

Decreto 0 150/18 transfere ônus do Estado para a iniciativa privada



Cristiana Fortini
professora

Em 2017 foi sancionada a Lei 13.500/17, oriunda da MP 781/17, que, entre

outras medidas, promoveu alterações em dispositivos da Lei 8.666/93.

Entre as alterações se inclui a introdução de nova hipótese de contratação direta, via dispensa de licitação. O atual rol do artigo 24 conta, a partir de então, com o inciso XXXV a admitir a contratação sem prévio certame para a construção, ampliação, reforma e o aprimoramento de estabelecimentos penais, desde que configurada a situação de grave e iminente risco à segurança pública.

Também o artigo 40, dedicado a traçar os elementos do ato convocatório, foi afetado pela Lei 13.500/17, introduzindo-se a ele novo parágrafo que prevê a faculdade de a administração exigir nos editais de licitação voltados para a contratação de serviços que parte da mão de obra seja oriunda ou egressa do sistema prisional, com a finalidade de ressocialização.

De início, percebe-se que o alvo da regra são os contratos em que a mão de obra é o elemento mais importante. Assim, ainda que a política pública por detrás da regra pudesse atingir contratos com outro objeto, como os de obra ou fornecimento, a opção foi a de alcançar aqueles em que o quantitativo de mão de obra tende a ser mais expressivo.

O dispositivo não impõe a “reserva de cota” mas autoriza que a Administração assim decida, quando então o edital conterà cláusula nesse sentido.

O novo parágrafo 5º do artigo 40 da Lei de Licitações não explicita como e quando, na hipótese de o edital assim determinar, a administração imporá ao particular a demonstração de que parte da mão de obra possui o perfil desejado. Daí ser possível cogitar, em um primeiro momento, que à administração cumpriria decidir, em tese, pela comprovação em fase de habilitação, antes da celebração do ajuste ou ainda durante a execução contratual.

A hipótese de se aferir a observância do percentual durante a habilitação pareceu-me, quando do advento

da lei, a mais improvável das hipóteses aventadas.

Em primeiro lugar porque, ao se exigir (imaginava eu) a demonstração da efetiva contratação, na fase de habilitação, logo no percurso da licitação, sem que o futuro da disputa fosse conhecido, inibir-se-ia a participação de número mais significativo de interessados. Além disso, a Lei 13.500/17 não promoveu alteração no elenco do artigo 27 da Lei geral de licitações e contratos, nem adicionou documento à lista relativa à habilitação jurídica de que cuida o artigo 28.

Logo, se as condições de habitação permaneceram inalteradas, e se não é possível adicionar nova exigência no ato convocatório, sem amparo legal, as opções ficariam reduzidas à comprovação antes da assinatura do ajuste ou em dado prazo após a celebração do contrato.

Recentemente, foi publicado o Decreto Federal 9.450/18, que institui a Política Nacional de Trabalho no âmbito do sistema prisional, voltada à ampliação e qualificação da oferta de vagas de trabalho, ao empreendedorismo e à formação profissional das pessoas presas e egressas do sistema prisional, além de regulamentar a regra da Lei 8.666/93, acima abordada.

O artigo 5º do decreto esvazia a competência decisória dos órgãos e entidades autárquicas e fundacionais da esfera federal, dado que antecipa a deliberação e já ordena exigir da contratada o emprego de mão de obra formada por pessoas presas ou egressos do sistema prisional, em caso de contratação de serviços, inclusive os de engenharia, cujos valores anuais superem R\$ 330 mil.

A decisão de afastar possíveis juízos de oportunidade e conveniência contrários à inserção da exigência faz recordar o Decreto Federal 6.204/07, hoje revogado, que regulamentava a Lei Complementar 123/06 e avançava na proteção às ME e EPPs.

De fato, o artigo 6º do Decreto 6.204/07 (hoje revogado) impunha a realização de licitação exclusiva para pequenas e microempresas, nas contratações que não excedessem R\$ 80 mil, quando o procedimento fosse instaurado no âmbito da administração pública federal, enquanto a redação original da LC 123/06 estabelecia a mera possibilidade.

Tanto naquela oportunidade quanto agora vivencia-se a decisão pela autovinculação, eliminando o espaço de liberdade conferido pelo legislador e enfatizando a política pública de inserção, ora dos pequenos negócios, ora de pessoas demandantes de atenção especial, compartilhada por ambas as leis.

Reconhece-se ainda com maior densidade o ambiente contratual como ferramenta de política pública quando o Decreto 9.450/18 evidencia que os serviços desejados por órgãos, autarquias e fundações federais, que contarão com parcela de trabalhadores presos ou egressos do sistema prisional, incluirão os de engenharia.

A contratação, no percentual/quantitativo fixado pelo artigo 6º do decreto, será exigida da proponente vencedora quando da assinatura do contrato. Assim, ao que tudo indica, é condição para a celebração do ajuste, a comprovação da contratação do pessoal cuja reinserção no mercado de trabalho é perseguida.

Mas, para que da vencedora do certame assim se possa cobrar, o parágrafo 1º do artigo 5º do decreto disciplina que:

- 1) no edital, como integrante da habilitação jurídica, deve se exigir o compromisso do licitante, via declaração, de que figurando como vencedor do certame, contratará as pessoas cujo perfil se quer prestigiar. A declaração do licitante deve vir acompanhada de outra emitida pelo órgão responsável pela execução penal de que possui a mão de obra reclamada[1].
- 2) no edital e na minuta do contrato, deve estar prevista a obrigação da contratada de empregar como mão de obra pessoas presas ou egressos do sistema prisional[2].

A referência dupla ao edital, mencionado no inciso I e no inciso II, soa desnecessária. Uma vez previsto o dever de assumir o compromisso de contratar trabalhadores com o histórico desejado, como parte da fase de habilitação (inciso I), não seria preciso que o edital, em outro momento, reforçasse a obrigação, mormente se a minuta do contrato, que integra o edital, assim também estabelecerá.

Apenas quando justificadamente a contratação for inviável, os órgãos e entidades poderão deixar de exigir da contratada a contratação de pessoal com o perfil desejado, consoante prevê o parágrafo 4º do artigo 5º, parágrafo 1º.

Não se explica a qual inviabilidade se alude: se a decorrente da falta de pessoas na quantidade imposta pelo artigo 6º[3] nada importando o preparo para a tarefa, ou a falta de pessoas dotadas das habilidades reclamadas pelo tipo de serviço.

Vale pontuar que o artigo 5º nada diz sobre capacidade de execução, conhecimento ou experiência dos egressos e das pessoas encarceradas. O decreto também não elucida se a declaração do órgão responsável pela execução penal, antes mencionada, abordará a simples existência ou mencionará a existência aliada à aptidão.

Certo que o decreto, em seus artigos iniciais, institui a política nacional de trabalho no âmbito do sistema prisional, cujo escopo é permitir a inserção das pessoas privadas de liberdade e daquelas cujas penas foram cumpridas, figurando entre seus objetivos a qualificação dessa potencial mão de obra.

Mas entre a pretensão e a realidade há grande distanciamento. Imputar à contratada o dever de contratar traduzirá, na prática, imputar-lhe o dever de capacitá-los, o que implica maior onerosidade. Isso cogitando que, houvesse liberdade para a contratada promover recrutamento da totalidade do corpo funcional demandado, sem as amarras do decreto, ela poderia selecionar pessoas já aptas ou mais aptas à função.

A crítica não é exatamente à utilização da licitação como instrumento de política pública. Ao contrário, sou favorável à ampliação das potencialidades da licitação, tendo defendido em diversos momentos, por exemplo, não apenas a constitucionalidade mas a conveniência do tratamento favorecido disciplinado pela Lei Complementar 123/06[4].

A definição da serventia da licitação não é missão atribuída a este ou àquele doutrinador. À lei reserva-

se criar os institutos e dar-lhes o endereçamento que julgar pertinente. Ainda que se possa discordar da opção legislativa, não se pode negar que à lei cumpre ditar as finalidades a serem perseguidas.

Todavia duas observações parecem relevantes.

Steven L. Schooner, ao abordar os objetivos das contratações governamentais, argumenta que a mais simples das questões é a mais inquietante, qual seja: o que o governo espera alcançar por meio do procedimento licitatório?

Afinal, pode-se centrar o olhar na integridade, na satisfação do cliente (órgão/ente demandante), na distribuição de riquezas (como faz a LC 123/06), na ampliação da competitividade, na busca do *best value*, entre outros alvos.

No Brasil não refletimos sobre essa importante questão que deveria anteceder a edição de leis que disciplinem ou interfiram no cenário das contratações públicas: afinal, qual ou quais os objetivos devem ser perseguidos com os certames e os contratos?

Temos uma continua produção legislativa e hoje vivenciamos os debates sobre um possível novo diploma para substituir a Lei 8.666/93 sem que tenhamos discutido e menos ainda amadurecido sobre os objetivos a serem conquistados.

Participando de audiência pública sobre o PL 6.814, ouvi de agentes públicos envolvidos na discussão da minuta, que o foco da nova lei não seria o combate à corrupção mas o incremento da eficiência, porque escaparia à uma lei de licitações a preocupação com integridade.

Para além de soar absurdo, após quilos de notícias que apontam para fragilidades e fraudes, é no mínimo pretensioso que um ou outro decida, a ou as principais ambições que devem mover a construção de uma nova lei de licitações. Esse deveria ser o principal ponto de discussão das audiências públicas. Mas não é.

A segunda observação é relativa especificamente ao decreto sujeito deste modesto comentário.

Se o Estado não cuida de qualificar os presos, porque sequer lhes garante o básico, é curioso que decida transportar o ônus para a iniciativa privada, a quem competirá treiná-los se não se quiser cogitar do emprego de pessoal despreparado para as missões que lhes forem destinadas, o que antagonizaria com o interesse público.

Não desconheço que, inviável o recrutamento, como previsto no parágrafo 4º do artigo 5º, a administração não exigirá a contratação. Mas se a inviabilidade decorrer da inexistência de pessoas já preparadas/treinadas para o trabalho, a cogência da contratação será mera retórica, sobretudo a depender do tipo de serviço demandado.

Como a avaliação sobre a inviabilidade será realizada pela administração, ou se conta com o bom senso para que de fato se avalie a existência de pessoal capaz de ser contratado ou se empurrará a missão do treinamento para a contratada, que, claro, cuidará, de alguma forma, de se resguardar dos impactos financeiros daí advindos, o que elevará o custo da contratação.

Uma vez mais registro que há muito me filio à corrente que compreende que a vantagem ambicionada na

licitação pode ter mais largo alcance, abandonando a questão financeira como a régua a medir a salvaguarda do interesse público.

O que incomoda aqui não é a possível elevação do custo do contrato, mas a criação de regra impositiva do dever de contratar quando o estado brasileiro não cumpre deveres básicos para com a população carcerária, menos ainda a prepara para o reingresso profissional.

Apesar da importância do resgate dessas pessoas, a conclusão a que hoje chego é a de que o Decreto mitiga o dever que recai sobre o Estado e onera a iniciativa privada.

E a famosa cortesia com o chapéu alheio. E sem que tenhamos discutido o ponto crucial: o que se quer promover com as contratações públicas?

[1] Inciso I do § 1º.

[2] Inciso II do § 1º.

[3] O quantitativo de pessoal com o histórico almejado oscilará segundo a quantidade de funcionários que o contrato demandar, conforme prevê o art. 6º.

[4] Defender a ideia que alimenta a LC 123/06 não significa aplaudir a totalidade da sua redação. Há dispositivos que impressionam pela imperfeição como o art. 43 § 2º.

Date Created

23/08/2018