**RESPOSTA À IMPUGNAÇÃO AO EDITAL DO PREGÃO ELETRÔNICO 0*2/*2019**

PROCESSO ADMINISTRATIVO No 23065.003646/2019-16

1. **DAS PRELIMINARES:**

1. Impugnação interposta tempestivamente pela empresa OURO BRANCO SERVIÇOS GERAIS LTDA -EPP, pessoa jurídica de direito privado, devidamente inscrita no CNPJ sob o n.º 11.640.382/0001-34.

1. **DAS RAZÕES DA IMPUGNAÇÃO:**

2.. A empresa impugnante faz 02 (duas) contestações:

2.1 . Não exigência no disposto no Decreto 9.450 de 24 de Julho de 2018

2.2. A segunda contestação emerge o item 4.2.8.1 do Ato Convocatório.

**III.. DO PEDIDO DA IMPUGNANTE::**

3. Requer a impugnante incluir a exigência da declaração do licitante de que, caso seja vencedor, contratará pessoas presas ou egressos, acompanhada de declaração emitida pelo órgão responsável pela execução penal de que dispõe de pessoas presas aptas à execução de trabalho externo, nos termos do Decreto 9.450 de 24 de Julho de 2018 e alterar o item 4.2.8.1 vetando a participação de entidades sem fins lucrativos, em atenção ao que determina o Acórdão TCU nº 1.633/2014-Plenário e a Instrução Normativa 05/2017.

**IV.. DA ANÁLISE DAS ALEGAÇÕES:**

4. Inicialmente, cabe analisar o requisito de admissibilidade da referida impugnação, ou seja, apreciar se a mesma foi interposta dentro do prazo estabelecido para tal.

4.1. O impugnante encaminhou em tempo hábil sua impugnação, portanto, merece ter seu mérito analisado, já que atentou para os prazos estabelecidos nas normas regulamentares.

4.2. Quanto ao mérito:

4.2.1. Referente a primeira contestação e com base no Art. 5º, § 4º do Decreto 9.450 de 24 de Julho de 2018 ***“a administração pública poderá deixar de aplicar o disposto neste artigo quando, justificadamente, a contratação de pessoa presa ou egressa do sistema prisional se mostrar inviável”*.**

Deste modo apontamos alguns questionamentos que inviabilizam a aplicação do citado decreto.

* Como admitir a apresentação das declarações previstas no art. 5º, §1º, I como requisito de habilitação se tal condição não foi estabelecida no rol taxativo da lei, em desconformidade com a jurisprudência do TCU? (ex: Acórdão 1246/2016-Plenário | Relator: MARCOS BEMQUERER);
* A Administração deverá abrir diligências para averiguar se é viável a contratação de presos? A empresa deve permanecer no certame dada a possibilidade de contratação de egressos?
* O art. 5º, §2º, I exige a prévia autorização do juízo de execução para que haja a prestação de serviços pelo preso, enquanto que o art. 6º §1º exige a comprovação da contratação nos percentuais previstos na lei quando da celebração do contrato. Isso significa que não será juridicamente possível a assinatura do contrato até que haja a autorização do juízo da execução?
* Ou pode a contratada se escusar de cumprir os percentuais de trabalho por presos ou egressos enquanto aguarda a autorização? Como conciliar ambas essas previsões?
* Como será feita a escolha entre as pessoas presas e as egressas?
* Quais serão os critérios utilizados pela Administração para elaborar os termos do edital?
* Como será elaborada a planilha de custos da contratação, considerando que os presos não são regidos pela CLT (art. 29, LEP)?
* Quais atividades são as mais indicadas para cada tipo de preso ou egresso, levando em consideração o tipo de crime ao qual foi condenado e a sua personalidade?

Assim nos respaldamos PARECER n. 00002/2018/CPLCA/CGU/AGU para motivar a não aplicação do Decreto 9.450 de 24 de Julho de 2018.

1. Não é possível exigir requisitos de habilitação que não estejam previstos expressamente na Lei (Acórdão 670/2013-Plenário -TCU) e, especificamente em relação aos requisitos de habilitação jurídica, estes são previstos de maneira taxativa no art. 28 da Lei 8666, de 1993. Como bem explica Marçal Justen Filho, a prova da habilitação jurídica corresponde à comprovação de existência, da capacidade de fato e da regular disponibilidade das faculdades jurídicas pelos licitantes, sendo regras não de Direito Administrativo, mas de Direito Civil e Comercial (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo: RT, 2014, p. 548).
2. A aplicação apressada e literal do Decreto pode gerar uma enorme dificuldade operacional, na medida em que não é possível simplesmente transferir para as empresas licitantes toda a responsabilidade por providenciar a contratação de pessoas presas e egressas, uma vez que a implementação da Pnat demanda a integração de diversos órgãos públicos e da própria comunidade na admissão dos antigos infratores ao convívio social. Fica evidente que é preciso complementar a Pnat com outros instrumentos para permitir a efetivação do programa, com a necessária integração entre os entes governamentais e a sociedade civil.
3. Assim, apesar do Decreto 9.450, de 2018, prever que as parcerias entre os órgãos governamentais e entidades privadas para implementação é uma possibilidade, a melhor leitura é que a formalização dos convênios e acordos de cooperação não é só possível, mas essencial e fundamental para a correta operacionalização da Política Nacional de Trabalho no âmbito do Sistema Prisional, em especial a reserva de vagas nos contratos de terceirização de serviços pela Administração Pública Federal. Tenha-se em mente que a administração penitenciária é, em regra, exercida por órgãos estaduais, sendo poucos os presídios federais no país, o que demanda uma interação entre as esferas federativas.
4. A toda evidência, somente com a especificação em documentos complementares é que será factível a reserva de vagas nos contratos de terceirização de serviços para a Administração Pública Federal.
5. Também não houve previsão no Decreto 9.450, de 2018, a respeito dos serviços que não poderão ser prestados por empregados com antecedentes criminais, considerando as peculiaridades da atividade a ser exercida. A definição de quais as atividades são as mais indicadas para cada tipo de preso ou egresso, levando em consideração inclusive o tipo de crime ao qual foi condenado e a sua personalidade, demandam complementação por convênios e acordos de cooperação, não tendo o Administrador condições de fixar as regras do edital aleatoriamente, sob pena de cometer injustiças e arbitrariedades, mesmo com a melhor das intenções.
6. O ambiente universitário assemelha-se ao ambiente escolar e não permite que a Administração sobreponha a legalidade (previsão legal da exigência no Decreto) acima do risco de prejuízo à integridade física dos alunos. A falta de esclarecimento pelo Decreto 9.450, de 2018, de quais atividades e ambientes os presos e egressos podem atuar exigem do Administrador até a devida regulamentação atuar dentro da gestão de riscos buscando garantir a segurança das pessoas que circulam no ambiente objeto da licitação.
7. Some-se a isso a necessidade de que haja a edição de normativo complementar por parte do Ministério do Planejamento Desenvolvimento e Gestão para a aplicação geral a todos os órgãos integrantes do Sistema de Serviços Gerais –SISG, conforme determina o § 1º do art. 1º do Decreto 1094, de 23 de março de 1994. 60. Com efeito, o art. 13, VII, anexo I, do Decreto 9.035, de 20 de abril de 2017, atribui à Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento Desenvolvimento e Gestão a qualidade de órgão central do SISG, conferindo-lhe poder normativo para estabelecer diretrizes e orientações aos órgãos e unidades da Administração Federal direta, autárquica e fundacional.
8. Isso é necessário para definir como será elaborada a planilha de custos da contratação, em especial no que concerne às peculiaridades da remuneração dos presos que não são regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho, na forma do art. 29 da LEP. É preciso destacar que o gestor público integrante do SISG deve, em primeiro lugar, observar as normas expedidas pelo órgão central do sistema, que tem por objetivo coordenar as atividades administrativas dos diversos órgãos e entidades com determinações vinculantes, buscando a harmonia e padronização das rotinas de aquisições.
9. Nenhuma das indagações é respondida pelo conjunto normativo atualmente vigente. Diante desse quadro, ainda não há condições normativas para a efetivação da Política Nacional de Trabalho no âmbito do Sistema Prisional pela reserva de vagas nas contratações públicas federais, motivo pelo qual, por ora, os gestores podem invocar o disposto no § 4o do art. 5o do Decreto 9.450, de 2018, para justificar a inviabilidade da contratação de pessoa presa ou egressa do sistema prisional.
10. A impossibilidade material de realizar determinada ação, o não estar em condições de cumpri-la, o não possuir os meios indispensáveis para sua realização, ou ainda, o não ter força coercitiva necessária para efetuá-la significa não ter o dever de realizá-la. Essa é a consagração do brocardo *ad impossibilia nemo tenetur*, segundo o qual *ninguém pode ser obrigado a fazer o impossível.*

4.2.2. Referente a segunda contestação que trata do pedido de alteração do item 4.2.8.1 vetando a participação de entidades sem fins lucrativos, em atenção ao que determina o Acórdão TCU nº 1.633/2014-Plenário e a Instrução Normativa 05/2017.

1. O Acórdão 1633/2014 citado na referida impugnação, faz menção a **habilitação** de entidades sem fins lucrativos, que ao serem convocadas para apresentação de documentos de habilitação não possuam, em caráter principal, qualquer finalidade meritória além da simples relação comercial entre o Poder Público e a contratada, enquanto o subitem 4.2.8.1 do Edital ora impugnado, reza apenas sobre a possibilidade participação destas, sendo amparado pelos Arts. 5º a 7º da Lei 9.637/1998, bem como o Acórdão nº 1.406/2017- TCU-Plenário, publicado justamente após o disposto na IN 05/2017. Portanto, não há que se falar em descumprimento do Acórdão 1633/2014.

V. DECISÃO:

5. Isto posto, reconheço a impugnação apresentada pela empresa OURO BRANCO SERVIÇOS GERAIS LTDA -EPP, e no mérito, no entanto INDEFERIMOS ambas as contestações, apresentadas na impugnação com base nas nos esclarecimentos aqui expostos.