lugar, levando-se em consideração a documentação trazida aos autos.

Por fim, cumpre advertir que a simples anulação do acórdão, por si só, não significa o reconhecimento de que tais documentos sejam, efetivamente, conclusivos quanto à existência da suposta irregularidade notificada, ou que esta, caso concretizada, seja de autoria da empresa Representada.

Tendo em vista tais considerações, VOTO, em consonância com o entendimento da área técnica e do Ministério Público Especial de Contas, no sentido de que o Colegiado aprove a seguinte proposta de deliberação que submeto à consideração.

SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

Conselheiro Relator

1. ACÓRDÃO TC-757/2020-5

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em Sessão Plenária, ante as razões expostas pelo relator, em:

1.1. CONHECER do Pedido de Reexame interposto pelo Ministério Público Especial de Contas, eis que presentes os requisitos de admissibilidade previstos na Lei Complementar nº. 621/2012 e Resolução TCEES nº. 261/2013;

1.2. PRELIMINARMENTE, reconhecer a existência de violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa, constantes do art. 5º., LV, da Constituição Federal de 1988, em vista da juntada de novos documentos em sede recursal;

1.3. ANULAR o Acórdão TC nº. 01733/2018, haja vista a possibilidade de que o mesmo tenha sido proferido com base em premissas fáticas e jurídicas inverídicas;

1.4. DETERMINAR o retorno dos autos à área técnica, a fim de que seja complementada a fase de instrução técnica, considerando os novos documentos apresentados pelo Ministério Público Especial de Contas, bem como outros que possam vir a ser alcançados a partir de novo procedimento fiscalizatório;

1.5. DAR CIÊNCIA às partes acerca desta decisão;

1.6. ARQUIVAR os presentes autos após o trânsito em julgado

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 13/08/2020 – 17ª Sessão Ordinária do Plenário

4. Especificação do quórum:

4.1 Conselheiros: Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun (presidente), Sérgio Manoel Nader Borges (relator), Sebastião Carlos Ranna de Macedo, Sérgio Aboudib Ferreira Pinto, Domingos Augusto Taufner, , Rodrigo Coelho do Carmo e Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha.

CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN

Presidente

CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

Relator

CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

CONSELHEIRO SERGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

CONSELHEIRO RODRIGO COELHO DO CARMO

CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

Fui presente:

PROCURADOR DE CONTAS LUIS HENRIQUE ANASTACIO DA SILVA

Procurador-geral

ODILSON SOUZA BARBOSA JUNIOR

Secretário-geral das Sessões