



II – RAZÕES DO VOTO

Preliminarmente, analisando os pressupostos de admissibilidade do vertente apelo, constata-se que encontram-se devidamente preenchidos os requisitos para seu conhecimento/admissibilidade, quais sejam, o cabimento, a legitimidade, o interesse processual e a tempestividade, razão pela qual, conheço do recurso.

Antes de adentrar ao mérito das razões expostas no apelo, necessário analisar as questões prejudiciais de mérito, arguidas em sede de preliminar pela recorrente em seu recurso, conforme a seguir:

II.I – PRELIMINAR - INEXISTÊNCIA DE JURISDIÇÃO DO TCE/MT

Em suas razões recursais, a recorrente suscitou questão preliminar no sentido de que o Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso não tem competência para processar, julgar e aplicar penalidade a ela, uma vez que tal prerrogativa, especialmente quanto à restituição ao erário, compete ao Poder Judiciário com exclusividade.

Esclareceu, ainda, que não utilizou, administrou, guardou ou gerenciou nenhum recurso público, apenas recebeu por serviços devidamente prestados, razão pela qual não está sob a competência constitucional do Tribunal de Contas.

Em que pese argumento da recorrente, temos que a preliminar arguida é desprovida de conteúdo legal e jurídico válido. Em primeiro lugar, cabe ressaltar que, a redação do artigo 1º da Lei Orgânica do TCE/MT (LC nº 269/2007) dispõe que:



“Art. 1º Ao Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso, órgão de controle externo, nos termos da Constituição do Estado e na forma estabelecida nesta lei, em especial, compete: (...)

*II – julgar as contas dos Poderes Legislativo e Judiciário, do Ministério Público, bem como as contas dos demais administradores e responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos das unidades dos Poderes do Estado, dos Municípios e demais entidades da Administração indireta, incluídas as fundações, fundos e sociedades instituídas e mantidas pelo poder público, as agências reguladoras e executivas e as **contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao erário;**” (destaque nosso)*

Ademais, a jurisprudência vigente no Supremo Tribunal Federal – STF é pacífica **acerca da competência das Cortes de Contas para julgar e eventualmente sancionar empresas privadas contratadas direta ou indiretamente pelo poder público**. Nesse sentido, colha-se julgado recente reafirmando a possibilidade de o Tribunal de Contas aplicar penalidade de restituição ao erário em caso envolvendo a Construtora Andrade Gutierrez S/A, senão vejamos:

*“Mandado de segurança. Ato do Tribunal de Contas da União. Competência prevista no art. 71, IX, da Constituição Federal. Contrato rescindido unilateralmente pela Administração. Abertura de processo de tomada de contas especial. **Dano ao erário configurado. Devolução de valores a título de sobrepreço.** Necessidade de dilação probatória. Não ocorrência de violação do princípio do devido processo legal. Segurança denegada. 1. **É legítima a condenação solidária da impetrante ao ressarcimento do dano causado ao erário, bem como sua consequente inscrição no CADIN, no caso de inadimplemento, tudo em consonância com a Lei nº 8.443/92.** Devolução de valores ao erário em razão de superfaturamento de preços constatado em aditamentos contratuais. Valores calculados com base não na execução do contrato, mas sim na diferença dos valores apurados a título de sobrepreço pelo TCU. 2. A análise do quantum a ser cobrado e do que deveria ser considerado, ou não, pelo TCU para a realização dos cálculos – e.g. A manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato - é inviável no presente writ, na medida em que, dada a natureza da ação mandamental, é condição necessária para seu manejo que o direito pleiteado seja líquido e certo. Necessidade de dilação probatória. Precedentes. 3. Ausência de violação do princípio do devido processo legal. Os pedidos formulados pelos interessados foram analisados e o cálculo do quantum do sobrepreço foi formulado em consonância com os critérios tecnicamente utilizados pela Corte de Contas e com as normas de seu regimento interno. 4. Segurança*



denegada.” (MS 29599, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 01/03/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-159 DIVULG 29-07-2016 PUBLIC 01-08-2016). (grifo nosso).

Nesta linha, entendo que os argumentos lançados pela recorrente não podem ser acolhidos, de forma que **rejeito a questão preliminar formulada.**

II.II - PRELIMINAR - PRESCRIÇÃO

Nesse ponto da preliminar, a recorrente busca a declaração de prescrição das irregularidades apuradas nestes autos, em razão do julgamento do Recurso Extraordinário nº 669.069 pelo Supremo Tribunal Federal, onde fixou-se a tese de que é prescritível a reparação de danos à Fazenda Pública, decorrente de ilícito civil.

Pois bem, inicialmente, cabe esclarecer que consultando detidamente o voto condutor produzido nos autos do recurso extraordinário RE nº 669069/2016, citado pela recorrente, fica evidente que são excluídas da tese apresentada as decisões das Cortes de Contas que, resultam em ressarcimento ao erário, senão vejamos:

*“(...) 3. Nos debates travados na oportunidade do julgamento ficou clara a opção do Tribunal de considerar como ilícito civil os de natureza semelhante à do caso concreto em exame, a saber: ilícitos decorrentes de acidente de trânsito. O conceito, sob esse aspecto, deve ser buscado pelo método de exclusão: não se consideram ilícitos civis, de um modo geral, os que decorrem de infrações ao direito público, como os de natureza penal, os decorrentes de atos de improbidade e assim por diante. **Ficou expresso nesses debates, reproduzidos no acórdão embargado, que a prescritibilidade ou não em relação a esses outros ilícitos seria examinada em julgamento próprio. Por isso mesmo, recentemente, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral de dois temas relacionados à prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário: (a) Tema 897 – “Prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário em face de agentes públicos por ato de improbidade administrativa”; e (b) Tema 899 – “Prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas”. Desse modo, se dúvidas ainda houvesse, é evidente que as***



pretensões de ressarcimento decorrentes de atos tipificados como ilícitos de improbidade administrativa, assim como aquelas fundadas em decisões das Cortes de Contas, não foram abrangidas pela tese fixada no julgado embargado. (Grifo nosso)". (RE 669069 ED, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 16/06/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-136 DIVULG 29-06-2016 PUBLIC 30-06-2016)

Portanto, resta afastada a argumentação da recorrente de que a decisão do Relator contraria o entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal.

De outro lado, a recorrente pontua que a Secex-Obras, havia afastado o embasamento legal utilizado no voto do Relator, referente ao art. 618 do Código Civil, para imputação de débito, o que faria com que o pleito deixasse de se fundamentar em responsabilidade objetiva.

No caso em tela, conforme mencionado pela equipe técnica em sua manifestação, tal afirmação não merece prosperar, visto que o Relatório Técnico, fl. 309, ao contrário do que alega a recorrente, restou ratificada a responsabilidade da empreiteira, em decorrência do disposto no art. 618 do Código Civil, é objetiva, *verbis*:

"Data máxima vênia, este não deve ser o entendimento dado à questão. Conforme demonstrado às fls. 204/206, recentes decisões têm afirmado que a responsabilidade do empreiteiro/construtor em decorrência do disposto no art. 618 do Código Civil é objetiva, ou seja, sem a necessidade de comprovação de culpa. "

Com efeito, cabe trazer a colação entendimento emanado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, pontuando que, dentro do prazo da garantia quinquenal, não cabe a investigação da culpa do empreiteiro na execução da obra, já que a responsabilidade é objetiva.

"RECURSO DE APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C ANULAÇÃO DE TÍTULO E PERDAS E DANOS – CONTRATO DE EMPREITADA – ARTIGO 618, PARÁGRAFO ÚNICO DO CC – APLICAÇÃO AO CASO CONCRETO – OBRA CONTRATADA QUE SE ENQUADRA NO TERMO "CONSTRUÇÕES



*CONSIDERÁVEIS” CONSTANTE NO CITADO DISPOSITIVO – DECADÊNCIA DO DIREITO À RESCISÃO CONTRATUAL — PERDAS E DANOS – PRAZO PRESCRICIONAL DO ARTIGO 206, § 3º, V, DO CÓDIGO CIVIL – RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREITEIRO – OBJETIVA – PRESCINDIBILIDADE DA PROVA DA CULPA – NEXO DE CAUSALIDADE E DANO MATERIAL DEVIDAMENTE COMPROVADOS – INDENIZAÇÃO DEVIDA – PARTES QUE SÃO MUTUAMENTE CREDORAS E DEVEDORAS – COMPENSAÇÃO – NECESSIDADE – CANCELAMENTO DEFINITIVO DO PROTESTO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO – SENTENÇA REFORMADA EM PARTE. 1 - O artigo 618 do Código Civil é aplicado somente aos contratos de empreitada de edifícios ou outras construções consideráveis. Por construções consideráveis, a doutrina entende como obras que se revestem, principalmente, de durabilidade. In casu, o contrato de empreitada tem como objeto o fornecimento e execução de assentamento de pedra portuguesa em área aproximada de 720,00m² (setecentos e vinte metros quadrados), pelo preço de R\$ 75.000,00 (setenta e cinco mil reais). Isso é, trata-se de obra de grande vulto, com caráter de durabilidade, motivo pelo qual se aplica o prazo do artigo 618, parágrafo único, do Código Civil. 2 - O prazo decadencial de 180 dias constante no parágrafo único do artigo 618 do Código Civil é aplicado em ação desconstitutiva, ou seja, de resolução do contrato, jamais nas ações que visam à indenização (condenação) pelos danos decorrentes do inadimplemento contratual do construtor quanto à segurança e solidez da obra, que respeitam o prazo prescricional de três anos do art. 206, § 3º, V, do Código Civil. No caso concreto, o pedido do Apelante referente à rescisão contratual encontra-se fulminado pelo instituto da decadência, uma vez que o próprio Recorrente admite que desde a entrega da obra os defeitos eram visíveis a olho nu, porém não ajuizou o feito no prazo assinalado (180 dias após o aparecimento do vício). 3 - **A responsabilidade civil do construtor (empreiteiro) é objetiva. Logo, não é preciso a comprovação da culpa, para obter a indenização. Basta que o dono da obra demonstre o nexo causal entre o fato lesivo e o dano.** Comprovado que o prejuízo material decorrente da contratação de nova empresa para refazer o trabalho de assentamento das pedras está ligado com a relação contratual havida entre as partes e a execução da obra, sem observância técnica, impõe-se o dever de indenizar. (...)” (Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, Ap 35640/2013, DESA. CLARICE CLAUDINO DA SILVA, SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, Julgado em 11/06/2014, Publicado no DJE 26/06/2014)*

Posto isto, **afasto a questão preliminar de prescrição e decadência apresentadas pela recorrente.**



III - DO MÉRITO

Inicialmente, cabe esclarecer que a recorrente interpôs o presente recurso visando apenas afastar a glosa de **R\$ 160.156,71 (cento e sessenta mil cento e cinquenta e seis reais e setenta e um centavos)**, imposta em razão das patologias detectadas em procedimento de Auditoria de Qualidade de Obras Rodoviárias na Rodovia MT-388, trecho Sapezal – Alto do Sapezal, com extensão de 16 km, razão pela qual à análise do feito restringirá ao apontamento mencionado, conforme se verá a seguir:

Em suas razões, destacou que não possui responsabilidade quanto aos danos encontrados na rodovia, uma vez que as patologias existentes ocorreram por conta do excesso de peso de caminhões que trafegam pela rodovia, ocasionando a sua utilização inadequada.

No caso em questão, cabe esclarecer que o prazo de 05 (cinco) anos previsto no art. 618 do Código Civil, trata do prazo de garantia, atribuindo responsabilidade objetiva ao empreiteiro quanto aos defeitos que aparecerem no decorrer deste tempo, só podendo ser afastada com a demonstração de culpa exclusiva de outrem ou caso fortuito ou força maior, o que não fez a recorrente, apresentando apenas conjecturas acerca do excesso de peso dos caminhões, não apresentando nenhuma prova cabal do que alega.

Neste sentido, cabe trazer breve passagem constante do voto proferido pelo relator originário do feito que com precisão e concisão manifestou, *verbis*:

“Como bem ponderado pela equipe técnica, o parágrafo único do artigo 618 do Código Civil deve ser interpretado com base no instituto da decadência, sob pena de interpretação equivocada deste dispositivo. Vejamos.



*“A defesa ao trazer o argumento de que 'caso aquele descubra o vício redibitório dentro do lustro legal, terá o direito potestativo de denunciar os vícios dentro do prazo de 180 dias a contar da descoberta', deixa claro que o prazo decadencial previsto no parágrafo único do art. 618 do Código Civil refere-se ao direito de **redibir um negócio jurídico**, ou revisá-lo para obter abatimento no preço.*

*Conforme verifica-se na obra 'Direito civil: atualidades (pg. 263), 'as ações pelas quais se exercem **direitos potestativos** denominam-se **ações constitutivas**, porque visam constituir nova situação jurídica'.*

*Ainda, de acordo com a conceituação de Humberto Theodoro Junior 'as ações constitutivas, por sua vez, não se destinam a reclamar prestação inadimplida, mas a **constituir situação jurídica nova**. Diante delas, portanto, não há que se cogitar de prescrição. O decurso do tempo faz extinguir o direito potestativo de criar novo relacionamento jurídico. Dá-se, então, a decadência do direito não exercido no seu tempo de eficácia'. A Apelação Cível nº 700258420639 do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, julgada em 26.11.2008, deixa bem clara essa questão. Não havendo requerimento com carga constitutiva, não se aplica o prazo do parágrafo único do art. 618 do Código Civil (CC).*

Como os demandantes não postularam a rescisão do contrato, nem fizeram qualquer outro requerimento com carga constitutiva mostra-se inaplicável, ao caso dos autos, o prazo de 180 dias, previsto no parágrafo único do art. 618 do CC . (...)”

Nesta esteira, cabe pontuar que em matéria de prestação de contas e verificação de execução de obras públicas a culpa do polo passivo é presumida, motivo pelo qual o acusado é quem deve apresentar provas capazes de eximir-se de responsabilidade e não o contrário, como pretende a recorrente.

Além disso, no caso de responsabilidade objetiva, como a dos autos, a prova contrária também cabe ao acusado, tendo em vista que não é necessária a demonstração de dolo ou culpa.

Por fim, quanto ao argumento lançado no apelo referente ao afastamento da multa aplicada em razão do dano, sustentou a recorrente que não



praticou ato de gestão, nos termos do art. 289, inciso I, do Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso (RI - TCE/MT), tendo em vista que na qualidade de particular em execução de serviço contratado não pode ser equiparado a gestor.

Nesse aspecto, tal argumento não prospera, na medida em que tal reprimenda pecuniária esta prevista no art. 289, inciso I, do RI – TCE/MT, desconsiderando deliberadamente o conteúdo do art. 287 do citado regimento, que é expresso ao afirmar que aquele que for condenado à restituição ao erário poderá, também, ser penalizado com multa no *quantum* de até 100% (cem por cento) do valor do referido dano.

Outrossim, resta claro que a aplicação da multa em questão, não se trata de um caso de injustiça atípica das decisões dessa Corte de Contas, visto que está amparada nos termos do artigo 287, do RI - TCE/MT que possibilita a sua aplicação nos casos em que o responsável for condenado à restituição de valores ao erário.

“Art. 287. Quando o responsável for condenado à restituição de valores ao erário, além do valor a ser ressarcido, poderá ser aplicada a multa de até 100% sobre o valor do dano, limitada a 1000 (mil) vezes a Unidade Padrão Fiscal do Estado de Mato Grosso – UPFs/MT –, ou outra que vier a sucedê-la, observando-se a gradação estabelecida em Resolução Normativa.”

Por tais motivos, entendo que as razões apresentadas no apelo não são aptas a afastar a responsabilidade da recorrente pelo dano ao erário, também não afastam a multa aplicada que está plenamente amparada pela legislação vigente do TCE-MT.

IV - DISPOSITIVO



Isto posto, acolho o Parecer nº 4.529/2016, subscrito pelo Procurador de Contas Dr. Getúlio Velasco Moreira Filho, para **conhecer do Recurso Ordinário**, interposto pela Empresa Sanches Tripoloni Ltda, e **no mérito, negar-lhe provimento**, ficando mantidos todos os termos contidos do Acórdão nº 245/2016-TP.

É o voto.

Cuiabá, 21 de fevereiro de 2017.

João Batista de Camargo Júnior
Conselheiro Substituto
Relator em Substituição Legal – Portaria nº 023/2017