



INSTRUÇÃO DE ADMISSIBILIDADE DE RECURSOS

1. IDENTIFICAÇÃO DO PROCESSO

| | |
|---|--|
| TC - 005.212/2014-6 | ESPÉCIE RECURSAL: Recurso de reconsideração. |
| NATUREZA DO PROCESSO: Tomada de Contas Especial. | PEÇA RECURSAL: R002 - (Peça 136). |
| UNIDADE JURISDICIONADA: Fundação Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. | DELIBERAÇÃO RECORRIDA: Acórdão 43/2019-TCU-Plenário - (Peça 107). |

| NOME DO RECORRENTE | PROCURAÇÃO | ITEM(NS) RECORRIDO(S) |
|---|------------|-----------------------|
| Med-Care Equipamentos Hospitalares Eireli - Epp | Peça 90 | 9.4, 9.5, 9.7 e 9.9 |
| Renato Salles Pacheco | Peça 86 | 9.4, 9.5, 9.7 e 9.9 |
| Ricardo Salles Pacheco | Peça 88 | 9.4, 9.5, 9.7 e 9.9 |

2. EXAME PRELIMINAR

2.1. PRECLUSÃO CONSUMATIVA

| | |
|--|------------|
| Os recorrentes estão interpondo recurso de reconsideração contra o Acórdão 43/2019-TCU-Plenário pela primeira vez? | Sim |
|--|------------|

2.2. TEMPESTIVIDADE

O recurso de reconsideração foi interposto dentro do prazo previsto na Lei Orgânica e no Regimento Interno do TCU?

| NOME DO RECORRENTE | NOTIFICAÇÃO | INTERPOSIÇÃO | RESPOSTA |
|---|---------------------------|----------------|------------|
| Med-Care Equipamentos Hospitalares Eireli - Epp | 18/2/2019 - SP (Peça 122) | 13/3/2019 - MS | Não |

*Inicialmente, é possível afirmar que a recorrente foi devidamente notificada no endereço de seu procurador (peças 116 e 122), conforme contido no instrumento de procuração de peça 90, e de acordo com o disposto no art. 179, II, § 7º do RI/TCU.

Assim, considerando que “a data de início do prazo é contada a partir do primeiro dia em que houver expediente no Tribunal”, nos termos do art. 19, §3º, da Resolução/TCU 170/2004. Assim, o termo *a quo* para análise da tempestividade foi o dia **19/2/2019**, e “se o vencimento recair em dia em que não houver expediente, o prazo será prorrogado para o primeiro dia útil imediato”, nos termos do art. 19, §4º, da Resolução/TCU 170/2004. Assim, o termo final para análise da tempestividade foi o dia **7/3/2019**.

| NOME DO RECORRENTE | NOTIFICAÇÃO | INTERPOSIÇÃO | RESPOSTA |
|-----------------------|---------------------------|----------------|------------|
| Renato Salles Pacheco | 18/2/2019 - SP (Peça 120) | 13/3/2019 - MS | Não |

*Inicialmente, é possível afirmar que o recorrente foi devidamente notificado no endereço de seu procurador (peças 118 e 120), conforme contido no instrumento de procuração de peça 86, e de acordo com o disposto no art. 179, II, § 7º do RI/TCU.

Assim, considerando que “a data de início do prazo é contada a partir do primeiro dia em que houver expediente no Tribunal”, nos termos do art. 19, §3º, da Resolução/TCU 170/2004. Assim, o termo *a quo* para análise da tempestividade foi o dia **19/2/2019**, e “se o vencimento recair em dia em que não houver expediente, o prazo será prorrogado para o primeiro dia útil imediato”, nos termos do art. 19, §4º,

da Resolução/TCU 170/2004. Assim, o termo final para análise da tempestividade foi o dia **7/3/2019**.

| NOME DO RECORRENTE | NOTIFICAÇÃO | INTERPOSIÇÃO | RESPOSTA |
|------------------------|---------------------------|----------------|------------|
| Ricardo Salles Pacheco | 18/2/2019 - SP (Peça 121) | 13/3/2019 - MS | Não |

*Inicialmente, é possível afirmar que o recorrente foi devidamente notificado no endereço de seu procurador (peças 117 e 121), conforme contido no instrumento de procuração de peça 88, e de acordo com o disposto no art. 179, II, § 7º do RI/TCU.

Assim, considerando que “a data de início do prazo é contada a partir do primeiro dia em que houver expediente no Tribunal”, nos termos do art. 19, §3º, da Resolução/TCU 170/2004. Assim, o termo *a quo* para análise da tempestividade foi o dia **19/2/2019**, e “se o vencimento recair em dia em que não houver expediente, o prazo será prorrogado para o primeiro dia útil imediato”, nos termos do art. 19, §4º, da Resolução/TCU 170/2004. Assim, o termo final para análise da tempestividade foi o dia **7/3/2019**.

| | |
|---|------------|
| 2.2.1. Em sendo intempestivo, houve superveniência de fatos novos? | Não |
|---|------------|

Para análise do presente requisito, verifica-se oportuno a realização de breve histórico dos autos.

Trata-se de tomada de contas especial instaurada pelo Tribunal de Contas da União, por meio do Acórdão 3.103/2013 – Plenário, em razão dos indícios de prejuízo causado ao erário em decorrência do Contrato 5/2012, celebrado entre o Núcleo de Hospital Universitário da Universidade Federal do Mato Grosso do Sul (NHU/UFMS) e a empresa Med-Care Equipamentos Hospitalares Eireli EPP.

O processo constitui apartado do TC 018.967/2013-2, o qual versou sobre representação da Controladoria-Geral da União - Regional de Mato Grosso do Sul (CGU/MS) acerca de ilícitos apurados na denominada “Operação Sangue Frio” da Polícia Federal em meados de 2013, na gestão de José Carlos Dorsa Vieira Pontes.

O Sr. Marcelino Chehoud Ibrahim, ex-diretor Clínico do NHU, apresentou peça nominada de recurso de reconsideração (peça 82), expediente que foi conhecido como mera petição e recebido como elementos complementares de defesa, por meio do Acórdão 9.008/2017-TCU-1ª Câmara, visto não ser cabível a interposição de recurso contra determinação de realização de citação (peça 94).

Devidamente citados, os recorrentes mantiveram-se silentes, configurando, assim, a sua revelia (voto condutor, peça 108, p. 2, item 12).

Os autos foram apreciados por meio do Acórdão 43/2019-TCU-Plenário (peça 107), que julgou irregulares as contas dos responsáveis, aplicando-lhes débito solidário e multa.

Em essência, restou configurado os autos que o Pregão Eletrônico 243/2011 foi direcionado para a empresa Med-Care Equipamentos Hospitalares (Eireli), por meio de inserção de cláusulas restritivas à competição no edital, de simulação de cotação de preços e de julgamentos parciais de gestor e empregados do NHU, bem como houve o pagamento de R\$ 294.930,00, em valores históricos, sem que a empresa prestasse efetivamente todos os serviços de manutenção correlatos, conforme consta do voto condutor do acórdão condenatório (peça 108, p. 1, itens 4 e 10, p. 2, item 7 e p. 3, item 29).

Devidamente notificados, os recorrentes interpõem a presente peça recursal intempestiva.

Preliminarmente, faz-se mister ressaltar que o artigo 32, parágrafo único, da Lei 8.443/1992, estatui que “não se conhecerá de recurso interposto fora do prazo, salvo em razão de superveniência de fatos novos, na forma do Regimento Interno”.

Regulamentando esse dispositivo, o artigo 285, § 2º, do RI/TCU dispõe que “Não se conhecerá de recurso de reconsideração quando intempestivo, salvo em razão de superveniência de fatos novos e dentro do período de cento e oitenta dias contado do término do prazo indicado no *caput*, caso em que não terá

efeito suspensivo”.

Para que o presente recurso possa ser conhecido, uma vez interposto dentro do período de cento e oitenta dias, torna-se necessária a superveniência de fatos novos.

Na peça ora em exame (peça 136), os recorrentes argumentam, em síntese, que:

- a) em preliminar, cabe efeito suspensivo ao recurso (p. 1-3);
- b) em preliminar, o processo é nulo, pois a notificação de dilação de prazo para o encaminhamento das alegações de defesa não se deu da forma correta, uma vez que foi feita por *e-mail* e não há nos autos a confirmação de recebimento, afrontando, assim, os princípios do contraditório e da ampla defesa (p. 3-6);
- c) houve prejuízo à defesa, em razão de fatos obstados com sigilo nos autos, além de parte da prova da condenação ter se baseado em escutas e interceptações telefônicas, bem como em declarações de pessoa falecida (p. 6);
- d) não há prova plena e eficaz de culpabilidade, uma vez que os indícios e as suspeitas não são suficientes para alicerçar um juízo condenatório (p. 6-7).

Por fim, requer a nulidade do processo e efeito suspensivo. Ato contínuo, colaciona *e-mail* encaminhado sobre a dilação de prazo (p. 9), certidão de óbito do Sr. José Carlos Dorsa Vieira Pontes (p. 10), Ofício nº 1358/2015-IPL 0235/2014-4 – SR/DPF/MS (p. 11), decisões e comunicações processuais expedidas pelo TCU (p. 12-24), listagem de peças para vista eletrônica dos autos (p. 25) e Resposta ao Ofício 1.113/2017-TCU/SECEX-MS (p. 26).

Isto posto, observa-se que os recorrentes buscam afastar suas responsabilidades por meio de argumentos e teses jurídicas que, ainda que inéditos, não são considerados fatos novos por este Tribunal, conforme consolidada jurisprudência desta Corte (Acórdão 923/2010 – TCU – Plenário, Acórdãos 1.760/2017 e 323/2010, ambos da 1ª Câmara, e Acórdãos 2.860/2018, 12.751/2016 e 3.293/2016, todos da 2ª Câmara).

Com efeito, novas linhas argumentativas representariam elementos ordinários que somente justificariam o seu exame na hipótese de interposição tempestiva do recurso. Entendimento diverso estenderia para cento e oitenta dias, em todos os casos, o prazo para interposição dos recursos de reconsideração e pedido de reexame, tornando letra morta o disposto no artigo 33 da Lei 8.443/1992, que estabelece período de quinze dias para apresentação destes apelos.

A tentativa de se provocar a pura e simples rediscussão de deliberações do TCU com base em discordância com as conclusões deste Tribunal não se constitui em fato ensejador do conhecimento do recurso fora do prazo legal.

Por todo o exposto, não há que se falar na existência de fatos novos no presente expediente recursal, motivo pelo qual a impugnação não merece ser conhecida, nos termos do artigo 32, parágrafo único, da Lei 8.443/1992.

Em que pese a proposta de não conhecimento do recurso, verifica-se que os recorrentes alegam em seu recurso a ocorrência de vícios procedimentais em razão da ausência de confirmação de recebimento da notificação de dilação de prazo para o encaminhamento de alegações de defesa (peça 136, p. 3-6).

Em relação aos vícios aduzidos, a despeito de configurar mero argumento jurídico, considera-se oportuno tecer algumas considerações, por representar matéria de ordem pública.

Por oportuno, cabe tecer algumas considerações sobre o tratamento dado no âmbito do processo civil em casos similares, que pode ser aplicável subsidiariamente a esta Corte de Contas, uma vez que não há no TCU normas que regulem esta matéria (Súmula TCU 103 e artigo 298 do RITCU).

É de se notar, inclusive, que o processo de controle externo do TCU não tem natureza propriamente administrativa, uma vez que o seu objeto não é regular suas próprias atividades. Sua finalidade é apreciar as condutas e os atos de gestão da administração pública que envolvam recursos federais, competência estabelecida pela Constituição Federal. Portanto, sua natureza nesse ponto se assemelha mais ao processo civil. A decisão do Supremo Tribunal Federal no MS 23.550-1/DF, por exemplo, caracterizou o processo do TCU como “de colorido quase-jurisdicional”.

Posto isto, é certo concluir que matérias de ordem pública podem ser suscitadas a qualquer momento ou mesmo reconhecidas *ex officio* pelo juízo ou autoridade administrativa, desde que o processo ainda esteja em curso.

In casu, no entanto, a matéria já foi soberanamente julgada pelo acórdão recorrido, não sendo mais passível de recurso ordinário tempestivo neste TCU.

Proferida a decisão de mérito, a liberdade para rediscussão do feito se reduz, tanto para o julgador quanto para as partes. Vícios que antes podiam ser conhecidos de ofício e impugnados sem maiores formalidades passam, depois, a ter seu reexame condicionado à provocação da parte legitimada, que deve se dar pela via recursal.

Todo recurso pode ser apreciado quanto a sua admissibilidade e ao seu mérito. O juízo de admissibilidade busca averiguar se estão presentes as exigências que a lei estabelece para que a impugnação seja apreciada. Já o juízo de mérito busca exatamente apreciar a impugnação, com o fim de definir se ela merece ser acolhida ou deve ser rejeitada, porque o recorrente tem ou não razão no que alega.

Portanto, há duas ordens de questão a serem respondidas, exatamente nessa sequência lógica: 1º) é possível examinar o mérito do recurso? 2º) no mérito, o recorrente tem razão no que alega?

Só se passa à segunda fase (exame de mérito) se o recurso obteve um resultado positivo quanto à primeira (exame de admissibilidade). Caso contrário, o julgamento do recurso se encerra com a decisão de não conhecimento, sem se prosseguir no exame de mérito.

Esse esquema lógico se aplica tanto a impugnações sobre erros de procedimento quanto sobre erros de julgamento. Em qualquer dos casos, superada a admissibilidade, se existir razão ao recorrente (porque de fato há o erro de procedimento ou de julgamento alegados), será dado provimento ao recurso.

Quando se examina o mérito do recurso, não se fala mais em preliminar da ação e preliminar de mérito. Essa divisão prevalece durante o processo de conhecimento (1ª instância, no TCU), enquanto ainda se discute as condições da ação, por exemplo.

A partir da sentença, não há mais divisão entre os argumentos dispostos em sede de razões recursais. O que existe é uma ordem lógica entre as alegações de mérito. O acolhimento de uma pode tornar prejudicado o exame das outras. Assim, por uma questão de racionalidade lógica, deve-se examinar primeiro os argumentos que podem tornar prejudicado o exame dos demais. No entanto, não existe preliminar e mérito de recurso.

A existência ou não de erros de procedimento, portanto, constitui o próprio mérito do recurso, ou seja, integra o pedido do recorrente, que pugna pela nulidade do vício e dos atos posteriores que lhe sejam relacionados (ainda que também faça um pedido de reforma, para a eventualidade de não se acatar o anterior).

Previamente ao exame do mérito do recurso, portanto, cabe ao órgão julgador verificar a presença dos requisitos de admissibilidade. O órgão julgador só pode exercer atividade cognitiva quanto ao mérito do recurso se estiverem presentes certos requisitos (tempestividade, adequação, regularidade formal, dentre outros) que a lei estabelece e sem os quais o conteúdo da impugnação não pode ser apreciado.

Se faltar algum dos requisitos, o Tribunal não conhecerá do recurso e, conseqüentemente, não examinará se o recorrente tinha ou não razão quanto ao mérito, ainda que sejam apontadas questões de

ordem pública. Se o Tribunal não conhece do recurso, o julgamento se encerra.

Esse modelo também se aplica aos recursos previstos na Lei Orgânica do TCU. Qualquer que seja o recurso, só caberá examinar se o recorrente tem ou não razão caso estejam preenchidos os requisitos que a Lei Orgânica estabelece para que a impugnação seja examinada, como a tempestividade do recurso, a legitimidade do recorrente, etc.

O Superior Tribunal de Justiça tem precedente significativo a respeito (REsp 135.256, DJ 1/8/2000). Ao apreciar acórdão de Tribunal de Justiça que não conheceu da apelação, mas reconheceu de ofício da nulidade suscitada (matéria que seria de ordem pública), entendeu pela inviabilidade do procedimento, conforme evidencia o seguinte excerto a ementa do julgamento:

“2. Se não se conhece da apelação (intempestividade, falta de preparo, etc.), não é lícito conhecer-se de ofício de matéria relativa à nulidade do processo”.

Na mesma linha, o paradigmático julgamento do STJ no REsp 195.848-Edcl (DJ 12/8/2002), cuja ementa transcreve-se:

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO EXISTENTE. ACOLHIMENTO DOS EMBARGOS, MAS SEM ALTERAÇÃO NO RESULTADO DO JULGAMENTO. AGRAVO. **JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE NEGATIVO. EXAME DO MÉRITO DO RECURSO. IMPOSSIBILIDADE, AINDA QUE SE TRATE DE QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA.** EMBARGOS ACOLHIDOS.

I - A existência de omissão no julgamento enseja o acolhimento dos embargos de declaração para sanar o vício, sem, todavia, alterar o resultado se o embargante não tiver razão no ponto omissivo.

II - **O exame do mérito do recurso pelo órgão de segundo grau, incluindo as matérias de ordem pública, somente ocorre se ultrapassado o juízo de admissibilidade** (grifos acrescidos).

Registre-se, ainda, que a presente decisão transitou em julgado para o recorrente, aplicando-se o disposto no artigo 1º, §2º, da Resolução TCU 241/2011.

A coisa julgada representa atributo específico de jurisdição e se divide em três elementos fundamentais: a indiscutibilidade, a imutabilidade e a coercibilidade. A indiscutibilidade e imutabilidade, em especial, advêm da própria Constituição Federal e se referem à proteção destinada a conservar a inalterabilidade das manifestações dos órgãos julgadores, criando situação de certeza, de estabilidade e de segurança para as relações jurídicas.

Por esse motivo o artigo 508 do CPC estabelece que “*transitada em julgado a decisão de mérito, considerar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas que a parte poderia opor tanto ao acolhimento quanto à rejeição do pedido*”.

Assim, cabe ao responsável ou interessado aduzir todos os seus argumentos que entender cabíveis, sob pena de preclusão, se não o fizer dentro dos prazos e das formas estabelecidas pelos normativos pertinentes.

A única exceção a essa regra seria a decisão proferida em processo que correu à revelia do responsável/interessado, por falta ou vício na citação inicial. Esta falha pode ser examinada a qualquer tempo e por meio de simples petição, pois a relação jurídica processual não se consolidou. O interessado ou responsável foi atingido por uma decisão em processo no qual não atuou, por falha no seu chamamento a juízo. A correção deste vício no processo civil é possível a qualquer tempo por meio do instituto da *querela nullitatis*, previsto especialmente como um meio de impugnação à execução da sentença (artigo 525, §1º, I, CPC) e como hipótese de embargos à execução (artigo 535, I, CPC).

A falta ou vício na notificação também representa situação peculiar. A sua arguição deve ser feita em tópico específico, prévio às razões recursais. Essa é, portanto, exceção à regra de somente examinar erros de procedimento quando do exame de mérito do recurso, após superada a fase de admissibilidade. A

ocorrência deste vício é examinada no momento da análise da tempestividade da peça recursal.

De todo o exposto, em síntese, dizer que o recurso é admissível, ou que se conhece do recurso, é dizer que o mérito desse recurso pode ser apreciado. Não conhecer do recurso é afirmar, por outro lado, que não foram atendidas as condições para que o pedido recursal fosse examinado. Em consequência, se o recurso não for admitido, não cabe examinar se procede ou não procede a alegação de existência de vício de procedimento na decisão recorrida, eis que fazê-lo constitui o mérito do recurso, e é vedado o exame de mérito se o recurso não ostenta as condições mínimas para seu conhecimento.

Com estas considerações, conclui-se restar prejudicado o exame do mérito do expediente apelativo, inclusive de eventuais falhas procedimentais, ante a proposta de não conhecimento.

2.3. LEGITIMIDADE

| | |
|--|------------|
| Trata-se de recurso interposto por responsável/interessado habilitado nos autos, nos termos do art. 144 do Ri-TCU? | Sim |
|--|------------|

2.4. INTERESSE

| | |
|-------------------------------|------------|
| Houve sucumbência das partes? | Sim |
|-------------------------------|------------|

2.5. ADEQUAÇÃO

| | |
|---|------------|
| O recurso indicado pelos recorrentes é adequado para impugnar o Acórdão 43/2019-TCU-Plenário? | Sim |
|---|------------|

3. CONCLUSÃO DA INSTRUÇÃO PRELIMINAR

Em virtude do exposto, propõe-se:

3.1 não conhecer do recurso de reconsideração interposto por Med-Care Equipamentos Hospitalares Eireli - Epp, Ricardo Salles Pacheco e Renato Salles Pacheco, **por restar intempestivo e não apresentar fatos novos**, nos termos do artigo 33 da Lei 8.443/92, c/c o artigo 285, *caput* e §2º, do RI/TCU;

3.2 encaminhar os autos ao gabinete do relator competente para apreciação do recurso;

3.3 à unidade técnica de origem dar ciência aos recorrentes e aos órgãos/entidades interessados do teor da decisão que vier a ser adotada, encaminhando-lhes cópia.

| | | |
|----------------------------|--|--------------------------|
| SAR/SERUR, em 8/4/2019. | Patrícia Jussara Sari Mendes de Melo AUFC - Mat. 6469-6 | Assinado Eletronicamente |
|----------------------------|--|--------------------------|