

A POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAR SOLIDARIAMENTE EMPRESAS DE ENGENHARIA E GESTORES PÚBLICOS EM CASO DE SUPERFATURAMENTO DE OBRAS

Leonardo Gomes de Paula Menezes*

RESUMO:

Este trabalho, continuidade do que foi apresentado no Encontro Técnico realizado em Belo Horizonte/MG, em junho de 2004, tem como objeto o estudo da possibilidade de responsabilizar solidariamente empresas de engenharia e gestores públicos, diante de um contrato para a execução de obras, uma vez detectado o superfaturamento. Partiremos do caso previsto na lei n.º 8.666/93, Lei de Licitações, em seu art. 25, § 2º, que respalda apenas os casos de dispensa e inexigibilidade. Faremos uma incursão nas Leis Orgânicas do TCU e TCE/PE, legislações estas que procuraram ampliar para os casos em que efetivamente ocorreram uma disputa no processo licitatório (convite, tomada de preço e concorrência). Observaremos que o TCU obteve êxito nesta ampliação e vem aplicando em suas decisões o instituto da responsabilidade solidária. Já o TCE/PE teve esta ampliação vetada em sua recente atualização da Lei Orgânica. Procuraremos analisar a viabilidade jurídica desta ampliação, no caso do TCE/PE, através de outras legislações, procurando fazer uma análise sistêmica dos dispositivos que tratam do assunto. O objetivo do trabalho é orientar as equipes do TCE/PE quanto aos procedimentos a serem adotados durante as auditorias de obras, no que diz respeito à participação das empresas de engenharia na instrução processual e provar que é possível extrapolar para os casos não previstos na Lei de Licitações. Por fim, será analisado um caso real, o primeiro no TCE/PE, que tratou deste tema.

PALAVRAS-CHAVE:

Tribunal de Contas, Responsabilidade Solidária, Empresa de Engenharia, Gestor Público

INTRODUÇÃO:

Em tese, uma empresa privada não integra a relação processual no âmbito dos Tribunais de Contas, uma vez que não seria jurisdicionada e a relação envolveria apenas o Tribunal e o Ordenador de Despesas (Gestor Público). No entanto, a decisão proferida pelos Tribunais de Contas poderá vir a alcançar a empresa de engenharia, sendo esta responsabilizada solidariamente.

*Inspetor de obras públicas TCE/PE

A responsabilidade solidária, para ser aplicada, precisa estar prevista em lei, e, no caso do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco, esta previsão encontra respaldo apenas na Lei 8.666/93 em seu art. 25, § 2º, uma vez comprovado o superfaturamento da obra em casos de dispensa e inexigibilidade. A Lei de Licitações restringe aos casos em que não houve concorrência. Para os demais, seria necessária a existência de outra norma.

O Tribunal de Contas da União ampliou a aplicação da responsabilização solidária entre empresas de engenharia e ordenadores de despesa para as modalidades de licitação em que efetivamente se deu a competição, sendo elas convite, tomada de preço e concorrência, através de sua Lei Orgânica. O Tribunal de Contas de Pernambuco, em recente atualização de sua lei orgânica, tentou ampliar, da mesma forma que o TCU, os casos de responsabilização solidária. No entanto, esta investida, que seria um avanço significativo às atividades de controle externo, foi vetada, quando da sanção.

Em sua decisão, caso seja constatado o superfaturamento em obras decorrentes de dispensa e inexigibilidade, com base no art. 25, § 2º, da Lei 8.666/93, o Tribunal de Contas deverá incluir como responsáveis solidários o gestor público e a empresa de engenharia executora da obra. Para evitar nulidade na instrução processual e para que efetivamente possa ser aplicado o disposto na legislação, quanto à responsabilidade solidária, faz-se necessária a prévia intimação da empresa de engenharia para, querendo, participar das vistorias às obras, impondo-se o seu chamamento ao processo. Uma vez detectado o dano ao erário decorrente de superfaturamento em obras, é dever do Tribunal de Contas incluir em sua decisão tanto o gestor público quanto a empresa de engenharia como responsáveis solidários.

1 – Responsabilidade Solidária:

1.1 – Conceito de Responsabilidade:

A responsabilidade se assenta em três pressupostos: um dano, a conduta culposa do autor do dano e a relação de causalidade entre o fato culposo e o mesmo dano. Dano é a lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral. Interessa-nos o dano patrimonial, aquele que é suscetível de avaliação pecuniária, podendo ser reparado pela reconstrução específica da situação anterior à lesão ou por indenização pecuniária.

A relação de causalidade é a relação de causa e efeito entre a ação ou omissão do agente e o dano verificado. Se houve dano, mas sua causa não está relacionada com o comportamento do agente, inexistente a relação de causalidade e também a obrigação de indenizar. Sem a prova do dano, ninguém pode ser responsabilizado civilmente. A inexistência de dano é óbice à pretensão de uma reparação, aliás, sem objeto.

1.2 – Conceito de Solidariedade:

O conceito de solidariedade é conhecido a partir de sua definição no Código Civil: “Art. 264. Há solidariedade quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado, à dívida toda.”

Havendo multiplicidade de credores ou de devedores, ou de uns e outros, cada credor terá direito à totalidade da prestação, como se fosse o único credor, ou cada devedor estará obrigado pelo débito todo, como se fosse o único devedor. Percebe-se, então, que o credor poderá exigir de qualquer co-devedor a dívida por inteiro, e o adimplemento da prestação por um dos devedores liberará a todos ante o credor comum. Dessa maneira, na solidariedade não se tem uma única obrigação, mas tantas obrigações quantos forem os titulares.

1.3 – Características da responsabilidade solidária:

Embora se tenha mais de um devedor, qualquer um deles, para efeitos de responsabilidade, representa a totalidade passiva. A prestação é una, não se fraciona; se não o fosse não teríamos a solidariedade. Envolve pessoas, ou por determinação legal ou por acordo entre as partes. No caso da determinação legal, o legislador procurou garantir a cobrança rigorosa da dívida e a possibilidade de seu adimplemento. Em particular, quando o legislador procurou responsabilizar solidariamente o gestor público e o particular, ele criou um mecanismo com potencial de ressarcimento do erário.

1.4 – Solidariedade ativa e passiva:

A solidariedade pode ser subdividida em ativa e passiva. Será ativa quando existir mais de um credor, que, em tese, só tem direito a uma quota da prestação, mas, em razão da solidariedade, pode reclamá-la por inteiro do devedor comum. Será passiva quando, existindo mais de um devedor, qualquer um deles seja responsável pela dívida toda. O credor estaria autorizado a exigir e a receber de um deles a dívida toda; desse modo, cada co-devedor pode ser compelido a pagar todo o débito, apesar de ser, em tese, devedor apenas de sua quota-parte.

Ater-no-emos à solidariedade passiva, por ter maior relevo, face à grande aplicação prática e por ser objeto de nosso estudo. A solidariedade passiva seguirá as regras dos arts. 275 a 285 do Código Civil e é definida como sendo aquela em que existe a pluralidade de devedores, no caso, o contratado e o ordenador de despesa, e cada um deles responde pela

integral solução do débito, podendo o credor, no caso, a pessoa jurídica de direito público, acionar qualquer um dos devedores solidários. Isso aumenta consideravelmente a possibilidade de o dano ser ressarcido ao erário, uma vez que poderá ser acionado o de maior idoneidade financeira ou o que tiver patrimônio suficiente para responder pelo débito. Se o pagamento tiver sido parcial, todos os demais devedores continuam obrigados solidariamente pelo resto.

Art. 275. O credor tem direito a exigir e receber de um ou de alguns dos devedores, parcial ou totalmente, a dívida comum; se o pagamento tiver sido parcial, todos os demais devedores continuam obrigados solidariamente pelo resto.

1.5 – Aplicabilidade:

Para se responsabilizar solidariamente, é preciso uma previsão legal ou uma vontade das partes; ela não é presumível. É o que nos diz o art. 265 do Código Civil:

Art. 265. A solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes.

2 – Responsabilidade Solidária nas legislações:

2.1 – Na Lei de Licitações:

Como referência inicial de previsão legal da possibilidade de responsabilizar solidariamente empresas de engenharia e gestores públicos, em caso de superfaturamento de obras, teríamos a lei 8.666/93, em seu art. 25, § 2º. No entanto, este preceito contempla apenas a hipótese de se responsabilizarem solidariamente o licitante e o agente público por dano causado à Administração Pública nos casos de dispensa e inexigibilidade, caso comprovado o superfaturamento:

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

§ 2º – Na hipótese deste artigo e em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.

A lei de licitações deixou de contemplar os casos em que efetivamente ocorre a disputa entre licitantes, sendo eles convite, tomada de preço e concorrência. Estes casos, além de representarem a maioria absoluta dos processos licitatórios que ocorrem nos órgãos públicos, envolvem a aplicação mais significativa dos recursos públicos. Analisando-se o contexto, poderíamos supor que o legislador, quando atribuiu a responsabilidade solidária ao gestor público e ao particular, uma vez comprovado o superfaturamento, apenas nos casos de

dispensa e inexigibilidade, fê-lo, prevendo apenas que nestes casos estaria facilitado o conluio entre eles, uma vez que o gestor teria a faculdade de escolher o particular que lhe prestaria o serviço ou entregaria o bem. No entanto, a prática nos tem demonstrado que esta possibilidade de conluio não se restringe apenas aos casos de dispensa e inexigibilidade. Nas situações em que efetivamente se deu a competição, temos verificado a existência de superfaturamento em obras em decorrência de conluios entre gestores e empresas privadas.

2.2 – Na Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União:

O Tribunal de Contas da União, com base em dispositivo de sua Lei Orgânica, há muito tempo responsabiliza solidariamente a empresa contratada por danos causados ao erário. Segue dispositivo de sua Lei Orgânica:

Art. 16. As contas serão julgadas:

[.....]

III – irregulares, quando comprovada qualquer das seguintes ocorrências:

[.....]

c) dano ao Erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ou antieconômico;

d) desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos.

[.....]

§ 2º. Nas hipóteses do inciso III, alíneas c e d deste artigo, o Tribunal, ao julgar irregulares as contas, fixará a responsabilidade solidária:

a) do agente público que praticou o ato irregular; e

b) do terceiro que, como contratante ou parte interessada na prática do mesmo ato, de qualquer modo haja concorrido para o cometimento do dano apurado.

O que se observa é que o disposto no art. 16 da Lei Orgânica do TCU não se restringe apenas às hipóteses do art. 25, § 2º, da Lei de Licitações. Ele amplia as hipóteses, englobando os casos em que houve disputa entre licitantes em quaisquer das modalidades previstas. Ou seja, sendo detectado dano ao erário, não só em função de superfaturamento, mas nos casos de gestão ilegítima ou antieconômica e desfalque ou desvio de dinheiros, serão responsabilizados solidariamente o agente público e o terceiro contratante, ressaltando que é preciso provar o dano, onexo causal e a culpa.

2.3 – Na Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco:

Para os demais Tribunais, esta ampliação, em princípio, seria possível caso estivesse prevista em suas Leis Orgânicas, uma vez que é através dela que o Tribunal exerce sua

competência e delimita sua jurisdição. A antiga Lei Orgânica do Tribunal de Contas de Pernambuco, lei 10.651, de 25/11/1991, não previa a hipótese de responsabilidade solidária do terceiro, por isso deveria ser aplicado apenas o disposto no art. 25, § 2º, da lei 8.666/93, restrito apenas aos casos de dispensa e inexigibilidade, caso comprovado superfaturamento.

Tramitou em meados de 2004, na Assembléia Legislativa do Estado de Pernambuco, o projeto de lei que tratava da nova Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco. Este projeto foi enviado pelo TCE/PE com a seguinte redação:

Art. 67 Quando julgar irregulares as contas o Tribunal:

I – definirá a responsabilidade individual ou solidária pelo ato de gestão:

- a) do agente público que praticou o ato irregular; e
- b) do terceiro que, como contratante ou parte interessada na prática do mesmo ato, de qualquer modo haja concorrido para o cometimento do dano apurado.

Com este dispositivo, seguindo a linha seguida pelo TCU no avanço da atividade de controle externo, seria possível ao TCE/PE ampliar a hipótese de responsabilidade solidária entre agentes públicos e terceiros (empresas de engenharia), caso comprovado o superfaturamento, para os demais casos de licitação em que efetivamente houvesse a competição, não ficando mais restrito às hipóteses previstas no art. 25, §2º, da Lei 8.666/93 (casos de dispensa e inexigibilidade). Seria um avanço significativo para uma maior eficácia das suas decisões. Seria, se, após tramitação na Assembléia Legislativa, o texto final sancionado não passasse a ser o seguinte:

Art. 67 Quando julgar irregulares as contas o Tribunal:

I – definirá a responsabilidade individual pelo ato de gestão:

- a) do agente público que praticou o ato irregular; e
- b) do terceiro que, como contratante ou parte interessada na prática do mesmo ato, de qualquer modo haja concorrido para o cometimento do dano apurado.

Em suas razões de veto, o governador não apresentou nenhuma justificativa acerca desta supressão. A análise possível seria a de que, uma vez que responsabilidade solidária é assunto tratado em direito civil, e direito civil é matéria de competência legislativa privativa da União, conforme art. 22, I, da Constituição Federal de 1988, o Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco estaria impedido de legislar, ampliando os casos de responsabilidade solidária.

O dispositivo que trata da responsabilidade solidária na lei de licitações segue a fórmula da responsabilidade por ato ilícito, ou seja, a responsabilidade seria subjetiva, necessitando, para que se imponha a obrigação de reparar, da prova do dano (superfaturamento), do nexu

causal e da culpa (negligência ou imprudência, por ação ou omissão). Responsabilidade subjetiva é a responsabilidade clássica, baseada na culpa, em que o sujeito responde pelo evento danoso praticado por ele, por terceiro ou por coisa de que for dono ou detentor. Nada impediria ao TCE/PE aplicar, subsidiariamente, os dispositivos do Código Civil que tratam da responsabilidade em caso de cometimento de ato ilícito. Segundo o Código Civil, em seus arts. 186 e 927.

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Conceituar ato ilícito é de extrema importância para o tema em estudo, por ser o fato gerador da responsabilidade civil. No entanto, é um conceito não pacífico na doutrina, uma vez que envolve outro conceito, o da culpa, em suas diversas classificações. O cerne da ilicitude consiste em ser o fato – evento ou conduta – contrário ao Direito, no sentido de que nega os valores e os fins da ordem jurídica. E assim é porque o legislador, ao impor determinada conduta, fá-lo porque, em momento prévio, valorou positivamente o fim que essa conduta visa a proteger.

A lei deu tratamento diferenciado às obrigações decorrentes de atos ilícitos, na forma do parágrafo único e *caput* do art. 942 do Código Civil.

Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.

Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932.

Quando vislumbrada a questão da solidariedade, frente aos termos do Código Civil e das leis orgânicas dos tribunais de contas, tem-se que podem os tribunais de contas condenar solidariamente quando o ato tenha sido praticado por mais de um autor, na forma do art. 942, *caput*, e de igual modo ocorrerá quando houver co-autores, na forma do parágrafo único do art. 942.

A aplicação de normas de Direito Civil subsidiariamente às de Direito Administrativo deve-se dar na exata medida da lacuna a ser preenchida, tomando-se o cuidado de não serem esquecidos os princípios básicos informadores deste ramo. Afinal, a norma pinçada do Direito Privado será aplicada no que couber, e desde que se mostre compatível com os

demais princípios informadores do ramo a que vem subsidiar. Por se tratar de responsabilidade contratual, o ônus da prova recai sobre o devedor, que tem que provar a inexistência de culpa. É inaceitável a alegação de que o ônus da prova da responsabilidade solidária deve recair sobre a Administração Pública e não sobre a construtora, ante a ponderação dos bens jurídicos tutelados.

3 – Do Processo:

3.1 – Processo nos Tribunais de Contas:

Processo seria o instrumento da jurisdição e competência do Tribunal de Contas, com a finalidade de viabilizar uma adequada realização de controle contábil, financeiro, orçamentário, operacional e patrimonial da Administração Pública, possibilitando exame, com tomada de decisão, sobre a correta aplicabilidade dos recursos públicos.

Dando seqüência ao presente trabalho e com o intuito de melhor embasá-lo, faz-se importante uma análise do processo administrativo no âmbito dos Tribunais de Contas, mais especificamente no que diz respeito à fase de instrução processual. Procuraremos demonstrar que uma empresa de engenharia pode ser chamada ao processo, e até deveria, sendo ela interessada no processo e na própria decisão proferida pelo Tribunal. Sua participação seria fundamental para contribuir na instrução processual, uma vez que foi ela responsável pela execução da obra e é detentora de pleno conhecimento acerca dos detalhes construtivos.

O Supremo Tribunal Federal, julgando o MS 23550-DF, em que era impetrado o TCU, decidiu que: "... nada exclui dos procedimentos do Tribunal de Contas da aplicação subsidiária da lei geral de processo administrativo federal ...".

Da mesma forma, no que couber aos processos do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco, é aplicável a Lei Estadual que regula o processo administrativo estadual. No Estado de Pernambuco, a lei que regula os processos administrativos, no âmbito da Administração Pública, é a Lei nº 11.781/00. Partiremos, portanto, da análise deste dispositivo legal para extrairmos as considerações cabíveis acerca do tema proposto.

A lei relaciona em seu art. 9º os legitimados como interessados no processo administrativo, dentre eles, no inciso II, aqueles que, sem terem iniciado o processo, têm direitos e interesses que possam ser afetados pela decisão a ser adotada. Diante da possibilidade de uma decisão do Tribunal de Contas vir a afetar uma empresa de engenharia, executora de uma obra, responsabilizando-a solidariamente em decorrência de superfaturamento em obras, é, portanto, motivo mais que suficiente para legitimá-la como interessada no processo administrativo.

Art. 9º. São legitimados como interessados no processo administrativo:

I – pessoas físicas ou jurídicas que o iniciem como titulares de direitos, ou interesses individuais, ou no exercício do direito de representação;

II – aqueles que, sem terem iniciado o processo, têm direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão adotada;

III – as organizações e associações representativas, no tocante a direitos e interesses coletivos;

IV – as pessoas ou as associações legalmente constituídas quanto a direitos ou interesses difusos.

O art. 26 da referida lei elenca, de forma exemplificativa, os requisitos inerentes à intimação, sendo eles: a identificação do intimado, o nome do órgão, a finalidade da intimação, a data, hora e local em que deve comparecer, a indicação dos fatos e fundamentos legais pertinentes e a informação de que o processo terá continuidade independentemente de seu comparecimento.

Art. 26. O órgão competente perante o qual tramita o processo administrativo determinará a intimação, segundo as regras legais existentes, do interessado, para ciência de decisão ou a efetivação de diligência.

§ 1º – A intimação deverá conter:

identificação do intimado e nome do órgão ou entidade administrativa;

finalidade da intimação;

data, hora e local em que deve comparecer;

se o intimado deve comparecer pessoalmente ou fazer-se representar;

informação da continuidade do processo independentemente do seu comparecimento;

indicação dos fatos e fundamentos legais pertinentes;

Importante asseverar, conforme preceitua o art. 27, que o desatendimento da intimação não importa o reconhecimento da verdade dos fatos, nem a renúncia a direito pelo administrado. Ou seja, em qualquer momento do processo, até antes da decisão, é garantido o direito de ampla defesa ao interessado. Não há a presunção de veracidade dos fatos, caso ocorra a revelia do interessado no processo, decorrente do desatendimento da intimação. Em qualquer momento, até antes de proferida a decisão, o interessado poderá solicitar habilitação nos autos e apresentar alegações cabíveis e pertinentes para a devida instrução processual, tais como juntada de documentos e pareceres, requerer diligências e perícias. Isto vem demonstrado no art. 28 da lei 11.781/2000.

Art. 27. O desatendimento da intimação não importa o reconhecimento da verdade dos fatos, nem a renúncia a direito pelo administrado.

Parágrafo único. No prosseguimento do processo, será garantido direito de ampla defesa ao interessado.

Art. 28. Devem ser objeto de intimação os atos do processo que resultem para o interessado em imposição de deveres, ônus, sanções ou restrições ao exercício de direitos e atividades e os atos de outra natureza, de seu interesse.

Por fim, mais uma vez, a lei trata daqueles que têm interesse no processo sem que, para isso, estejam figurando nos pólos ativo ou passivo. É o que trata o art. 58 ao disciplinar a legitimidade para interpor recurso administrativo. Em seu inciso II, temos como legitimados para interpor recurso administrativo aqueles cujos direitos ou interesses forem indiretamente afetados pela decisão recorrida.

Art. 58. Têm legitimidade para interpor recurso administrativo:

II – aqueles cujos direitos ou interesses forem diretamente afetados pela decisão recorrida;

O que se observa após apresentação destas considerações acerca do processo administrativo, especificamente quanto à instrução processual, é que estas regras seriam plenamente aplicáveis às empresas de engenharia contratadas, sendo estas legitimadas como interessadas no processo. Seria de extrema importância o seu chamamento ao processo na fase de vistorias, o que possibilitaria uma melhor instrução processual, bem como, mais adiante, poderia acarretar uma economia processual, uma vez que evitaria um novo deslocamento das equipes de engenharia do tribunal para realizar novas vistorias às obras, objeto da auditoria.

3.2 – Execução das decisões do Tribunal de Contas:

A Constituição Federal refere-se à possibilidade da decisão do Tribunal ter eficácia de título executivo, se resultasse em imputação de débito. Recomenda-se, então, que o título contenha:

- a) com exatidão, o valor do dano ou da multa;
- b) a data a partir da qual corre a atualização;
- c) a data a partir da qual correm os juros de mora;
- d) a identificação do responsável, com indicação do nome completo, estado civil, profissão, nacionalidade, CPF, endereço;
- e) número do processo, da decisão e a data;
- f) beneficiário do título (Fazenda Pública da União, do Distrito Federal, do Estado, Município ou da pessoa jurídica de direito público, ou privado, lesada).

Título executivo é o documento que autoriza a execução forçada, pelo Estado, por meio de órgão próprio, da dívida que nele contém, qualificando as pessoas do credor e do devedor.

Entre os títulos executivos, os judiciais provêm do poder judiciário e os extrajudiciais são oriundos de ato de manifestação de vontade do devedor ou de ato da Administração, a que a lei reconheça esse título.

Sobre o assunto título executivo, cabe destacar os seguintes excertos do Código de Processo Civil:

Art. 585. São títulos executivos extrajudiciais:

[...]

VI – a certidão de dívida ativa da Fazenda Pública da União, Estado, Distrito Federal, Território e Município, correspondente aos créditos inscritos na forma da lei;

VII – todos os demais títulos, a que, por disposição expressa, a lei atribuir força executiva.

Art. 586. A execução para cobrança de crédito fundar-se-á sempre em título líquido, certo e exigível.

§ 1º. Quando o título executivo for sentença, que contenha condenação genérica, proceder-se-á primeiro à sua liquidação.

§ 2º. Quando na sentença há uma parte líquida e outra ilíquida, ao credor é lícito promover simultaneamente a execução daquela e a liquidação desta.

A regra é que seja inscrito como devedor no acórdão condenatório – título executivo – o agente que foi:

- a) considerado como responsável pelo dano;
- b) omissos no dever de prestar contas; ou
- c) sofreu aplicação de multa.

A decisão do Tribunal de Contas de que resulte imputação de débito, conforme estabelece a Constituição Federal, possui eficácia de título executivo. Trata-se de um título executivo extrajudicial. O título executivo, todavia, há de ser líquido, certo e exigível, o que pressupõe a perfeita identificação do devedor. Não há como, portanto, o titular do crédito valer-se do título executivo gerado pela decisão do Tribunal de Contas para cobrar débito da empresa contratada e responsável solidária por força de lei, quando a decisão do Tribunal de Contas não a inclui como responsável. Para cobrar da empresa contratada, haveria necessidade do titular de o crédito provocar um processo de conhecimento para a geração de um título executivo judicial.

4 – Caso Prático:

O presente trabalho foi desenvolvido a partir de um Voto proferido pelo Auditor Substituto Luiz Arcoverde Filho, do TCE/PE, num recurso interposto por uma empresa de engenharia,

apresentando alegações de nulidade absoluta do processo e solicitando habilitação nos autos, participação na instrução processual e acompanhamento às obras em novas vistorias.

O processo original, no TCE/PE, foi instaurado a partir de uma denúncia formulada por vereadores contra o prefeito de um município, cujo teor basicamente versava sobre superfaturamento em obras decorrentes de processos de dispensa. A decisão do TCE/PE foi de procedência da denúncia e incluiu apenas o prefeito, condenado-o a ressarcir o erário no montante apontado como superfaturamento. Desta decisão, houve recurso, por parte do prefeito, que foi desprovido pelo Tribunal.

Diante da expectativa que se criou na prefeitura, de que o município poderia executar a empresa de engenharia para restituir o erário no montante do dano aferido, a empresa pediu a nulidade do processo. Alegou que não fora intimada pelo TCE/PE para fazer o acompanhamento do processo, participando das vistorias prestando os devidos esclarecimentos acerca das obras e apresentando defesa. A decisão do TCE/PE não havia incluído a empresa de engenharia como responsável solidária pelo dano.

Conclusões

Em seu pronunciamento, o Auditor Substituto votou pela procedência da preliminar de nulidade da decisão argüida pela empresa de engenharia, devendo ser reaberta a instrução processual com a sua citação e conseqüente concessão de oportunidade de defesa ao laudo produzido pelo Núcleo de Engenharia. O seu voto ainda trouxe a recomendação pela inclusão da empresa como responsável solidária, segundo art. 25, § 2º, da Lei 8.666/93, na futura decisão produzida pela Corte de Contas, após participação da empresa na nova instrução processual.

Pelo que foi exposto no presente trabalho, podemos apresentar algumas conclusões e sugestões de procedimentos a serem adotadas pela equipe de engenharia do TCE/PE:

- 1) A responsabilidade solidária, uma vez estabelecida por lei, deve ser incluída nas decisões do Tribunal de Contas, senão estará configurada a nulidade desta decisão;
- 2) A decisão do Tribunal de Contas, de que resulta imputação de débito, possuindo a eficácia de título executivo, CF/88 em seu art. 71, §3º, por se tratar de título executivo extrajudicial, precisa ser líquido, certo e exigível, e, para isso, o devedor precisa estar perfeitamente identificado para que a Administração Pública possa cobrar o débito. Os devedores, no caso de responsabilidade solidária, seriam o agente público e a empresa de engenharia;
- 3) Atualmente, no âmbito do TCE/PE, a aplicação da responsabilidade solidária está prevista apenas na lei 8.666/93 em seu art. 25, § 2º, para os casos de dispensa e inexigibilidade, diante

da comprovação de superfaturamento. Para os demais casos, não há previsão legal;

4) De acordo com a lei 11.781, de 06/06/2000, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública do Estado de Pernambuco, em seu art. 9º, II, são legitimados como interessados no processo administrativo aqueles que, sem terem iniciado o processo, têm direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão adotada, no caso as empresas de engenharia contratadas para execução de obras públicas, sendo imprescindível o seu chamamento ao processo;

5) O *modus faciendi* deste chamamento ao processo será, no momento das vistorias, as obras, através de sua intimação contendo a identificação do intimado, o nome do órgão, a finalidade da intimação, a data, hora e local em que deve comparecer, a indicação dos fatos e fundamentos legais pertinentes e a informação de que o processo terá continuidade independentemente de seu comparecimento;

6) Por fim, a inclusão de empresas de engenharia nas decisões do Tribunal de Contas como responsáveis solidárias por superfaturamento causados em obras, sempre observando o que preceitua a legislação aplicável, é mais uma garantia de restituição do erário em caso de dano, uma vez que, se há um responsável solidário e este não foi incluído no *decisum*, aquela decisão não será oponível a ele.