



**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
DO ESTADO DE SÃO PAULO
6ª Procuradoria de Contas**

TC-21773.989.19-9 e
outros
Fl. 1

Processos:	TC-21773.989.19-9 TC-21789.989.19-1 TC-21867.989.19-6 TC-21932.989.19-7 TC-21956.989.19-8
Representantes:	Soluções Serviços Terceirizados – Eireli Dayane de Oliveira Ferreira Felipe Estevam Ferreira José Jodacir de Sousa Júnior Instituto Humanitas360 Brasil
Representada:	Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo

Em exame representações trazidas por **Soluções Serviços Terceirizados – Eireli, Dayane de Oliveira Ferreira, Felipe Estevam Ferreira, José Jodacir de Sousa Júnior e Instituto Humanitas360 Brasil** em face do edital da Concorrência Pública nº 02/2019, promovida pela Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo, objetivando a “*execução de serviços de operacionalização de quatro Unidades Prisionais sob a forma de gestão compartilhada com o Estado*”.

Conforme sintetizado pela r. decisão que paralisou o certame (evento 17.1¹):

2. Insurgem-se SOLUÇÕES SERVIÇOS TERCEIRIZADOS - EIRELI, DAYANE DE OLIVEIRA FERREIRA, JOSÉ JODACIR DE SOUSA JÚNIOR e INSTITUTO HUMANITAS360 BRASIL contra a requisição, para fins de prova da capacidade técnica, de atestado que demonstre a experiência em gestão prisional compartilhada de Unidade Prisional de regime fechado ou semiaberto, por no mínimo um ano.

Sustentam que a referida exigência tem o condão de restringir a participação no certame, além de violar a Súmula nº 30 desta Casa, porquanto determina a prova em atividade idêntica ao objeto.

3. Já DAYANE DE OLIVEIRA FERREIRA critica também os seguintes aspectos do edital:

- a) Inexistência de prazo para a assinatura do contrato, que será fixado pela contratante no ato de convocação, em ofensa ao artigo 40, inciso II, da Lei nº 8.666/93;
- b) Previsão de multa pecuniária à contratada, no caso de ingresso ou tentativa de ingresso de entorpecentes na unidade penitenciária;
- c) Impugnação ao edital exclusivamente por protocolo físico;
- d) Ausência de requisição de alvará ou licença de funcionamento para o manuseio de gêneros alimentícios e preparo de refeições coletivas para a população

¹ Salvo indicação expressa, as movimentações referem-se aos autos principais – TC-21773.989.19-9.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
DO ESTADO DE SÃO PAULO
6ª Procuradoria de Contas

TC-21773.989.19-9 e outros
Fl. 2

carcerária, como condição de habilitação jurídica;

e) Exigência de regularidade fiscal genérica;

f) Possibilidade de participação de cooperativa, em afronta ao artigo 2º da Lei nº 12.690/12;

g) Retenção do pagamento no caso de inscrição da empresa como inadimplente no CADIN Estadual.

4. FELIPE ESTEVAM FERREIRA, por sua vez, questiona a inversão de fases de habilitação e julgamento da concorrência em tela, eis que, a seu ver, “(...) não se trata especificamente de uma modalidade de parceria público-privada, nos moldes regidos pela Lei de n.º 11.079/04”, hipótese em que tal alteração é permitida.

5. JOSÉ JODACIR DE SOUSA JÚNIOR, ao seu turno, reclama contra a aglutinação de serviços de naturezas distintas em cada um dos lotes, bem assim a impossibilidade de demonstração da respectiva capacidade técnica separadamente por área.

6. INSTITUTO HUMANITAS360 BRASIL objeta, ainda, os seguintes aspectos:

(i) Inexistência de audiência pública prévia em relação a todas as unidades prisionais objeto desse certame, em violação ao artigo 39 da Lei nº 8.666/93;

(ii) A imposição de experiência em atividade específica afronta à Súmula nº 15, porquanto pode configurar compromisso de terceiro alheio à disputa em razão do baixo número de licitantes que teriam condições de satisfazer à requisição;

(iii) Previsão de serem subcontratados serviços essenciais das unidades prisionais, constitucionalmente indelegáveis e sem a respectiva justificativa técnica, não tendo sido aplicada a Súmula nº 24 desta Casa;

(iv) Determinação de que a Fundação Professor Dr. Manoel Pedro Pimentel – Funap seja contratada pela vencedora do certame, ferindo igualmente o teor da Súmula nº 15;

(v) Ausência de previsão acerca do modo pelo qual se dará o atendimento jurídico das pessoas privadas de liberdade;

(vi) Modelo de execução por empreitada unitária, vez que ele “(...) traz implicitamente maior custo da administração para acompanhamento do serviço, favorece mudanças constantes de planilhas de execução, necessita de constantes aditivos com negociações constantes quando das mudanças nas execuções, não incentiva o cumprimento de prazos, pois o contrato recebe por tudo que fez, mesmo sendo atrasado.”;

(vii) Inadequação no edital dos custos por pessoa presa no Estado de São Paulo, pois diferem daqueles apresentados por outras fontes, o que denota não ter sido objeto de estudo prévio para a sua definição no termo de referência.

Registrrou, ainda, a concessão de tutela de urgência em ação civil pública nº 1052849-06.2019.8.26.0053, em trâmite perante a 13ª Vara da Fazenda Pública da Capital do Estado de São Paulo, na data de 11-10-19, a fim de suspender o andamento do certame até o julgamento do feito.

Devidamente notificado, o órgão licitante apresentou justificativas e documentação que julgou pertinentes em defesa da higidez do certame (evento 35).

Instada a se manifestar, a douta Assessoria Técnico-Jurídica concluiu pela procedência da representação apresentada por Soluções Serviços Terceirizados Eireli (TC-



21773.989.19-9), pela improcedência da oferecida por Felipe Estevam Ferreira (TC-21867.989.19-6) e pela procedência parcial das demais (evento 41).

A douta Procuradoria da Fazenda do Estado, em sua apreciação dos autos, opinou pela improcedência de todas as representações (evento 44).

Neste contexto, vêm os autos eletrônicos ao MPC para officiar como *custos legis*.

É o breve relatório.

Em resumo, as críticas recaem sobre os seguintes aspectos do edital: **a)** exigência de qualificação técnica em atividade específica; **b)** ausência de prazo para assinatura do contrato; **c)** possibilidade de aplicação de multa pecuniária excessiva; **d)** impugnação ao edital exclusivamente por meio físico; **e)** ausência de exigência de alvará/ licença de funcionamento para o manuseio de gêneros alimentícios perecíveis e preparo de refeições como condição de habilitação jurídica; **f)** regularidade fiscal genérica; **g)** possibilidade de participação de cooperativas; **h)** retenção de pagamento em caso de inscrição no CADIN; **i)** inversão das fases de habilitação e propostas da concorrência pública; **j)** aglutinação de serviços distintos em lote único; **k)** ausência de audiência pública; **l)** proibição de livre manifestação na sessão pública; **m)** contratação obrigatória da FUNAP pela vencedora; **n)** previsão de superlotação; **o)** inconstitucionalidade da delegação dos serviços que envolvem poder de polícia; **p)** ausência de previsão acerca do modo pelo qual se dará o atendimento jurídico das pessoas privadas de liberdade; **q)** modelo de execução por empreitada unitária; **r)** reunião de presos em condições distintas em mesma unidade; e, **s)** economicidade da contratação.

a) Impossibilidade da delegação de atividades enquadradas no poder de polícia

Assim com a d. ATJ, inicia-se a análise das impugnações abordando o questionamento que se relaciona à inconstitucionalidade e ilegalidade em sentido estrito da delegação de parte das atividades descritas no edital, as quais configurariam o exercício do poder de polícia estatal, indelegável à iniciativa privada.

Ainda que se cuide de instituto tratado à exaustão no âmbito do Direito Administrativo, a conceituação do poder de polícia no arcabouço legislativo pátrio encontra-se no Código Tributário Nacional que, em seu artigo 78, assim dispõe:

“Art. 78. Considera-se poder de polícia **atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público** concernente à segurança, à



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
DO ESTADO DE SÃO PAULO
6ª Procuradoria de Contas

TC-21773.989.19-9 e outros
Fl. 4

higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder.”

A partir daí, é possível inferir que os atos derivados do poder de polícia serão, genericamente, aqueles caracterizados por (i) emanarem da administração pública; (ii) limitarem ou disciplinarem direito, interesse ou liberdade, (iii) regularem a prática de ato ou abstenção; (iv) com fundamento no interesse público.

Especificamente no âmbito da execução penal, a menção ao poder de polícia fica por conta do artigo 83-B da Lei de Execuções Penais, com redação da Lei 13.190/15, que prevê:

“Art. 83-B. São indelegáveis as funções de direção, chefia e coordenação no âmbito do sistema penal, bem como todas as atividades que exijam o exercício do poder de polícia, e notadamente:

I - classificação de condenados;

II - aplicação de sanções disciplinares;

III - controle de rebeliões;

IV - transporte de presos para órgãos do Poder Judiciário, hospitais e outros locais externos aos estabelecimentos penais.” (g.n)

Portanto, verifica-se que a legislação retira da Administração a possibilidade de atribuir atividades vinculadas ao exercício do poder de polícia a particulares, consagrando expressamente no diploma normativo vedação de delegação já reconhecida em âmbito doutrinário e jurisprudencial.

Assim, a disciplina da Lei de Execuções Penais, por meio dos artigos 83-A² e 83-B, já delimitou quais serviços, dentro do contexto penitenciário, poderão ser executados de

² “Art. 83-A. Poderão ser objeto de execução indireta as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares desenvolvidas em estabelecimentos penais, e notadamente:

I - serviços de conservação, limpeza, informática, copeiragem, portaria, recepção, reprografia, telecomunicações, lavanderia e manutenção de prédios, instalações e equipamentos internos e externos;

II - serviços relacionados à execução de trabalho pelo preso.

§ 1º A execução indireta será realizada sob supervisão e fiscalização do poder público.

§ 2º Os serviços relacionados neste artigo poderão compreender o fornecimento de materiais, equipamentos, máquinas e profissionais.”



forma indireta e quais são indelegáveis. E no que tange aos indelegáveis, o citado artigo toma o devido cuidado de elencar, de forma complementar, tanto as funções de direção, chefia e coordenação e as hipóteses contidas nos incisos I a IV, como “**todas** as atividades que exijam *poder de polícia*” (g.n).

E no caso concreto, a despeito das consignações expressas contidas nos itens 1.3, 1.4 e 1.6³ e no item 7⁴, ambos do Anexo I, é certo que algumas disposições editalícias, se apreciadas em conjunto e em contexto, colocam em xeque a efetiva pretensão do Estado de manter sob sua égide a totalidade das atribuições envolvendo o poder de polícia. Veja-se.

Com relação às atividades de direção, chefia e coordenação (item 7.1.1, Anexo I) e aquelas que constam expressamente nos incisos do artigo 83-B da LEP, de fato o ato convocatório assegurou-se de mantê-las sob a execução privativa dos agentes públicos (atuação dos AEVP e da CIR – item 3.1.2 e 7.2.8; transporte e escolta – item 3.2; aplicação de sanções – item 7.2.1.9; e classificação dos presos – item 7.2.9.1, todos do Anexo I).

Algumas atividades que se caracterizam, contudo, pelo exercício de **autoridade** e que implicam limitações à liberdade e imposição de práticas ou abstenções, são atribuídas ao privado, como nos casos do controle interno (item 3.3, Anexo I) e da revista (item 3.5.9, Anexo I).

Ressalte-se, a propósito, que o exercício do poder de polícia *não se exaure nas ações de uso da força física* – atividades que, de fato, o edital reservou aos agentes públicos –, mas abrange todo tipo de limitação do exercício de direitos individuais imposta pelo Estado

³ “1.3. A responsabilidade da CONTRATADA ficará limitada exclusivamente à execução das funções técnico-materiais relativas à execução penal (atividades de execução material das penas), conforme estabelecido em contrato, do qual fará parte o presente Termo de Referência.

1.4 Todas as atividades de responsabilidade da CONTRATADA, descritas neste Termo de Referência, incluindo-se as atividades de controle interno e de revista, deverão ser executadas sem o emprego de qualquer meio de coerção física, força ou ameaça, restringindo-se exclusivamente, às situações nas quais o destinatário da atividade submeta-se voluntariamente à atuação da CONTRATADA.

1.6. A atividade típica de Estado relativa à promoção das medidas de segurança, controle de disciplina e medidas judiciais cabíveis, incluindo o poder de polícia, visando o cumprimento da pena, as medidas socioeducativas de reintegração do preso à sociedade, permanecem sob exclusiva competência do Estado.”

⁴ “7. [...] O Contratante exercerá atividade típica de Estado relativa à promoção das medidas de segurança, controle de disciplina e medidas judiciais cabíveis, incluindo o poder de polícia, visando ao cumprimento da pena e às medidas socioeducativas de reintegração do preso à sociedade [...]”



em benefício do interesse público⁵.

De todo modo, questiona-se: como desvincular a autoridade da coerção e do poder de polícia? Ou mesmo: como se referir às atividades do privado como de “*apoio à manutenção da ordem, o apoio à segurança e o apoio à disciplina*” (g.n. - item 3.3.5, Anexo I) se o edital não prevê a permanência de agentes penitenciários no interior da Unidade Prisional (vide item 3.1⁶, anexo I)?

A douta PFE, em sua manifestação (evento 44.1), afirma que “*a unidade penitenciária [...] manterá a presença cotidiana de agentes públicos, inclusive agentes penitenciários, acompanhando todas as atividades da contratada*”. No entanto, não se localizou no edital qualquer disposição que atestasse a presença de agentes penitenciários no interior das Unidades “*acompanhando as atividades*” do particular.

E diga-se, aliás, o exercício de atividade de apoio, na única acepção possível, qual seja, de “auxílio”, pressupõe, necessariamente, a prática da atividade de forma principal ou prioritária por outra pessoa, que, no caso, deveria ser o agente penitenciário, contudo, o próprio edital restringe a atuação deste à área externa dos presídios. Não há, portanto, como se vislumbrar tal prática como de apoio.

Outras disposições problemáticas e que também denunciam a pretensão da Administração de terceirizar as atividades inerentes ao poder de polícia são as dos itens 3.5.9.2 e 1.4 do Anexo I, em que, enquanto o primeiro deles delega ao agente privado “*solicitar ao preso que tire sua roupa, flexione os joelhos, com as pernas abertas, de frente e de costas para o funcionário observando, atentamente, se não porta qualquer objeto colado ou introduzido em seu corpo*”, o segundo prevê que tal prática somente poderá ser conduzida nas “*situações nas quais o destinatário da atividade submeta-se voluntariamente à atuação*

⁵ Nesse sentido, o conceito de poder polícia trazido pela professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro em seu “Direito Administrativo”, 30ª ed., 2017, p. 155.

3. DOS SERVIÇOS

3.1. Segurança Externa

- 3.1.1.** Será da competência do CONTRATANTE, por meio dos Agentes de Escolta e Vigilância Penitenciária (AEVP), a manutenção dos serviços de vigilância e segurança externa, consistente na ocupação das guaritas e muralhas da Unidade Prisional.
- 3.1.2.** Os AEVP's somente adentrarão na área interna da Unidade Prisional, como integrantes da Célula de Intervenção Rápida, cuja avaliação e autorização será deliberada pelo Diretor Geral da Unidade.



da Contratada”.

Ainda que o dispositivo se antecipe a potenciais questionamentos, deixando claro que a atividade só será conduzida pelo particular se presente a voluntariedade do custodiado, é inegável que há, nesta ação, o exercício do poder de polícia, sendo a resistência ou não do administrado indiferente para a caracterização do ato. A aquiescência do indivíduo ao ato praticado no exercício do poder de polícia não constitui elemento intrínseco da ação administrativa, sendo apenas determinante para que se avalie a necessidade do emprego de métodos de coerção para que se faça observar a imposição estatal.

Atentasse-se o edital às disposições do supracitado artigo 83-A da LEP, que, de forma acertada, restringiu a execução indireta relacionada aos presídios somente às atividades “*acessórias, instrumentais ou complementares*”, dentre as quais destacou os “*serviços de conservação, limpeza, informática, copeiragem, portaria, recepção, reprografia, telecomunicações, lavanderia e manutenção de prédios, instalações e equipamentos internos e externos*” e os “*serviços relacionadas à execução de trabalho pelo preso*”, não haveria espaço para questionamentos sobre a regularidade da contratação.

No entanto, a pretensão da representada de flexibilizar a determinação expressa constante no artigo 83-B da LEP, tentando ajustar os termos editalícios para que não se transpareça a delegação dos caracteres mais evidentes do poder de polícia (força física, coerção e violência), ao mesmo tempo em que ignora (ou reforça) a realidade prisional, a condição de vulnerabilidade dos presos e a dificuldade de fiscalização da conduta dos agentes privados e da própria execução contratual, invariavelmente confere à contratação ares de inconstitucionalidade.

Não bastasse isso, existem as questões relativas (i) à Regra 74⁷ das Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos, expressamente internalizada

⁷ “Regra 74

[...]”

3. Para a realização daqueles fins, os membros do pessoal devem desempenhar funções a tempo inteiro na qualidade de profissionais do sistema prisional, devem ter o estatuto de funcionários do Estado e ser-lhes garantida, por consequente, segurança no emprego dependente apenas de boa conduta, eficácia no trabalho e aptidão física. A remuneração deve ser suficiente para permitir recrutar e manter ao serviço homens e mulheres competentes; as regalias e as condições de emprego devem ser determinadas tendo em conta a natureza penosa do trabalho.”



pelo ordenamento jurídico estadual no artigo 143⁸ da Constituição Estadual e notadamente ignorada pela contratação pretendida; e (ii) à contratação de agentes privados para exercício de função privativa dos agentes públicos, sem a delegação de serviços públicos por meio de concessão, em mais uma ofensa ao artigo 37 da Constituição Federal, desta vez ao seu inciso II⁹.

Em conclusão, na visão deste Ministério Público de Contas são, portanto, procedentes as queixas relacionadas ao presente tópico apresentadas pelo Instituto Humanitas360 Brasil, assim como fica caracterizada a ofensa de parcela do objeto às disposições legais e constitucionais, o que demanda a determinação, à representada, de retificação do edital para supressão de todas as cláusulas que transfiram o poder de polícia, em toda e qualquer extensão e manifestação, ao privado.

b) Qualificação técnica específica e restritiva

As exigências relativas à qualificação técnica são objeto de insurgência por parte de quatro dos cinco representantes, que veem nas disposições contidas no item 5.1.4 um caráter notadamente restritivo à participação de empresas interessadas e potencialmente aptas, mas que não tenham atuado especificamente no contexto específico em que se insere a contratação.

O mencionado item 5.1.4 assim dispõe:

“5.1.4. Qualificação técnica

a) A proponente deverá apresentar atestado(s) de bom desempenho anterior em contrato da mesma natureza, de gestão prisional compartilhada, para cumprimento das obrigações previstas na Lei de Execuções Penal, de complexidade tecnológica e operacional igual ou superior, fornecido(s) por pessoa(s) jurídica(s) de direito público ou privado, que especifique(m) em seu objeto necessariamente os tipos de serviços realizados, com indicações das quantidades, prazo contratual, datas de início e término, e local da prestação dos serviços;

a.1) dada a natureza da prestação de serviços a licitante deverá comprovar experiência na gestão compartilhada de Unidade Prisional de regime fechado ou semiaberto, por no mínimo 01 ano.

⁸ **Artigo 143** - A legislação penitenciária estadual assegurará o respeito às regras mínimas da Organização das Nações Unidas para o tratamento de reclusos, a defesa técnica nas infrações disciplinares e definirá a composição e competência do Conselho Estadual de Política Penitenciária.

⁹ Art. 37. II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;



**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
DO ESTADO DE SÃO PAULO
6ª Procuradoria de Contas**

TC-21773.989.19-9 e outros Fl. 9
--

a.2) Não serão aceitos atestados de prestação de serviços em Centrais de Penas e Medidas Alternativas e/ou Casas de Albergado.

a.3) Entenda-se por gestão prisional compartilhada o formato em que o Estado permanece responsável pelas atividades jurisdicionais e administrativo-judiciárias, e o parceiro privado responsabiliza-se pela gestão administrativa interna das unidades prisionais, **incluindo monitoramento interno**.” (g.n)

Observa-se que, nos termos atuais do edital, para que a empresa seja considerada apta à prestação, a mesma deverá, obrigatoriamente, ter prestado serviço de (i) gestão prisional, (ii) de complexidade operacional igual ou superior, (iii) por no mínimo 1 (ano), (iv) em unidade de regime fechado ou semiaberto, (v) inclusive na atividade específica de monitoramento interno.

Em que pese ao caráter evidentemente específico das exigências, fato reconhecido pela própria Administração, a representada se defende alegando que a exigência “*é perfeitamente justificável por razões de interesse público*”, que “*não há qualquer outro serviço que com ele se assemelhe*”, o que, ainda assim e a seu ver, em nada interferiria na conformidade da disposição com o artigo 30, II, da Lei 8.666/93 (evento 35.1, fls. 09/10).

Em sentido similar caminhou a manifestação da douta PFE que, igualmente reconhecendo a especificidade das exigências, trouxe em seu socorro precedentes deste c. Corte em que exigências específicas para fins de qualificação técnica foram tidas como justificáveis (TCs-28565/026/09 e 36750/026/05).

Ora, se o caráter específico e restritivo das exigências em discussão é fato incontestado e reconhecido por todas as partes, resta saber se a restritividade imposta é admissível. E não parece ser o caso dos autos.

De início, afastam-se os precedentes trazidos pela douta PFE por não se amoldarem ao caso. Ainda que ambos se prestem a sustentar a exigência de qualificação técnica específica com base em objetos singulares, é incontestado que, na conjuntura de tais contratações (que envolveram a fabricação de transformador – TC-28565/026/09 – e o fornecimento de painel publicitário – TC-36750/026/05), o universo de empresas com experiência no mercado garantia que não se caracterizasse a restrição indevida à competitividade do certame.

E mais; é inegável que a experiência específica em tais ramos possa ser obtida – e normalmente o é – em ambiente privado, de mercado, de modo que a inserção da exigência restritiva nos editais públicos não obsta a possibilidade de incremento do número de

CÓPIA DE DOCUMENTO ASSINADO DIGITALMENTE POR: JOAO PAULO GIORIANO FONTES. Sistema e-TCESP. Para obter informações sobre assinatura e/ou ver o arquivo original acesse <http://e-processo.tce.sp.gov.br> - link: Validar documento digital e informe o código do documento: 2-3ZWR-CP80-6FTF-6Q7A



competidores privados, os quais podem obter a experiência necessária atuando habitualmente no mercado interno, sob as regras da concorrência e livre iniciativa.

O caso dos autos, por outro lado, se insere em um contexto de atividade cuja participação da iniciativa privada é recém “inaugurada” e, ainda assim, só se dá mediante a atuação do Estado, que manifesta sua vontade de compartilhar a execução de atividade cuja titularidade lhe é exclusiva. Com isso todas as prestações da mesma espécie ainda são pontuais e esparsas, sem a existência de um segmento maduro de mercado direcionado especificamente para este fim, havendo sempre, como dito, a necessidade de impulso estatal para desenvolvimento do ramo.

Como, aliás, pontuou a douta ATJ-Chefia, até 2008 “*era possível contabilizar 16 (dezesseis) estabelecimentos penais operados em cogestão estatal e privada*”, não sendo possível afirmar, inclusive, “*que os dezesseis estabelecimentos mencionados são operados por empresas distintas*” (evento 41.1, fls. 17).

Tal panorama permite inferir que, se mantida a cláusula questionada, invariavelmente haverá um fechamento do mercado, restrito às poucas empresas que já tenham contratado com o Poder Público esta atividade específica. As consequências derivadas, ao menos por ora, certamente extravasariam a “mera” ofensa aos artigos 3º, §1º, I, e 30, II, da Lei 8.666/93 no caso concreto, e poderiam vir a consolidar um “mercado” de atestados, em que tais comprovações de experiência prévia adquiririam conteúdo econômico na formação dos consórcios, para não falar dos cartéis.

Não se deve desconsiderar, aliás, que, em se ampliando o presente modelo, será uma questão de poucos anos até o universo de competidores aptos a demonstrarem qualificação técnica específica passe dos atuais 3 (três) nominalmente citados nos autos¹⁰ para um número razoável e suficiente a garantir a competitividade do certame.

Pondera-se, ademais, que uma vez retirado do objeto as atividades indelegáveis associadas ao exercício do poder de polícia, o restante dos serviços a cargo do futuro contratado não difere de serviços de gestão operacional de grandes empreendimentos. Apenas

¹⁰ Umanizarre Gestão Prisional Ltda, Reviver Administração Prisional Privada Ltda, e Montesinos Sistema de Administração Prisional Ltda., segundo a representante Dayana de Oliveira Ferreira (TC-21789.989.19-1), sendo pertinente ressaltar que, a despeito de outros números terem sido mencionados nos autos, inclusive pela Procuradoria-Geral do Estado ao tratar do tópico referente às cooperativas, não foram trazidos os nomes das empresas ou qualquer outra comprovação.



a título exemplificativo, mencionam-se as diversas licitações que passam por esta c. Corte para a contratação de entidades para gestão hospitalar e de unidades de saúde, casos em que, como aqui, a contratada será responsável por gerir a unidade como um todo, incluindo serviços administrativos, de alimentação, limpeza, manutenção predial, recursos humanos, monitoramento por meio de câmeras de vigilância, entre outros.

Por certo que existem particularidades no caso relacionadas à restrição da circulação de bens e pessoas e às rotinas de segurança que não se verificam nos exemplos citados, mas se hoje tais atribuições já ficam sob a égide dos diretores das Unidades Prisionais, não se vislumbram impeditivos para que as mesmas permaneçam sendo definidas pelos mesmos com orientações e instruções de observância obrigatória da futura contratada. Até porque, experiência, adquire-se, e a contratação de empresa com experiência prévia específica, além de não garantir a infalibilidade da prestação¹¹, não eximirá a responsabilidade do gestor público em casos de falhas de segurança.

Não bastasse todo o exposto, a pressuposta pretensão de que a empresa tenha experiência prévia no “tratamento” com os reclusos (como interações diretas e controle da ordem e da disciplina), além de não fazer sentido diante da imposição ao futuro contratado do treinamento dos agentes privados de acordo com o “*Programa Mínimo de Formações Profissional*” constante no Anexo “b” do edital, é mais um exemplo da inusitada delegação ao particular de atividades privativas da Administração e do servidor público (no caso, os agentes penitenciários de carreira).

Nessa toada, e em consonância com o quanto exposto no tópico precedente, entende-se não apenas que o caso concreto não justifica a exigência da qualificação técnica ora posta, em evidente afronta aos artigos 3º, §1º, I e 30, II, da Lei 8.66/93, à Orientação Interpretativa nº 01.21¹² deste MPC e à Súmula 30 desta c. Corte, como que esta deverá ser ampliada para abranger todas as empresas que demonstrem aptidão em serviços de gestão que

¹¹ Vide, neste sentido, o recente massacre ocorrido no Complexo Penitenciário Anísio Jobim (Compaj) em Manaus, então e até hoje, administrado em regime de gestão compartilhada com a iniciativa privada – para não dizer, possivelmente, por empresas do mesmo grupo (<https://bncamazonas.com.br/poder/sidney-leite-umanizzare-gestao-presidios/>)

¹² OI-MPC/SP nº 01.21: *Ao estabelecer as exigências para fins de comprovação de capacidade técnico-operacional, o ato convocatório deve contemplar a possibilidade de apresentação de atestados de execução de serviços similares, conforme determina o § 3º do art. 30, da Lei Federal 8.666/93.*



contemplem o conjunto de atividades indicadas no artigo 83-A da LEP – atividades, esta sim, delegáveis, administrativas, e amplamente oferecidas pelo mercado.

No mais, e apenas na hipótese eventual de autorização de manutenção da exigência atacada, entende-se que **(i)** deverão ser suprimidas da alínea “a” **(ia)** a expressão “*de complexidade tecnológica e operacional igual ou superior*”, já que tem o potencial de excluir empresas com a experiência específica, mas em unidades prisionais menores do que as ora licitadas (se já se admite que a experiência exigida é extremamente restritiva, não há razões para que se limite a participação daqueles que já tenham atuado na administração de presídios menos complexos do ponto de vista tecnológico ou operacional); **(ib)** a menção à atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito **privado**, já que o único contratante possível para o presente objeto é o próprio Poder Público; bem como que **(ii)** deverá haver a necessária observância dos quantitativos estabelecidos na Súmula 24 deste e. Tribunal, individualizada por lote, sem prejuízos da possibilidade de sequer ser exigida demonstração de quantitativo mínimo.

c) Ausência de fixação de prazo para assinatura do contrato

Ainda que a Administração alegue que o item 10.1¹³ do edital se encontra de acordo com o art. 36¹⁴ da Lei 6.544/89, que regulamenta os procedimentos licitatórios no

¹³ “10. CONTRATAÇÃO

10.1. **Celebração do contrato.** Após a homologação, a adjudicatária será convocada para assinar o termo de contrato, cuja minuta constitui o **Anexo V** deste Edital.

10.1.1. O prazo de comparecimento para a assinatura do termo de contrato será fixado pela Unidade Contratante no ato de convocação e poderá ser prorrogado mediante solicitação justificada pela adjudicatária e aceita pela Unidade Contratante.

10.1.2. Alternativamente, a critério da Unidade Contratante, o termo de contrato poderá ser encaminhado para assinatura da adjudicatária mediante correspondência, com aviso de recebimento, ou meio eletrônico, com confirmação de leitura. O termo de contrato deverá ser assinado e devolvido no prazo fixado pela Unidade Contratante, a contar da data de seu recebimento.”

¹⁴ **Artigo 36** - O edital conterá, no preâmbulo, o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada, a finalidade da licitação, a menção de que será regida por esta lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará o seguinte:

I - objeto e tipo da licitação, em descrição sucinta e clara;

II - prazo e condições de execução e de entrega do objeto da licitação;

III - prestação de garantia, quando exigida, e sanções para o caso de inadimplemento;

IV - condições de pagamento, e, quando for o caso, de reajustamento de preços;

V - condições de recebimento do objeto da licitação;

VI - condições para participação na licitação e forma de apresentação das propostas;



âmbito estadual, deve-se observar que o instrumento convocatório prevê que o certame será regido “pela Lei Federal nº 8.666/1993, pela Lei Estadual nº 6.544/1989, com as alterações da Lei Estadual nº 13.121/2008, pelo Decreto Estadual nº 56.565/2010 e pelas demais normas legais e regulamentares aplicáveis à espécie”.

Assim, na ausência de norma específica determinando que “o prazo para a assinatura do termo de contrato seja fixado pela Unidade Contratante no ato de convocação”, aplica-se, subsidiariamente, as disposições da Lei de Licitações.

Tem-se, pois, a procedência da crítica da representante Dayane De Oliveira Ferreira quanto à ausência de fixação de prazo para assinatura do contrato, impondo-se a revisão do edital a fim de dar atendimento ao disposto no art. 40, inc. II da Lei de Licitações.

d) Multa excessiva pela entrada de entorpecentes

A representante Dayane se volta contra a imposição de multa pecuniária de 200 a 100.000 UFESP's em caso de entrada de entorpecentes na unidade prisional (art. 2º, § 2º, II¹⁵ da Resolução SAP 131/2019 e Cláusula 14 do Anexo V – Minuta Contratual), por defender que “o controle e repressão ao tráfico de drogas é matéria de segurança pública indelegável do Estado”.

Em que pese a repressão do tráfico de drogas ser, de fato, competência do Estado, no caso, o dispositivo estabelece multa para as condutas de “permitir, promover, facilitar ou de qualquer modo contribuir, culposa ou dolosamente, por atuação da contratada ou de seus funcionários, para o ingresso ou tentativa de ingresso de entorpecentes e/ou de objetos ou

VII - critério para julgamento, assegurado, em igualdade de condições, tratamento preferencial às empresas brasileiras de capital nacional, nos termos do Artigo 123 da Constituição do Estado;(NR)

Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1989/compilacao-lei-6544-22.11.1989.html>

¹⁵ Artigo 2º - O descumprimento das obrigações previstas no edital, no contrato e na legislação aplicável, por atuação da contratada ou de seus funcionários, ensejará a aplicação de multa na seguinte conformidade:

[...]

Parágrafo Segundo – As seguintes infrações, comissivas ou omissivas, em razão de sua especial gravidade, ensejarão a incidência de multa fixada entre o mínimo de 200 UFESP's e o máximo de 100.000 UFESP's, observados os critérios dos incisos do parágrafo primeiro:

[...]

II – permitir, promover, facilitar ou de qualquer modo contribuir, culposa ou dolosamente, por atuação da contratada ou de seus funcionários, para o ingresso ou tentativa de ingresso de entorpecentes e/ou de objetos ou substâncias proibidos.



substâncias proibidos” (g.n). E, considerando ser a contratada responsável pela revista de ingresso de funcionários, familiares e prestadores de serviços, cabe a ela coibir a entrega de produtos ou objetos ilícitos nas unidades sob sua responsabilidade.

A multa deriva, portanto, de descumprimento contratual e se aplica tão somente às hipóteses em que haja atuação ou omissão, culposa ou dolosa, da Contratada, garantido o exercício do contraditório e da ampla defesa.

Assim, ainda que sob a ótica da representante e do excerto jornalístico por ela trazido, a imposição de multa nestes montantes possa ser “desestimulante” à competição, cabe ao Estado buscar meios que coíbam e desestimulem a prática ilegal, de modo que a aplicação de multa na hipótese de entrada ou tentativa de entrada de entorpecentes nas unidades prisionais mostra-se adequada e serve, inclusive, de medida pedagógica em incentivo à correta execução dos serviços. Pela improcedência da insurgência.

e) Impugnação ao edital

A imposição de protocolo dos pedidos de impugnação sobre o edital exclusivamente na forma presencial (item 15.1¹⁶ do edital) esbarra no dever da Administração Pública de instituir sítio oficial na *internet*, que permita aos interessados a comunicação por via eletrônica ou telefônica, nos termos do art. 8º, §§2º e 3º, VII, da Lei Federal nº 12.527/11.

Em sentido similar são, inclusive, os precedentes trazidos pela douta ATJ-Chefia em seu parecer (evento 41), e que muito bem elucidam o posicionamento da jurisprudência deste e. Tribunal sobre o tema.

Cabe pontuar, ademais, que não há como acolher a tese da defesa no sentido de que o item 16.5 do edital possibilita a apresentação de pedidos de esclarecimentos por meio eletrônico, uma vez que o dispositivo expressamente exige o “*protocolo na sede da Secretaria*”:

16.5. Os esclarecimentos relativos a esta licitação, deverão ser solicitados no e-mail institucional sap@sap.sp.gov.br, mediante protocolo na Sede da Secretaria, localizada na Av. General Ataliba Leonel, 556, Santana, São Paulo/SP; e, serão respondidos mediante publicação no Diário Oficial do Estado. (grifo e destaque nosso).

¹⁶ 15.1. **Prazo.** Qualquer pessoa poderá impugnar os termos deste Edital, devendo protocolar a petição no endereço indicado no preâmbulo em até cinco dias úteis antes da data fixada para a sessão pública de entrega dos envelopes e das declarações complementares. As impugnações não suspendem os prazos previstos no Edital.



f) Qualificação jurídica: alvará / licença para preparo de refeições

Nas contratações em que a prestação de serviços de preparo de alimentação/refeição se dará nas instalações da contratante, a exigência de alvará ou licença de funcionamento deve ser incluída no edital como condição de contratação e não habilitação.

Assim, considerando que o item 13.1 do edital prevê expressamente a possibilidade de subcontratação dos serviços de nutrição e alimentação, tem-se a crítica como parcialmente procedente para fins de que, na revisão do edital, a Administração transfira a exigência de alvará ou licença de funcionamento da cozinha onde serão preparadas as refeições objeto da prestação de serviços, expedido pela autoridade sanitária competente, em nome do licitante ou subcontratada, conforme o caso, para as condições para assinatura do contrato.

g) Regularidade fiscal genérica

Quanto à exigência de regularidade fiscal, em que pese o posicionamento dominante nesta c. Corte, esta Procuradoria de Contas entende que a redação constante no item 5.1.2, alíneas “f” e “g” não destoam da disciplina traçada no art. 29, III, da Lei 8.666/93. Outrossim, como ponderado pela douta PFE (evento 44, fls. 10), *“os serviços em questão têm natureza mista, havendo parcelas de atividades subsumíveis à tributação estadual, por compreender, por exemplo, a circulação de bens e mercadorias”*.

Nestes termos, opina-se pela improcedência do reclamo.

h) Participação de Cooperativas

Acerca da possibilidade de participação das cooperativas (item 5.1.1, “f”), em que pese à intenção da representada de ampliar o acesso ao certame, o que se depreende da análise dos serviços licitados é que o caso concreto se insere nas exceções em que a exclusão desse tipo de sociedade da competição é tida como legítima, tanto pela jurisprudência deste e. Tribunal como pela própria normativa estadual.

Nesse sentido é a inteligência do artigo 1º, §1º, do Decreto Estadual 57.159/11, que prevê que a participação das cooperativas nas licitações promovidas pelo Estado de São Paulo **não** será permitida nos casos em que *“a execução do objeto envolva a prestação de trabalho não eventual por pessoas físicas, com relação de subordinação ou dependência, em face da contratante”*, bem como a jurisprudência predominante dos Tribunais Superiores e desta c.



Corte, conforme demonstram os diversos julgados trazidos pela douta ATJ-Chefia em seu parecer (evento 41, fls. 27 e ss).

Assim, tendo em vista que o objeto licitado envolve a prestação (terceirizada/subcontratada) de serviços como alimentação, limpeza, hotelaria, e outros habitualmente prestados por pessoas físicas em caráter não eventual no estabelecimento da contratante, o que, a todos os indícios, possibilitará a caracterização de relações de subordinação entre os prestadores e a Administração, o posicionamento deste MPC é pela procedência da queixa.

i) Retenção de pagamento em caso de inscrição no CADIN

No que tange à insurgência contra os itens 10.3 do Edital e Cláusula Décima do Anexo V¹⁷, que preveem a impossibilidade de celebração do contrato e realização de pagamentos em caso de existência de registros em nome da licitante/contratada no CADIN, não se observa irregularidades.

O edital, neste quesito, limitou-se a seguir as orientações previstas na Lei nº 12.799/2008, não abrindo margem para censura:

“Artigo 6º - É obrigatória consulta prévia ao CADIN ESTADUAL, pelos órgãos e entidades da Administração direta e indireta, para:

I - celebração de convênios, acordos, ajustes ou contratos que envolvam o desembolso, a qualquer título, de recursos financeiros;

II - repasses de valores de convênios ou pagamentos referentes a contratos;

[...]

§ 1º - A existência de registro no CADIN ESTADUAL constituirá impedimento à realização dos atos a que se referem os incisos I a IV deste artigo.

¹⁷ 10.3. **CADIN ESTADUAL.** Constitui condição para a celebração do contrato, bem como para a realização dos pagamentos dele decorrentes, a inexistência de registros em nome da adjudicatária no “Cadastro Informativo dos Créditos não Quitados de Órgãos e Entidades Estaduais – CADIN ESTADUAL”. Esta condição será considerada cumprida se a devedora comprovar que os respectivos registros se encontram suspensos, nos termos do artigo 8º, §§ 1º e 2º. da Lei Estadual nº 12.799/2008.

ANEXO V - MINUTA DE TERMO DE CONTRATO

CLÁUSULA DÉCIMA – DOS PAGAMENTOS

[...] PARÁGRAFO TERCEIRO

Constitui condição para a realização dos pagamentos a inexistência de registros em nome da CONTRATADA no “Cadastro Informativo dos Créditos não Quitados de Órgãos e Entidades Estaduais– CADIN ESTADUAL”, o qual deverá ser consultado por ocasião da realização de cada pagamento. O cumprimento desta condição poderá se dar pela comprovação, pela CONTRATADA, de que os registros estão suspensos, nos termos do artigo 8º da Lei Estadual nº 12.799/2008.



[...]

Artigo 8º - O registro do devedor no CADIN ESTADUAL ficará suspenso na hipótese de suspensão da exigibilidade da pendência objeto do registro, nos termos da lei.

§ 1º - A suspensão do registro não acarreta a exclusão do CADIN ESTADUAL.

§ 2º - Enquanto perdurar a suspensão, não se aplica o impedimento previsto no § 1º do artigo 6º desta lei.” (g.n.)

Nesse contexto, a exigência trazida acaba, inclusive, por evitar a contraproducente habilitação de licitantes que, posteriormente, serão impedidos de contratar ou receber pagamentos em razão da existência de débitos tributários registrados no CADIN Estadual.

Ademais, e como bem ponderou a douta ATJ-Chefia (evento 41, fls. 35 e ss.), a despeito de pontuais posicionamentos contrários proclamados pelo TS/SP e pelo STJ, a norma estadual que sustenta tal exigência permanece válida e operante, com o que a sua observância pelo Administrador é de caráter obrigatório.

i) Inversão de fases da concorrência pública

Improcedente também a insurgência do representante Felipe Estevam Ferreira contra a inversão de fases da concorrência, vez que amparada na Lei 6.544/1989, com as alterações da Lei 13.121/2008¹⁸, que regulamenta “o estatuto jurídico das licitações e contratos pertinentes a obras, serviços, compras, alienações, concessões e locações no âmbito da Administração Centralizada e Autárquica” no Estado de São Paulo, conforme se verifica abaixo:

Artigo 1º - O artigo 40 da Lei nº 6.544, de 22 de novembro de 1989, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Artigo 40 - A licitação poderá ser processada e julgada observadas as seguintes etapas consecutivas:

“I - realização de sessão pública em dia, hora e local designados para recebimento dos envelopes contendo as propostas e os documentos relativos à habilitação, bem como da declaração dando ciência de que o licitante cumpre plenamente os requisitos de habilitação;

“II - abertura dos envelopes contendo as propostas dos concorrentes;

“III - verificação da conformidade e compatibilidade de cada proposta com os requisitos e as especificações do edital ou convite e, conforme o caso, com os preços correntes no mercado ou os fixados pela Administração ou pelo órgão oficial competente ou, ainda, com os preços constantes do sistema de registro de preços, quando houver, promovendo-se a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis;

“IV - julgamento e classificação das propostas, de acordo com os critérios de

¹⁸ Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2008/lei-13121-07.07.2008.html>



**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
DO ESTADO DE SÃO PAULO
6ª Procuradoria de Contas**

TC-21773.989.19-9 e outros Fl. 18

avaliação do ato convocatório;

“V - devolução dos envelopes fechados aos concorrentes desclassificados, com a respectiva documentação de habilitação, desde que não tenha havido recurso ou após a sua denegação;

“VI - abertura dos envelopes e apreciação da documentação relativa à habilitação dos concorrentes cujas propostas tenham sido classificadas até os 3 (três) primeiros lugares;

“VII - deliberação da Comissão de Licitação sobre a habilitação dos 3 (três) primeiros classificados;

“VIII - se for o caso, abertura dos envelopes e apreciação da documentação relativa à habilitação de tantos concorrentes classificados quantos forem os inabilitados no julgamento previsto no inciso VII deste artigo;

“IX - deliberação final da autoridade competente quanto à homologação do procedimento licitatório e adjudicação do objeto da licitação ao licitante vencedor, no prazo de 10 (dez) dias úteis após o julgamento. [...]”

Vale destacar, contudo, que a possibilidade – e constitucionalidade – de entes federativos editarem normas próprias ampliando as hipóteses de uso da inversão de fases, à revelia das normas gerais, encontra-se pendente de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal nos autos do RE 1.188.352/DF, no qual já foi reconhecida a repercussão geral da matéria.

j) Aglutinação de serviços distintos em lote único

O Representante José Jodacir de Sousa Júnior questiona a reunião dos serviços de *“segurança, alimentação, assistência médica, fornecimentos de materiais e insumos e manutenções diversas em um único lote”*, reclamando fossem licitados separadamente, conforme as especificidades de cada ramo de serviço.

E é fato que o artigo 23 da Lei 8.666/93, em seu § 1º, determina que os serviços devam ser divididos em tantas parcelas quantas se comprovem técnica e economicamente viáveis. Ocorre, contudo, que diante das particularidades do caso concreto, e do próprio desenho conferido ao objeto, tal segregação se mostra inviável ou até mesmo desaconselhável.

A pretensão precípua da Administração é justamente a delegação, para o particular, da gestão dos serviços relacionados à rotina administrativa das Unidades Prisionais – dentre as quais se tem alimentação, assistência médica, fornecimento de materiais, manutenção predial, entre outros. Se se segregassem os serviços integrantes da gestão e se procedesse à contratação de diversas empresas, o escopo principal do objeto seria esvaziado e a gestão de todos esses contratos permaneceria sob a administração direta da representada – com a manutenção do *“modelo de gestão exclusivamente estatal”*, como apontou a douta



ATJ-Chefia (evento 41, fls. 44).

Nesse sentido, em vista da configuração dada ao objeto, mas sem prejuízo às considerações tecidas anteriormente acerca da impossibilidade de delegação e contratação de parcela dos serviços, opina-se pela improcedência da crítica.

k) Ausência de audiência pública

O representante Instituto Humanitas360 Brasil questiona a falta de audiência para a Unidade de “Registro”, vez que da convocação para a audiência pública constava a Unidade de “Álvaro de Carvalho”.

Apesar de assistir razão à representante quanto à alteração promovida nas Unidades Prisionais submetidas à consulta pública, também assiste razão à representada no que tange à atualização do valor fixado no artigo 23, I, da Lei 8.666/93 (agora de R\$ 3.300.000,00) e que serve de parâmetro para a obrigatoriedade prevista pelo artigo 39 da mesma lei.

Assim sendo, considerando que a obrigatoriedade em discussão se aplica, tão somente, às contratações com valores estimados superiores a 100 (cem) vezes o limite previsto no citado artigo 23, I, da Lei de Licitações, e que, no caso, o valor estimado encontra-se em patamar inferior à estipulação legal (R\$ 205.472.682,00 – item 1.3 do edital), não há o que se falar em irregularidade decorre da ausência de audiência pública para a Unidade de “Registro”.

l) Proibição de livre manifestação em sessão pública por interessados não credenciados

Neste tocante, não vislumbramos qualquer prejuízo à competição ou ao acesso à informação decorrente da previsão do item 6.2¹⁹ do edital, uma vez que o dispositivo possibilita que a sessão pública seja assistida por qualquer interessado, restringindo, tão somente, as manifestações aos representantes credenciados. Tal medida é justificável e buscar garantir o bom andamento dos trabalhos. Pela improcedência da insurgência.

¹⁹ 6.2. **Participação na sessão pública.** A sessão será pública e poderá ser assistida por qualquer pessoa, mas somente será admitida a manifestação dos representantes devidamente credenciados pela Comissão Julgadora da Licitação, na forma dos itens 6.1.1 a 6.1.3, não sendo permitidas atitudes desrespeitosas, que causem tumultos ou perturbem o bom andamento dos trabalhos.



m) Contratação obrigatória da FUNAP pela vencedora

A representação do Instituto Humanitas360 Brasil mostra-se igualmente improcedente neste ponto, uma vez que, da leitura do edital fica claro que FUNAP atuará como interveniente entre a Secretaria da Administração Penitenciária e a empresa contratada, e não como subcontratada obrigatória (nesse sentido são, inclusive, os itens trazidos pela própria representante: 4.2.6.4, 4.2.8, 4.2.8.6, 4.2.8.7, 4.2.8.12, entre outros, todos do Anexo I).

Vale dizer, ademais, que, sendo a FUNAP fundação estadual que tem por missão “contribuir para a inclusão social de presos e egressos, desenvolvendo seus potenciais como indivíduos, cidadãos e profissionais”²⁰, a sua atuação junto à prestação do serviço, como interveniente e fiscalizadora é, a bem da verdade, mais do que recomendada.

No mais, as considerações trazidas pela douta ATJ a propósito do tema trataram de forma competente a questão, razão pela qual este *Parquet* de Contas se alinha às suas conclusões para opinar pela improcedência da queixa.

n e r) Previsão de superlotação e reunião de presos com condenação definitiva e presos provisórios em mesmo ambiente

O item 2.2.1 do Anexo I indica que, além das 896 (oitocentas e noventa e seis) vagas disponibilizadas no pavilhão habitacional, será admitido um “*limite excedente máximo [...] de 16,7%*” (item 2.4.2) sobre o total de vagas, ou, duas vagas adicionais por cela para além das 12 (doze) já originalmente previstas. Já o item 1.1, também do Anexo I, prevê que os estabelecimentos envolvidos na licitação se prestarão para “*cumprimento de pena no regime fechado para presos com condenação definitiva ou presos provisoriamente*” (sic).

Na óptica da representante, ambas as disposições seriam preocupantes, a primeira por estimular a lógica do encarceramento em detrimento de políticas públicas que visem à reinserção e ressocialização do preso, e a segunda pelos “*evidentes prejuízos a individualização da pena*”, garantia prevista pelo artigo 5º, XLVI, da Constituição Federal.

Sem desconsiderar a relevância dos pontos suscitados pela representante, entende-se que as matérias em questão fogem do escopo de atuação desta c. Corte, e, por não demonstrarem ilegalidade patente, potencial prejuízo à elaboração das propostas ou à

²⁰ http://www.funap.sp.gov.br/site/index.php/sobre_funap



competitividade do certame, não cabem ser apreciadas nesta via.

Sem prejuízo, tem-se por pertinente recomendar à Administração que considere tais questionamentos na reformulação do edital, preferencialmente certificando-se que a sobrelotação não afetará os direitos e garantias dos detentos, especialmente no que tange às necessidades básicas e à salubridade, bem como se atentando à possibilidade de segregação de ala e/ou espaços de convivência específicos para cada tipo de preso (condenados definitivos e presos provisórios).

p) Ausência de previsão acerca do modo pelo qual se dará o atendimento jurídico das pessoas privadas de liberdade

Segundo o representante Instituto Humanitas360 Brasil: *“o edital deixa de prever em referência a gestão de uma unidade prisional, o atendimento jurídicos de pessoas privadas de liberdade e como se dará a realização das demandas judiciais, audiências por transmissão online e incidentes da execução penal, observado o dever e prerrogativas da Defensoria Pública do estado”*.

E assiste razão à representante vez que, ainda que o item 4.1.11 do Anexo I assegure a manutenção da assistência jurídica aos presos pela Defensoria Pública, não há, por outro lado, disposições editalícias que indiquem as condições, locais ou termos em que tal assistência será prestada internamente na Unidade Prisional.

Considerando-se a necessidade de ampla revisão do ato convocatório, julga-se pertinente a inclusão de disposições a este respeito.

q e s) Modelo de execução por empreitada unitária e ausência de estudos do custo por pessoa presa no Estado que justifique a economicidade da contratação

Nestes pontos, verifica-se que a análise promovida pela douta ATJ alcançou a conclusão pela **(i) improcedência** da queixa direcionada contra o modelo de execução por empreitada unitária, uma vez que *“o objeto é composto por uma gama de serviços cuja natureza e volubilidade, salvo engano, não permite a estipulação de um preço fechado, a ser pago por etapas”*; e pela **(ii) análise prejudicada** da economicidade da contratação, visto que não há elementos e documentos fidedignos nos autos para sustentar a referida análise (evento 41.1, fls. 48 e ss.).

Quanto ao modelo de execução, este *Parquet* de Contas concorda com as



**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
DO ESTADO DE SÃO PAULO
6ª Procuradoria de Contas**

TC-21773.989.19-9 e
outros
Fl. 22

considerações tecidas pela douta ATJ-Chefia e partilha de sua manifestação pela improcedência do reclamo.

No segundo aspecto, julga-se oportuno apontar, inicialmente, que a omissão da representada em anexar ao edital planilha estimada em quantidades e valores unitários importa em ofensa ao artigo 40, §2º, II, da Lei 8.666/93. Vale dizer, a propósito, que a planilha constante no Anexo VII, apesar de trazer os valores estimados segregados por “natureza dos custos” (custos fixos e variáveis), o faz de maneira geral, sem indicação de quais custos, materiais, equipamentos, salários, etc., estão englobados e foram considerados para composição dos valores.

Nesse contexto, e tendo em vista que se trata de contratação de valor estimado superior a R\$ 200 milhões em 15 meses, tal omissão deve ser sanada pela Administração, inclusive como forma de orientar a elaboração das propostas.

Relacionado ao ponto, no tocante à economicidade da contratação, sem prejuízo da apreciação promovida pela douta ATJ, traz-se aos autos trecho pertinente extraído do Relatório de Fiscalização Operacional do Sistema Prisional Paulista elaborado por este e. Tribunal em abril de 2018²¹, no qual se apurou, acerca do custo mensal do preso, o quanto segue:

Na Tabela 9, a seguir, pode-se observar quanto mensalmente custa o preso para o estado. Foi efetuado o cálculo levando em consideração o total de recursos liquidados pela quantidade de presos em dezembro de 2017. Em outro cálculo, retiraram-se os investimentos¹⁵ (construção de novas UPs) para se chegar ao valor de R\$ 1.450,71. Realizou-se, também, um cálculo no caso de a capacidade de atendimento do sistema prisional fosse respeitada (com e sem investimentos), neste cenário o custo do preso seria cerca de 60% maior. Desse modo, pode-se constatar que a superlotação do sistema prisional contribui para a redução do custo por preso.

Tabela 9 - Custo mensal do preso para o estado de SP em 2017.

	Despesa liquidada	Presos	Custo por preso	Capacidade	Custo por capacidade
Total	4.188.335.196	225.874	R\$ 1.545,23	140.305	R\$ 2.487,64
Sem investimento	3.932.141.548	225.874	R\$ 1.450,71	140.305	R\$ 2.335,47

Fonte: SIAFEM/SIGEO e Requisição de Documentos e Informações nº 37/2017.
Dados tratados por TCE.

²¹ TC-A 7257/026/17, fls. 473.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
DO ESTADO DE SÃO PAULO
6ª Procuradoria de Contas

TC-21773.989.19-9 e
outros
Fl. 23

Comparativamente, na contratação ora pretendida, os valores que se apresentam ao se dividir os totais das despesas (retirados do Anexo VII - Planilha Orçamentária Detalhada) pelos totais de presos, respeitando cada lote, são os seguintes:

Lote 01 - Gália I e II	
Valor da proposta mensal (até 1.792 presos)	R\$6.739.453,32
Valor por preso mensal	R\$3.760,86

Lote 02 - Registro	
Valor da proposta mensal (até 896 presos)	R\$3.592.005,69
Valor por preso mensal	R\$4.008,93

Lote 03 - Aguaí	
Valor da proposta mensal (até 896 presos)	R\$3.366.719,79
Valor por preso mensal	R\$3.757,50

Como se nota, ao que tudo indica, e limitando-se às informações retiradas do referido relatório e dos próprios autos, os valores que serão pagos à iniciativa privada excedem consideravelmente os valores praticados pelo estado de São Paulo apurados pela fiscalização desta c. Corte, e isso sem que quaisquer justificativas ou estudos tenham sido trazidos pela representada para sustentar tal diferença.

Na visão deste *Parquet* de Contas, tais elementos trazem fortes indícios de que a contratação não atende ao princípio da economicidade, o que impõe uma análise mais aprofundada por este e. Tribunal, a conclusão pela procedência da crítica aventada, bem como a necessidade de a SAP apresentar estudos que justifiquem os valores apontados no Anexo VII, em face do custo do exercício direto do serviço pelo Estado.

Por fim, diante da importância da contratação, dos valores envolvidos, e dos potenciais problemas decorrentes do modelo inovador pretendido pela Administração, reforça-se a proposta trazida pela d. ATJ no sentido de que o contrato derivado do presente certame seja autuado por esta c. Corte e submetido a acompanhamento e fiscalização da execução pela via ordinária.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
DO ESTADO DE SÃO PAULO
6ª Procuradoria de Contas

TC-21773.989.19-9 e outros Fl. 24

Diante do exposto, o Ministério Público de Contas, na qualidade de fiscal da lei, manifesta-se pela **procedência** da representação trazida por Soluções Serviços Terceirizados Eireli (TC-021773.989.19-9), pela **improcedência** da apresentada por Felipe Estevam Ferreira (TC-021867.989.19-6) e pela **procedência parcial** das demais.

São Paulo, 23 de outubro de 2019.

JOÃO PAULO GIORDANO FONTES
Procurador do Ministério Público de Contas

11/26/01

CÓPIA DE DOCUMENTO ASSINADO DIGITALMENTE POR: JOAO PAULO GIORDANO FONTES. Sistema e-TCESP. Para obter informações sobre assinatura e/ou ver o arquivo original acesse <http://e-processo.tce.sp.gov.br> - link 'Validar documento digital' e informe o código do documento: 2-3ZWR-CP80-6FTF-6Q7A