

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO E SOCIAL DA CAPITAL

Rua Riachuelo, 115, 7º andar, Centro – São Paulo – tel. 3119-9000

www.pjc.sp.gov.br

EXCELENTÍSSIMO(A) SENHOR(A) DOUTOR(A) JUIZ(A) DE
DIREITO DA _____ VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA
COMARCA DA CAPITAL – SP

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, representado pelo Promotor de Justiça do Patrimônio Público e Social da Capital infra-assinado, com fundamento no art. 129, inciso III, e §1º, da Constituição Federal, art. 25, inciso IV, alínea *b*, da Lei n. 8.625/1993, e Lei n. 8.429/1992, vem perante este Egrégio Juízo promover a presente **AÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL POR ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**, sob rito comum ordinário, em face de:

1) MARTA TERESA SUPLICY, brasileira, RG. n. 2.978.995-3, CPF n. 699.138.908/00, ex-prefeita do Município de São Paulo (2001/2004), residente à Rua Dinamarca n.97, nesta Capital, São Paulo;

2) ROBERTO LUIZ BORTOLOTTTO, brasileiro, ex-Secretário de Infra-Estrutura Urbana e Obras do Município de São Paulo, atual diretor do Departamento de Infraestrutura Turística, com endereço na Esplanada dos Ministérios, bloco “U”, 2º andar, Brasília, DF, CEP 70065-900; e

3) CONSTRUTORA OAS LTDA., sociedade empresária por quotas, CNPJ n. 14.310.577/0001-04, com sede na Rua Humberto Campos, n.

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO E SOCIAL DA CAPITAL

Rua Riachuelo, 115, 7º andar, Centro – São Paulo – tel. 3119-9000

www.pjc.sp.gov.br

256, Bairro da Graça, Salvador, Bahia, ou Av. Angélica, n. 1.996, Higienópolis, São Paulo/SP, Brasil.

O inquérito civil n. 355/2008, que instrui esta petição inicial, foi instaurado no âmbito desta Promotoria de Justiça objetivando apurar irregularidades no contrato emergencial firmado entre a Secretaria de Infra-Estrutura Urbana e Obras do Município de São Paulo e a empresa **Construtora OAS Ltda.**

Diligências foram realizadas pela Promotoria de Justiça visando perfeita e cabal apuração dos fatos, valendo destacar que o presente inquérito civil está instruído com documentos extraídos do processo administrativo que tramitou pelo Tribunal de Contas do Município de São Paulo (TC n. 72.001.015.03-10), documentos encaminhados pela Prefeitura Municipal e diligências realizadas pela Promotoria.

Segundo se apurou, diante da alegada situação de emergência nas áreas abrangidas pelo transbordamento do Córrego Aricanduva, foi publicado em 21/02/2002 o Decreto Municipal n. 41.707, determinando em seu artigo 1º a convocação dos setores competentes a adotarem as providências atinentes à realização de obras, serviços e compras necessárias pelo período de 90 dias, visando a reparação do que foi afetado pelas inundações ocorridas nos dias 13, 14 e 16 de fevereiro de 2002 (texto do Decreto a fls. 18 do Apenso 1-A).

Contando com o apoio da demandada **MARTA TERESA SUPLICY**, então Prefeita do Município de São Paulo, o co-demandado **ROBERTO LUIZ BORTOLOTTI**, que ocupava o cargo de Secretário de Infra-Estrutura Urbana e Obras do Município de São Paulo, firmou com a **CONSTRUTORA OAS LTDA.** o **contrato n. 085/SIURB/2002**, em **03 de outubro de 2002**, tendo por objeto a *“execução de obras de construção de reservatório de contenção de cheias no Córrego Rincão”*, no valor de **R\$ 34.994.577,76** (trinta e quatro milhões, novecentos e noventa e quatro mil, quinhentos e setenta e sete reais e

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO E SOCIAL DA CAPITAL

Rua Riachuelo, 115, 7º andar, Centro – São Paulo – tel. 3119-9000

www.pjc.sp.gov.br

setenta e seis centavos), pelo **prazo de 180 dias** (cópia do contrato a fls. 414/419 do Apenso 1-C).

ROBERTO LUIZ BORTOLOTTO assinou o contrato após despacho de autorização de sua própria lavra, em 27/09/2002, já próximo ao término da obra (fls. 404 do Apenso 1-C).

A contratação foi feita de forma direta, com dispensa de licitação, “em regime de emergência”, com fundamento no artigo 24, inciso IV, da Lei n. 8.666/93.

O procedimento de contratação foi encaminhado ao Tribunal de Contas do Município de São Paulo que, no exercício das atribuições conferidas pela Constituição Federal (artigos 70 e 71 c.c. artigos 150 e 151 da Constituição do Estado de São Paulo), nos autos do processo TC nº 72.001.015.03-10 julgou ilegal a dispensa de licitação, o contrato e as despesas decorrentes, comunicando o Ministério Público para a adoção das medidas legais cabíveis no âmbito de suas atribuições.

A Corte de Contas fundamentou a decisão, dentre outras, nas seguintes irregularidades (fls. 30/31):

- a) O objeto do contrato – construção de reservatório para contenção de cheias – tem caráter preventivo e não serviu para suprimir risco iminente ou reparar danos causados pelas enchentes registradas em fevereiro de 2002, e, sem qualquer cunho emergencial, não se amolda às hipóteses previstas no artigo 1º do Decreto Municipal n. 41.707/2002 e no inciso IV do artigo 24 da Lei Federal n. 8.666/93, que autoriza a contratação direta por emergência;
- b) Cuida-se de obra de engenharia de grande porte, de médio e longo prazo e de valores de expressiva monta que, mesmo tendo sido executada em turno de 24 horas diárias de trabalho, extrapolou o prazo de 90 dias fixado no Decreto Municipal, e também o de 180 dias estabelecido no inciso IV do artigo 24 da Lei de Licitações, descaracterizando a contratação emergencial;

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO E SOCIAL DA CAPITAL

Rua Riachuelo, 115, 7º andar, Centro – São Paulo – tel. 3119-9000

www.pjc.sp.gov.br

- c) A contratação direta privilegiou empresa quando era obrigatória a licitação, em afronta aos princípios da legalidade, impessoalidade, isonomia e probidade administrativa (Constituição Federal, artigo 37 e inciso XXI);
- d) A execução da obra deu-se sem projeto prévio;
- e) Flagrante afronta ao princípio da vantajosidade, previsto no artigo 3º da Lei Federal n. 8.666/93, o que resultou em extraordinário custo adicional (superfaturamento), além de pagamentos indevidos;
- f) O despacho autorizatório foi exarado extemporaneamente, próximo ao término da obra;
- g) O contrato foi lavrado a destempo, com mais de 200 (duzentos) dias do início da obra, infringindo os artigos 54 e 62 da Lei Federal n. 8.666/93.

O procedimento de contratação (dispensa de licitação) e o contrato administrativo **n. 085/SIURB/2002**, de **03 de outubro de 2002**, tal como decidiu o Tribunal de Contas do Município, efetivamente são nulos e assim devem ser declarados, em razão da violação de normas legais (Lei de Licitações) e das normas constitucionais contidas no artigo 37, *caput*, e inciso XXI.

Ilegalidade da dispensa da licitação

Os grandes prejuízos sofridos pelos cidadãos que residem ou transitam na região do Córrego Aricanduva, zona leste de São Paulo, em decorrência das enchentes registradas nos dias 13, 14 e 16 de fevereiro de 2002, foram o fundamento para que, 60 (sessenta) dias depois, em **19 de abril de 2002**, fosse aberto o processo administrativo n. 2002–0.083.207-3 (Apenso 1-A), junto à Secretaria Municipal de Infraestrutura Urbana visando a realização de obras de emergência para a construção de reservatório de retenção do Córrego Rincão.

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO E SOCIAL DA CAPITAL

Rua Riachuelo, 115, 7º andar, Centro – São Paulo – tel. 3119-9000

www.pjc.sp.gov.br

Tal processo iniciou-se com um parecer indicando as causas das enchentes, inclusive salientando que várias delas já eram conhecidas por todos há décadas. Segundo o parecer, haveria necessidade de uma licitação para a elaboração do projeto prévio e executivo e outra para as obras propriamente ditas, o que demandaria muito tempo, inclusive com o risco de se adentrar em novo período chuvoso antes da conclusão das mesmas, sugerindo então, que as realizasse mediante dispensa do processo licitatório, com justificativa de situação de emergência.

Não obstante a emergência já não estar mais caracterizada após o decurso de sessenta dias dos fatos que em tese deram causa às enchentes, constatou-se que o administrador público já havia escolhido de antemão a empresa **CONSTRUTORA OAS LTDA.**, tanto que naquela mesma oportunidade (**19 de abril de 2002**) a contratada encaminhou um ofício informando sobre sua disponibilidade de equipamentos e pessoal para o início imediato das obras (fls. 21 do Apenso 1-A), demonstrando o favoritismo com que agiram os então representantes do Poder Público, em flagrante infração aos princípios da legalidade, isonomia, moralidade e eficiência.

ROBERTO LUIZ BORTOLOTTO determinou, na mesma oportunidade, o início das obras – construção de reservatório de contenção de cheias no Córrego Rincão – para serem concluídas no prazo de 180 dias, ao valor de R\$16.000.000,00 (dezesesseis milhões de reais), sem que tivesse havido um projeto que delimitasse as características do empreendimento de vulto que se pretendia, ou mesmo a formalização contratual, circunstância essa que ocorreu somente em outubro daquele ano.

Não bastasse, outros fatores reforçam a ilegalidade da dispensa de licitação.

A autorização de contratação direta, “sob regime de emergência”, feita por **ROBERTO LUIZ BORTOLOTTO**, fundou-se na falta de tempo hábil “para realização de uma licitação na modalidade ‘concorrência’”. Previu-se excessivo prazo para conclusão do certame em decorrência da “eventual interposição de recurso” e ações

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO E SOCIAL DA CAPITAL

Rua Riachuelo, 115, 7º andar, Centro – São Paulo – tel. 3119-9000

www.pjc.sp.gov.br

judiciais “pelos interessados”. A justificativa abraçada pelo demandado também vislumbrou a “necessidade da licença ambiental, o que faria com que o certame consumisse 90 dias, pelo menos (fls. 14/16 do Apenso 1-A e 404 do Apenso 1-C).

Tais argumentos revelam flagrante desrespeito ao **princípio da legalidade**.

Como é cediço, a licitação de obras e serviços é conduta obrigatória para todos os entes públicos, pois decorre de mandamento constitucional (artigo 37, inciso XXI). Tem por objetivo garantir a escolha da proposta mais vantajosa para a administração pública, além de fazer cumprir e dar efetividade aos princípios da moralidade, legalidade, impessoalidade, publicidade, probidade da administração pública e, bem assim, ao princípio da igualdade, na medida em que a todos deve ser dada a oportunidade de fornecer seus produtos ou serviços, em igualdade de condições, para o Poder Público.

A licitação é a regra, enquanto que a dispensa e a inexigibilidade são as exceções, previstas taxativamente em lei, e por essa razão, interpretadas restritivamente.

Com efeito, optar pela dispensa de licitação, sob o argumento de “emergência”, como fórmula para evitar interposição de recursos, ações judiciais ou, pior, para evitar a necessária licença ambiental, constitui burla escancarada ao dever que tem o administrador em cumprir a lei. Constitui escancarada burla ao necessário processo licitatório – indevidamente e ilicitamente dispensado pelo demandado **ROBERTO LUIZ BORTOLOTO**, que assim agiu contando com o apoio e determinação da então Prefeitura do Município, **MARTA TERESA SUPPLY**.

De fato.

Como prefeita do Município de São Paulo, todas as decisões e atos administrativos – relativos aos contratos e execução de obras de contenção de cheias no Córrego Aricanduva – eram acompanhados de perto por **MARTA TERESA SUPPLY**. Conforme noticiado pela *Folha de S. Paulo*, em 05/04/2002, ela buscou

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO E SOCIAL DA CAPITAL

Rua Riachuelo, 115, 7º andar, Centro – São Paulo – tel. 3119-9000

www.pjc.sp.gov.br

pessoalmente junto ao Governo Federal a liberação de verba de R\$ 100 milhões para as obras.

Na verdade, **MARTA TERESA SUPLICY** anunciou pessoalmente que daria início, em 05/04/2002, a um conjunto de obras no córrego Aricanduva (fls. 92):

Marta anunciou que iniciará hoje um conjunto de obras no córrego Aricanduva, contando com a liberação da verba total de R\$ 40 milhões prometida pelo ministro Ney Suassuna (Integração Nacional) em visita a São Paulo.

O pacote prevê a construção de três piscinões e ampliação da canalização (mais 3,6 km) e alteamento (elevação da altura) de cinco pontes ao longo do córrego.

As obras serão feitas sem licitação - devido a decreto de emergência publicado no "Diário Oficial" do município.

*"Tenho tanta certeza de que vai haver essa sensibilidade, em relação à questão da promessa dos R\$ 40 milhões, e um respeito com a cidade, **que a obra do Aricanduva se inicia já**", disse Marta ontem.*

Resta claro que, como autoridade máxima do Município de São Paulo, foram dela as ordens para que as obras tivessem início imediato, em abril de 2002, o que ocorreu, como visto, sem qualquer licitação ou formalização de contrato.

Há mais de um ano no cargo Prefeita, quando do ocorrido, era conhecedora da necessidade do desenvolvimento de políticas públicas voltadas a solucionar o problema das enchentes na cidade de São Paulo. Tanto isso é verdade que a Lei Orçamentária Anual de 2002, de sua própria iniciativa, previa despesa programática para o desenvolvimento de projetos para a contenção de enchentes, e ao optar por realizá-las de forma imediata, com dispensa de licitação e sob o manto de injustificada situação de emergência, afrontou os princípios que devem nortear os atos dos administradores públicos.

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO E SOCIAL DA CAPITAL

Rua Riachuelo, 115, 7º andar, Centro – São Paulo – tel. 3119-9000

www.pjc.sp.gov.br

E não poderia ser outra a conclusão do Tribunal de Contas do Município, ao julgar que a licitação deveria ter sido realizada. O caso não era de emergência. Concluiu também o TCM que “*as inundações são há muitas décadas infortúnios para a população e para a Administração e têm caráter recorrente*”. Ademais, “*a falta de planejamento e de ações públicas não servem de justificativas para converter a situação crônica em emergencial*”, não existindo, portanto, fundamento legal nem técnico a amparar as contratações diretas (fls. 10).

Apurou-se também que o demandado **ROBERTO LUIZ BORTOLOTTO** escolheu ao seu alvedrio a **CONSTRUTORA OAS LTDA.**, favorecendo-a indevidamente com o milionário contrato, assim violando o disposto no artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal.

A contratação não foi antecedida de qualquer pesquisa de preços. Também não houve justificativa do preço (Lei 8.666/93, artigo 26, inciso III).

De igual maneira infringiram os demandados o disposto no artigo 3º da Lei Federal de Licitações:

Art. 3º - A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Conforme bem consignado pelo Tribunal de Contas,

Dos princípios consagrados no dispositivo legal mencionado, conclui-se que o da isonomia, da impessoalidade e da igualdade foram frontalmente vilipendiados com a contratação direta, pois a Origem afastou inúmeras empresas concorrentes ao escolher três de seu interesse (fls. 11).

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO E SOCIAL DA CAPITAL

Rua Riachuelo, 115, 7º andar, Centro – São Paulo – tel. 3119-9000

www.pjc.sp.gov.br

Também restou violado o **princípio da economicidade**, pois **ROBERTO LUIZ BORTOLOTTI** permitiu a aplicação da tabela de preços da Secretaria de Infra-Estrutura e Obras com valores distorcidos e sem descontos, que naturalmente seriam obtidos numa concorrência pública.

De acordo com a área de Engenharia do TCM, “*o percentual do item que compõe o orçamento, denominado ‘Bonificações de despesas Indiretas’ – BDI, foi considerando 41% (quarenta e um por cento) o mais elevado da tabela da Secretaria de Infra-Estrutura Urbana e Obras – SIURB, quando poderia ser inferior por vários motivos, dentre os quais a apresentação, em processo licitatório, de proposta por concorrente com valor a este índice*” (fls. 12).

O TCM também apurou que “*o fato de no BDI estar incluído o custo financeiro suportado pela contratada, posto que somente após decorridos 150 (cento e cinquenta) dias do início das obras, a Administração pagou a primeira parcela do preço contratado (45%), conforme previsto no item 2 da cláusula VI e, a segunda e última, à época do recebimento definitivo (55%)*”.

Ao calcular os seus custos indiretos (BDI), a contratada obviamente considera o custo financeiro decorrente dos meses em que teve de trabalhar “em regime de caixa” (fls. 12). Ora, no caso de obra contratada por meio de licitação, a contratada é remunerada mensalmente pelos serviços efetivamente medidos, não sendo necessário o autofinanciamento, “*o que vem a reduzir sensivelmente seu custo financeiro, conseqüentemente, o BDI, e por óbvio, o custo final da contratação*” (fls. 12).

Evidenciado, portanto, que a contratação nos termos conduzidos pelos agentes públicos demandados, à par da ilegal dispensa de licitação, violou frontalmente, também, o **princípio da vantajosidade**.

Ausência de Projeto Básico – Nulidade do contrato

Outro fato ocorrido, não menos grave do que os já descritos e por si suficientes para tornar nulo o contrato e as despesas, consiste na ilegalidade decorrente da **falta do projeto básico**.

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO E SOCIAL DA CAPITAL

Rua Riachuelo, 115, 7º andar, Centro – São Paulo – tel. 3119-9000

www.pjc.sp.gov.br

Mesmo na contratação direta, ainda que por emergência – e não é precisamente o caso dos autos, como se viu – nenhuma contratação pode ser levada a efeito pela Administração Pública sem a existência do indispensável projeto básico. Neste sentido o § 9º do artigo 7º da Lei de Licitações: *“O disposto neste artigo aplica-se também, no que couber, aos casos de dispensa e de inexigibilidade de licitação”*.

Sem licitação e sem qualquer planejamento, **MARTA TERESA SUPLICY** determinou o imediato início da execução das obras, e **ROBERTO LUIZ BORTOLOTTI**, por outro lado, autorizou a contratada OAS a dar início às obras – repita-se: sem qualquer projeto prévio – em total afronta ao artigo 7º da Lei 8.666/93, que claramente determina que as licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços deverão contar com **projeto básico e projeto executivo**.

O § 1º desse artigo determina que a execução de cada etapa seja obrigatoriamente precedida da conclusão e aprovação, pela autoridade competente, dos trabalhos relativos às etapas anteriores, à exceção do projeto executivo, o qual poderá ser desenvolvido concomitantemente com a execução das obras e serviços, desde que também autorizado pela Administração.

O **Projeto Básico**, segundo definido pela Lei de Licitações, é o *“conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução, devendo conter os seguintes elementos”* (artigo 6º, inciso IX).

Perfeitamente compreensível a exigência legal de Projeto Básico, tamanha sua importância – sobretudo em obras complexas e de vulto, como no caso em análise – na medida em que é justamente como base nesse “conjunto de elementos” que se obtém a precisa definição do objeto do serviço, a sua viabilidade técnica, a

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO E SOCIAL DA CAPITAL

Rua Riachuelo, 115, 7º andar, Centro – São Paulo – tel. 3119-9000

www.pjc.sp.gov.br

avaliação dos custos da obra e, ainda, o tratamento de impacto ambiental.

A falta de Projeto Básico também contribuiu sobremaneira para que se consolidasse a grave ofensa aos **princípios da economicidade e da legalidade**.

De fato, houvesse o prévio projeto básico, conforme determinado pelo artigo 7º e seu § 9º, da Lei de Licitações – disposições legais ignoradas pelos demandados agentes públicos – não existiriam as graves distorções de valores verificadas entre as ordens de início de obra (**fls. 24 do Apenso 1-A – despacho do demandado, datado de 22/04/2002, determinando o início da execução das obras e indicando o valor de R\$ 16 milhões**) e os despachos autorizatórios, o que sem dúvida possibilitaria o correto gerenciamento dos custos.

Tais distorções e diferenças são gritantes. Basta dizer que o valor dos serviços objeto do **contrato n. 085/SIURB/2002** foram inicialmente avaliados, como dito, em R\$ 16.000.000,00 (dezesseis milhões de reais). Valor posteriormente retificado para mais que o dobro, quando da assinatura do referido contrato.

Conforme noticiado na época, em 09/08/2002 (fls. 94):

*A prefeita **Marta Suplicy** (PT) afirmou ontem que as obras emergenciais de combate às enchentes na bacia do Aricanduva (zona leste) – que prevêem a construção de três piscinões, a elevação de dois pontilhões e o alargamento da calha do córrego Aricanduva – **vão custar R\$ 90 milhões, e não R\$ 40 milhões, como estava previsto inicialmente.***

*A prefeitura argumenta que a diferença nos valores – **um aumento de 125% em relação ao preço inicial** – está no andamento dos projetos.*

*Inicialmente, **segundo Marta**, foi feito um projeto básico, para início das obras emergenciais – que são feitas sem licitação. Depois, com a realização do projeto executivo, a Secretaria da Infra-Estrutura Urbana (Siurb) "descobriu" que seria necessário mais dinheiro para a tocar as obras.*

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO E SOCIAL DA CAPITAL

Rua Riachuelo, 115, 7º andar, Centro – São Paulo – tel. 3119-9000

www.pjc.sp.gov.br

Obviamente jamais houve projeto básico algum, o que era de pleno conhecimento da demandada **MARTA TERESA SUPLICY**, conforme apurado no inquérito civil e pelo Tribunal de Contas do Município de São Paulo.

Tudo isso demonstra que os agentes públicos demandados, conforme bem consignado pelo Tribunal de Contas, determinaram o início da execução das obras ***“sem ter a menor idéia de quanto seria seu custo final, acentuando a falta de planejamento já constatada e, por conseguinte, impediu a racionalização dos gastos, gerando evidentes prejuízos ao Erário”*** (fls. 13/14).

Sobre a inexistência do projeto básico, assevera Hely Lopes Meirelles¹:

“...tal a sua relevância para a definição do objeto, que acarretará a nulidade dos atos e contratos realizados, e a responsabilização de quem lhes tenha dado causa como já constava da Lei paulista 89/72.”

De fato, dispõe o § 6º do artigo 7º da Lei 8.666/93, que ***“A infringência do disposto neste artigo implica a nulidade dos atos ou contratos realizados e a responsabilidade de quem lhes tenha dado causa”***.

Ausência de contrato escrito e extrapolação do prazo legal

Ainda conforme apurado, a execução de obras de construção de reservatório de contenção de cheias no Córrego Rincão foi autorizada em **22 de abril de 2002**, conforme despacho do então Secretário Municipal de Infraestrutura Urbana (fls. 24 do Apenso 1-A).

Entretanto, a obra não estava baseada em qualquer documento que pudesse fixar os limites do ajuste, infringindo as disposições da Lei de Licitações (artigos 54 e seguintes e 62).

¹ Licitação e Contrato Administrativo, Ed. RT, 10ª ed., p. 44.

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO E SOCIAL DA CAPITAL

Rua Riachuelo, 115, 7º andar, Centro – São Paulo – tel. 3119-9000

www.pjc.sp.gov.br

De fato, o contrato somente foi formalizado em **03 de outubro de 2002** (cópia do contrato a fls. 414/419 do Apenso 1-C), seis meses após o início da execução das obras.

Nesse período de seis meses, existia apenas um pacto verbal, de nenhuma valia, porque é da essência do contrato administrativo a sua formalização em texto escrito, como revela o artigo 60 e seu parágrafo único da Lei 8.666/93, *verbis*:

***Art. 60.** Os contratos e seus aditamentos serão lavrados nas repartições interessadas, as quais manterão arquivo cronológico dos seus autógrafos e registro sistemático do seu extrato, salvo os relativos a direitos reais sobre imóveis, que se formalizam por instrumento lavrado em cartório de notas, de tudo juntando-se cópia no processo que lhe deu origem.*

***Parágrafo único.** É nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração, salvo o de pequenas compras de pronto pagamento, assim entendidas aquelas de valor não superior a 5% (cinco por cento) do limite estabelecido no art. 23, inciso II, alínea "a" desta Lei, feitas em regime de adiantamento.*

A respeito, Toshio Mukai anota, forte em Caio Tácito, a observância da **forma** do contrato administrativo². Hely Lopes Meirelles aponta que a forma é **garantia de eficácia e moralidade** nos negócios públicos, lembrando que “a ausência de contrato escrito, a falta de requisitos essenciais e outros defeitos de forma podem viciar a manifestação de vontade das partes e comprometer irremediavelmente o conteúdo obrigacional do ajuste”³.

E não obstante o prazo para o término das obras estivesse fixado em 180 dias, sem que um projeto básico ou executivo desse suporte à execução, o objeto foi concluído em 240 dias, utilizando-se, para tanto, de turnos ininterruptos de 24 horas de serviço, circunstância, inclusive, determinante para o aumento dos custos do ajuste devido ao incremento de horas extras e adicionais noturnos, onerando indevidamente os cofres públicos.

² “Estatutos Jurídicos de Licitações e Contratos Administrativos”, p. 99, Ed. Saraiva, 3ª ed.

³ “Licitação e Contrato Administrativo”, p. 205, Ed. RT, 10ª ed.

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO E SOCIAL DA CAPITAL

Rua Riachuelo, 115, 7º andar, Centro – São Paulo – tel. 3119-9000

www.pjc.sp.gov.br

Os fatos expostos já bastariam, por si só, para anular o contrato e responsabilizar **MARTA TERESA SUPPLY, ROBERTO LUIZ BORTOLOTTI** e a contratada **CONSTRUTORA OAS LTDA.** pelas despesas ilegais decorrentes.

A situação, no entanto, assumiu contornos bem mais graves, conforme se verá adiante.

Superfaturamento – pagamentos indevidos

A Auditoria realizada pelo Tribunal de Contas do Município de São Paulo apurou extraordinário superfaturamento do preço de serviço de remoção de terra. De acordo com os auditores:

Verifica-se que o custo unitário contratado para esse serviço é de R\$ 16,43/m³ (dezesseis reais e quarenta e três centavos por metro cúbico), tendo sido obtido da Tabela SIURB de janeiro de 2002.

Ocorre que naquela tabela ainda era considerado o caminhão com capacidade de 4m³ (quatro metros cúbicos) para o transporte da terra, embora as empreiteiras adotassem caminhões de maior capacidade de carga e este Tribunal, em diversos processos tratando de obras de SIURB, tivesse alertado para a necessidade de adequar a composição desse preço unitário às condições reais de execução do serviço. Somente a partir da Tabela julho/2005, a SIURB adotou na composição de custo desse serviço o caminhão com capacidade de carga de 10m³ (dez metros cúbicos), reduzindo significativamente seu custo unitário.

Apurou o Tribunal de Contas que o preço unitário para o serviço de remoção de terra até 29km **foi superior em 75% ao preço para o mesmo serviço constante na tabela da própria Secretaria, da qual era titular o demandado ROBERTO LUIZ BORTOLOTTI.**

Considerando a data-base de janeiro de 2002, já incluído o BDI, os técnicos do Tribunal de Contas concluíram que, no contrato n. 085/SIURB/2002, o **prejuízo ao erário** corresponde a **R\$**

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO E SOCIAL DA CAPITAL

Rua Riachuelo, 115, 7º andar, Centro – São Paulo – tel. 3119-9000

www.pjc.sp.gov.br

4.600.000,00 (quatro milhões e seiscentos mil reais), conforme fls. 12/13.

Note-se que a tabela, que serviu de base para a análise dos preços, era da própria Secretaria de Infra-Estrutura Urbana e Obras, cujo representante máximo era o demandado **ROBERTO LUIZ BORTOLOTO**.

Em outras palavras, o demandado sequer respeitou a tabela de preços existente em sua própria Secretaria, permitindo a cobrança e pagamento de serviços por preços maiores, superfaturados, causando assim extraordinário prejuízo aos cofres do Município de São Paulo e, por outro lado, lucros e pagamentos indevidos à contratada **CONSTRUTORA OAS LTDA**.

A execução de serviços por preços superiores ao de mercado não passou despercebido da autoridade máxima do Município de São Paulo, a demandada **MARTA TERESA SUPPLY**, que acompanhava *pari passu* a contratação e a execução das obras.

Já se viu que ela se dedicava em buscar pessoalmente junto ao Governo Federal a liberação de verba de R\$ 100 milhões para as obras. Tinha conhecimento do alto custo das obras e de que a Municipalidade de São Paulo não possuía recursos suficientes para executá-las. Nessa situação, qualquer administrador cuidaria para que os preços das obras fossem rigorosamente os praticados no mercado. Mas não foi este o comportamento assumido pela então prefeita, que descurou desse dever. E descurar desse dever constitui, no mínimo, negligência gravíssima, sobretudo diante do extraordinário superfaturamento e prejuízo causado aos cofres municipais.

Fica evidente, de outra parte, a responsabilidade dos demandados pelos danos causados.

Da responsabilidade dos demandados

Dispõe o § 2º do artigo 25 da Lei federal n. 8.666/93 (Lei de Licitações) que,

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO E SOCIAL DA CAPITAL

Rua Riachuelo, 115, 7º andar, Centro – São Paulo – tel. 3119-9000

www.pjc.sp.gov.br

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.

O superfaturamento e o dano ao erário restaram fartamente demonstrados neste trabalho.

Também resta demonstrado que a então prefeita **MARTA TERESA SUPPLY** e seu Secretário de Infra-Estrutura Urbana e Obras, **ROBERTO LUIZ BORTOLOTO**, foram os responsáveis pelas diversas ilegalidades relatadas e, também, pelo superfaturamento e dano causado aos cofres públicos municipais.

Com efeito, a Constituição Federal estabelece em seu art. 37, “caput”, que *“a administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”*.

É inafastável concluir, portanto, que o ato administrativo deverá sempre estar vinculado ao desejado pelo interesse público - sob pena de desvio de finalidade - e expressar a estrita observância da lei.

Deve, ainda, obedecer as regras da moral administrativa, da correta gestão do patrimônio e interesse público e social, e dos princípios básicos da honestidade, porque a moralidade administrativa constitui pressuposto de validade de todo o ato administrativo.

A violação destes princípios dá margem ao decreto judicial de nulidade dos atos administrativos e a aplicação de sanções aos responsáveis.

De fato, agindo da forma acima descrita, inobservaram os réus **MARTA TERESA SUPPLY** e **ROBERTO**

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO E SOCIAL DA CAPITAL

Rua Riachuelo, 115, 7º andar, Centro – São Paulo – tel. 3119-9000

www.pjc.sp.gov.br

LUIZ BORTOLOTTTO os princípios da eficiência, da economicidade, da legalidade e da moralidade.

Ainda, conforme concluiu o Tribunal de Contas, o **contrato n. 085/SIURB/2002** ensejou **prejuízo ao erário** corresponde a **R\$ 4.600.000,00 (quatro milhões e seiscentos mil reais)** - fls. 12/13.

ROBERTO LUIZ BORTOLOTTTO, a quem foi atribuída a relevante função de Secretário de Infra-Estrutura Urbana e Obras, sequer respeitou a tabela de preços existente em sua própria Secretaria, permitindo a cobrança e pagamento de serviços por preços maiores, superfaturados. Agiu, no mínimo, sem as qualidades da presteza e do zelo, imprescindíveis a qualquer administrador público, que gere o que não é seu, mas da comunidade.

A execução de serviços por preços superiores ao de mercado também é de responsabilidade da então prefeita **MARTA TERESA SUPPLY**, que acompanhava a contratação e a execução das obras. Como dito anteriormente, ela possuía perfeita compreensão do alto custo das obras e, por outro lado, dos insuficientes recursos para executá-las. Qualquer administrador, diante de tal situação, ciente de seus deveres, cuidaria para que os preços fossem rigorosamente os praticados no mercado. Descurar desse dever configura grave negligência.

Não obstante, sem projeto básico, **MARTA TERESA SUPPLY** determinou o imediato início das obras, *“sem ter a menor idéia de quanto seria seu custo final”* (fls. 13/14).

Com suas condutas, detalhadamente descritas neste trabalho, **MARTA TERESA SUPPLY** e **ROBERTO LUIZ BORTOLOTTTO** causaram extraordinário prejuízo aos cofres do Município de São Paulo e, por outro lado, permitiram lucros e pagamentos indevidos à co-demandada **CONSTRUTORA OAS LTDA**.

Infringiram os demandados as normas da Lei 8.429/92, a Lei de Improbidade Administrativa, que em seu artigo 5º dispõe:

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO E SOCIAL DA CAPITAL

Rua Riachuelo, 115, 7º andar, Centro – São Paulo – tel. 3119-9000

www.pjc.sp.gov.br

Art. 5º. Ocorrendo lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro, dar-se-á o integral ressarcimento do dano.

Com suas condutas, provocaram perda patrimonial de haveres da municipalidade e conseqüente enriquecimento ilícito da empresa contratada. Estão obrigados, portanto, a reparar o dano, de forma solidária.

Comportaram-se os réus de forma a ofender o artigo 10, *caput*, e incisos I, VIII e XII da Lei de Improbidade Administrativa:

Art. 10 - Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no artigo 1º desta lei.

I - facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente;

XII - permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente;

Por outro lado, o comportamento dos demandados também viola os princípios fixados no artigo 37 da Constituição Federal. Em outras palavras, os demandados também infringiram o artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa:

Art. 11 - Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições.

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO E SOCIAL DA CAPITAL

Rua Riachuelo, 115, 7º andar, Centro – São Paulo – tel. 3119-9000

www.pjc.sp.gov.br

De fato, ao administrador cabe também o dever de ser impessoal. Sua conduta deve ser geral e abstrata, não devendo jamais agir de modo subjetivo, privilegiando alguns em detrimento de outros. Em um Estado democrático reina o princípio da igualdade jurídica, não havendo distinção entre aqueles que se encontram em semelhante situação.

Registra-se que a empresa **CONSTRUTORA OAS LTDA.** deve arcar com o ressarcimento integral do dano por força da norma de extensão do art. 3º da Lei de Improbidade Administrativa, que assim dispõe:

Art. 3º. As disposições desta Lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.

O enriquecimento sem causa é o que se promove, empobrecendo injustamente outrem, sem qualquer razão jurídica, isto é, sem estar fundado numa operação jurídica considerada lícita ou numa disposição legal. O enriquecimento do patrimônio da contratada não foi causado por operação jurídica lícita.

Desta forma, na qualidade de beneficiária direta dos atos de improbidade administrativa, referida pessoa jurídica também se subordina aos efeitos do ordenamento jurídico vigente, não somente no ressarcimento do dano, mas também no tocante a perda dos valores acrescidos ilicitamente e outras sanções de que cuida a Lei Federal 8.429/92.

Vale dizer, as sanções estendem-se também aos particulares partícipes ou beneficiários de improbidade administrativa. Assim, e salvo as sanções privativas do agente público, sujeitam-se às demais constantes do art. 12, inclusive o ressarcimento do dano por força da solidariedade nos termos do citado art. 3º, bem como o perdimento de bens, como determina o art. 6º da Lei Federal 8.429/92:

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO E SOCIAL DA CAPITAL

Rua Riachuelo, 115, 7º andar, Centro – São Paulo – tel. 3119-9000

www.pjc.sp.gov.br

Art. 6º. No caso de enriquecimento ilícito, perderá o agente público ou terceiro beneficiário os bens ou valores acrescidos ao seu patrimônio.

Isto porque, em essência, o ato de improbidade administrativa que rende frutos ao particular e provoca prejuízo ao patrimônio público, como os previstos no artigo 10 da Lei Federal 8.429/92, é caracterizado como enriquecimento ilícito do particular à custa do dano ao erário.

Pedido

Em face de tudo o quanto acima foi exposto, distribuída e autuada esta com os documentos que a instruem na forma do artigo 283 do Código de Processo Civil, constantes do **inquérito civil n. 355/2008** (composto de 1 volume de autos principais e 3 apensos), requer o Ministério Público a Vossa Excelência se digne receber a presente inicial, e ainda:

1. Ordenar a prévia intimação da **Fazenda Pública Municipal** para integrar a lide nos termos do artigo 17, §3º, da Lei Federal 8.429/92;

2. Ordenar a notificação dos réus para que apresentem, querendo, manifestação prévia e, recebida a inicial, sejam eles citados para contestarem a ação no prazo legal, sob pena de arcarem com o ônus da revelia;

3. Sejam as intimações do autor feitas pessoalmente, mediante entrega e vista dos autos na Promotoria de Justiça do Patrimônio Público e Social da Capital, situada na Rua Riachuelo, 115, 7º andar, Centro – São Paulo, dado o disposto no art. 236, §2º do CPC e art. 224, inciso XI da Lei Complementar Estadual nº 734, de 26 de novembro de 1993;

4. Deferir a produção de todas as provas em Direito admitidas, notadamente pericial, testemunhal, depoimento pessoal,

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO E SOCIAL DA CAPITAL

Rua Riachuelo, 115, 7º andar, Centro – São Paulo – tel. 3119-9000

www.pjc.sp.gov.br

juntada de documentos novos e tudo o mais que se fizer mister à demonstração cabal dos fatos articulados na presente inicial;

5. Considerando o dano causado ao erário e os atos de improbidade administrativa praticados, seja julgada **PROCEDENTE** a presente ação para o fim de:

a) declarar a nulidade do contrato n. **085/SIURB/2002**, firmado em **03 de outubro de 2002**;

b) condenar **MARTA TERESA SUPLICY, ROBERTO LUIZ BORTOLOTTTO e CONSTRUTORA OAS LTDA.**, pela prática de atos de improbidade administrativa previstos no artigo 10, *caput*, e incisos I, VIII e XII, e art. 11, *caput*, da Lei nº 8.429/92, a solidariamente ressarcirem o dano causado ao Município de São Paulo a importância de **R\$ 4.600.000,00 (quatro milhões e seiscentos mil reais)**, nos termos do artigo 12, incisos II e III, da mesma lei, com a devida correção monetária e juros compostos na forma legal, desde a citação;

c) condenar **MARTA TERESA SUPLICY e ROBERTO LUIZ BORTOLOTTTO** pela prática de atos de improbidade administrativa previstos no art. 10, *caput*, e incisos I, VIII e XII, e art. 11, *caput*, da Lei nº 8.429/92, impondo-lhes as sanções de perda da função pública que eventualmente estiverem ocupando, suspensão dos direitos políticos de 5 a 8 anos, pagamento de multa civil de até 2 vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 5 anos, com base no art. 12, incisos II e III, da Lei Federal nº 8.429/92; e

d) condenar a pessoa jurídica **CONSTRUTORA OAS LTDA.** pela prática de atos de improbidade administrativa previstos no art. 10, *caput*, e incisos I, VIII e XII, e art. 11, *caput*, c.c. arts. 3º, 5º e 6º, da Lei nº 8.429/92, impondo-lhe as sanções de pagamento de multa civil de até 2 vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios,

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO E SOCIAL DA CAPITAL

Rua Riachuelo, 115, 7º andar, Centro – São Paulo – tel. 3119-9000

www.pjc.sp.gov.br

direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 5 anos, com base no art. 12, incisos II e III, da Lei Federal nº 8.429/92.

Dá-se a causa o valor de **R\$ 4.600.000,00 (quatro milhões e seiscientos mil reais)**.

São Paulo, 04 de dezembro de 2009.

Saad Mazloun

Promotor de Justiça do Patrimônio Público e Social da Capital