

São Caetano do Sul, 14 de outubro de 2020.

À Promotoria de Justiça de São Caetano do Sul

O **OBSERVATÓRIO SOCIAL DE SÃO CAETANO DO SUL - OSB SCS**, pessoa jurídica de direito privado, na forma de associação sem fins econômicos, por seu Presidente Dr. Marcos Pinto Nieto, endereço eletrônico saocaetanodosul@osbrasil.org.br, na qualidade de entidade representativa dos interesses da sociedade civil vem, respeitosamente, relatar os seguintes fatos que ensejam a atuação do Ministério Público:

I - Da atuação e escopo do OSB-SCS

Antes de adentrar ao objeto do presente requerimento, importante lembrar Vossa Excelência que o OSB-SCS é uma Organização **Não-Governamental, sem fins lucrativos, totalmente apartidária**, cujo escopo é exercer o **Controle Social, na defesa dos direitos da Sociedade Civil**. Destaca-se que o OSB-SCS faz parte do Sistema OSB - Observatório Social do Brasil, que dissemina uma metodologia padronizada para o monitoramento das atividades governamentais e da gestão dos recursos públicos, fazendo-se presente em 150 Municípios, em 17 Estados brasileiros, contando com mais de 3.500 voluntários.¹

Foi fundado em 2004, em Maringá/PR, por empresários e moradores da cidade para conter uma onda de desvios de recursos públicos que assolava o município, trazendo enormes prejuízos para a economia local, como fechamento de empresas, aumento da taxa de desemprego, diminuição na arrecadação de impostos e demais receitas, dentre outras consequências. Com a atuação dos cidadãos no monitoramento da gestão das contas públicas e das atividades administrativas, de forma totalmente desvinculada de qualquer órgão público e em parceria com o Ministério Público, o Município de Maringá foi recuperando os prejuízos causados pelos maus administradores e retomando a prosperidade econômica, na mesma medida em que agentes públicos eram responsabilizados pelos danos ao erário cometidos.

Com o sucesso no combate à corrupção local, passou a disseminar a metodologia da iniciativa a outros municípios, onde a Sociedade Civil, de forma organizada, identifica a necessidade de monitoramento da Administração Pública e passa a exercer o Controle Social, colaborando para uma maior lisura e probidade na gestão dos recursos públicos, como é o caso em São Caetano do Sul.

O **OSB-SCS** foi fundado em 2014, por cidadãos sul-caetanenses que, ao tomarem conhecimento da iniciativa, enxergaram, igualmente, a necessidade de monitorar a administração municipal para combater casos de corrupção e promover a cidadania e a participação social na gestão pública. Desde então, vem exercendo de forma imparcial, independente e transparente o Controle Social na gestão pública do Município, suas Autarquias e Fundações. De 2014 a 2018, **gerou uma economia** de, aproximadamente, R\$ **10.055.000,00 (dez milhões e cinquenta e cinco mil reais)** aos cofres municipais, que seriam despendidos de forma irregular pela Administração Municipal. No ano de 2019, a economia

¹ <http://osbrasil.org.br/o-que-e-o-observatorio-social-do-brasil-osb/>

gerada foi de aproximadamente R\$ 9.000.000,00 (nove milhões de reais) e, neste ano de 2020, já contribuiu para gerar uma economia de mais de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais). A prestação de todas as contas do OSB São Caetano do Sul encontra-se publicada em seu Portal oficial na internet.²

Dentre as atribuições do OSB São Caetano do Sul, definidas no artigo 2º de seu Estatuto Social (doc. 02), destacam-se as dos incisos VI e VII, transcritas a seguir:

*“ VI. **Contribuir, diretamente, para que haja maior transparência na gestão dos recursos públicos**, de acordo com o previsto no artigo 5º, incisos XIV e XXXIV; no artigo 37, parágrafo 3º da Constituição Federal de 1988; Lei nº 12.527/2011 e Decreto nº 7.724/2012;*

*VII. **Estimular a participação da sociedade civil organizada no processo de avaliação da gestão dos recursos públicos, visando defender e reivindicar a austeridade necessária na sua aplicação**, dentro de princípios éticos com vistas à paz e à justiça social; ”*

Contudo, no exercício de tais disposições, é indispensável a harmonia entre o OSB São Caetano do Sul e a Promotoria de Justiça do Ministério Público local, vez que a este incumbe a defesa da ordem jurídica, do estado democrático de direito e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, nos termos do caput do artigo 127, da Constituição Federal.

Ainda sobre as funções institucionais do Ministério Público, destaca-se, para o caso em comento, a descrita no inciso III do artigo 129 da Constituição Federal, senão vejamos:

*“Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:
(...)*

*III - **promover o inquérito civil** e a ação civil pública, **para a proteção do patrimônio público e social**, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; ”*

Nesse mesmo íterim, dispõe a Lei 8.625/93, em seu art. 25, inciso IV, alíneas a e b:

*“Art. 25. Além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público:
(...)*

*IV - **Promover o inquérito civil** e a ação civil pública, na forma da lei:*

*a) para a **proteção, prevenção e reparação dos danos causados** ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e **a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos**;*

² https://saocaetanodosul.osbrasil.org.br/?page_id=466

b) para a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa do Estado ou de Município, de suas administrações indiretas ou fundacionais ou de entidades privadas de que participem; “.

O artigo 27, por sua vez, ao delegar ao MP a função de defensor dos direitos constitucionais, assim dispõe nos incisos de seu parágrafo único:

“Parágrafo único. No exercício das atribuições a que se refere este artigo, cabe ao Ministério Público, entre outras providências:

I - receber notícias de irregularidades, petições ou reclamações de qualquer natureza, promover as apurações cabíveis que lhes sejam próprias e dar-lhes as soluções adequadas;

II - zelar pela celeridade e racionalização dos procedimentos administrativos;

III - dar andamento, no prazo de trinta dias, às notícias de irregularidades, petições ou reclamações referidas no inciso I;

O OSB-SCS, enquanto entidade representativa dos direitos da Sociedade Civil relativos Controle Social na Administração Pública, tem por escopo, dadas as disposições legais supracitadas, monitorar os atos praticados pela gestão municipal e noticiar o Ministério Público sobre qualquer irregularidade que possa ensejar sua atuação, provendo-lhe todas as informações das quais tenha acesso, mediante petição clara e fundamentada, visando **ÚNICA E EXCLUSIVAMENTE** o estrito cumprimento das normas e princípios de nosso ordenamento jurídico.

II - Dos Fatos

Considerando o escopo do OSB São Caetano do Sul, no que tange ao Controle Social nas Licitações Públicas, o monitoramento das contratações e prorrogações respectivas é realizado diariamente por colaboradores e voluntários, visando sempre verificar o estrito cumprimento dos requisitos legais para sua validação jurídica, para que a gestão dos recursos e dos contratos seja cada vez mais transparente e eficaz.

Dessa maneira, acompanhamos o Processo Administrativo nº 16.480/2019, referente à Concorrência Pública nº 07/2019, cujo objeto é a “contratação de empresa para construção do Atende Fácil Saúde, situado na Avenida Senador Roberto Simonsen, 282, Bairro Centro, neste Município”, que teve como vencedora do certame a empresa CONSTRUTORA UBIRATAN LTDA, CNPJ: 43.507.235/0001-87 e cujo contrato encontra-se arquivado sob o nº 02/2020 (anexo).

O referido instrumento teve sua vigência iniciada em **10/01/2020**, quando de sua assinatura, com vigência prevista por **180 (cento e oitenta) dias** e valor total de **R\$ 12.592.437,11 (doze milhões, quinhentos e noventa e dois quatrocentos e trinta e sete reais e onze centavos)**, por regime de empreitada por preço unitário. Foi firmado então, em **13/07/20**, o 1º Termo Aditivo de Prorrogação e Alteração, para prorrogação de **150 (cento e cinquenta) dias e acréscimo de R\$ 1.951.970,62 (um milhão, novecentos e cinquenta e um mil novecentos e setenta reais e sessenta e dois centavos)**, totalizando **R\$ 14.544.407,73**.

O OSB SCS solicitou, então, cópias do referido instrumento contratual, aditivo e anexos, com a respectiva discriminação dos itens e quantitativos que geraram as despesas adicionais, para verificar o cumprimento dos requisitos legais pertinentes, através de seu corpo de voluntários. A Administração forneceu as cópias solicitadas e, após a análise técnica, foram identificadas irregularidades em virtude de desobediência a determinada cláusula editalícia e, conseqüentemente, a princípios norteadores do Direito Administrativo.

Segundo a justificativa apresentada pelo gestor contratual do caso em comento de fls. 3898 a 3901 (anexa), no item “a”, a empresa contratada solicitou a inclusão dos custos relativos à administração local da obra, como a contratação de vigias, engenheiros, mestre de obras, dentre outros itens, o que totalizou uma majoração de R\$ 555.210,62 (quinhentos e cinquenta e cinco mil duzentos e dez reais e sessenta e dois centavos), pois estes custos não encontravam-se deduzidos no valor da proposta, quando deveriam.

É vedado pelo próprio instrumento convocatório que o cálculo seja efetuado sem considerar com exatidão os valores das despesas com a administração local da obra. Ainda mais errôneo seria admitir sua inclusão posterior por aditivo contratual, inclusive porque a cláusula 1.7.2.1. do edital determina que os preços apresentados na proposta devem ser os definitivos, senão vejamos:

“1.7.2.1) Os preços unitários ofertados deverão contemplar todos os custos básicos diretos, despesas indiretas, assim como os encargos sociais e trabalhistas e o lucro da empresa. O preço apresentado será preço final.”

Vislumbra-se a irregularidade pelo fato de que o aditivo contratual somou ao valor da contratação os gastos com pessoal, sem que eles estivessem inclusos na proposta da empresa da forma como deveriam, considerando que a composição da proposta de preços deve ser elaborada já deduzindo a administração local da obra, nos termos do edital.

Tal majoração de valores, conforme os itens a.1.3 até a.1.9, está justificada no Acórdão nº 2.622/2013 do Tribunal de Contas da União, que trata dos parâmetros a serem utilizados para a composição do cálculo do BDI (Benefícios e Despesas Indiretas ou *Budget Difference Income*). Vejamos o entendimento do gestor contratual da Secretaria Municipal de Obras e Habitação, no item a.1.3 do pedido de aditamento endereçado ao Diretor de Obras (documento anexo):

“a.1.3) O Acórdão n. 2.622/2013, pelo Tribunal de Contas da União, apresenta alterações em relação à Composição do BDI para tipologias diferentes

de obras ou mesmo somente para fornecimento de materiais e equipamentos. Na página 2 do documento, na tabela de composição do BDI, é possível observar que a administração de obra não é inclusa.”

Erroneamente, afirma o gestor que a administração local da obra não compõe os cálculos de BDI, de modo que, em tese, se faria necessária a prorrogação contratual com os devidos reajustes de valor. Importante frisar que tais alterações contratuais relativas à administração local foram solicitadas pela empresa contratada e aceitas pela Administração.

Ao firmar o aditivo contratual em questão, a Municipalidade dispendeu, adicionalmente ao valor da proposta, aproximadamente 2 milhões de reais dos cofres públicos, o que representa, até o momento, 15,49 % do valor total da contratação. Destes, deveriam estar incluídos na proposta vencedora, apresentada pela empresa contratada, o valor de R\$ 555.210,62 (quinhentos e cinquenta e cinco mil duzentos e dez reais e sessenta e dois centavos).

III - Das Disposições Legais Infringidas

Quanto aos princípios norteadores das licitações públicas, seu rol encontra-se no art. 3º da Lei nº 8.666/93:

*“Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável 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. ” (grifo nosso)*

Baseando-se nos princípios da Vinculação ao Instrumento Convocatório e da Economicidade, seria impensável admitir a prosperidade do referido instrumento aditivo. Isso porque, conforme já exposto, o próprio instrumento exige que os preços apresentados nas propostas incluam despesas básicas diretas, custos indiretos, encargos e lucros da empresa, de forma que o preço apresentado seria o preço final.

Sobre o tema, bem pontua Marçal Justen Filho³:

“O descumprimento a qualquer regra do edital deverá ser reprimido, inclusive através dos instrumentos de controle interno da Administração Pública. Nem mesmo o vício do edital justifica a pretensão de ignorar a disciplina por ele veiculada. Se a Administração reputar viciadas ou inadequadas as regras contidas no edital, não lhe é facultado pura e simplesmente ignorá-las ou alterá-las. ”

³ JUSTEN FILHO, Marçal; Comentários à lei de licitações e contratos administrativos; 8ª ed., São Paulo, Dialética, comentários ao art. 41, p. 417/420

Por óbvio, nosso ordenamento jurídico permite a inclusão de despesas oriundas da execução contratual, quando estas se mostrarem indispensáveis ao seu estrito cumprimento, sobretudo em regimes de contratação de empreitada por preço unitário. Entretanto, tais aditivos devem estar fundamentados em relatórios técnicos, no decorrer da execução contratual e não serem processados antes mesmo do início da execução, como ocorreu no caso em tela, para incluir despesas que deveriam constar da proposta comercial.

O próprio Acórdão nº 2.622/2013-TCU (cópia anexa), utilizado como embasamento legal para justificar o acréscimo, instrui nesse sentido, na contramão do alegado pelo gestor contratual, senão vejamos:

*“9.3. determinar ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão que:
(...)”*

9.3.2. oriente os órgãos e entidades da Administração Pública Federal a:

9.3.2.1. discriminar os custos de administração local, canteiro de obras e mobilização e desmobilização na planilha orçamentária de custos diretos, por serem passíveis de identificação, mensuração e discriminação, bem como sujeitos a controle, medição e pagamento individualizado por parte da Administração Pública, em atendimento ao princípio constitucional da transparência dos gastos públicos, à jurisprudência do TCU e com fundamento no art. 30, § 6º, e no art. 40, inciso XIII, da Lei n. 8.666/1993 e no art. 17 do Decreto n. 7.983/2013.” (grifo nosso)

O próprio acórdão que o gestor utiliza para justificar a elaboração do aditivo contratual em questão, majorando valores e prazos de execução, contém orientação sobre a inclusão dos custos de administração local na planilha de custos diretos, ou seja, na composição de proposta da empresa, orientação não seguida no caso em comento, acarretando em patente arripio à legislação vigente e aos princípios do Direito Administrativo.

A hipótese configura-se ainda mais grave caso os serviços tenham sido considerados para a elaboração da proposta comercial, podendo inclusive haver duplicidade de pagamentos para o mesmo item, motivo pelo qual pugna o OSB SCS pela atuação desta d. Promotoria de Justiça no sentido de analisar as supostas fraudes cometidas no caso em comento.

Pugna-se, portanto, pela ANULAÇÃO do referido instrumento aditivo, em virtude da existência de vício insanável que prejudica sua validade jurídica e pode vir a causar dano ao erário, em desobediência à legislação pertinente.

IV - Do Requerimento

Ante os fatos e argumentos expostos, requer-se o acolhimento das presentes alegações, com intuito de que esta Douta Promotoria providencie a instauração de Inquérito Civil para sua devida apuração. Requer, ainda, com o escopo de prestar auxílio à instrução do procedimento, o recebimento dos documentos em anexos.

Na expectativa, manifestamos protestos de elevada estima e distinta consideração.

Observatório Social de São Caetano do Sul
Marcos Pinto Nieto