

Expedientes: TC-021773.989.19-9

TC-021789.989.19-1

TC-021867.989.19-6

TC-021932.989.19-7

TC-021956.989.19-8

Representantes: Soluções Serviços Terceirizados – Eireli

Dayane de Oliveira Ferreira

Felipe Estevam Ferreira

José Jodacir de Sousa Júnior

Instituto Humanitas360 Brasil

Representada: Gabinete do Secretário e Assessorias da
Secretaria de Administração Penitenciária

Assunto: Representações que visam ao exame prévio do edital da concorrência pública nº 02/2019, do tipo menor preço, que tem por objeto a *“execução de serviços de operacionalização de quatro Unidades Prisionais sob a forma de gestão compartilhada com o Estado”*.

Responsável: Nivaldo Cesar Restivo (Secretário).

Subscritor do edital: Amador Donizeti Valero (Chefe de Gabinete).

Sessão de abertura: 15-10-19, às 09h00min.

Advogados cadastrados no e-TCESP: Alexandre Augusto Lanzoni (OAB/SP nº 221.328), Dayane de Oliveira Ferreira (OAB/SP nº 401.192), Felipe Estevam Ferreira (OAB/SP nº 291.057) e José Jodacir de Sousa Junior (OAB/SP nº 328.679).

1. SOLUÇÕES SERVIÇOS TERCEIRIZADOS - EIRELI, DAYANE DE OLIVEIRA FERREIRA, FELIPE ESTEVAM FERREIRA, JOSÉ JODACIR DE SOUSA JÚNIOR e INSTITUTO HUMANITAS360 BRASIL formulam, com fundamento no artigo 113, § 1º, da Lei nº 8.666/93, representações que visam ao exame prévio do edital da concorrência pública nº 02/2019, do tipo menor

preço, elaborado pelo **GABINETE DO SECRETÁRIO E ASSESSORIAS DA SECRETARIA DE ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA**, que tem por objeto a *“execução de serviços de operacionalização de quatro Unidades Prisionais sob a forma de gestão compartilhada com o Estado”*.

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[1].

Sustentam que a referida exigência tem o condão de restringir a participação no certame, além de violar a Súmula nº 30[2] 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[3], em ofensa ao artigo 40, inciso II, da Lei nº 8.666/93;

b) Previsão de multa pecuniária à contratada[4], no caso de ingresso ou tentativa de ingresso de entorpecentes na unidade penitenciária;

c) Impugnação ao edital exclusivamente por protocolo físico[5];

d) Ausência de requisição de alvará ou licença de funcionamento para o manuseio de gêneros alimentícios e preparo de refeições coletivas para a população carcerária, como condição de habilitação jurídica;

e) Exigência de regularidade fiscal genérica[6];

f) Possibilidade de participação de cooperativa, em afronta ao artigo 2º da Lei nº 12.690/12[7];

g) Retenção do pagamento no caso de inscrição da empresa como inadimplente no CADIN Estadual[8].

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[9], 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[10] desta Casa;

(iv) Determinação de que a Fundação Professor Dr. Manoel Pedro Pimentel – Funap seja contratada pela vencedora do certame[11], 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.

Registrou, 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[12].

7. Requerem, por essas razões, a suspensão do certame e a determinação de alteração do edital para fazer cessar os vícios apontados.

8. Considerando que o processo licitatório se presta à garantia da observância do princípio constitucional da isonomia e à seleção da proposta mais vantajosa, regras que eventualmente afrontem a legalidade e/ou impeçam a correta elaboração de propostas devem ser bem esclarecidas, previamente à realização do certame, evitando sobrevida de eventual elemento prejudicial à competitividade.

Na hipótese, oportuno que a Administração justifique todas as questões impugnadas, das quais destaco, em princípio, a modelagem contratual selecionada pela Administração que, *a priori*, não parece encontrar respaldo na Lei nº 8.666/93, tendo em vista a reunião de diversas modalidades de serviços – tais como segurança externa; escolta e transporte de presos; controle interno; serviços técnicos e assistenciais nas áreas de saúde, de assistência social, terapêutica, religiosa, alimentar, além de apoio administrativo, de limpeza, de manutenção predial, de serviços de copa, de tecnologia da informação etc. - para a execução da gestão compartilhada das unidades penitenciárias, que poderia ensejar em uma indevida aglutinação.

A agravar a situação, destaco a indicação da Representante **DAYANE DE OLIVEIRA FERREIRA** de que poucas empresas teriam condições de atender ao edital, “(...) como é o caso das empresas *Umanizarre Gestão Prisional Ltda, Reviver Administração Prisional Privada Ltda, Montesinos Sistema de Administração Prisional Ltda.* (...)”, denotando potencial restritividade à participação de interessados.

9. É o quanto basta para concluir, em exame prévio e de cognição não plena, pela ocorrência de possível violação à legalidade e competitividade

desejadas, suficiente para a concessão da providência cautelar, a permitir sejam bem esclarecidas, durante a instrução, **todas as questões suscitadas.**

Considerando que a entrega das propostas está designada para o **dia 15-10-19, às 09h00min**, acolho a solicitação de exame prévio do edital, determinando, liminarmente, ao Secretário que **SUSPENDA** a realização da sessão pública de recebimento dos envelopes e **ABSTENHA-SE DA ADOÇÃO DE QUAISQUER MEDIDAS CORRETIVAS NO EDITAL ATÉ ULTERIOR DELIBERAÇÃO DESTA CORTE.**

10. Notifique-se o Secretário para que encaminhe a este Tribunal, em 48 horas, a contar da publicação na imprensa oficial, as razões de defesa que entender pertinentes, acompanhadas do inteiro teor do edital, informações sobre publicações, eventuais esclarecimentos e o destino dado a impugnações ou recursos administrativos que possam ter sido intentados.

Não querendo apresentar o inteiro teor do instrumento convocatório, poderá a autoridade certificar que o apresentado pela Representante corresponde fielmente à integralidade do edital original, que deverá ser suficiente para o exame previsto no § 2º do artigo 113 da Lei Federal nº 8.666/93.

Oportuno advertir que o descumprimento desta determinação sujeitará o responsável, acima identificado, à punição pecuniária prevista no art. 104, III, da Lei Complementar estadual nº 709/93.

Em caso de superveniente desconstituição do certame, mediante revogação ou anulação do edital, o ato deverá ser comunicado a esta Corte, com a devida comprovação de sua publicidade na Imprensa Oficial ou local.

Informe-se ainda que, nos termos da Resolução n. 01/2011, a íntegra desta decisão e da inicial poderá ser obtida no **Sistema de Processo Eletrônico** (e-TCESP), na página www.tce.sp.gov.br, mediante cadastramento que é obrigatório.

11. Submetam-se estas medidas, na primeira oportunidade, para referendo do E. Plenário, nos termos do artigo 221, parágrafo único, do Regimento Interno.

Findo o prazo para o exercício do contraditório e da ampla defesa, encaminhem-se os autos à ATJ, DD. Procuradoria da Fazenda do Estado e

DD. Ministério Público de Contas, retornando-se por SDG.

Ultimada a instrução processual, remetam-se os autos ao E. Plenário.

Transitada em julgado a decisão, arquivem-se os autos eletronicamente.

Publique-se.

GCSEB, 14 de outubro de 2019.

SIDNEY ESTANISLAU BERALDO

CONSELHEIRO

[1] “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.

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.”

[2] **SÚMULA Nº 30** - Em procedimento licitatório, para aferição da capacitação técnica poderão ser exigidos atestados de execução de obras e/ou serviços de forma genérica, vedado o estabelecimento de apresentação de prova de experiência anterior em atividade específica, como realização de rodovias, edificação de presídios, de escolas, de hospitais, e outros itens.

[3] “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.”

[4] MINUTA DE TERMO DE CONTRATO

“CLÁUSULA DÉCIMA QUARTA - DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS

Se a CONTRATADA inadimplir as obrigações assumidas, no todo ou em parte, perante o CONTRATANTE ficará sujeita às sanções previstas nos artigos 86 a 88 da Lei Federal nº 8.666/1993 ou nos artigos 80 a 82 da Lei Estadual nº 6.544/1989, nos termos do Edital indicado no preâmbulo deste instrumento e da Resolução SAP 131/2019, Anexo VI do Edital.”

Resolução SAP 131/2019

“Dispõe sobre a aplicação das multas previstas nas Lei federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e na Lei estadual nº 6.544, de 22 de novembro de 1989, referente à contratação de empresa para a prestação de serviços de operacionalização de unidades prisionais sob a forma de gestão compartilhada com o Estado, por meio da Secretaria da Administração Penitenciária, em estabelecimentos para cumprimento de pena, abrangendo assistências previstas na Lei federal nº 7.210 (Lei de Execução Penal), de 11 de julho de 1984.

(...)

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.”

[5] “15. IMPUGNAÇÕES AO EDITAL

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.”

[6] “5.1.2. Regularidade fiscal e trabalhista

(...)

f) Certidão negativa, ou positiva com efeitos de negativa, de débitos de tributos inscritos em dívida ativa emitida pela Fazenda Estadual da sede ou domicílio da licitante;”

[7] “5.1.1. Habilitação Jurídica

(...)

f) Registro perante a entidade estadual da Organização das Cooperativas Brasileiras, em se tratando de sociedade cooperativa.”

[8] “10.3. Constitui condição para a celebração da contratação, bem como para a realização dos pagamentos dela decorrentes, a inexistência de registros em nome 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.”

[9] **SÚMULA Nº 15** - Em procedimento licitatório, é vedada a exigência de qualquer documento que configure compromisso de terceiro alheio à disputa.

[10] **SÚMULA Nº 24** - Em procedimento licitatório, é possível a exigência de comprovação da qualificação operacional, nos termos do inciso II, do artigo 30 da Lei Federal nº 8.666/93, a ser realizada mediante apresentação de atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, admitindo-se a imposição de quantitativos mínimos de prova de execução de serviços similares, desde que em quantidades razoáveis, assim consideradas 50% a 60% da execução pretendida, ou outro percentual que venha devida e tecnicamente justificado.

[11] "Termo de Referência, anexo I:

4. DOS SERVIÇOS TÉCNICOS E ASSISTENCIAIS

4.1. *Serviços Técnicos e Assistenciais – Disposições Gerais* 4.1.1. *Os serviços técnicos e assistenciais das diferentes áreas serão prestados pela CONTRATADA, através de pessoal empregado, contratado autônomo ou por empresa subcontratada, nas seguintes áreas: psicológica, médica, odontológica, psiquiátrica, assistencial, pedagógica, esportiva, social, religiosa, material e assistência ao trabalho, para o desenvolvimento e acompanhamento dos presos, em conformidade com o disposto na Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal); Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003 e suas alterações, e Lei Estadual nº 1.238, de 22 de dezembro de 1976, que instituiu a Fundação "Prof. Dr. Manoel Pedro Pimentel" – FUNAP, e consoante às diretrizes e os padrões mínimos a seguir estabelecidos.*

(...)

4.2.6. *Dos Serviços de Assistência Pedagógica*

(...)

4.2.6.4. *A composição do corpo docente do ensino técnico-profissionalizante será formado mediante intervenção da FUNAP, por servidores, funcionários e parceiros indicados e aprovados pela Fundação.*

(...)

4.2.8. *Da Assistência ao Trabalho*

A CONTRATADA será responsável por manter um setor de seleção e ocupação com o objetivo de incentivar o trabalho remunerado do preso, realizado sob a intervenção da FUNAP e da Coordenadoria de Reintegração Social e Cidadania da Secretaria da Administração Penitenciária, com o objetivo de incentivar o trabalho remunerado e a capacitação profissional do preso com as seguintes atribuições:

(...)

4.2.8.6 *Os trabalhos de manutenção interna da Unidade, relativos aos serviços de panificação, cozinha, lavanderia, limpeza e serviços gerais e outros similares, a critério da CONTRATADA, poderão ser efetuados por presos remunerados por esta, mediante a intervenção da FUNAP.*

4.2.8.7 *Nos canteiros de trabalho citados no subitem anterior, a CONTRATADA poderá subcontratar os serviços de pessoas jurídicas (empresas), que empregarão a mão-de-obra dos presos através do instrumento contratual entre a FUNAP, a CONTRATADA e a empresa.*

4.2.8.8. *Todos os canteiros de trabalho serão implantados através de instrumentos jurídicos celebrados entre empresas industriais e/ou comerciais, a FUNAP e o Governo do Estado, mediante parecer técnico de viabilidade elaborado pela CONTRATADA em comum acordo com a FUNAP, que observará principalmente os aspectos relativos à ressocialização do trabalhador e ao controle interno, tudo submetido à aprovação do Diretor da Unidade Prisional.*

(...)

4.2.8.12 *A CONTRATADA remeterá mensalmente à Fundação "Prof. Dr. Manoel Pedro Pimentel" (FUNAP), todas as informações de jornadas trabalhadas e ou produções realizadas, com vistas à promoção do recebimento das empresas conveniadas e o consequente pagamento aos presos.*

(...)

4.2.8.14 Os recebimentos, pagamentos, depósitos e as aberturas de contas bancárias dos presos serão de responsabilidade da CONTRATANTE efetuados em consonância com a FUNAP.

(...)

5.2.3. Dos Serviços de Higiene, Limpeza e Lavanderia.

5.2.3.2. No caso de contratação de mão de obra dos presos, deverá haver a interveniência da FUNAP e a remuneração será nos termos da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), e da Resolução SAP-53, de 23 de agosto de 2001.

(...)

6. DA ASSISTÊNCIA ALIMENTAR E MATERIAL

6.1. Preparo e Fornecimento de Refeições

6.1.4. No caso de contratação de mão de obra dos presos, deverá haver a interveniência da FUNAP e a remuneração será nos termos da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), e da Resolução SAP 53, de 23 de agosto de 2001.

(...)

6.2.1.2. Os materiais de hotelaria e de banho deverão atender às especificações de qualidade mínima conforme indicação da FUNAP e compreenderão: (...)

6.2.2. A promoção de corte de cabelo a cada 15 (quinze) dias, por profissional contratado ou por preso. No caso de contratação de mão de obra dos presos, deverá haver a interveniência da FUNAP e a remuneração será nos termos da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), e da Resolução SAP-53, de 23 de agosto de 2001.”

“CONTRATO n.º

Termo de Contrato celebrado entre o Estado de São Paulo, Secretaria da Administração Penitenciária, por meio do Gabinete do Secretário e Assessorias e a empresa _____, com a Interveniência da Fundação “Prof. Dr. Manoel Pedro Pimentel” – FUNAP, tendo por objeto a prestação de serviços de operacionalização da Unidade Prisional _____ sob a forma de gestão compartilhada com o Estado”

[12] Tramitação processual consultada em 14-10-19, disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/>:

Data	Movimento
14/10/2019	Certidão de Publicação Expedida Relação :0323/2019 Data da Disponibilização: 14/10/2019 Data da Publicação: 15/10/2019 Número do Diário: 2912 Página: 1499/1517
11/10/2019	Certidão de Remessa da Intimação Para o Portal Eletrônico Expedida Certidão - Remessa da Intimação para o Portal Eletrônico
11/10/2019	Concedida a Antecipação de tutela

CÓPIA DE DOCUMENTO ASSINADO DIGITALMENTE POR: SIDNEY ESTANISLAU BERALDO. 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: 2-3BJM-LFB9-5P9E-6KFW