

VOTO

Examino peça inominada interposta pela Construtora OAS S.A. – Em Recuperação Judicial, sucedida pela Construtora COESA S.A. – Em Recuperação Judicial (peças 446 a 448) contra o Acórdão 1.721/2016-TCU-Plenário (peça 121), que, em sede de tomada de contas especial (TCE), julgou irregular as contas e lhe aplicou débito e multa. Em síntese, a recorrente alega a prescrição da pretensão ressarcitória e punitiva do TCU, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal.

2. Preliminarmente, cabe um breve histórico dos presentes autos, o que faço a seguir.
3. Originariamente, os autos tratam de TCE decorrente da conversão de processo de auditoria realizada nas obras do Complexo Viário do Rio Baquirivu, em Guarulhos – SP, objeto do Contrato 39/1999, celebrado entre o aludido município e a Construtora OAS S.A.
4. Em essência, restou configurada a ocorrência de superfaturamento no Contrato 39/1999, em razão do pagamento de serviços, o que ocasionou desequilíbrio econômico-financeiro por modificações nos quantitativos inicialmente previstos, gerando débito perante a União, conforme consignado no voto condutor do acórdão condenatório (peça 124, p. 1-2), tendo como responsáveis: Construtora OAS S.A., Airton Tadeu de Barros Rabello, Alexandre Lobo de Almeida, Artur Pereira Cunha, Carlos Eduardo Corsini, Douglas Leandrini, Eloi Alfredo Pieta, Fernando Antonio Duarte Leme, Jorge Luiz Castelo de Carvalho, Jovino Cândido da Silva, Kimei Kuniyoshi, Roberto Yoshiharu Nisie, Sueli Vieira da Costa, Valdir Antonucci Minto e Vânia Moura Ribeiro.
5. Diante disso, os autos foram apreciados por meio do Acórdão 1.721/2016-TCU-Plenário, relator Ministro Benjamin Zymler (peça 121), que julgou irregulares as contas dos responsáveis, imputando-lhes solidariamente o débito apurado e aplicando-lhes as multas individuais, decisão que foi retificada, por erro material, pelo Acórdão 1/2017-TCU-Plenário (peça 267).
6. Em face dessa decisão, foram opostos embargos de declaração (peças 168, 189, 190, 191, 192 e 193) por Artur Pereira Cunha, Jorge Luiz Castelo de Carvalho, Nelson Rodrigues Pandeló, Valdir Antonucci Minto e Alexandre Lobo de Almeida e pela sociedade empresária Construtora OAS S.A., os quais foram conhecidos, e, no mérito, rejeitados por força do Acórdão 2.783/2016-TCU-Plenário (peça 233).
7. Ainda contra o acórdão original, Kimei Kuniyoshi, Douglas Leandrini, Sueli Vieira da Costa, Construtora OAS S.A., Valdir Antonucci Minto, Alexandre Lobo de Almeida, Nelson Rodrigues Pandeló, Jorge Luiz Castelo de Carvalho e Artur Pereira Cunha interpuseram recursos de reconsideração (peças 196, 197, 198, 260, 261 e 271, 262 e 275, 263 e 272, 264 e 273, 265 e 274), os quais foram conhecidos e, no mérito, desprovidos, consoante Acórdão 2.559/2019-TCU-Plenário, de minha relatoria (peça 296).
8. Com vistas a suprir suposto vício de omissão em relação ao Acórdão 2.559/2019-TCU-Plenário, Douglas Leandrini, Kimei Kuniyoshi e Sueli Vieira da Costas opuseram embargos de declaração (peça 315), que foram conhecidos, e, no mérito, rejeitados por meio do Acórdão 2.931/2019-TCU-Plenário, também de minha relatoria (peça 321).
9. Posteriormente, Alexandre Lobo de Almeida, Artur Pereira Cunha, Douglas Leandrini, Jorge Luiz Castelo de Carvalho, Kimei Kuniyoshi e Valdir Antonucci Minto interpuseram recursos de revisão (peças 347 a 351 e 356 a 359), os quais foram conhecidos e, no mérito, desprovidos, nos termos do Acórdão 1.763/2021-TCU-Plenário, relator Ministro Jorge Oliveira (peça 387).
10. Em seguida, Douglas Leandrini e Kimei Kuniyoshi opuseram embargos de declaração (peça 396), os quais foram conhecidos e, no mérito, rejeitados pelo Acórdão 2.280/2021-TCU-Plenário (peça 404).

11. Neste momento, a recorrente, Construtora OAS S.A. – Em Recuperação Judicial, sucedida pela Construtora COESA S.A. – Em Recuperação Judicial, ingressa com o recurso em exame, com o objetivo de impugnar o acórdão condenatório (Acórdão 1.721/2016-TCU-Plenário), alegando a prescrição da pretensão ressarcitória e punitiva do TCU, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal
12. Ao analisar a presente peça recursal, a então Secretaria de Recursos (Serur) propõe não conhecer o recurso, em razão da preclusão consumativa, nos termos do artigo 278, § 3º, do Regimento Interno do TCU (RI/TCU), por ser a segunda vez que a mesma responsável interpõe tal espécie recursiva.
13. Propõe, também, dar ciência à empresa recorrente e aos interessados do teor da decisão.
14. Por meio do pronunciamento de peça 463, o Ministério Público junto ao TCU (MPTCU) manifestou-se de acordo com a proposta oferecida pela Unidade Técnica Especializada.
15. No mérito, acolho as análises e a proposta da então Secretaria de Recursos, integralmente ratificadas pelo **Parquet** junto o TCU, as quais adoto como razões de decidir. A análise empreendida pela unidade técnica especializada abordou com propriedade os elementos e argumentos consignados pelo recorrente, de modo que acrescento apenas os comentários a seguir.
16. A jurisprudência do TCU, fundamentada, principalmente, no artigo 278, §§ 3º e 4º, do RI/TCU, é no sentido de que: i) a interposição de recurso, ainda que venha a não ser conhecido, gera preclusão consumativa; e ii) não se conhecerá de recurso da mesma espécie, exceto os embargos de declaração, pela parte ou pelo Ministério Público junto ao TCU, contra deliberação que apreciou o primeiro recurso interposto; ou seja, não é possível a interposição de recurso da mesma espécie, exceto os embargos de declaração, tanto pela parte quanto pelo MPTCU, contra decisão que apreciou o primeiro recurso interposto.
17. A Lei 8.443/1992 albergou o princípio do duplo grau de jurisdição no processo no âmbito desta Corte de Contas. Assim, da decisão proferida em tomada ou prestação de contas cabe a interposição de recurso de reconsideração e da decisão proferida em atos sujeitos a registro ou em fiscalização de atos e contratos cabe a interposição de pedido de reexame (arts. 32, inciso I, e 48 da Lei 8.443/1992).
18. Os recursos processuais, além de estarem sujeitos ao princípio da taxatividade – somente são cabíveis aqueles previstos nas normas –, estão também submetidos ao princípio da unicidade – as decisões judiciais somente podem ser impugnadas por meio de uma espécie recursal.
19. Com base nesses princípios, o RI/TCU estabelece que não se conhecerá de recurso da mesma espécie, exceto embargos de declaração, pela parte ou pelo MPTCU, contra deliberação que apreciou o primeiro recurso interposto (art. 278, § 4º).
20. Com efeito, admitir o conhecimento de recurso de reconsideração contra decisão proferida em recurso de reconsideração, estaria se criando um terceiro grau de jurisdição sem amparo legal.
21. A mesma matéria já apreciada na primeira deliberação e no primeiro recurso de reconsideração seria submetida ao órgão julgador uma terceira vez em novo recurso de reconsideração.
22. De acordo com o princípio do duplo grau de jurisdição, foi garantido o devido exercício do contraditório em duas oportunidades perante o órgão julgador. Não há razão para se falar em uma terceira oportunidade.
23. Por certo, cabe sempre a oposição de embargos de declaração (art. 32, inciso III, da Lei 8.443/1992) com o intuito de se esclarecer obscuridade, eliminar contradição ou suprir omissão. Entretanto, trata-se aqui de mero aperfeiçoamento da decisão questionada e não de uma nova

submissão da matéria ao órgão julgador, o que caracterizaria um terceiro grau de jurisdição não previsto em lei.

24. Tal qual exposto pela então Serur, não vislumbro fundamentos para que o recurso em exame seja conhecido como recurso de revisão, pois sequer foram indicados os requisitos legais que permitiriam o seu conhecimento. Ademais, constituindo essa espécie de recurso na última oportunidade recursal existente neste processo, o recebimento da peça em exame nessa modalidade seria prejudicial ao responsável, que teria encerrado, em definitivo, sua oportunidade de revisão da decisão.

25. Ressalto que os seguintes enunciados da Jurisprudência Seleccionada desta Corte de Contas reforçam o entendimento que apresento neste voto:

Não se conhece de recurso de reconsideração, interposto pelo responsável ou pelo Ministério Público junto ao TCU, contra deliberação que apreciou recurso de reconsideração anterior, em atenção ao princípio recursal da unicidade (art. 278, § 4º, do Regimento Interno do TCU). Não importa que o segundo recurso seja interposto pela parte sucumbente no primeiro, pois as normas processuais do Tribunal garantem oportunidade ao contraditório no duplo grau de jurisdição, tanto ao responsável quanto ao Ministério Público. (Acórdão 8.557/2020-Primeira Câmara, Relator: Ministro Benjamin Zymler; Acórdão 2.171/2020-Plenário, Relator Ministro Bruno Dantas);

Não se conhecerá de recurso da mesma espécie, exceto embargos de declaração, pela parte ou pelo Ministério Público junto ao TCU, contra deliberação que apreciou o primeiro recurso interposto. (Acórdão 7.603/2012-Primeira Câmara, Relator Ministro José Mucio Monteiro);

Interposto o recurso opera-se a preclusão consumativa, não devendo ser dado seguimento à nova peça recursal oferecida contra a decisão atacada, que deve ser recebida como mera petição, caso não haja possibilidade de conhecê-la como recurso de outra espécie. (Acórdão 2.129/2008-Primeira Câmara, Relator Ministro Marcos Vinicius Vilaça);

Não se conhece de pedido de reexame interposto pela segunda vez, por estar materializada a hipótese da preclusão consumativa. (Acórdão 2.624/2011-Plenário Relator Ministro José Mucio Monteiro);

Em obediência ao princípio da singularidade recursal, não se conhece do pedido de reexame na situação em que já se encontra exaurida a via recursal pretendida. (Acórdão 9.256/2011-Primeira Câmara, Relator Ministro Valmir Campelo);

Não se conhece de embargos de declaração opostos contra deliberação já embargada em etapa anterior, em face dos princípios da eventualidade e da preclusão consumativa. Cabe à parte, quando da interposição de seus embargos, apontar todos os vícios que entender presentes no acórdão recorrido. (Acórdão 563/2015-Plenário, Relator Ministro Vital do Rêgo; Acórdão 599/2019-Segunda Câmara, Relator Ministro Substituto Marcos Bemquerer).

26. Assim, uma vez que o recurso de reconsideração já foi interposto neste processo pela Construtora OAS S.A. (peça 260), em face da decisão de mérito, qual seja, o Acórdão 1.721/2016-TCU-Plenário, nos termos do art. 278, §§ 3º e 4º, do Regimento Interno do TCU, o recurso de reconsideração sob análise não deve ser conhecido, por ter operado a preclusão consumativa.

27. Por fim, considerando que o Plenário do TCU, por meio do Acórdão 2.285/2022, Relator Ministro Antônio Anastasia, aprovou a recente Resolução-TCU 344, de 11 de outubro de 2022, que trouxe novas diretrizes relativas à regulamentação, no âmbito deste Tribunal, da prescrição para o exercício das pretensões punitiva e de ressarcimento, aplicando-se essa norma aos processos nos quais não tenha ocorrido o trânsito em julgado no TCU, restitui os presentes autos à então Serur para que a unidade especializada analisasse a incidência de prescrição de acordo com os parâmetros fixados pelo novel normativo (Despacho de peça 467).

28. Ao reanalisar a incidência da prescrição, considerando os novos parâmetros fixados pela Resolução-TCU 344, de 11 de outubro de 2022, o auditor da então Serur, por meio da instrução de peça 470, demonstrou que esta não ocorreu e propôs manter o encaminhamento constante do exame de

admissibilidade de recurso realizado à peça 455 (não conhecer do recurso de reconsideração interposto pela Construtora OAS S.A. – Em Recuperação Judicial, sucedida pela Construtora COESA S.A. – Em Recuperação Judicial, em razão da preclusão consumativa).

29. Tanto o corpo diretivo da então Serur como o **Parquet** junto ao Tribunal manifestaram-se de acordo com a mencionada proposta, consoante pronunciamentos de peças 471, 472 e 474.

30. Por oportuno, com vistas a melhor compreensão da matéria, transcrevo trecho da instrução da então Serur de peça 470:

No caso em análise, o prazo de prescrição deverá ser contado a partir da data do conhecimento da irregularidade ou do dano, quando constatados em fiscalização realizada pelo Tribunal, à luz do que determina o art. 4º, inciso IV, da Resolução-TCU 344/2022. Assim, deve ser adotado como termo inicial do prazo prescricional a data do Relatório de Levantamento de Auditoria (peça 4, p. 147-188). Portanto, o termo inicial é o dia **29/7/2003**.

A prescrição foi interrompida nas seguintes datas, por causas interruptivas elencadas no art. 5º da citada resolução:

- 1) em **15/6/2004**, pela instrução elaborada pela Secex-SP, com proposta de conversão dos autos em TCE (peça 10, p. 66-91);
- 2) em **14/3/2007**, pela prolação do Acórdão 355/2007-TCU-Plenário, convertendo os autos em TCE (peça 10, p. 257-258);
- 3) em **1/6/2009**, pela citação da Construtora OAS S.A. (peça 11, p. 227-228);
- 4) em **29/12/2011**, pela instrução de mérito elaborada pela 3ª Secretaria de Fiscalização de Obras (peça 15, p. 16-52, peça 16);
- 5) em **23/6/2013**, pela instrução de mérito elaborada pela SecobEnergia (peça 76);
- 6) em **16/9/2013**, parecer do MPTCU (peça 82);
- 7) em **6/7/2016**, pela prolação do Acórdão 1.721/2016-TCU-Plenário, julgando irregulares as contas dos responsáveis, com condenação em débito e multa (peça 121).

Entre essas datas não houve o transcurso do prazo quinquenal de prescrição.

Além disso, o histórico de andamento do processo evidencia que a instrução processual transcorreu normalmente, sem paralisação por mais de três anos – o que afasta a hipótese de prescrição intercorrente.

Fica demonstrada, assim, a não ocorrência da prescrição, no caso em exame.

31. Por derradeiro, anoto que, tendo sido divulgada a pauta da sessão plenária de 8/2/2023, a Construtora OAS S.A. – Em Recuperação Judicial, sucedida pela Construtora COESA S.A. – Em Recuperação Judicial, por meio de Memoriais de peça 480, indicou supostos equívocos no exame da incidência da prescrição na instrução da então Serur de peça 470 e requereu, **in verbis**:

Ante todo o exposto, reiterando as manifestações anteriores, a Requerente apresenta MEMORIAIS DE JULGAMENTO COMPLEMENTARES para que, tendo em vista o posicionamento do Supremo Tribunal Federal a seu respeito, o que dispõe a Lei nº 9.873/99 e a novel Resolução TCU nº 344/2022, desde já:

[i] seja reconhecida a prescrição das pretensões ressarcitória e punitiva em relação à CONSTRUTORA COESA S.A - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL, nova denominação da CONSTRUTORA OAS - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL, com a determinação da consequente e imediata EXTINÇÃO da presente Tomada de Contas Especial, com resolução de mérito e no estado em que se encontram, em razão do decurso de mais de 5 (cinco) entre a citação da Requerente para apresentação de justificativas e a primeira decisão recorrível.

32. Sobre esse aspecto, considero importante lembrar que, desde a constituição do processo até o término da etapa de instrução, é facultada à parte a juntada de documentos novos. Contudo, terminada essa etapa, com a emissão do parecer conclusivo do titular da unidade técnica, não existe na processualística do Tribunal etapa de contestação da instrução da unidade técnica e tampouco fase

processual de réplica do parecer do Ministério Público (v.g. Acórdão 7.738/2019-TCU-2ª Câmara).

33. Considerando que, nos termos da jurisprudência pacífica desta Corte, consoante os excertos colhidos da ferramenta de pesquisa “Jurisprudência Seleccionada”, disponível no sítio do TCU, a seguir transcritos, memoriais apresentados nos termos do art. 160, § 3º, do Regimento Interno do TCU não vinculam a formação do juízo do relator, têm a função de sensibilizar os demais julgadores para o pleito do interessado e esclarecer elementos controvertidos do processo, razão pela qual não servem para a apresentação de novos argumentos ou de pedidos novos ao relator (v.g. Acórdão 801/2017-TCU-Plenário).

“Após o término da fase de instrução, documentação entregue pelos responsáveis tem natureza jurídica de memorial (art. 160, §§ 1º e 3º, do Regimento Interno do TCU) e, ainda que contenha argumentos inéditos aos autos, não vincula a formação de juízo do relator, podendo este até mesmo não autorizar sua juntada ao processo. Não existe na processualística do Tribunal etapa de contestação da instrução da unidade técnica e tampouco fase processual de réplica do parecer do Ministério Público.” (Acórdãos 1.171/2018-Plenário, Relatora: Min. Ana Arraes, e 7.738/2019-2ª Câmara, Relator: Min. Augusto Nardes);

“A etapa de instrução processual se encerra no momento em que o titular da unidade técnica emite seu parecer conclusivo. Memoriais podem ser distribuídos aos gabinetes das autoridades após essa etapa, mas não condicionam a avaliação do julgador. Memoriais não se prestam a aditar as razões recursais apresentadas ao órgão julgante no correto momento processual.” (Acórdão 4.466/2013-2ª Câmara, Relator: Min. José Jorge);

“A falta de pronunciamento expreso na deliberação quanto às questões trazidas exclusivamente em memoriais (art. 160, § 3º, do Regimento Interno do TCU) não enseja omissão passível de questionamento mediante embargos de declaração.” (Acórdão 6.727/2018-Primeira Câmara, Relator: Min. Benjamin Zymler);

“Não incorre em omissão passível de ensejar o acolhimento de embargos de declaração a decisão que deixa de apreciar questão levantada unicamente em sede de memoriais.” (Acórdão 3.340/2015-Plenário, Relator: Min. Bruno Dantas).

34. Apesar desse entendimento, deixo registrado que analisei os argumentos constantes dos memoriais de peça 480 e os considerei insuficientes para alterarem este voto e o acórdão que levo ao Colegiado nesta oportunidade, e, conseqüentemente.

Ante o exposto, voto por que o Tribunal adote a minuta de Acórdão que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 8 de fevereiro de 2023.

Ministro JOÃO AUGUSTO RIBEIRO NARDES
Relator