



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MINISTÉRIO PÚBLICO
PROCURADORIA DE RECURSOS

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR PRIMEIRO VICE-PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RECURSO ESPECIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. CONSTRUÇÃO DE CASA PRISIONAL. CONTRATAÇÃO DIRETA. VEDAÇÃO. POSSIBILIDADE DE COMPETIÇÃO ENTRE EMPRESAS DO SETOR. MEDIDA URGENTE.

1. Receio de ineficácia do provimento buscado na tutela inibitória: a concessão da antecipação de tutela, no caso em apreço, a fim de obstar a contratação direta da empresa Verdi Construções S/A, com fundamento no artigo 25, inciso I, da Lei n. 8.666/93, afigura-se imprescindível a garantir eficácia do provimento final buscado na ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público, e também evitar eventual dano ao erário, nos termos do artigo 79, parágrafo 2º, do mesmo diploma legal.

2. Relevantes fundamentos da demanda: vasta documentação juntada aos autos permite, se não exaustivamente, mas ao menos em juízo perfunctório, verificar a plausibilidade da tese aventada na exordial, no sentido de que a contratação direta de empresa para construir casa prisional no Município de Canoas viola os princípios norteadores da Administração Pública, em especial o disposto no artigo 3º, *caput*, da Lei n. 8.666/93.

Negativa de vigência aos artigos 461, parágrafo 3º, do Código de Processo Civil, e 12, caput, da Lei n. 7.347/85, e contrariedade aos artigos 2º, 3º, caput; 25, inciso I, e 79, parágrafo 2º, todos da Lei n. 8.666/93.

PROCESSO N.º: **70052820263** (Agravado de Instrumento)

RECORRENTE: **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**
CNPJ N.º 93802833/0001-57

RECORRIDO: **ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**

OBJETO: **RECURSO ESPECIAL**, com fundamento no artigo 105, inciso III, alínea 'a', da Constituição Federal

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**, por seus Procuradores de Justiça no fim firmados, irresignado com a respeitável decisão proferida pela Colenda **VIGÉSIMA PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL** do Egrégio **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL** que, à unanimidade, deu provimento ao recurso de agravo de instrumento interposto pelo **ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**, para o fim de revogar a decisão prolatada em caráter liminar nos autos da ação civil pública n. 001/1.12.0262063-0, vem, perante Vossa Excelência, interpor o presente **RECURSO ESPECIAL**, com fundamento no artigo 105, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MINISTÉRIO PÚBLICO
PROCURADORIA DE RECURSOS

Requer, ainda, uma vez devidamente processado o recurso, seja deferido o seu seguimento pelas razões anexas, determinando-se a remessa dos autos ao Egrégio **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**.

Por fim, solicita-se que a intimação pessoal aos signatários, no presente feito, faça-se na **PROCURADORIA DE RECURSOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**, na Avenida Aureliano de Figueiredo Pinto, n. 80, 12º andar – Torre Norte, Bairro Praia de Belas, CEP 90050-190, Porto Alegre/RS, Telefone (51) 3295.2137, e-mail: recursos@mp.rs.gov.br (artigo 41, inciso IV, da Lei n.º 8.625, de 12 de fevereiro de 1993 – Lei Orgânica Nacional do Ministério Público).

Porto Alegre, 15 de agosto de 2013.

LISIANE DEL PINO,
Procuradora de Justiça.

ANA LUIZA MERCIO LARTIGAU,
Procuradora de Justiça,
Coordenadora da Procuradoria de Recursos.¹

FHK/RHAM

¹ Portaria nº 1.503/2013, publicada no DEMP de 13/06/2013.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MINISTÉRIO PÚBLICO
PROCURADORIA DE RECURSOS

EGRÉGIO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

COLETA TURMA JULGADORA

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO RELATOR

RAZÕES DE RECURSO ESPECIAL

1. DO RELATO:

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**, perante o juízo da Vara da Fazenda Pública da Comarca de Porto Alegre, ajuizou ação civil pública inibitória contra o **ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL** objetivando, inclusive em caráter liminar, a cessação de todo e qualquer procedimento relativo à contratação direta, por inexigibilidade de licitação, da empresa **VERDI CONSTRUÇÕES S/A**, para a construção de estabelecimento prisional no município de Canoas/RS, versada no processo administrativo n. 4783-12.2/12-9, encaminhado pela Superintendência dos Serviços Penitenciários – SUSEPE, sob o sistema construtivo pré-moldado SISCOPEN (Sistema Construtivo Penitenciário).

Na exordial, salientou-s a inviabilidade de contratação direta, apresentando-se, em suma, os seguintes argumentos:

a) As supostas vantagens construtivas do sistema SISCOPEN, apontadas pelo ente público para justificar a inexigibilidade de licitação, estariam a merecer acurada atenção, porquanto verificados sérios defeitos em outras obras nas quais fora utilizada dita técnica, pela empresa Verdi;

b) Existe efetiva possibilidade de concorrência para a construção do presídio, tendo em vista que diversas empresas nacionais adotam o sistema de pré-fabricação de celas, não sendo lícito o beneficiamento da Verdi Construções S/A;

c) Exame realizado pelo Tribunal de Contas Estadual apontou não haver melhor conforto técnico nas celas da penitenciária feminina construída pela empresa Verdi em Guaíba, com emprego do sistema SISCOPEN;

d) Qualquer vantagem quanto ao preço deve ser aferida sob as regras da licitação, oportunizando-se a concorrência, a fim de se



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MINISTÉRIO PÚBLICO
PROCURADORIA DE RECURSOS

dar lisura ao procedimento.

Viabilizada defesa ao ente público, sendo juntados documentos aos autos e prestadas informações, foram conclusos ao juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública de Porto Alegre, o qual considerou deferiu a liminar postulada (fls. 1466/1470), determinando que “o Estado do Rio Grande do Sul se abstenha de efetivar a contratação (sem licitação) da empresa Verdi Construções S/A para a construção da casa prisional do município de Canoas, atualmente objeto do Processo nº 4783-12.15-9 na esfera administrativa e seus eventuais desdobramentos e, acaso já celebrado qualquer ajuste com esse objetivo, que se abstenha de dar execução ao respectivo contrato”, em vista dos argumentos expendidos pelo Ministério Público.

Inconformado, o Estado do Rio Grande do Sul interpôs recurso de agravo de instrumento (fls. 02 e seguintes), defendendo a licitude da contratação direta da empresa Verdi para execução da obra, com pedido de atribuição de efeito suspensivo.

Recebida a insurgência pelo Tribunal de Justiça, de plano o Relator, Des. Francisco José Moesch, emprestou-lhe efeito suspensivo (fls. 1630/1636v), “*uma vez que evidente o risco de lesão de difícil reparação e o dano processual se convertido o presente agravo em retido, já que se trata de liminar concedida*”.

Processado o recurso, terceiro interessado interveio no feito (fls. 1647/1656); com manifestação do ente público (fls. 1701/1725), e apresentação de contrarrazões (fls. 1659/1668v) e parecer pelo Ministério Público (fls. 1696/1698v), a Colenda **Vigésima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul** deu provimento ao agravo de instrumento, para revogar a liminar concedida, entendendo como “*plenamente justificada a não-realização de procedimento licitatório e a contratação da empresa VERDI CONSTRUÇÕES S/A*”.

O acórdão prolatado recebeu a seguinte ementa:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LIMINAR. DECISÃO QUE DETERMINOU QUE O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL SE ABSTENHA DE EFETIVAR A CONTRATAÇÃO DIRETA (SEM LICITAÇÃO) DA EMPRESA VERDI CONSTRUÇÕES S/A,



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MINISTÉRIO PÚBLICO
PROCURADORIA DE RECURSOS

PARA A CONSTRUÇÃO DA CASA PRISIONAL NO MUNICÍPIO DE CANOAS. REVOGAÇÃO.

Segundo o art. 25 da Lei nº 8.666/93, é inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição. É aquele caso em que o futuro contratado reúne qualidades tais que o tornam único, exclusivo, *sui generis*, a tal ponto que inibe os demais licitantes, sem condições competitivas.

VERDI CONSTRUÇÕES S/A é a titular da propriedade intelectual e/ou detém a exclusividade do uso e comercialização do SISCOPEN, que é um sistema construtivo que utiliza uma série de módulos pré-fabricados, que podem assumir diferentes aplicações, de acordo com as necessidades de uma unidade prisional (celas de várias capacidades, encontro íntimo, parlatório, espera, atendimento, administração, etc.). A modulação proporciona flexibilidade à arquitetura, inclusive com previsão para ampliações futuras.

No caso, em diversos documentos constantes do Processo Administrativo nº 4783-12.02/12-9, restou justificada a escolha do SISCOPEN pela Administração e, dada sua singularidade, a contratação direta da empresa VERDI CONSTRUÇÕES S/A para construção do estabelecimento prisional no Município de Canoas, uma vez que preenchidos os requisitos que ensejam a inexigibilidade de licitação.

AGRAVO PROVIDO.'

Irresignado com essa decisão, o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul interpõe o presente recurso especial, com fundamento no artigo 105, inciso III, alínea 'a', da Constituição Federal.

2. DO CABIMENTO DO RECURSO:

2.a. Da negativa de vigência aos artigos 12, *caput*, da Lei n. 7.347/85, e 461, parágrafo 3º, do Código de Processo Civil:

O órgão fracionário da Corte Estadual, ao acolher o pleito do agravante e revogar a decisão proferida em caráter liminar na ação civil pública inibitória ajuizada pelo Ministério Público, culminou por negar vigência aos artigos 12, *caput*, da Lei n. 7.347/85², e 461, parágrafo 3º, do Código de Processo Civil³, porquanto preenchidos, na espécie, os requisitos

² Art. 12. Poderá o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificação prévia, em decisão sujeita a agravo.

³ Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. (...) § 3º. Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MINISTÉRIO PÚBLICO
PROCURADORIA DE RECURSOS

legais para que a medida antecipatória de tutela fosse deferida, em especial, no caso, o *justificado receio de ineficácia do provimento final* e possibilidade de efetivo dano ao erário.

2.b. Da contrariedade aos artigos 2º, 3º, caput; 25, inciso I, e 79, parágrafo 2º, todos da Lei n. 8.666/93:

Resta evidente, ademais, que a decisão recorrida ignorou solenemente as regras concernentes ao procedimento licitatório, conferindo-lhes interpretação deturpada, haja vista a conclusão alcançada no feito, no sentido da licitude da contratação direta da empresa Verdi Construções S/A, a par da existência de possibilidade de concorrência e da precariedade dos argumentos expendidos a embasar tal entendimento.

3. Do prequestionamento:

A matéria versada no presente reclamo especial encontra-se devidamente debatida no acórdão, tendo o voto-condutor, de lavra do eminente Desembargador José Francisco Moesch, passado pelo enfrentamento do teor dos dispositivos invocados (fls. 1746/1751):

“O agravo merece provimento.

Para evitar tautologia, transcrevo a decisão proferida quando do recebimento do presente recurso (fls. 1630/1636v):

‘Em que pesem os densos argumentos apresentados pelo Ministério Público, na ação civil pública, bem como os constantes na decisão atacada, entendo que a razão está com o agravante.

É do conhecimento de todos a grave situação do Sistema Penitenciário no Estado do Rio Grande do Sul e a necessidade de que sejam tomadas medidas urgentes e efetivas para minimizar a superlotação existente nas casas prisionais. Isso é incontroverso!

A questão que se apresenta, no presente recurso, é a possibilidade ou não de contratação direta (por inexigibilidade de licitação) da empresa VERDI CONSTRUÇÕES S/A, para a construção de casa prisional no Município de Canoas.

Assim dispõe o art. 25 da Lei nº 8.666/93:

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

I – para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

(...)



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MINISTÉRIO PÚBLICO
PROCURADORIA DE RECURSOS

Inicialmente, a inexigibilidade de licitação deriva da inviabilidade de competição. É aquele caso em que o futuro contratado reúne qualidades tais que o tornam único, exclusivo, sui generis, a tal ponto que inibe os demais licitantes, sem condições competitivas.

Oportuno transcrever os ensinamentos de Marçal Justen Filho⁴ acerca da inviabilidade de competição:

‘Como visto, a inviabilidade de competição é consequência derivada de características existentes na realidade extranormativa, que tornam a licitação inútil ou contraproducente. É necessário destacar, no entanto, a inter-relação entre essa realidade extranormativa e o interesse estatal a ser atendido.

De modo geral, poderia dizer-se que a inviabilidade de competição apenas ocorre em casos em que a necessidade estatal apresenta peculiaridades e anomalias. Quando o interesse estatal puder ser satisfeito por uma prestação padrão, desvestida de alguma peculiaridade, a competição será possível e haverá licitação.

Deve destacar-se, portanto, que a inviabilidade de competição ocorre em casos em que a necessidade estatal apresenta peculiaridades que escapam aos padrões de normalidade. (...)

Em todos os casos de inviabilidade de competição, há um objeto singular. A singularidade consiste na impossibilidade de encontrar o objeto que satisfaz o interesse sob tutela estatal dentro de um gênero padronizado, com uma categoria homogênea. Objeto singular é aquele que poderia ser qualificado como infungível, para valer-se de categoria da Teoria Geral do Direito. São infungíveis os objetos que não podem ser substituídos por outros de mesma espécie, qualidade e quantidade. Um objeto singular se caracteriza quando é relevante para a Administração Pública a identidade específica do objeto, sendo impossível sua substituição por “equivalentes”.

Ocorre que a singularidade do objeto nada mais reflete senão a singularidade do próprio interesse estatal a ser atendido. Ou seja, um certo objeto não pode ser substituído por outro, para fins de contratação administrativa, por ser ele o único adequado a atender a necessidade estatal ou pela impossibilidade de satisfação das necessidades coletivas de modo equivalente, por meio de outro objeto.”

E mais adiante, explica que “a decisão de contratar tem de ser antecedida de verificações acerca das diferentes soluções técnico-científicas disponíveis para atender ao interesse sob tutela estatal. Essa atividade administrativa prévia deverá conduzir à seleção de uma das alternativas como a melhor. A melhor alternativa deve ser avaliada não apenas sob o enfoque de critérios técnicos, mas também econômicos. Deve estabelecer-se uma relação entre os benefícios qualitativos que serão obtidos e os possíveis encargos financeiros com que o Estado arcará”.⁵

Ainda, comentando o inciso I do art. 25 da Lei de Licitações, Marçal Justen Filho⁶ afirma:

⁴ Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009, p. 347/348.

⁵ Op. cit., p. 349.

⁶ Op. cit., p. 353.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MINISTÉRIO PÚBLICO
PROCURADORIA DE RECURSOS

“O exame do art. 25, inc. I, evidencia situação de inviabilidade de competição em virtude da ausência de pluralidade de particulares em situação de contratação. (...) O inciso I disciplina compra realizada perante representante exclusivo. Mas a inviabilidade de competição também propicia contratação direta nos casos de compra de produtor único ou contratação de serviço ou obra de fornecedor único ou exclusivo”.

O Superior Tribunal de Justiça, no precedente cuja ementa segue abaixo transcrita, bem demonstra em que hipóteses está caracterizada a possibilidade de contratação direta por inexigibilidade de licitação:

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO POR PREGÃO PRESENCIAL. EXCLUSIVIDADE. HIPÓTESE QUE NÃO SE ENQUADRA NAS HIPÓTESES DE LICITAÇÃO PREVISTAS NO ART. 25, INCISO I, DA LEI 8.666/93.

1. Buscou-se com a impetração anular o Pregão n. 040/2008, realizado pela Secretaria de Estado de Saúde de Minas Gerais, defendendo o impetrante que o fornecimento do produto licitado enquadra-se em uma das hipóteses de inexigibilidade de licitação previstas no art. 25 da Lei 8.666/92 diante do privilégio de exclusividade para o fornecimento de "capa para tampa de reservatório de água potável (caixa d'água)", que está tutelado por carta de patente.

2. As hipóteses de contratação direta por inexigibilidade de licitação, elencadas no art. 25 da Lei 8.666/93, somente se justificam quando se configura a inviabilidade de competição, diante da existência de apenas um objeto ou pessoa capaz de atender às necessidades da Administração Pública.

3. Deflui do inciso I do referido dispositivo a necessidade de implementação das seguintes condições para que o fornecimento de equipamento ou produtos prescindia de licitação: (i) o produto estar tutelado por exclusividade, atestada por órgão ou entidades competentes para tanto, o que impede que o Estado adquira produto similar; (ii) quando inviável a competição pela ausência de outro licitante capaz de produzir objeto equivalente, que atenda às necessidades da Administração; e (iii) o produto, ainda que seja tutelado por patente, não possa ser fornecido por terceiros.

4. Assim, o que torna inexigível a licitação, segundo a dicção do inciso I do artigo 25 em referência, não é o simples fato de o fornecedor deter a patente de seu produto, mas o fato desse produto deter certas características peculiares, não encontradas nos produtos que lhe são concorrentes, e, ainda, que tais características sejam decisivas para contemplar o interesse público.

5. Na hipótese dos autos, o motivo explicitado pelo recorrente para contornar a exigência legal da realização do certame público, na verdade, não restou devidamente comprovado. A documentação juntada aos autos, notadamente o registro feito no Instituto Nacional da Propriedade Industrial, do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, não evidencia prontamente a exclusividade para todo e qualquer tipo de "capa para tampa de caixa d'água" – objeto da licitação, mas apenas demonstra que o recorrente detém a patente de um modelo de utilidade, e não de uma invenção. Ou seja, não há exclusividade para o produto licitado, mas apenas sobre os melhoramentos promovidos em produto já existente.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MINISTÉRIO PÚBLICO
PROCURADORIA DE RECURSOS

6. Tampouco restou demonstrado que o modelo do produto licitado é exatamente aquele patenteado pelo recorrente e que esse produto, diante de suas características, é o único no mercado capaz de atender as necessidades do órgão licitante. E, a análise desses elementos tampouco pode ser satisfeita em sede de mandado de segurança, incompatível com a dilação probatória.

7. Recurso ordinário em mandado de segurança não provido.
(RMS 37688/MG, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, julgado em 26/06/2012, publicado no DJe de 06/08/2012)

Caso concreto, a opção da Administração pela contratação direta da empresa VERDI CONSTRUÇÕES S/A, para a construção de um estabelecimento prisional em Canoas, veio justificada em diversos documentos constantes do Processo Administrativo nº 4783-12.02/12-9.

O SISCOOPEN é um sistema construtivo que utiliza uma série de módulos pré-fabricados, que podem assumir diferentes aplicações, de acordo com as necessidades de uma unidade prisional (celas de várias capacidades, encontro íntimo, parlatório, espera, atendimento, administração, etc.). A modulação proporciona flexibilidade à arquitetura, inclusive com previsão para ampliações futuras.

Conforme se verifica no Relatório de Análise do Sistema Construtivo Penitenciário – SISCOOPEN – Avaliação Técnica e da Relação Custo e Benefício (fls. 393/433 destes autos), foi identificada uma compatibilidade no nível de segurança e funcionalidade, indicando ainda um incremento de segurança, durabilidade, humanização e economia em tempo de execução e nos recursos operacionais, estando de acordo com a Lei de Execução Penal e com as diretrizes do DEPEN, no que tange aos aspectos técnicos de dimensionamento, salubridade, segurança e especificação dos materiais. A proposta de utilização de módulos pré-fabricados vai ao encontro da situação emergencial do sistema penal, agilizando a criação de novas vagas, uma vez que há maior velocidade na execução da obra. No que se refere à relação custo/benefício, o investimento inicial é materializado em qualidade para o sistema penal, sendo que seu impacto é reduzido pelos benefícios do projeto (maior área por preso e mais áreas de segurança e controle), eliminado em um prazo curto e revertido em economia ao erário pela operação de menor custo a partir do médio prazo (acima de cinco anos) e por um período de tempo provavelmente muito superior aos edifícios convencionais.

A empresa VERDI CONSTRUÇÕES S/A, para a construção da penitenciária masculina de Canoas (393 vagas), apresentou proposta de orçamento no valor de R\$ 17.997.307,25 (fls. 579/622 destes autos).

Na Informação nº 416/2012/EP, do Departamento de Engenharia Prisional da SUSEPE, datada de 12/05/2012 (fls. 683/685), há manifestação acerca de obras realizadas por três empresas que utilizam elementos pré-fabricados/pré-moldados: PALMA ENGENHARIA E CONSTRUÇÕES (Penitenciária Regional de Caxias do Sul), BRASILSAT LTDA. (Penitenciárias Moduladas de Charqueadas e Montenegro) e VERDI CONSTRUÇÕES S/A (Penitenciária Feminina de Guaíba). Quanto às duas primeiras,



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MINISTÉRIO PÚBLICO
PROCURADORIA DE RECURSOS

foram apontados vários problemas nas obras, sendo que a última foi considerada a que apresentou melhores resultados. Também foi ressaltado que o sistema construtivo da empresa VERDI é único, não havendo similar que se tenha conhecimento no país até o momento, fato comprovado pela Declaração de Exclusividade nº 033/12 (fl. 625).

Comparando a proposta apresentada pela empresa VERDI CONSTRUÇÕES S/A com a proposta para a construção de uma Cadeia Pública no Município de São Leopoldo, concluiu-se que o valor do investimento entregue pela empresa VERDI está compatível com preços de mercado (fl. 728).

No Parecer do Professor e Doutor em Direito Administrativo Helio Saul Mileski, sobre consulta realizada pela empresa VERDI CONSTRUÇÕES S/A (fls. 737/775 destes autos), há menção de que o SISCOPEN “é um sistema construtivo de singular especialização, com absoluta diferenciação de todos os demais, tornando-o único no mercado e, por isto, concretizar-se num sistema construtivo de características inovadoras e exclusivas, com patenteamento pela empresa proprietária (...). Assim, considerando que o SISCOPEN apresenta todas as condições de singularidade e exclusividade, o mesmo encontra respaldo para ser implantado pelo Poder Público mediante contratação direta, com o estabelecimento de inexigibilidade de licitação, o que deverá constar em decisão do Administrador, mediante ato fundamentado, em decorrência de parecer técnico efetuado sobre a relação custo-benefício de sua aplicação em relação às técnicas construtivas convencionais”. Ainda, acrescenta que, “justamente pelas peculiaridades tecnológicas e singularidade desse novo sistema construtivo penitenciário, que, por ser formado por monoblocos industrializados, com utilização de tecnologia de ponta, caracteriza-se como de fácil transporte e instalação, permitindo facilidade de operação, com circulação de agentes pela Galeria de Controle, que tem rapidez na montagem e obra limpa, significando otimização de tempo e recursos materiais e financeiros, sem desperdícios, termina por constituir-se em fator que possibilita o estabelecimento de uma excelente relação entre custo e benefício, indicando que a sua aquisição se revela como o negócio mais vantajoso para a Administração Pública”.

No mesmo alinhamento é o Parecer do Doutor em Direito Toshio Mukai (fls. 776/796), que afirma:

“Como demonstrado por todos os arrazoados técnicos, anexos ao presente parecer, o SISCOPEN aparece como a melhor solução técnico-científica para a questão sempre presente do Sistema Prisional brasileiro, que demanda soluções rápidas e condizentes com a busca do respeito aos direitos humanos e a recuperação do preso. Isso, somado ao fato de que no transcurso do tempo ele venha a ser uma solução também mais vantajosa do ponto de vista econômico, justifica a escolha do referido produto pela Administração Pública.

Justificada a escolha do produto, fica claro que, em razão da exclusividade detida pela empresa da Consulente, a contratação para que a Administração adquira o referido produto pode se dar



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MINISTÉRIO PÚBLICO
PROCURADORIA DE RECURSOS

de acordo com os ditames do inciso I do art. 25 da Lei nº 8.666/93.

E se assim não o fosse, poder-se-ia embasar a contratação direta para a aquisição do produto em comento pelo disposto no caput do mencionado art. 25.

Afinal, as disposições contidas nos incisos do citado dispositivo legal são exemplificativas, não tendo caráter exaustivo das hipóteses de inviabilidade de competição, que é claramente o caso em estudo.”

A manifestação do Superintendente da SUSEPE, às fls. 867v/885 destes autos, segue essa mesma linha para justificar a contratação direta da empresa VERDI CONSTRUÇÕES S/A para construção da Penitenciária Modulada de Canoas. Finaliza ressaltando estar convencido de que “o método empregado por essa empresa, dada a sua singularidade, baixo custo, eficiência e qualidade, é o que melhor se ajusta ao enfrentamento imediato dos problemas advindos da incompatibilidade da atual estrutura prisional com o crescimento vertiginoso da população carcerária e, como consequência, dos seus efeitos nocivos a toda a sociedade”.

Na Informação 061/12/PDPE, da Procuradoria-Geral do Estado (fls. 888/907), consta que, “muito embora não seja a emergencialidade o fundamento da presente contratação direta, o requisito da premência de tempo é primordial para a opção por um método construtivo que oferte, entre suas vantagens, um menor prazo para disponibilização de vagas prisionais (...). Entende-se, assim, justificada a escolha pelo sistema construtivo pré-fabricado, em detrimento do método convencional, pelas características já apontadas, acrescidas pelo menor custo e, principalmente, menor prazo de execução”. Também conclui que está caracterizada a superioridade técnica do sistema SISCOPEN aos demais métodos construtivos pré-fabricados, para a construção de estabelecimentos prisionais, conforme as análises realizadas por especialistas.

Pelo acima exposto, entendo que restou devidamente justificada a escolha do SISCOPEN pela Administração e, dada sua singularidade, a contratação direta da empresa VERDI CONSTRUÇÕES S/A para construção do estabelecimento prisional no Município de Canoas, uma vez que preenchidos os requisitos que ensejam a inexigibilidade de licitação.

Cumprе ressaltar que os defeitos construtivos verificados por ocasião da Inspeção Extraordinária do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, na Penitenciária Feminina de Guaíba, não têm o condão de desqualificar o sistema empregado pela empresa VERDI CONSTRUÇÕES S/A, não só porque o SISCOPEN apresenta muitas vantagens, vindo ao encontro da necessidade da Administração, mas também porque obras realizadas por outras empresas apresentaram muito mais problemas do que esse, além da demora na sua conclusão.

Merece registro que a grave situação do Presídio Central de Porto Alegre levou as entidades que compõem o Fórum da Questão Penitenciária a denunciarem a violação dos direitos humanos à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) da Organização dos Estados Americanos (OEA). Também a Penitenciária Estadual do Jacuí não pode mais acolher novos



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MINISTÉRIO PÚBLICO
PROCURADORIA DE RECURSOS

presos provisórios, haja vista a superlotação, falta de manutenção e péssimas condições de salubridade, colocando em risco a segurança dos presos.

É necessária a adoção de medidas urgentes que, pelo menos, minimizem o atual quadro caótico do sistema penitenciário gaúcho. E a construção de um novo presídio em Canoas, em curto lapso de tempo, vem ao encontro dessa demanda.

Reproduzo aqui as palavras do Vice-Presidente Administrativo da AJURIS, Dr. Eugênio Couto Terra, em artigo publicado no Jornal “O SUL”, em 03/01/2013, visto que retratam o anseio do povo rio-grandense:

“Tomara que 2013 seja o ano da virada e que possamos chegar ao seu final dizendo que ele foi um novo e diferente capítulo para a história do sistema prisional.”

Portanto, como no caso restou plenamente justificada a não-realização de procedimento licitatório e a contratação da empresa VERDI CONSTRUÇÕES S/A, não há falar em ofensa ao princípio da impessoalidade e às regras atinentes à licitação.”

Por fim, a questão relativa à propriedade do imóvel objeto da Matrícula nº 12.915, de Canoas, não é objeto do presente agravo, descabendo qualquer manifestação a respeito.

Ante o exposto, dou provimento ao agravo, para revogar a liminar concedida.

Ressalta-se que, conquanto apenas o artigo 25, inciso I, da Lei n. 8.666/93 tenha sido expressamente referido no acórdão objurgado, os demais dispositivos apontados na presente insurgência como malferidos restaram devidamente prequestionados, pois o deslinde da questão passou, necessariamente, por seus conteúdos.

Veja-se que os artigos 12, *caput*, da Lei n. 7.347/85, e 461, parágrafo 3º, do Código de Processo Civil, os quais tratam das hipóteses de concessão de medida liminar antecipatória de tutela, tiveram seus conteúdos enfrentados, vez que o órgão julgador entendeu não se tratar de hipótese de sua incidência, pois supostamente não preenchido o suporte fático para tanto, o qual reclamaria plausibilidade da tese aventada na inicial.

Em relação aos artigos 3º, *caput* e 79, parágrafo 2º, da Lei n. 8.666/93, de igual sorte, ao ser reputado como lícito o procedimento supostamente efetivado em observância ao artigo 25, inciso I, daquele diploma, foram violados, vez que inobservado o regramento lá contido, atinente ao dever de licitar imputado ao administrador público e as consequências decorrentes de sua inobservância.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MINISTÉRIO PÚBLICO
PROCURADORIA DE RECURSOS

Plenamente possível, pois, o prequestionamento implícito, conforme reiteradamente admitido pelo Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. ANÁLISE DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE NA VIA DO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO. POSSIBILIDADE. SERVIDORES DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE. ADIN N.º 1.797-0/PE. INAPLICABILIDADE. PRECEDENTES.

1. A via especial, destinada à uniformização da interpretação da legislação infraconstitucional, não se presta à análise de possível violação a dispositivos da Constituição Federal, ainda que para fins de prequestionamento.

2. Interposto o recurso especial pela alínea a do permissivo constitucional, tendo a matéria objeto de irrisignação sido debatida no Tribunal de origem, é prescindível a expressa menção dos dispositivos legais tidos por violados, é o chamado prequestionamento implícito.

3. A decisão proferida na ADIn n.º 1.797-0/PE, não guarda correlação nem identidade com a presente demanda, portanto, não vincula os processos relacionados aos servidores do Estado do Rio Grande do Norte, mas, apenas e tão-somente, os relativos dos servidores Públicos Federais.

4. A decisão ora agravada, ao consignar que os efeitos da decisão proferida na ADI n.º 1797/PE não se aplicam sobre a conversão dos vencimentos dos servidores públicos do Estado do Rio Grande do Norte em URV, afasta, além da limitação temporal do reajuste a eventual compensação com reajustes posteriores.

5. Agravo regimental desprovido.

(AgRg nos EDcl no REsp 963.168/RN, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 03.04.2008, DJ 28.04.2008 p. 1)” (grifou-se)

Inexistem, portanto, óbices para o seguimento da inconformidade.

4. DAS RAZÕES DO PEDIDO DE REFORMA:

4.a. Da negativa de vigência aos artigos 12, *caput*, da Lei n. 7.347/85, e 461, parágrafo 3º, do Código de Processo Civil:

No caso vertente, a Colenda Câmara Cível da Corte Estadual negou vigência aos artigos supra-aludidos, concernentes à hipótese de concessão de tutela antecipada em ação civil pública, vez que, já em juízo perfunctório, considerou lícita a contratação direta da empresa



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MINISTÉRIO PÚBLICO
PROCURADORIA DE RECURSOS

Verdi Construções S/A, por inexigibilidade de licitação, não aventando sequer a hipótese de haver indícios suficientes sobre a operação negocial em curso.

Com efeito, a norma extraída dos artigos 12, *caput*, da Lei n. 7.347/85, e 461, parágrafo 3º, do Código de Processo Civil, permite a concessão da tutela pretendida na ação principal – no caso, a inibição da contratação da empresa Verdi Construções S/A – se *relevante o fundamento da demanda e existente justificado receio de ineficácia do provimento final*, preceitos que se encontram adimplidos nos presentes autos.

Em relação ao requisito da possível ineficácia do provimento buscado – no caso de manutenção do indeferimento da tutela antecipada – encontra-se nítido seu adimplemento nos autos, vez que a sua não concessão poderá importar a perda do objeto da ação. Isso porque, se não concedida liminar para suspender a contratação da empresa responsável pela construção da casa prisional no Município de Canoas, muito provavelmente, em razão do transcurso do tempo, a ilicitude anunciada na exordial estará consumada, com a efetivação da obra, ao arripio da normatização prevista na Lei n. 8.666/93.

Ademais, não apenas será maculado o interesse público por violação a princípios norteadores da administração, mas também pelos danos decorrentes da consumação do ato ilegal, tendo em vista que, como é consabido, em se tratando de obras já realizadas, a reparação de danos e a apuração das responsabilidades, em todas suas esferas, torna-se muito mais dificultosa, justificando-se plenamente a tomada de atitudes preventivas, face à fundada suspeição de ilicitude do procedimento que o ente estatal está levando a efeito.

Nesse sentido, importante recordar, a tutela inibitória antecipada tem como pressuposto “*que o ato contrário ao direito seja praticado ou possa prosseguir ou se repetir*”, sendo que, “*para a tutela antecipada de remoção de ilícito, basta a probabilidade de o ilícito ter ocorrido*”, como bem apontam MARINONI e MITIDIERO⁷.

O pleito veiculado na exordial, portanto, conduz à prolação de decisão com base em cognição sumária, a qual deverá, com base nos elementos de prova colacionados,

⁷ MARINONI, Luiz Guilherme, e MITIDIERO, Daniel. Código de Processo Civil, comentado artigo por artigo. 2ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo, Ed. RT, 2010, p.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MINISTÉRIO PÚBLICO
PROCURADORIA DE RECURSOS

decidir com base em probabilidade, e não certeza, o que ficará a cargo da sentença de mérito, a ser prolatada após esgotada a instrução processual.

A propósito, comentando o artigo 461, parágrafo 3º, do Código de Processo Civil, NELSON NERY JUNIOR⁸ pondera que *“para o adiantamento da tutela de mérito, na ação condenatória em obrigação de fazer ou não fazer, a lei exige menos do que para a mesma providência na ação de conhecimento tout court (CPC 273). É suficiente a mera probabilidade, isto é, a relevância do fundamento da demanda, para a concessão da tutela antecipatória da obrigação de fazer ou não fazer, ao passo que o CPC 273 exige, para as demais antecipações de mérito: a) a prova inequívoca; b) o convencimento do juiz acerca da verossimilhança da alegação; c) ou o periculum in mora (CPC 273 I) ou o abuso do direito de defesa do réu (CPC 273 II).”*.

Com esta base normativa, portanto, deveria o órgão fracionário da Corte Estadual ter apreciado a insurgência do Estado do Rio Grande do Sul, quanto à pretensão de reverter a decisão de primeiro grau que concedera a antecipação de tutela, para inibir o prosseguimento de realização de atos típicos de contratação da empresa Verdi Construções S/A para a construção de estabelecimento prisional em Canoas.

Bastaria ao Tribunal de Justiça, portanto, observar se, nos autos, havia elementos mínimos hábeis a levantar suspeitas acerca da contratação direta de aludida empresa, mostrando-se absolutamente indevida a incursão no mérito da causa, tal como realizado precipitadamente, ao reputar, desde já, como *“plenamente justificada a não-realização de procedimento licitatório e a contratação da empresa Verdi Construções S/A”*.

Diante da nitidez com que se verifica a confusão conceitual levada a efeito pelo órgão colegiado, patente a negativa de vigência aos artigos 12, *caput*, da Lei n. 7.347/85, e 461, parágrafo 3º, do Código de Processo Civil, pois, em que pese preenchido o preceito primário da norma extraída de tais dispositivos, este não foi analisado sob o enfoque que merecia, culminando, a Câmara julgadora, por não aplicar sua consequência lógica, qual seja, a antecipação da tutela pleiteada.

⁸ NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade. Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor. 5ª ed., rev. e ampl, Ed. RT, p. 899.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MINISTÉRIO PÚBLICO
PROCURADORIA DE RECURSOS

Passa-se, pois, à análise dos elementos trazidos aos autos, os quais evidenciam a ocorrência de irregularidade na contratação direta para a construção de penitenciária em Canoas, ou, ao menos, a sua probabilidade, como bem asseverou o Magistrado em primeiro grau, bem identificando a diferença de juízo perfunctório daquele de mérito (fl. 1467v):

“(…) A vasta documentação carreada ao feito pelo Estado não subjuga a pujança dos argumentos vertidos pela inicial, cotejados com a prova documental que a acompanha, donde emana, em tese, a possibilidade do estabelecimento de concorrência para a contratação tendente a viabilizar a construção tendente a viabilizar a construção de casa prisional de Canoas e a possibilidade de que a exclusividade da tecnologia empregada pela sociedade Verdi Construções S/A não seja a solução mais vantajosa para a Administração Pública.”

4.b. Da contrariedade aos artigos 2º, 3º, caput; 25, inciso I, e 79, parágrafo 2º, todos da Lei n. 8.666/93:

Como é cediço, a Administração Pública, ao decidir pela contratação de produto ou serviço, em regra deve proceder à abertura de procedimento licitatório, a ser conduzido *“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”*, tudo a viabilizar que se alcance o objetivo maior, qual seja, a obtenção da proposta mais vantajosa e que melhor atenda aos interesses da Administração Pública e da coletividade, conforme estabelecido no artigo 3º, caput, da Lei n. 8.666/93⁹.

A exigência legal de a contratação com terceiros ser necessariamente precedida de licitação está disposta no artigo 2º do referido diploma:

“Art. 2º. As **obras**, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, **quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses prevista nesta lei.**”

⁹ 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



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MINISTÉRIO PÚBLICO
PROCURADORIA DE RECURSOS

Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigação recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.” (grifou-se)

Com isso, tratando-se de contratação de obra, a licitação é regra inafastável, ressalvadas as hipóteses de dispensa e inexigibilidade que se encontram expressamente previstas nos artigos 24 e 25, ambos da Lei nº 8.666/93.

Nessa senda, o Estado do Rio Grande do Sul buscou fundamentar a contratação direta da empresa Verdi Construções S/A – o que se observa do Procedimento de Inexigibilidade de Licitação n. 4783-12.02/12-9 – no inciso I do artigo 25 da Lei n. 8.666/93¹⁰, sob o argumento de que o sistema SISCOOPEN (Sistema Construtivo Penitenciário), por ela desenvolvido, e único no mercado, deveria ser o escolhido, porquanto, em relação aos métodos convencionais, importaria maior rapidez na execução da obra, traria maior segurança em relação aos materiais utilizados e teria valor de manutenção mais reduzido, resultando em projeto mais adequado à ressocialização dos presos.

A Corte Estadual, como se percebe da leitura do acórdão vergastado, encampou a ideia trazida pelo ente estatal, passando a tecer comentários elogiosos a referido sistema construtivo, em que pese ainda em sede de juízo perfunctório, sem, portanto, pleno arcabouço probatório:

“(…) Caso concreto, a opção da Administração pela contratação direta da empresa VERDI CONSTRUÇÕES S/A, para a construção de um estabelecimento prisional em Canoas, veio justificada em diversos documentos constantes do Processo Administrativo nº 4783-12.02/12-9.

O SISCOOPEN é um sistema construtivo que utiliza uma série de módulos pré-fabricados, que podem assumir diferentes aplicações, de acordo com as necessidades de uma unidade prisional (celas de várias capacidades, encontro íntimo, parlatório, espera, atendimento, administração, etc.). A modulação proporciona

¹⁰ Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial: I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MINISTÉRIO PÚBLICO
PROCURADORIA DE RECURSOS

flexibilidade à arquitetura, inclusive com previsão para ampliações futuras.

Conforme se verifica no Relatório de Análise do Sistema Construtivo Penitenciário – SISCOOPEN – Avaliação Técnica e da Relação Custo e Benefício (fls. 393/433 destes autos), foi identificada uma compatibilidade no nível de segurança e funcionalidade, indicando ainda um incremento de segurança, durabilidade, humanização e economia em tempo de execução e nos recursos operacionais, estando de acordo com a Lei de Execução Penal e com as diretrizes do DEPEN, no que tange aos aspectos técnicos de dimensionamento, salubridade, segurança e especificação dos materiais. A proposta de utilização de módulos pré-fabricados vai ao encontro da situação emergencial do sistema penal, agilizando a criação de novas vagas, uma vez que há maior velocidade na execução da obra. No que se refere à relação custo/benefício, o investimento inicial é materializado em qualidade para o sistema penal, sendo que seu impacto é reduzido pelos benefícios do projeto (maior área por preso e mais áreas de segurança e controle), eliminado em um prazo curto e revertido em economia ao erário pela operação de menor custo a partir do médio prazo (acima de cinco anos) e por um período de tempo provavelmente muito superior aos edifícios convencionais.

A empresa VERDI CONSTRUÇÕES S/A, para a construção da penitenciária masculina de Canoas (393 vagas), apresentou proposta de orçamento no valor de R\$ 17.997.307,25 (fls. 579/622 destes autos).

Na Informação nº 416/2012/EP, do Departamento de Engenharia Prisional da SUSEPE, datada de 12/05/2012 (fls. 683/685), há manifestação acerca de obras realizadas por três empresas que utilizam elementos pré-fabricados/pré-moldados: PALMA ENGENHARIA E CONSTRUÇÕES (Penitenciária Regional de Caxias do Sul), BRASILSAT LTDA. (Penitenciárias Moduladas de Charqueadas e Montenegro) e VERDI CONSTRUÇÕES S/A (Penitenciária Feminina de Guaíba). Quanto às duas primeiras, foram apontados vários problemas nas obras, sendo que a última foi considerada a que apresentou melhores resultados. Também foi ressaltado que o sistema construtivo da empresa VERDI é único, não havendo similar que se tenha conhecimento no país até o momento, fato comprovado pela Declaração de Exclusividade nº 033/12 (fl. 625).

Olvidou-se o órgão julgador, pois, da principiologia aplicável à espécie, não apenas no que concerne à matéria processual civil – a qual exigiria atividade jurisdicional voltada ao exame da *probabilidade* de haver irregularidades na contratação direta da empresa Verdi Construções S/A –, mas também àquela administrativa, em especial o regramento extraído da Lei n. 8.666/93.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MINISTÉRIO PÚBLICO
PROCURADORIA DE RECURSOS

Na peça incoativa, o Ministério Público elencou diversos aspectos passíveis de acurada análise por parte do órgão julgador, os quais indicam a plausibilidade da tese veiculada, no sentido de não se fazer possível a contratação direta da construtora para realizar as obras no Município de Canoas, vez que **viável a competição** entre empresas do ramo da construção civil especializadas em erguer casas prisionais, e altamente **questionável a suposta superioridade técnica** da metodologia SISCOPEM, empregada com exclusividade pela Verdi Construções S/A, tão propalada pelo Estado do Rio Grande do Sul.

Veja-se, *ab initio*, que tal assertiva – no sentido de que as condições previstas no artigo 25, inciso I, da Lei n. 8.666/93, não se implementaram no caso em apreço – se funda nas seguintes ponderações, realizadas na exordial da ação inibitória, as quais serão esmiuçadas adiante:

“1º) as supostas vantagens construtivas do sistema SISCOPEM utilizado pela empresa VERDI S/A estão a merecer acurado exame, considerando-se que foram verificados, por ocasião da Inspeção Extraordinária do Tribunal de Contas/RS nº 8512-0200/10-3 (CD da fl. 151), sérios defeitos construtivos nas obras por esta realizadas na Penitenciária Feminina de Guaíba-RS, após apenas cerca de três meses, e que apresenta infiltrações e fissuras (fls. 136 e verso), no Presídio Feminino de Guaíba, e também na Penitenciária de Criciúma-SC, conforme relatado pelos peritos da Polícia Federal no Laudo 1336/2009 (fl. 185,v);

2º) como apurado pelos peritos da Polícia Federal (laudo às fls. 176/179), existem diversas outras empresas nacionais que adotam o processo de pré-fabricação de celas, não sendo lícita a preferência da Administração pela “marca” da Verdi, o que é vedado pelo próprio art. 25, inciso I, da Lei nº 8.666/93;

3º) a Inspeção Extraordinária do Tribunal de Contas/RS nº 8512-0200/10-3, no que diz respeito ao exame da situação da Penitenciária Feminina de Guaíba-RS, desmente as invocadas vantagens técnicas do método construtivo da empresa VERDI S/A, destacando que não há melhor conforto térmico nas celas, não há menor abrasividade do concreto e, inclusive, a resistência ao fogo do concreto de alto desempenho (GRC) utilizado por esta construtora é inferior à resistência obtida pelo concreto convencional, aspecto relevante em se tratando de casas prisionais, em que comuns os incêndios provocados pelos apenados, durante rebeliões e fugas, e que esse produto, exposto ao ambiente natural, sofre “uma considerável redução da sua resistência” (fl. 138);



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MINISTÉRIO PÚBLICO
PROCURADORIA DE RECURSOS

4º) por fim, qualquer vantagem quanto ao preço deve ser aferida sob as regras da licitação, oportunizando-se a concorrência, e não pela injustificada preferência do administrador público por um determinado fornecedor.”

Nessa senda, caberia ao órgão jurisdicional, no caso, o Tribunal de Justiça Estadual, ater-se aos elementos de convicção trazidos pelo órgão ministerial, a fim de se verificar a existência de mínima probabilidade de o ente estatal estar procedendo à contratação direta de forma irregular, com base, repita-se, em juízo de probabilidade.

O órgão fracionário, para alcançar conclusão no sentido da viabilidade da operação levada a efeito pelo Estado do Rio Grande do Sul, afirmou que, em relação ao Sistema SISCOPEN *“foi identificada uma compatibilidade no nível de segurança e funcionalidade, indicando ainda um incremento de segurança, durabilidade, humanização e economia em tempo de execução e nos recursos operacionais, estando de acordo com a Lei de Execução Penal e com as diretrizes do DEPEN, no que tange aos aspectos técnicos de dimensionamento, salubridade, segurança e especificação dos materiais”, a importar “qualidade para o sistema penal” e “economia ao erário pela operação de menor custo a partir do médio prazo”.*

Contudo, o acórdão hostilizado reconheceu expressamente a existência de outras *“três empresas que utilizam elementos pré-fabricados/pré-moldados: PALMA ENGENHARIA E CONSTRUÇÕES (Penitenciária Regional de Caxias do Sul), BRASILSAT LTDA. (Penitenciárias Moduladas de Charqueadas e Montenegro) e VERDI CONSTRUÇÕES S/A (Penitenciária Feminina de Guaíba)”*, sendo que, em relação às *“duas primeiras, foram apontados vários problemas nas obras, sendo que a última foi considerada a que apresentou melhores resultados”,* motivo este que, agregado ao fato de *“o sistema construtivo da empresa VERDI”* ser *“único”,* justificaria a contratação direta desta empresa.

Ocorre, no entanto, que não foram verificadas falhas apenas nas construções efetivadas pelas construtoras Palma e Brasilat – fatos estes empregados no *decisum* para justificar a inexigibilidade de licitação –, mas também pela própria Verdi, quando da construção do Presídio de Guaíba, consoante expressamente reconhecido no acórdão: **“os defeitos construtivos verificados por ocasião da Inspeção Extraordinária do Tribunal de Contas do Estado do Rio**



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MINISTÉRIO PÚBLICO
PROCURADORIA DE RECURSOS

Grande do Sul, na Penitenciária Feminina de Guaíba, não têm o condão de desqualificar o sistema empregado pela empresa VERDI CONSTRUÇÕES S/A, não só porque o SISCOPEN apresenta muitas vantagens, vindo ao encontro da necessidade da Administração, mas também porque obras realizadas por outras empresas apresentaram muito mais problemas do que esse, além da demora na sua conclusão” (grifou-se).

Veja-se, *ab initio*, que o órgão julgador toma por base fatos análogos – defeitos em construções de casas prisionais pelas empresas Palma, Brasilat e Verdi – e, ao invés de adotar raciocínio coerente no tratamento norteado por tais constatações, emprega soluções diversas: enquanto os defeitos percebidos nas obras das duas primeiras construtoras serviram de motivo para afastá-las da competição licitatória, as falhas verificadas no Presídio de Guaíba, construído pela Verdi, foram indevidamente relevados, a importar tratamento desigual.

Ademais, a Corte Estadual, ao proclamar que a *“proposta de utilização de módulos pré-fabricados vai ao encontro da situação emergencial do sistema penal, agilizando a criação de novas vagas, uma vez que há maior velocidade na execução da obra”*, não deveria olvidar a existência daquelas outras construtoras, as quais poderiam disputar sua contratação para execução dos serviços, no prazo fixado pelo ente público em edital licitatório.

A propósito, veja-se, exemplificativamente, que só no Estado do Rio Grande do Sul existem diversas outras casas prisionais construídas a partir do sistema pré-moldado, há muito inauguradas, tais como as Penitenciárias Moduladas de Montenegro, Osório, Ijuí, Uruguaiana e Charqueadas, a evidenciar que o método usado não é inovador.

Veja-se, pois, a robusta argumentação trazida pelo Ministério Público, a qual foi examinada de forma equivocada pelo Tribunal *a quo*, exarando conclusão equivocada a partir dos elementos de prova expressamente consignados no acórdão. O que se pretende no presente reclamo, pois, é a reavaliação da base fática indicada no *decisum*, eis que equivocadamente interpretada:

a) Discutível superioridade técnica do modo SISCOPEN

Quanto ao primeiro fundamento trazido na inicial, a Corte Estadual proclamou que, em relação à sistemática SISCOPEN de construção de presídios, *“foi identificada uma*



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MINISTÉRIO PÚBLICO
PROCURADORIA DE RECURSOS

compatibilidade no nível de segurança e funcionalidade, indicando ainda um incremento de segurança, durabilidade, humanização e economia em tempo de execução e nos recursos operacionais, estando de acordo com a Lei de Execução Penal e com as diretrizes do DEPEN, no que tange aos aspectos técnicos de dimensionamento, salubridade, segurança e especificação dos materiais.”, sendo que “a proposta de utilização de módulos pré-fabricados vai ao encontro da situação emergencial do sistema penal, agilizando a criação de novas vagas, uma vez que há maior velocidade na execução da obra. No que se refere à relação custo/benefício, o investimento inicial é materializado em qualidade para o sistema penal, sendo que seu impacto é reduzido pelos benefícios do projeto (maior área por preso e mais áreas de segurança e controle), eliminado em um prazo curto e revertido em economia ao erário pela operação de menor custo a partir do médio prazo (acima de cinco anos) e por um período de tempo provavelmente muito superior aos edifícios convencionais.”.

Ocorre, no entanto, que a conclusão expendida passou pelo acolhimento de premissas equivocadas, com o acolhimento da justificativa do Estado centrada em supostas vantagens do método SISCOPEN, tais como: menor prazo, menor preço, maior resistência, segurança, salubridade e conforto térmico. Entretanto, como já referido, tais premissas não se sustentam. Vejam-se, pois, item a item, os motivos de tal afirmativa, consoante asseverado na inicial:

a.1. Conforto Térmico:

“Relativamente a este aspecto, com base nos elementos trazidos pelo Relatório do Tribunal de Contas do Estado, em vistoria às instalações do Presídio Feminino de Guaíba, construído pela empresa Verdi Construções S/A e utilizando o sistema SISCOPEN, verificou-se que o pé-direito das celas ali construídas é de 2,40 m, sendo a laje de cobertura solidária às paredes, todas em concreto do tipo GRC, constituindo-se em cobertura e forro interno das celas, de modo a receber diretamente a radiação solar e transferindo-a ao interior da cela. Segundo aquele relatório “esta disposição dos elementos construtivos – forro/cobertura em concreto GRC pré-moldado – prejudica o conforto destes ambientes, principalmente pela radiação solar descendente gerando fluxo de calor ao interior da cela em dias de temperaturas elevadas” (fl.132, v), concluindo que o material que compõe o conjunto forro/cobertura do módulo/cela



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MINISTÉRIO PÚBLICO
PROCURADORIA DE RECURSOS

implantado possui 'resistência térmica cinco (05) vezes inferior às demais tipologias de módulos de celas estudadas' (fl.133, v).

Ademais, o aspecto térmico já fora questionado também em inspeções levadas a efeito no Estado do Rio Grande do Norte na construção da Penitenciária de Nísia Floresta (fl. 44)."

a.2. Maior resistência do material utilizado:

"As características do concreto utilizado são apontadas como o grande diferencial em relação aos demais sistemas e a razão da opção pelo SISCOOPEN em detrimento de qualquer outro método ou tecnologia.

Na justificativa para a adoção do sistema de construção SISCOOPEN, a Administração Pública, inicialmente, ressalta a diferença entre os métodos convencionais de construção e o método pré-fabricado/pré-moldado.

De acordo com a análise feita pelo Estado, os métodos convencional e pré-fabricado/pré-moldado diferenciam-se, destacando-se os últimos pela possibilidade de vários serviços poderem ser executados ao mesmo tempo durante a obra, o que diminuiria seu tempo de construção. Além da rapidez, ainda seriam vantagens a segurança dos materiais utilizados, a baixa manutenção e um projeto adequado à ressocialização.

Importa referir que ainda que se tenham como verdadeiras as afirmações que demonstram as vantagens de um método pré-moldado/pré-fabricado sobre o método construtivo comum, dentre os pré-moldados não existe apenas o SISCOOPEN.

Ainda de acordo com a Administração Pública, o SISCOOPEN utiliza-se de materiais específicos, especialmente desenvolvidos para uso em estabelecimentos prisionais (fl.30, v).

*Cita a utilização de Concreto de Alto Desempenho – CAD aplicado às paredes do monobloco de cela e às paredes das passarelas, cujo **PARÂMETRO COMO DUREZA ATINGE ÍNDICES DE 80 MPa**, superiores aos 25-30 MPa do concreto comum.*



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MINISTÉRIO PÚBLICO
PROCURADORIA DE RECURSOS

Inicialmente cumpre salientar que o parâmetro de dureza que atinge índices de 80 MPa, trazido como diferencial do método SISCOOPEN, além de poder ser atingido por outros fabricantes de concreto, é, para a finalidade contratada pela Administração, desnecessário, tanto é assim que o projeto padrão de penitenciária federal adotado pelo Ministério da Justiça apresenta concreto armado de 40 MPa como parâmetro (fl.165).

De acordo com o relatório do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul (que realizou comparativo entre obras com padrões 80 MPa, 35 MPa e 30 MPa), para romper a parede da penitenciária de Arroio dos Ratos, cujo padrão de resistência é 30 MPa 'seria necessário apoiar nela mais que 3 toneladas em 1 metro quadrado. Considerando que cada cela é ocupada por 06 homens com um peso médio de 70 kg, todos eles juntos pesariam 420 kg, muito aquém do necessário para comprometer a estrutura das paredes da cela' (fl. 134).

Em outras palavras, o que o sistema SISCOOPEN oferece como diferencial de resistência e durabilidade, sobre o qual recai o critério de exclusividade, ou pelo menos uma parcela dele, não ostenta a pretendida relevância, afigurando-se inócua a aparente superioridade no parâmetro de dureza.

Uma comparação rasa poderia demonstrar a superioridade de um sistema cujo padrão de resistência é de 80 MPa, em relação a outros cujo padrão é de 25/30 MPa. Entretanto, o que se agrega no SISCOOPEN é, como já referido, de questionável utilidade em se tratando de construção, como uma casa prisional, em que se requer resistência apenas ao próprio peso.

*Segundo o relatório do Tribunal de Contas, 'os concretos de alto desempenho geralmente são recomendados para estruturas bastante exigidas: prédios com grandes alturas, pavimentos com elevado tráfego, estruturas submersas como plataformas submarinas, viadutos ou pontes que necessitem vencer grandes vãos'. E conclui: 'os módulos da Penitenciária Feminina de Guaíba são solicitados, basicamente, a resistir ao seu próprio peso e ao carregamento de módulos das passarelas de controle, portanto a função estrutural certamente **não exige resistências à compressão da ordem de 80 MPa**' (grifei) (fl.134).*



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MINISTÉRIO PÚBLICO
PROCURADORIA DE RECURSOS

Outro fator ressaltado pela Administração como sendo relevante e capaz de tornar única a construção com base no sistema SISCOPEN é a **RESISTÊNCIA À ABRASÃO** e, conseqüente **DURABILIDADE** da obra. Segundo o Estado do Rio Grande do Sul, 'os concretos da ordem de 30 MPa apresentam desgastes por abrasão da ordem de 4 a 5 mm, enquanto o concreto de alto desempenho apresenta um desgaste médio de 1,57 mm' (fl. 32)

No contraponto deste fundamento, o TCE/RS assevera que há vários fatores condicionadores da resistência à abrasividade. Refere que o comparativo feito entre as três penitenciárias (Guaíba, Arroio dos Ratos e Charqueadas) concluiu que todas têm resistência igual ou superior a 200kgf/cm², o que as torna basicamente iguais nesse quesito. A conclusão é baseada em bibliografia da área de Engenharia que especifica que:

De um modo geral, a resistência à abrasão cresce proporcionalmente com a resistência à compressão do concreto entre 200 e 400 Kgf/cm², com resistências inferiores a 200 Kgf/cm² o desgaste cresce mais rapidamente. (BAUER, Luiz Alfredo Falcão. Materiais de Construção, Vol.1, LTC Editora, 1992, P. 288) (grifei) (fl. 135).

Isto é: se o desgaste acontece mais rapidamente no concreto com resistências inferiores a 200 Kgf/cm², os que estão acima dessa configuração são suficientes para ter uma resistência à abrasão adequada. Portanto, esta meta é obtida não só com construções feitas no Sistema SISCOPEN, como também em outros sistemas.

Além disso, assevera o laudo que a resistência à abrasividade, além de estar condicionada à resistência à compressão do concreto, é influenciada diretamente pelo tamanho e tipo de agregado adicionado ao cimento, como também, pelas propriedades superficiais do material quando acabado (fl. 135). Ou seja, há outros caminhos que não o adotado pelo sistema SISCOPEN para chegar a um produto com baixa abrasividade.

O resumo da conclusão do Relatório do TCE/RS sobre esse tema é ilustrativo, por isso sendo relevante sua transcrição:

- a resistência à abrasão é uma característica fundamental para os concretos utilizados nas edificações prisionais, mas ela não é função exclusiva dos concretos de alto desempenho, podendo ser



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MINISTÉRIO PÚBLICO
PROCURADORIA DE RECURSOS

obtida em concretos com menor resistência à compressão através de cuidados em sua execução e na escolha dos componentes;

- não há parâmetros normativos estabelecidos que indiquem qual é a resistência à abrasão mínima necessária para uma cela prisional;

- a durabilidade do concreto não é função somente de sua resistência à abrasão, não podendo ser deduzida somente por esse ensaio. (grifei) (fl. 136).

A questão do **CONCRETO REFORÇADO POR FIBRAS DE VIDRO - GRC**, aplicadas a peças e acabamentos, cobertura de móveis e cantoneiras, também foi objeto de análise pelo Tribunal de Contas.

O Resultado desta análise aponta desvantagens para o uso da tecnologia GRC.

A primeira diz respeito ao desempenho do material quando submetido a altas temperaturas.

De acordo com a bibliografia citada pelo TCE/RS¹¹, a resistência ao fogo do concreto de alto desempenho (GRC) é inferior à resistência obtida pelo concreto convencional, tendendo, inclusive, a lascar quando submetido a um alto aumento de temperatura. Aspecto relevante, principalmente porque são notórios os incêndios provocados pelos apenados durante rebeliões e fugas.

Ainda em relação à utilização do Glass Fibre Reinforced Cement – GRC, acrescenta a análise do TCE/RS que, quando submetido à exposição ao ambiente natural, ocorre uma considerável redução da sua resistência. Segundo o apurado, os estudos indicam que após a exposição ao meio ambiente, ocorre redução entre 33% (estudo) e 40% (bibliografia) (fl. 138). Ou seja, utilizando-se o menor índice de redução, a capacidade de resistência do concreto dos módulos da cela ficará em 53,60 MPa.

Por fim, no que tange à qualidade da construção, tem-se que **após cerca de 03 meses**, a Penitenciária Feminina de Guaíba (construído pela Verdi Construções S/A, utilizando o sistema SISCOPEN) **apresenta infiltrações através dos elementos de ligação entre as**

¹¹ AITCIN, Pierre-Claude. Concreto de Alto Desempenho, Pini, 2000.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MINISTÉRIO PÚBLICO
PROCURADORIA DE RECURSOS

paredes e a cobertura, fissura nas juntas entre os elementos que compõem as paredes dos módulos, sobre as portas e sobre as janelas, bem como infiltrações no forro das celas (fls. 136 e 136, verso). Tais aspectos também foram objeto de apontamento pelos Promotores que atuam na Promotoria de Justiça de Controle e de Execução Criminal de Porto Alegre – Grupo Execução Criminal em relatórios de inspeções realizadas naquela Penitenciária Feminina de Guaíba (fls. 314/361).

Estas deficiências também foram constatadas na Penitenciária de Criciúma no Estado de Santa Catarina, igualmente construída pela Verdi Construções S/A, utilizando o mesmo sistema, conforme relatado pelos peritos da Polícia Federal no Laudo 1336/2009 (fl. 185,v). Consta do laudo:

Durante a vistoria foram relatados pelos Peritos diversos problemas observados em menos de dois anos de ocupação. O principal deles é a ocorrência de fissuras e infiltrações no teto das celas e passarelas pré-fabricado [...] cerca de 60% da obra apresenta problemas associados à infiltrações e goteiras na cobertura.[...]

Devido à ocorrência de fissuração, as unidades foram totalmente pintadas por conta da VERDI utilizando-se tinta epóxi. [...] Ressalta-se, ainda, a antieconomicidade para o erário que comprou um produto totalmente confeccionado em concreto branco para que a pintura fosse eliminada, mas não usufruiu do benefício esperado.

Foram relatados também problemas nas cordas de acionamento das descargas dos vasos sanitários, que vêm se rompendo com o uso, bem como no mecanismo interno das caixas, que vêm apresentando problemas. Além disso, o sistema de fixação das portas já apresentou sinais de fraqueza, pois, durante um princípio de rebelião, um dos presos conseguiu arrancar uma das contenções (fl. 186)

A detecção dos problemas acima apontados derrui mais dois dos argumentos que lastreiam a opção da Administração. A um, a vantagem da maior segurança sobre os demais sistemas e construções; a dois, a vantagem do uso de cimento branco na confecção do concreto, que ofereceria acabamento com ausência de porosidade e a não necessidade de pintura. Como visto, mais uma vez, a superioridade afirmada não se observou na prática.”

Vê-se, pois, que a justificativa apresentada pelo Estado do Rio Grande do Sul – e acolhida pela Corte Estadual – é de caráter eminentemente subjetivo, valendo notar que a



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MINISTÉRIO PÚBLICO
PROCURADORIA DE RECURSOS

própria decisão combatida reconhece a existência de problemas em obras da empresa: “os defeitos construtivos verificados por ocasião da Inspeção Extraordinária do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, na Penitenciária Feminina de Guaíba, não têm o condão de desqualificar o sistema empregado pela empresa VERDI CONSTRUÇÕES S/A (...)”.

Cabe ao poder público, portanto, elaborar edital de licitação no qual constem especificações técnicas mínimas, a assegurar a qualidade da construção, e realize efetiva fiscalização da obra, cobrando da empresa contratada as providências para tanto, exigindo, inclusive, garantia da obra.

a.3. Menor Preço:

“Afirma o Estado do Rio Grande do Sul que a construção através do método SISCOPEN seria mais barata.

O aspecto apontado não é, entre todos, o mais relevante para a solução da questão. Isso porque, se o preço é o mais vantajoso para a administração, certamente esse o resultado do certame apontaria para a contratação da empresa Verdi Construções S/A.

Aliás, a eleição do valor mais vantajoso para uma obra somente pode ser feita mediante a comparação entre os valores lançados por cada prestador de serviços para a construção de um projeto específico. No caso em tela, somente uma comparação entre todas as empresas do ramo que possam construir a Penitenciária de Canoas, exatamente nos moldes do projeto para ela desenvolvido, poderia concluir qual é o menor preço. Já a forma que o ordenamento pátrio prevê para se chegar a esta conclusão é a licitação.”

a.4. Menor Prazo:

“Assim como o critério do menor preço é relativo, porque intimamente relacionado com o projeto a ser executado, o do menor prazo também o é.

Mesmo assim, apenas para que não fique sem enfrentamento o tema, pondera-se que o relatório do Tribunal de Contas encerra o comparativo entre três obras de penitenciárias do Estado.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MINISTÉRIO PÚBLICO
PROCURADORIA DE RECURSOS

No que concerne ao prazo para conclusão da obra, a empresa Verdi Construções S/A, com seu método construtivo SISCOPEN, fixou como tempo de execução da obra 06 meses. Prazo idêntico ao método construtivo pré-fabricado da empresa BrasilSat, diferenciando-se do método construtivo tradicional, cujo tempo de execução é de 12 meses (fl. 143 e 143 verso).

Vale lembrar que o processo administrativo para a contratação da empresa Verdi Construções S/A, com fundamento no artigo 25, I, da Lei Federal nº 8.666/93, tramita desde maio ou junho do corrente ano, ou seja, há cerca de 5 meses, sinalizando que a premência alegada pela Administração Pública como um dos motivos para a contratação da Verdi Construções S/A – que seria capaz de finalizar a construção em 06 meses – não parece ser fator tão relevante quanto alegado. Afinal, o Estado posterga a solução desta questão por período que, segundo seus argumentos, seria quase suficiente para finalizar a obra.

Ainda na mesma linha, durante o período apontado seria possível, pelo menos em tese, realizar um processo licitatório.”

Anota-se, ainda, que a carência do sistema prisional, a qual evidenciaria situação de urgência, decorre da própria omissão do ente estatal, que não pode ser invocada para dispensar licitação, nem mesmo para escolher empresa específica para executar a obra. O próprio acórdão hostilizado reconhece que não é a emergência o fundamento para afastar a licitação.

Aliás, para o caso, poderia ser consignado prazo no edital licitatório para conclusão da obra, de tal modo que somente as empresas que conseguissem, efetivamente, cumprir com tal requisito participariam do certame, tudo a atender ao interesse público.

b) Da inexigibilidade de licitação em razão da inviabilidade de competição:

Destacada a falácia do argumento fulcral do acórdão, fácil perceber que a concorrência para construção da casa prisional resta assegurada, em razão da existência de diversas empresas do setor construtivo que poderiam se candidatar à execução da obra no Município de Canoas, cada qual com seu método próprio.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MINISTÉRIO PÚBLICO
PROCURADORIA DE RECURSOS

O que se deve ter em mente, quando da contratação de empresa tendo por finalidade a construção de casa prisional, é o estabelecimento de requisitos mínimos de qualidade, tempo de execução da obra, tempo de garantia e suporte dado pelo fabricante, dentre outros mecanismos que poderiam muito bem ser alocados em edital de licitação, pouco importando se o método utilizado pelo vencedor seria o SISCOOPEN ou qualquer que seja a denominação dada, importando o resultado final a ser buscado, tudo norteado pelo interesse público.

Veja-se, quanto ao sistema empregado pela empresa Verdi, como asseverado na peça inaugural, que, *“já fora anteriormente abordado pela Procuradoria-Geral do Estado – PGE, conforme constou na Informação nº 035/12/PDPE, da lavra da Procuradora do Estado Andrea Trachttemberg Campos, oportunidade em que concluiu que a inviabilidade de competição não restara suficientemente demonstrada, referindo que ‘O Atestado 109/11, expedido pela Associação Comercial do Distrito Federal, afirma a exclusividade da sociedade VERDI CONSTRUÇÕES S.A. para a ‘fabricação e exploração comercial do Sistema de Construção Modular, denominado ‘SISCOOPEN’, aplicado em Penitenciárias (fl. 379). Entretanto, tal situação não demonstra a ausência de pluralidade de alternativas de contratação para a construção de estabelecimentos prisionais pela Administração Pública, seja com a utilização de pré-fabricados ou outros modelos construtivos. Desta forma, o procedimento não comprova que existe uma única solução e um único particular em condições de executar a prestação, o que configuraria inútil a licitação. A competição é inviável quando não existem alternativas diversas para serem entre si cotejadas. Tal situação deve ser averiguada pela Administração.’ (fls. 27/28).*

E a análise dos elementos coligidos evidencia que se mostrava acertado aquele posicionamento, tomando-se como insuficientes os argumentos nos quais busca amparo a Administração Pública para alijar o devido processo licitatório.

Sabido que a inviabilidade de competição apenas ocorre em casos em que a necessidade estatal apresenta peculiaridades e anomalias, pois quando o interesse estatal puder ser satisfeito por uma prestação padrão, desvestida de alguma peculiaridade, a competição será possível e haverá licitação.¹²

¹² JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 11.ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 275



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MINISTÉRIO PÚBLICO
PROCURADORIA DE RECURSOS

Segue aquele autor referindo que:

*Em todos os casos de inviabilidade de competição há um objeto singular. A singularidade consiste na impossibilidade de encontrar o objeto que satisfaz o interesse sob tutela estatal dentro de um gênero padronizado, com uma categoria homogênea. Objeto singular, por sua vez, se caracteriza quando é relevante para a Administração Pública a identidade específica do objeto, sendo impossível sua substituição por “equivalentes”.*¹³

Ou seja, a inviabilidade de competição é aquela derivada da ausência de alternativas para a Administração Pública.

E a existência de alternativas ou da possibilidade de satisfação da necessidade estatal por outros meios, qual seja sua substituição por ‘equivalentes’ é enfrentada nos relatórios e laudos periciais acostados, em especial aquele elaborado pelo Setor Técnico-Científico da Superintendência Regional da Polícia Federal em Santa Catarina (fls. 160/196), nos autos do Inquérito Policial nº 2009.72.00.008737-1/SC14.

Concluíram os peritos que ‘A empresa VERDI, em conjunto com universidades, criou um pacote que combina um projeto arquitetônico (que segundo servidor da Secretaria das Obras Públicas do RS, é uma adaptação de projetos executados no estado desde 1998) com celas pré-fabricadas que podem ser executadas por inúmeras empresas de engenharia (grifei), especificando para isso materiais relativamente nobres – CAD branco com fck 80 MPa e GRC branco com fck 100 MPa.’ (fl. 191, v).

Arrolam aqueles peritos em seu laudo (fls. 176/179), após pesquisa junto ao mercado¹⁵, empresas nacionais que adotam o processo de pré-fabricação de celas como:

¹³ *Idem, ibidem.*

¹⁴ O Inquérito Policial nº 2009.72.00.008737-1/SC foi instaurado para apurar a prática, em tese, do delito tipificado no artigo 90 da Lei nº 8.666/93 e no artigo 171 do Código Penal, uma vez que relatada suposta fraude envolvendo irregularidades em processo licitatório para construção de Penitenciárias nos Municípios de Criciúma e Itajaí, e possível superfaturamento na execução das obras custeadas de forma concorrente com verbas da União. O Inquérito foi arquivado, tendo o Ministério Público Federal entendido que, inobstante as irregularidades – como baixa qualidade da obra executada e eventual superfaturamento –, não restou suficientemente demonstrada a materialidade dos delitos de frustração do caráter competitivo do procedimento licitatório ou de obtenção de vantagem ilícita mediante o emprego de meio fraudulento, conforme se lê às fls. 275/278 e fls. 304/305.

¹⁵ A pesquisa foi realizada junto aos seguintes sites de empresas do ramo de Engenharia:

www.ctoconstrutora.com.br, http://www.skprojetos.com.br/smold_cpds.html,

<http://www.pavidobrasil.com.br/tecnologias.asp>, <http://www.tindallcorrections.com/>, e também pelo telefone nº (41) 2105-0511, da empresa BrailSat.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MINISTÉRIO PÚBLICO
PROCURADORIA DE RECURSOS

CTO – CONSTRUTORA TÉCNICA DE OBRAS CIVIS LTDA., situada em Astorga/PR. Esta empresa, inclusive, em resposta a e-mail encaminhado, refere que poderia fabricar as celas pré-moldadas com resistência 80 MPa, tendo apenas que orçar seu custo, sendo relevante mencionar que esta empresa também trabalha com o CAD;

SK PROJETOS E CONSTRUÇÕES PRÁTICA ESTRUTURAS & ESESP, consórcio tecnológico de empresas, o qual fabrica celas e já construiu mais de 45 presídios, sendo suas celas básicas em CAD de 40 MPa;

BRASILSAT, que vende unidades prisionais em concreto pré-moldado, empresa esta que já atua no Estado do Rio Grande do Sul, responsável pela construção da Penitenciária Modulada de Charqueadas (fl. 131, v); e

PAVI DO BRASIL, fabricante de banheiros pré-moldados em GRC, além de outras peças, tais como estações de rádio-base para celular e casas da CET na rodovia marginal no Estado de São Paulo, empresa que respondeu afirmativamente à possibilidade de construir celas como o material – GRC, bem como oferecer concretos com até 70 MPa.

Prosseguem aqueles expertos registrando que, 'paralelamente a isto estão sendo construídas, pelo país, diversas penitenciárias que utilizam celas pré-fabricadas de concreto armado' (fl. 192), acrescentando naquela análise que 'no que se refere à associação do CAD com o GRC, não há o que se falar em inovação para o processo investigado. Neste caso, observa-se que a única inovação do sistema SISCOOPEN seria utilizar, em celas, um sistema que já era conhecido para banheiros (fls. 180, 180,v) [...] os signatários esclarecem que o concreto, principal insumo utilizado na produção das celas, utiliza apenas componentes comerciais que são disponíveis ao público em geral. Todo concreto tem um traço (ou seja, uma receita) que define as proporções entre seus componentes. Existem numerosos traços possíveis para concretos com fck da ordem de 80 MPa. A empresa VERDI deve ter seus próprios métodos e receitas, mas qualquer empresa de engenharia pode desenvolver o produto CAD+GRC, branco ou cinza. Desta forma, os signatários entendem que não há que se falar em 'segredo industrial', já que tanto os materiais quanto as tecnologias necessárias para se chegar ao produto em questão são acessíveis às empresas de engenharia.' (fl. 181).

Em resposta ao quesito 'Existem alternativas quanto ao processo construtivo denominado SISCOOPEN que garantam a mesma durabilidade, resistência e praticidade quanto à construção de estabelecimentos prisionais?' afirmaram 'Sim. Com base em tudo o que foi extensamente discutido neste Laudo, os signatários entendem que existem alternativas ao SISCOOPEN'. (fl. 193,v).



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MINISTÉRIO PÚBLICO
PROCURADORIA DE RECURSOS

E como já referido, para configurar-se a hipótese do artigo 25, inciso I, da Lei n° 8.666/93, o próprio objeto deverá ser aquele que, com exclusão de qualquer outro, seja capaz de atender às necessidades da Administração. Havendo mais de um objeto a tanto apto, não se caracteriza a exclusividade, não sendo outra a interpretação dada pelo Plenário do Tribunal de Contas da União no julgamento do Acórdão 827/2007 (Processo n° TC-0001.584/2006-1):

Para se comprovar a inviabilidade de competição é necessária uma demonstração convincente de que não há outros fornecedores no mercado capazes de apresentar ofertas que atendam ao objeto da contratação. No caso em tela, tal objetivo não é alcançado com a apresentação do certificado de exclusividade do produto, pois este não exclui a existência de produtos distintos que atendam à mesma finalidade, nem com a mera informação de que foram analisados outros sistemas disponíveis no mercado.¹⁶

Por fim, oportuno aqui reproduzir as colocações trazidas no já referido laudo (fl. 191, v), de que 'A VERDI vem tentando estabelecer uma diferenciação de seu produto de modo a torná-lo único. Para tanto, submeteu as celas construídas pelo SISCOOPEN a diversos estudos e análises, conforme extensamente discutido no presente Laudo. Desses estudos e análises foram originadas recomendações de utilização e duas declarações de notória especialização da empresa, firmadas por professores universitários, com as quais parecem estar sendo instruídos processos de inexigibilidade de licitação em alguns estados brasileiros. Corre-se o risco de, com isso, estabelecer-se um monopólio, condição mercadológica de sabidos malefícios, como ensina Varian:

'A indústria competitiva opera num ponto onde o preço se iguala ao custo marginal. Já a indústria monopolizada opera num ponto onde o preço é maior que o custo marginal. Por esse motivo, o preço será em geral mais alto e a produção menor se a empresa se comportar de modo monopolístico em vez de competitivo. Por isso, os consumidores estarão tipicamente em situação pior em uma indústria organizada como monopólio do que em uma indústria organizada de maneira competitiva...'¹⁷

¹⁶ Cópia do Acórdão, em anexo, retirado da rede de mundial de computadores, do endereço: [https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight;jsessionid=3B024E4E836813F3AC2634AF4A8262C7?key=ACORDAO-LEGADO-63790&texto=2b2532384e554d41434f5244414f2533413832372b4f522b4e554d52454c4143414f2533413832372532392b414e442b2b2532384e554d414e4f41434f5244414f253341323030372b4f522b4e554d414e4f52454c4143414f25334132303037253239&sort=RELEVANCIA&ordem=DESC&bases=ACORDAO-LEGADO;DECISAO-LEGADO;RELACAO-LEGADO;ACORDAO-RELACAO-LEGADO;&highlight=\(fls. 200/204\)](https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight;jsessionid=3B024E4E836813F3AC2634AF4A8262C7?key=ACORDAO-LEGADO-63790&texto=2b2532384e554d41434f5244414f2533413832372b4f522b4e554d52454c4143414f2533413832372532392b414e442b2b2532384e554d414e4f41434f5244414f253341323030372b4f522b4e554d414e4f52454c4143414f25334132303037253239&sort=RELEVANCIA&ordem=DESC&bases=ACORDAO-LEGADO;DECISAO-LEGADO;RELACAO-LEGADO;ACORDAO-RELACAO-LEGADO;&highlight=(fls. 200/204))

¹⁷ VARIAN, H.R. *Macroeconomia*. Tradução da 6. ed. original. Rio de Janeiro: Campus, 2003. Retirado do Laudo n° 1336/2009 da Superintendência Regional da Polícia Federal em Santa Catarina (fls. 160/196 dos autos).



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MINISTÉRIO PÚBLICO
PROCURADORIA DE RECURSOS

Por tudo, percebe-se que a Corte Estadual, desconsiderando todos esses argumentos, de modo apressado já extraiu conclusão no sentido da regularidade da contratação, sem sequer refletir acerca da existência de diversas alternativas ao sistema SISCOPEM, o qual, assevera-se, pode ser desenvolvido e utilizado por qualquer empresa de engenharia, conforme conclusão dos *experts*, nos termos supra.

Impende ressaltar, outrossim, que a presente irresignação não se trata de reexaminar a prova dos autos, mas, sim, de emprestar-lhe reavaliação, tendo em vista que a Corte Estadual, como exaustivamente consignado, debruçou-se sobre a matéria sob equivocado enfoque, ignorando solenemente que o feito encontra-se em fase inicial, em que o juízo a ser empregado é de probabilidade, e não de certeza.

Não se trata, o presente caso, de aplicação da Súmula n. 07 do Superior Tribunal de Justiça (“*A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial*”), na medida em que se admite possa ser revalorada a prova, desde que tenha sido ela apreciada, mesmo que erroneamente, pelo Tribunal.

A propósito, o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

“PENAL. RECURSO ESPECIAL. ART. 12 DA LEI Nº 6.368/76. TIPO SUBJETIVO, REEXAME E REVALORAÇÃO DA PROVA. (...) IV – a reavaliação de prova especificamente admitida e delineada no v. acórdão reprochado, sendo, de per si, suficiente para amparar a pretensão recursal, não implica em mero reexame, vedado ex vi Súmula nº 07-STJ. O lapso da adequação típica, aí detectado, configura error iuris e não error facti.”¹⁸

Portanto, havendo elementos robustos os quais indicam a existência de notória irregularidade na contratação direta da empresa Verdi Construções S/A, tem-se por necessária a reforma do acórdão prolatado, pois violados os artigos 2º, 3º, caput; 25, inciso I; e 79, parágrafo 2º, todos da Lei n. 8.666/93:

O Superior Tribunal de Justiça, aliás, já decidiu que, em não havendo demonstração da natureza singular do serviço prestado, o procedimento licitatório é medida que se impõe:

¹⁸ REsp. 282728/GO, DJ DATA:16/12/2002 PG:00359, RSTJ VOL.:00169 PG:00499, Data da decisão 12/11/2002, Min. Felix Fischer



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MINISTÉRIO PÚBLICO
PROCURADORIA DE RECURSOS

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONTRADIÇÃO NÃO-CONFIGURADA. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA SEM LICITAÇÃO. SERVIÇOS TÉCNICOS DE AUDITORIA. REVISÃO DA ARRECADAÇÃO DO ICMS, PARA FINS DE APURAÇÃO DA QUOTA-PARTE DA REPARTIÇÃO TRIBUTÁRIA. INTELIGÊNCIA DO ART. 25, II, DA LEI 8.666/1993.

1. O vício da contradição pressupõe que os fundamentos e a conclusão do julgamento caminhem em sentidos opostos, o que não ocorreu nos autos.

2. O Tribunal de origem considerou justificada a contratação direta porque a empresa é bem conceituada, e o serviço de revisão da arrecadação do ICMS, para controle da quota-parte na repartição de receitas, demanda conhecimentos técnicos especializados.

3. Contudo, a inexigibilidade da licitação, nos termos do art. 25, II, da Lei 8.666/1993, pressupõe a presença concomitante dos seguintes requisitos: a) serviço técnico listado no art. 13; b) profissional (pessoa física) ou empresa de notória especialização; c) natureza singular do serviço a ser prestado.

4. Sem a demonstração da natureza singular do serviço prestado, o procedimento licitatório é obrigatório e deve ser instaurado, com o objetivo maior de a) permitir a concorrência entre as empresas e pessoas especializadas no mesmo ramo profissional e, b) garantir ampla transparência à contratação pública e, com isso, assegurar a possibilidade de controle pela sociedade e os sujeitos intermediários (Ministério Público, ONGs, etc.).

5. Recurso Especial parcialmente provido.

(REsp 942.412/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/10/2008, DJe 09/03/2009)

Por derradeiro, de se destacar que a não concessão da postulada medida antecipatória de tutela na fase em que o processo se encontra, ainda inicial – diante da existência de tantos elementos os quais tornam nebulosa a contratação direta levada a efeito pela administração pública – poderá importar grave prejuízo ao erário, vez que, se reconhecida ao final a ilicitude da contratação, na esteira do que dispõe o artigo 79, parágrafo 2º, da Lei n. 8.666/93¹⁹, deverá ser, o contratado, “ressarcido dos prejuízos regularmente comprovados que houver sofrido, tendo ainda direito a devolução de garantia; pagamentos devidos pela execução do contrato até a data da rescisão; pagamento do custo da desmobilização”.

¹⁹ Art. 79. A rescisão do contrato poderá ser (...) § 2º Quando a rescisão ocorrer com base nos incisos XII a XVII do artigo anterior, sem que haja culpa do contratado, será este ressarcido dos prejuízos regularmente comprovados que houver sofrido, tendo ainda direito a: I - devolução de garantia; II - pagamentos devidos pela execução do contrato até a data da rescisão; III - pagamento do custo da desmobilização.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MINISTÉRIO PÚBLICO
PROCURADORIA DE RECURSOS

Ademais, na eventualidade de vir a ser determinado o rompimento do contrato tardiamente, sem a determinação imediata de sua suspensão, tal como a cautela exige, os efeitos nefastos poderão ser observados não apenas no âmbito econômico-financeiro, mas também fático, tendo em vista que já poderá haver edificação parcialmente construída no local, à margem da lei, consistindo em entrave evidente para que empresa vencedora de futura licitação execute a obra.

Portanto, imperativa a reforma do acórdão hostilizado, a fim de que o procedimento levado a efeito seja readequado aos termos da legislação reguladora dos procedimentos licitatórios.

5. DO PEDIDO:

Pelo exposto, o **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL** propugna seja admitido o presente Recurso Especial e, ao final, seja integralmente provido nessa Superior Instância, reformando a decisão recorrida, ao efeito de restabelecer a decisão interlocutória proferida em primeiro grau.

Por fim, solicita-se que a intimação pessoal aos signatários, no presente feito, faça-se na **PROCURADORIA DE RECURSOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**, na Avenida Aureliano de Figueiredo Pinto, 80, 12º andar – Torre Norte, Bairro Praia de Belas - CEP:90050-190 – Porto Alegre – RS, Telefones: (51) 32952137, e-mail: recursos@mp.rs.gov.br (artigo 41, inciso IV, da Lei n.º 8.625, de 12 de fevereiro de 1993 – Lei Orgânica Nacional do Ministério Público).

Porto Alegre, 15 de agosto de 2013.

LISIANE DEL PINO,
Procuradora de Justiça.

ANA LUIZA MERCIO LARTIGAU,
Procuradora de Justiça,
Coordenadora da Procuradoria de Recursos.²⁰

FHK/RHAM

²⁰ Portaria n.º 1.503/2013, publicada no DEMP de 13/06/2013.