



Acórdão 00474/2023-5 - Plenário

Processos: 09965/2022-3, 06831/2022-6, 04073/2022-4, 08980/2016-1

Classificação: Pedido de Reexame

UG: PMI - Prefeitura Municipal de Iúna

Relator: Domingos Augusto Taufner

Interessado: ROGERIO CRUZ SILVA, MARIA APARECIDA VETTORAZZI VARGAS, ANIBAL MACHADO BASTOS, ALEX DA SILVA CARVALHO D AVILA, JAIR ANTONIO LEITE, CARLOS ALBERTO VIEIRA, JESUS CANDIDO DE OLIVEIRA, HERON DUMITH ALCURE, COOPE SERRANA - COOPERATIVA DE TRANSPORTE SUL SERRANA CAPIXABA, Membros do Ministério Público de Contas (HERON CARLOS GOMES DE OLIVEIRA)

Recorrente: WEVERTON MACHADO BASTOS, A G TURISMO & LOCAÇÃO DE VEÍCULOS LTDA

Procuradores: SAMIRAH MARTINS CHEQUER BOU HABIB (OAB: 23294-ES), WILMA CHEQUER BOU HABIB (OAB: 5584-ES), JENNIFER MARTINS BONFANTE (OAB: 19154-ES), RODRIGO BARCELLOS GONCALVES (OAB: 15053-ES), ORDILEI MARIA DA SILVA CARVALHO, GUSTAVO AUGUSTO DE PAIVA SIQUEIRA (OAB: 23299-ES), MARIANA GOMES AGUIAR (OAB: 22270-ES), LEONARDO BECKER PASSOS DE OLIVEIRA (OAB: 16240-ES), ALTAMIRO THADEU FRONTINO SOBREIRO (OAB: 15786-ES), GREGORIO RIBEIRO DA SILVA (OAB: 16046-ES), LEONARDO DA SILVA LOPES (OAB: 28526-ES)

INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA – PROVA EMPRESTADA – AUSÊNCIA DE CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA

1. É requisito essencial para o aproveitamento da prova emprestada, que sejam assegurados às partes o contraditório e a ampla defesa sobre a prova produzida fruto de interceptação telefônica, tendo eles o direito de se insurgir contra a prova e de refutá-la adequadamente.
2. É o requisito primordial para o aproveitamento da prova emprestada, de maneira que, assegurado às partes o contraditório sobre a prova, isto é, o direito de

se insurgir contra a prova e de refutá-la adequadamente, afigura-se válido o empréstimo.

O RELATOR EXMO. SR. CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER:

1. RELATÓRIO

Trata-se de Pedido de Reexame interposto pela sociedade empresária AG Turismo & Locação de Veículos Eireli e pelo sr. Weverton Machado Bastos em face do Acórdão TC 1187/2021 – 1ª Câmara, constante do Processo TC 6831/2022, que integrou os Acórdãos 927/2022 e 503/2022, que assim decidiu:

1. ACÓRDÃO TC-1187/2022:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em Sessão da Primeira Câmara, ante as razões expostas, em:

1.1. **CONHECER** dos Embargos de Declaração, pois estão presentes os pressupostos de admissibilidade;

1.2. No mérito, **NEGAR PROVIMENTO**, mantendo-se incólume o **Acórdão TC 00927/2022-6 – Primeira Câmara**;

1.3. Dar **CIÊNCIA** aos interessados;

1.4. Após o trânsito em julgado, **ARQUIVAR** o feito.

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 30/09/2022 – 39ª Sessão Ordinária da 1ª Câmara.

4. Especificação do quórum:

4.1. Conselheiros: Sebastião Carlos Ranna de Macedo (presidente), Sérgio Aboudib Ferreira Pinto (relator) e Rodrigo Coelho do Carmo.

ACÓRDÃO TC-503/2022-1

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em sessão da Primeira Câmara, ante as razões expostas, em:

1.1. PRELIMINARMENTE:

1.1.1. Pela rejeição das preliminares dispostas nos itens 2.1, 2.2, 2.3, 2.4, 2.5, 2.6 e 2.7 da ITC 1729/2020;

1.2. No MÉRITO:

1.2.1. ACOLHER, NOS TERMOS DO ARTIGO 207, §3º, DO RITCEES:

1.2.1.1 as justificativas apresentadas pelo senhor **Carlos Alberto Vieira, Alex da Silva Carvalho D'ávila e Cooperativa de Transporte Sul Serrana Capixaba (Coopeserrana)** quanto ao **item 3.1** (Fraude de procedimento licitatório) da ITC 1729/2020;

1.2.1.2 as justificativas apresentadas pela senhora **Maria Aparecida Vettorazzi Vargas**, quanto aos **itens 3.1, 3.2, 3.3, 3.4 e 3.5** da ITC 1729/2020;

1.2.1.3 as justificativas apresentadas pelo senhor **Rogério Cruz Silva**, quanto ao **item 3.3** (Ausência de divisão das linhas em lotes. Pregão 16/2013) da ITC 1729/2020;

1.2.1.4 as justificativas apresentadas pelo senhor **Jésus Candido de Oliveira**, quanto ao **item 3.4** (Ausência de limitação quanto ao tempo de fabricação dos veículos utilizados para o transporte escolar. Pregão 16/2013) da ITC 1729/2020;

1.2.2. REJEITAR, NOS MOLDES DO ARTIGO 207, §4º DO RITCEES, AS RAZÕES DE JUSTIFICATIVAS APRESENTADAS:

1.2.2.1 pelo senhor **Aníbal Machado Bastos** (assessor administrativo da Secretaria de Educação) em face do **item 3.1** (Fraude de procedimento licitatório) da ITC 1729/2020;

1.2.2.2 pelo senhor **Weverton Machado Bastos** (sócio-proprietário da empresa AG Transporte & Turismo Ltda em face do **item 3.1** (Fraude de procedimento licitatório) da ITC 1729/2020;

1.2.2.3 pelo senhor **Jair Antônio Leite** (ex sócio proprietário e gerente da empresa AG Transporte & Turismo Ltda em face do **item 3.1** (Fraude de procedimento licitatório) da ITC 1729/2020;

1.2.2.4 pela **empresa AG Transporte & Turismo Ltda** em face do **item 3.1** (Fraude de procedimento licitatório) da ITC 1729/2020;

1.2.2.5 pelo senhor **Heron Dumith Alcure** (procurador do Município de Iúna) em face do **item 3.3** (Ausência de divisão das linhas em lotes. Pregão 16/2013) face ao descumprimento do artigo 7º, §2º, II, da Lei 8.666/1993 e **item 3.5** (Previsão, em edital de pregão presencial, de cláusulas restritivas à

participação de empresas. Pregão 16/2013) face ao descumprimento do artigo 70, da CRFB e artigos 3º e 23, da Lei 8.666/19693 da ITC 1729/2020;

1.2.3. AFASTAR a responsabilidade do senhor Heron Dumith Alcure (Procurador Geral de Iúna) em razão dos fatos e fundamentos apresentados nos itens 3.3 e 3.5 da ITC 1729/2020.

1.2.4. Manter as seguintes irregularidades:

1.2.4.1 Fraude de procedimento licitatório, descrita no **item 3.1** da ITC 1729/2020 (item 2.1 do RAO 56/2016-3) em face do descumprimento do artigo 37, XXI, da CRFB e art. 3º da Lei 8.666/1993, em face dos senhores **Aníbal Machado Bastos, Weverton Machado Bastos, Jair Antônio Leite** e da **empresa AG Turismo & Locação de Veículos Ltda**, pelos fatos e fundamentos dispostos neste item.

1.2.5. Aplicar multa individual aos responsáveis, nos termos do art. 96, II, da Lei Complementar Estadual 32 de 15 de abril de 1993, na seguinte proporção:

A) de R\$ 3.000 (três mil reais) aos senhores Weverton Machado Bastos, Jair Antônio Leite, Aníbal Machado Bastos e à empresa AG Turismo e Transporte Ltda, em virtude da irregularidade narrada no **item 3.1** da ITC 1729/2020 (Fraude em Procedimento Licitatório);

1.2.6. DETERMINAR, A PREFEITURA MUNICIPAL DE IÚNA, COM BASE NO ARTIGO 206, §2º DO RITCEES:

1.2.6.1 que os procedimentos licitatórios e as contratações celebradas nas respectivas secretarias municipais sejam precedidas de pesquisa de preços com a devida apuração dos custos unitários, bem como sejam divididos em lotes, tal como disposto na lei 8.666/93, nos casos de contratação de transporte escolar e nas contratações de serviços em geral, a fim de que seja possível obter o real preço de mercado, apresentando motivação suficiente e adequada, nos casos em que se entenda de forma diversa do estabelecido pela lei.

1.3. Dar ciência aos interessados e ao MPC;

1.4. Transitado em julgado, **arquite-se**.

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 29/04/2022 – 15ª Sessão Ordinária da 1ª Câmara.

ACÓRDÃO TC-927/2022-6

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em sessão da Primeira Câmara, ante as razões expostas, por:

1.1. CONHECER dos Embargos de Declaração, pois estão presentes os pressupostos de admissibilidade;

1.2. DAR PROVIMENTO para que possa acrescer ao dispositivo do Acórdão TC 503/2022 o seguinte item:

“1.2.7. Declarar a inidoneidade de A G Turismo e Locação de Veículos Eireli para participar de licitação, no âmbito da administração pública, por dois anos.”

1.3. DAR CIÊNCIA aos interessados;

1.4. ARQUIVAR o feito após o trânsito em julgado.

2. Unânime

3. Data da Sessão: 29/07/2022 – 30ª Sessão Ordinária da 1ª Câmara

Os recorrentes aduzem preliminarmente, em síntese, que o artigo 52 da Lei Complementar nº. 621/2012 foi infringido, bem como regras e procedimentos, visto que foi feita uma reanálise do processo inicial pela equipe técnica, bem como não houve oitiva dos recorrentes e publicação da decisão.

Argumenta ainda, que as escutas telefônicas foram utilizadas como prova emprestada sem a presença dos requisitos para o exercício do contraditório no processo administrativo.

Quanto ao mérito, sustentam a ausência de conluio, a exclusão do processo de outros

supostos agentes fraudadores, a inoccorrência de fraude, bem como, que as interceptações telefônicas foram inconclusivas e a inaptidão para estabelecer um juízo de comprovação sobre a suposta fraude e declaração de inidoneidade.

Inicialmente, os autos foram remetidos a Secretaria Geral das Sessões – SGS, por meio do Despacho 45578/2022-1 (doc. 05), para que fosse informado o prazo recursal. E, por meio do Despacho 47443/2022-8 (doc. 06), a SGS informou que o prazo para interposição do presente recurso venceu em 11/11/2022, e, o Pedido de Reexame foi interposto na mesma data, sendo, portanto, tempestivo.

Ato contínuo, por meio da Decisão Monocrática 1312/2022-5 (doc. 08), o presente processo foi conhecido e determinado o envio dos autos a este Núcleo de Controle Externo de Recursos e Consulta – NEC.

Assim, o NEC por meio da Instrução Técnica de Recurso – ITR 0008/2023-7 (doc. 09), opinou pelo **conhecimento** do pedido de reexame interposto e, no mérito, pelo seu **provimento**, declarando-se nulo o Acórdão 503/2022 – 1ª Câmara em face do acolhimento da preliminar de ilegalidade da prova emprestada de interceptação telefônica, o que acarretou prejuízo ao contraditório e ampla defesa dos recorrentes.

Seguindo os trâmites regimentais, os autos seguiram para o Ministério Público de Contas, que por meio do Parecer 1619/2023-3 (doc. 13) de lavra do Procurador Heron Carlos Gomes de Oliveira, discorda parcialmente da ITR 0008/2023-7 e pugna:

3.1 Pela **rejeição de todas as preliminares suscitadas**, mantendo incólume a validade da decisão recorrida Acórdão 503/2022-1;

3.2 Subsidiariamente, caso o acórdão seja invalidado e se mantenha o julgamento perante o Plenário, sem retorno dos autos à 1ª Câmara, seja negado provimento ao recurso para manter a irregularidade de fraude em procedimento licitatório e todas as sanções em razão dela aplicadas.

Na 19ª Sessão Plenária Virtual ocorrida no dia 04 de maio de 2023, o advogado dos recorrentes, Sr. Altamiro Thadeu Frontino Sobreiro, realizou sustentação oral, reafirmando a tese recursal, conforme Notas Taquigráficas 47/2023-3 (doc. 17), bem como juntaram aos autos Memoriais, Petição

É relatório. Passo a fundamentar.

2. FUNDAMENTAÇÃO

2.1 Admissibilidade

Primordialmente, verifico que o presente recurso tem previsão no artigo 164 c/c 166¹ da Lei Complementar nº. 621/2012² (Lei Orgânica desta Corte de Contas), as

¹ Art. 166. Cabe pedido de reexame, com efeito suspensivo, de decisão definitiva ou terminativa proferida em processo de fiscalização e de consulta.

² Art. 164. De decisão definitiva em processo de prestação ou tomada de contas, cabe recurso de reconsideração, com efeito suspensivo, para apreciação do Plenário, podendo ser formulado uma só

formalidades elencadas nos incisos dos artigos 408³ do Regimento Interno deste Tribunal (RITCEES), encontram-se satisfeitas.

Verifico ainda, que o recurso é tempestivo, eis que foi interposto dentro do prazo estabelecido conforme certifica a Secretaria Geral das Sessões – SGS, por meio do Despacho TC 47443/2022-3 (doc. 06), assim o presente recurso **FOI CONHECIDO** por meio da Decisão Monocrática 1312/2022-5 (doc. 08).

A equipe técnica se manifestou por meio da Instrução Técnica de Recurso ITR 0008/2023-7 (doc. 09) e ouvido o Ministério Público de Contas que se manifestou por meio do Parecer 1619/2023-3 (doc. 13), de lavra do Procurador de Contas Heron Carlos Gomes de Oliveira. Portanto, os autos estão aptos para julgamento.

Assim, passo à análise do mérito recursal.

2.2 Preliminares

Inicialmente, os recorrentes, em sede preliminar, suscitam dois pontos prejudiciais de mérito que se conectam, ao discorrer acerca de questões processuais e a legalidade da prova emprestada.

Na primeira, apontam que existiram diversas irregularidades procedimentais nos autos do processo TC 8980/2016, tais como, a Decisão Monocrática 285/2018 que determinou a reabertura da instrução processual fora das hipóteses legais e regimentais, e exigiu a prolação de nova Instrução Técnica Conclusiva, consubstanciada na ITC 1729/2020.

E, ainda sobre as instruções técnicas afirmam que o entendimento exposto na primeira ITC (ITC 5937/2017) é mais correto que a ITC subsequente (ITC 1729/2020), ao apontar a ilegalidade da prova emprestada.

vez e por escrito, pela parte, pelo interessado ou pelo Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, dentro do prazo de trinta dias, contados na forma prevista nesta Lei Complementar. Parágrafo único. Se o recurso versar sobre item específico do acórdão, os demais itens não sofrem o efeito suspensivo, caso em que deverá ser dado prosseguimento a execução das decisões.

Art. 165. O recurso de reconsideração, interposto por petição dirigida ao Tribunal de Contas, conterà: I - os nomes e a qualificação das partes; II - os fundamentos de fato e de direito; III - o pedido de nova decisão.

Aduzem, também, que houve desvio de finalidade na utilização de diligência como meio procedimental de se proceder à revisão de ITC, por meio da Decisão Monocrática 285/2018, ressaltam que citada Decisão Monocrática 285/2018 não foi publicada no Diário Oficial de Contas, constituindo em vício grave ao comprometer o contraditório e a ampla defesa. Assim quanto ao seu primeiro fundamento, os recorrentes concluem:

Portanto, em razão de todo o exposto, pede-se o provimento do pedido de reexame para declarar a nulidade dos atos processuais desde a prolação da Decisão Monocrática 00285/2018-1, uma vez que

(i) foi proferida fora das hipóteses legais, isto é, a reanálise de ITC não consiste em hipótese de diligência;

(ii) eivada de erro de premissa, pois a ITC 05937/2017-2 não questionou somente a falta de autorização legal, como também a ausência de elementos plenos para o exercício do contraditório em relação à prova emprestada (disponibilização de áudios, transcrições, etc., nos autos do TCEES);

(iii) proferida sem a oitiva das partes; e

(iv) aparentemente sem publicação de seus termos no Diário Oficial de Contas, ofendendo assim o art. 52, 62 e 64, inciso III da Lei Complementar n. 621/2012, que estipula que nos processos em tramitação no TCEES haverá a observância ao contraditório, à ampla defesa, ao contraditório, à publicidade e à transparência.

Na sustentação oral realizada na 19ª Sessão Plenária Virtual ocorrida no dia 04 de maio de 2023, reafirmam a tese recursal, conforme Notas Taquigráficas 47/2023-3 (doc. 17).

Pois bem.

Inicialmente, quanto a elaboração de nova instrução técnica observa-se que conforme determina o artigo 288⁴ do Regimento Interno deste Tribunal de Contas

⁴ Art. 288. O Relator será juiz do feito que lhe for distribuído, competindo-lhe:

I - determinar a instrução do feito pelas unidades técnicas;

II - determinar a juntada de documentos que lhe tenham sido encaminhados, pertinentes à instrução dos autos de sua relatoria;

(...)

V - determinar a coleta de provas, caso não produzidas pela unidade técnica competente, em busca da verdade real;

VI - determinar a realização das diligências necessárias à esmerada instrução do processo, inclusive quando o julgamento ou a apreciação dependerem da verificação de fatos ou atos considerados prejudiciais, estabelecendo prazo para o seu cumprimento;

(RITCEES), o relator é o juiz do processo e poderá determinar a reabertura da instrução processual, por meio de despacho fundamentado, de ofício ou a pedido, nos termos do artigo 321, §1^o do RITCEES.

Dito isto, na análise do processo recorrido se observa que primeira instrução técnica conclusiva elaborada, ITC 5937/2017 não analisou o mérito da irregularidade apontada sob a justificativa de que as interceptações telefônicas configuravam prova irregularmente emprestada, e que não ocorreram os trâmites suficientes para lhes emprestar a validade jurídica, por esta razão foi analisada apenas a preliminar e não o mérito.

Todavia, conforme se extrai da Manifestação do Ministério Público de Contas 456/2017 (doc. 178 – Processo 8980/2016), o *Parquet* de Contas aponta que por meio do Ofício de Requisição 001-158/2016 esta Corte de Contas, solicitou formalmente autorização judicial para o uso das informações e elementos constantes nos autos do processo 0000021-34.2016.8.08.0028, que trata sobre a denúncia formulada pelo Ministério Público Estadual quanto a fraude a licitação cometida. Ademais, constam nos eventos 78 a 82 a integra do processo judicial.

E, após ser verificado que não havia nenhuma objeção para utilização das informações e elementos constantes nos autos do processo 0000021-34.2016.8.08.0028, o relator do processo inicial determinou que o processo retornasse para unidade técnica competente para análise do mérito, dessa forma, não há nenhum erro processual quanto a este ponto.

No tocante a ausência de publicação da Decisão Monocrática 285/2018, conforme expõe o corpo técnico, em consulta ao Diário Oficial do TCEES não foi possível encontrar sua publicação. Todavia, por se tratar de decisão que reabriu a instrução visando a análise conclusiva meritória da irregularidade, após a realização de contraditório e ampla defesa, não parece ter havido qualquer prejuízo pela falta de sua publicação. Tampouco o recorrente demonstrou de que forma houve prejuízo a sua defesa ante a não publicação da referida decisão. Sem demonstração de

⁵ Art. 321. Considera-se terminada a etapa de instrução do processo no momento em que a unidade técnica emitir a instrução técnica conclusiva. § 1º Após o seu encerramento, a instrução processual só poderá ser reaberta por despacho fundamentado do Relator ou por deliberação do colegiado, de ofício ou pedido das partes ou do Ministério Público junto ao Tribunal, para a realização de diligências.

prejuízo, convalida-se o ato administrativo exarado não publicado.

Outro questionamento dos recorrentes diz respeito a apresentação de trechos dos diálogos obtidos por meio de interceptação telefônica, o que segundo o recorrente em sua sustentação oral *“não foi disponibilizado à defesa a integralidade dos áudios.*

Como a defesa vai fazer o cotejo e analisar inclusive a veracidade da degravação? Porque é comum em operações onde o agente realiza degravação¹, quando você analisa o áudio originário, você vê que o que estava na gravação não é, de fato, aquilo que constava na degravação. Esses elementos de cotejo, de permitir o contraditório, eles são importantes; isso não foi permitido à defesa”.

Observa-se quanto a este ponto que a Lei Federal nº. 9.296/1996⁶ não determina que os diálogos obtidos por intermédio de interceptação telefônica sejam disponibilizados de forma integral, e, portanto, não há ilegalidade quanto a este ponto, sob este ponto, o Supremo Tribunal Federal no julgamento do agravo regimental da Ação Penal 508 reafirmou a jurisprudência sobre degravação de interceptação telefônica no sentido de que não é necessária a transcrição integral dos diálogos captados por meio de interceptação telefônica. Basta que sejam transcritos os trechos necessários ao embasamento da denúncia oferecida e que seja entregue à defesa todo o conteúdo das gravações em mídia eletrônica⁷.

No entanto, ainda que tenha sido utilizado para subsidiar o processo apenas trechos da interceptação, é incontestável que a parte deverá ter acesso a eles para que seja realizado o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa, ou seja, deve-se verificar se o conteúdo do processo judicial ofertado ao Tribunal de Contas foi suficiente para o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa

⁶ Lei Federal que regulamenta o [inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal](#).

⁷ A decisão foi tomada no julgamento de agravo regimental da AP 508 AgR/AP, julgada em 7/2/2013. (AP 508 AgR-segundo, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 06/02/2019, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-037 DIVULG 19-02-2020 PUBLIC 20-02-2020)

quanto a prova emprestada fruto da interceptação telefônica.

Sobre este ponto, o corpo técnico afirma que não constam nos autos quaisquer áudios captados ou informações que permitam o pleno exercício do contraditório, tais como as alegadas pelos recorrentes em seu recurso, como datas, horários, locais e duração das conversas. São elementos que podem resultar em possíveis nulidades processuais ou configuração de ilicitude de prova, ou ainda, auxiliar na contextualização dos diálogos. E, de fato, não se verifica tais elementos.

Registra-se ainda que, tanto na defesa ofertada no processo inicial, quanto na peça recursal, bem como, na sustentação oral realizada os recorrentes apontam que a fase inicial do processo judicial, sem que tenha havido o contraditório pleno no processo judicial. Ou seja, também não havia ocorrido qualquer crivo quanto a prova produzida no processo judicial. Não se quer apontar que há interdependência entre as instâncias judiciais e administrativa. Pelo contrário, é basilar que são instâncias independentes. Porém, apenas se quer apontar que à época, não havia ocorrido o pleno contraditório nos autos judiciais.

Observa-se que, conforme disposto na instrução técnica recursal, a constituição da prova da interceptação telefônica ocorreu em autos apartados ao processo judicial. A todo momento no processo juntado (eventos 78 a 82 – Processo 1191/2017) constam informações desses autos. A título de exemplo, transcrevo pequeno trecho da denúncia que faz referência a esses autos apartados: *“Outro diálogo fundamental foi mantido entre os denunciados WEVERTON e JAIR no dia 14 de janeiro de 2013, dando a entender que ALEX recebeu vantagem indevida pelos “serviços prestados” à empresa (fls. 103/104 dos autos apartados - interceptação telefônica)”*. Porém, o juízo não os encaminhou ao TCEES.

Destacam os recorrentes que o exercício da ampla defesa foi prejudicado visto que

Como bem explicado pela referida ITC, as partes no presente processo não puderam realizar nenhum controle sobre a prova emprestada, o que a impede o exercício do contraditório e da ampla defesa. Não há detalhes sobre as interceptações, como datas, horários, duração das conversas, e mais importante, não foram trazidos aos autos do TCEES os áudios das conversas interceptadas, de forma que os Recorrentes pudessem realizar o cotejo com as transcrições realizadas em sede investigativa.

Nesse sentido, os Recorrentes não tiveram meios para garantir a

fidedignidade dos diálogos gravados para comprovar a integridade das gravações realizadas.

Portanto, em que pese o Controle Externo ser uma instância independente da Judicial, a referida prova emprestada não é plena, sendo temerária a sua utilização para fundamentar qualquer juízo no sentido da ocorrência de suposta fraude de procedimento licitatório. Primeiro, não há decisão judicial – sentença ou acórdão – validando a legalidade da prova; segundo, não se exerceu plenamente o contraditório, não ocorreu ainda a instrução processual, ocasião em que outros meios de prova, como prova testemunhal e pericial, poderão esclarecer e até mesmo infirmar completamente as interceptações telefônicas; terceiro não foi garantido um contraditório efetivo nos autos do processo administrativo, processo 08980/2016-1, nos termos que foi exposto pela própria ITC 05937/2017-2.

E, sede de sustentação oral, reafirmam que:

O apontamento tomou por base elementos oriundos de um procedimento judicial, ainda em curso, que não passou pelo contraditório. **Ou seja, nesse processo judicial se discute a nulidade das provas; não foi objeto de perícia, que inclusive já foi requisitado pela defesa; não passou pelo contraditório, pela ampla defesa, nem pela instrução processual mediante oitiva das testemunhas, para que aqueles áudios pudessem ser devidamente explicados, cada um deles, caso superado a possibilidade de utilização daqueles áudios, porque há um forte indício de uma prova ilegal.** Esses argumentos todos já foram deduzidos no âmbito da ação judicial. E é uma ação judicial embrionária onde não passou pela análise de todos esses critérios. E não há uma decisão quanto à possibilidade ou não de utilização dessa prova. O fato é que, apesar desse tema estar sendo discutido no âmbito do Judiciário, ou seja, a validade ou não da utilização dessa prova, inegavelmente que o Tribunal de Contas, abstraindo a possibilidade de utilização no meio judicial, já utilizou essa prova, e deu a ela a força probante ao ponto de condenar a empresa à pena de inidoneidade por dois anos, além de multa no valor de R\$ 3.000,00. (grifo nosso)

Nota-se que os recorrentes destacam que estão sendo discutidos no processo judicial a nulidade das provas porque segundo afirmam há um forte indício de que a prova seja ilegal.

Tal alegação isolada não seria motivo suficiente para que fosse declarada a nulidade do processo, entretanto, soma-se a este argumento trazido pelos recorrentes o fato de que no momento da elaboração da instrução técnica inicial não havia ocorrido a instrução processual do processo judicial, onde a prova foi originalmente produzida.

Sob esse aspecto importante salientar que a ausência de instrução processual no processo originário prejudica o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa visto que a instrução processual inaugura o processo e oferece elementos para que as partes possam se defender.

Acerca do tema Nelson Nery Jr.⁸. Defende que prova emprestada é "aquela que, embora produzida em outro processo, se pretende produza efeitos no processo em questão. Sua validade como documento e meio de prova, desde que reconhecida sua existência por sentença transitada em julgado, é admitida pelo sistema brasileiro."

Para o autor⁹ o ponto central para que seja admitida a prova emprestada é a observância do contraditório em relação aos litigantes. Na mesma direção segue Luiz Guilherme Marinoni¹⁰, para quem a observância do contraditório na produção da prova é fundamental para que esta possa emprestar os seus efeitos a outros autos.

Lição semelhante está na obra de Eduardo J. Couture¹¹: "As provas produzidas em outro juízo podem ser válidas, se nele a parte teve a oportunidade de empregar contra elas todos os meios de controle e de impugnação que a lei lhe conferia no juízo em que foram produzidas (...). Da mesma maneira, as provas do juízo penal podem ser válidas no juízo cível, se no processo criminal a parte teve a oportunidade de exercer contra elas todas as formas de impugnação facultadas pelo processo penal".

Nesse sentido, conforme dispõe Elias Marques de Medeiros Neto, a necessidade de observância do princípio do contraditório nas duas esferas, tanto no processo de origem como no processo de destino, é fundamental para que a prova emprestada

⁸ NERY Jr., Nelson. Princípios do processo civil na constituição federal. São Paulo: RT, 8ª. edição. p. 19

Epa! Vimos que você copiou o texto. Sem problemas, desde que cite o link:
<https://www.migalhas.com.br/coluna/cpc-na-pratica/263465/a-prova-emprestada-e-o-principio-do-contraditorio>

⁹ NERY Jr., Nelson. Princípios do processo civil na constituição federal. São Paulo: RT, 8ª. edição. p. 191.

¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Manual do processo de conhecimento. São Paulo: RT, 3ª. Edição, 2006. p. 323

¹¹ COUTURE, Eduardo J. Fundamentos do direito processual civil. Tradução: Henrique de Carvalho. Florianópolis: Conceito Editorial. 2008. p. 125.

possa ser validamente admitida no Direito Processual Civil pátrio; tudo de modo a se respeitar o direito constitucionalmente protegido de zelar-se pelo devido processo legal¹²

Portanto, é requisito essencial para o aproveitamento da prova emprestada, que sejam assegurados às partes o contraditório e a ampla defesa sobre a prova produzida fruto de interceptação telefônica, tendo eles o direito de se insurgir contra a prova e de refutá-la adequadamente. Somente assim, o empréstimo da prova poderá ser considerado válido.

Assim decidiu o Superior Tribunal de Justiça – STJ no julgamento dos Embargos DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 617.428 - SP (2011/0288293-9), vejamos:

CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DISCRIMINATÓRIA. TERRAS DEVOLUTAS. COMPETÊNCIA INTERNA. 1ª SEÇÃO. NATUREZA DEVOLUTA DAS TERRAS. CRITÉRIO DE Documento: 1327867 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJe: 17/06/2014 Página 1de 4 Superior Tribunal de Justiça EXCLUSÃO. ÔNUS DA PROVA. PROVA EMPRESTADA. IDENTIDADE DE PARTES. AUSÊNCIA. CONTRADITÓRIO. REQUISITO ESSENCIAL. ADMISSIBILIDADE DA PROVA. 1. Ação discriminatória distribuída em 3.02.1958, do qual foram extraídos os presentes embargos de divergência em recurso especial, conclusos ao Gabinete em 29.11.2011. 2. Cuida-se de ação discriminatória de terras devolutas relativas a parcelas da antiga Fazenda Pirapó-Santo Anastácio, na região do Pontal do Paranapanema. 3. Cinge-se a controvérsia em definir: i) a Seção do STJ competente para julgar ações discriminatórias de terras devolutas; ii) a quem compete o ônus da prova quanto ao caráter devoluto das terras; iii) se a ausência de registro imobiliário acarreta presunção de que a terra é devoluta; iv) se a prova emprestada pode ser obtida de processo no qual não figuraram as mesmas partes; e v) em que caráter deve ser recebida a prova pericial emprestada. [...]9. Em vista das reconhecidas vantagens da prova emprestada no processo civil, **é recomendável que essa seja utilizada sempre que**

¹² A prova emprestada e o princípio do contraditório - Elias Marques de Medeiros Neto, André Pagani de Souza, Daniel Penteado de Castro e Rogério Mollica - disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/cpc-na-pratica/263465/a-prova-emprestada-e-o-principio-do-contraditorio> - acesso em 15 de maio de 2023 às 18h54min

possível, desde que se mantenha hígida a garantia do contraditório. No entanto, a prova emprestada não pode se restringir a processos em que figurem partes idênticas, sob pena de se reduzir excessivamente sua aplicabilidade, sem justificativa razoável para tanto. 10. **Independentemente de haver identidade de partes, o contraditório é o requisito primordial para o aproveitamento da prova emprestada, de maneira que, assegurado às partes o contraditório sobre a prova, isto é, o direito de se insurgir contra a prova e de refutá-la adequadamente, afigura-se válido o empréstimo.** 11. Embargos de divergência interpostos por WILSON RONDÓ JÚNIOR E Documento: 1327867 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJe: 17/06/2014 Página 2de 4 Superior Tribunal de Justiça OUTROS E PONTE BRANCA AGROPECUÁRIA S/A E OUTRO não providos. Julgados prejudicados os embargos de divergência interpostos por DESTILARIA ALCÍDIA S/A. (grifo nosso)

Assim, corroboro entendimento técnico e entendo que deve ser acolhida a preliminar de ilegalidade da prova emprestada de interceptação telefônica, o que acarretou prejuízo ao contraditório e ampla defesa dos recorrentes.

Por fim, deixo de apreciar o mérito em razão do mesmo está prejudicado por ter sido acolhida a preliminar de nulidade.

Ante todo o exposto, acompanhando o posicionamento da Área Técnica e divergindo do entendimento do Ministério Público de Contas, VOTO para que seja adotada a deliberação que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER
Relator

1. ACÓRDÃO TC-00474/2023-5

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em Sessão do Plenário, ante as razões expostas em:

1.1. CONHECER o presente Pedido de Reexame, nos termos do artigo 408 do RITCEES;

1.2. DAR PROVIMENTO ao Pedido de Reexame no sentido de acolher a preliminar de ilegalidade da prova emprestada de interceptação telefônica, o que acarretou prejuízo ao contraditório e ampla defesa dos recorrentes, declarando-se nulo o Acórdão 503/2022 – 1ª Câmara;

1.3. DAR CIÊNCIA aos interessados;

1.4. Após os trâmites regimentais, **ARQUIVAR** os autos.

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 25/05/2023 - 23ª Sessão Ordinária do Plenário.

4. Especificação do quórum:

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

CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN

Presidente

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

Relator

CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

CONSELHEIRO RODRIGO COELHO DO CARMO

CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

Fui presente:

PROCURADOR DE CONTAS LUIS HENRIQUE ANASTÁCIO DA SILVA

Procurador-geral

ODILSON SOUZA BARBOSA JUNIOR

Secretário-geral das Sessões