

# A POLÍTICA PÚBLICA DO DECRETO 9.450/2018 À LUZ DO ENTENDIMENTO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

PUBLIC POLICY OF DECREE 9.450/2018 IN THE LIGHT OF  
UNDERSTANDING OF THE FEDERAL COURT OF ACCOUNTS AND  
THE FEDERAL SUPREME COURT

*Ana Luíza Nicolini de Castro David<sup>1</sup>*

Data de Submissão: 13/04/2020

Data de Aceite: 07/06/2021

**Resumo:** Este trabalho visa apresentar de forma detalhada os trâmites processuais no âmbito do Tribunal de Contas da União – TCU e do Supremo Tribunal Federal – STF que debateram a respeito do Decreto 9.450/2018, o qual instituiu a Política Nacional de Trabalho no âmbito do Sistema Prisional – PNAT que permite a inserção, no âmbito das contratações públicas, de pessoas privadas de liberdade e egressas do sistema prisional no mercado de trabalho e na geração de renda. O debate jurídico e administrativo em ambas as Cortes é o objeto deste trabalho, de modo a esclarecer se o referido Decreto está em consonância com o disposto na Lei 8.666/93 ou se extrapola as determinações da referida Lei de Licitações. Ademais, a metodologia utilizada é a de relato de experiência, visto que todas as informações foram extraídas do trabalho de defesa técnica empenhado no âmbito do TCU, o que permite o conhecimento detalhado do tema, a fim de auxiliar os leitores na formação de um entendimento reflexivo a respeito do assunto.

**Palavras-chave:** Decreto 9.450/2018. Presos e egressos. Tribunal de Contas da União. Supremo Tribunal Federal.

---

1 Advogada. Especialista em Direito Administrativo e Gestão Pública pela Fundação Ensino Superior do Ministério Público – FMP. Graduada em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

**Abstract:** The aim of this research is present the procedural steps from the scope of Federal Court of Accounts and Federal Supreme Court in accordance with the debate about decree 9450/2018, which instituted the National Labor Policy from the scope of Prison System, that allows the insertion, from the scope of Public hiring, of people deprived of liberty and egresses of Prison System, in the labor market and income generation. The Legal and Administrative debate in both Courts is the object of this research, aiming at explain if the referred decree is in accordance with what is provided by law 8666/93 or if extrapolate the determination of the referred Bidding law. In addition, the methodology used is the experience report, whereas all the informations were derived by the Advocacy work engaged from the scope of Federal Court of Accounts, which allows the detailed knowledge of the theme, in order to help the readers in development of a reflexive comprehension about it.

**Keywords:** Decree 9.450/2018. Prisoners and egresses. Federal Court of Accounts. Federal Supreme Court.

# 1 INTRODUÇÃO

O objeto de estudo deste artigo visa analisar, em suma, os julgados do Tribunal de Contas da União – TCU no âmbito do processo nº 041.309/2018-9 e do Supremo Tribunal Federal – STF no Mandado de Segurança nº 36392/DF, os quais realizaram uma profunda análise jurídica a respeito do Decreto nº 9.450/2018.

O referido normativo instituiu a Política Nacional de Trabalho no âmbito do Sistema Prisional, voltada à ampliação e qualificação da oferta de vagas de trabalho para pessoas presas e egressas do sistema prisional brasileiro no âmbito das contratações públicas.

Isto é, o Decreto supracitado regulamenta a exigência, em sede de edital licitatório, de as empresas garantirem determinado percentual de mão de obra a ser despendido na execução da atividade contratada, destinado exclusivamente à presos e egressos do sistema prisional brasileiro.

Destarte, o aprofundamento do tema a seguir explorado se baseia em informações técnicas colhidas por meio da atuação profissional no caso, visando, assim, contribuir na difusão do tema e na reflexão da importância de políticas afirmativas no âmbito das licitações.

Destaca-se que as contratações públicas são instrumentos que permitem a Administração Pública manter-se em uma posição privilegiada, vertical, na relação jurídico-administrativa, o que admite, portanto, a utilização deste espaço e das prerrogativas inerentes ao procedimento licitatório para implementar ações sociais, evitando que as contratações sejam um fim em si mesmo e alcançando, portanto, uma função horizontal da licitação e da contratação administrativa, permitindo o uso dessa força estatal em prol da consecução de benefícios sociais, transcendendo o mero cumprimento de formalidades.

Desta forma, o Decreto nº 9.450 de 24 de julho de 2018 instituiu a política pública denominada Política Nacional de Trabalho no âmbito do Sistema Prisional – PNAT, conforme dispõe o preâmbulo do referido Decreto:

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 forma-

ção profissional das pessoas presas e egressas do sistema prisional, e regulamenta o § 5º do art. 40 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que regulamenta o disposto no inciso XXI do caput do art. 37 da Constituição e institui normas para licitações e contratos da administração pública firmados pelo Poder Executivo federal.

De acordo com o que determina o normativo supracitado cominado com a Lei de Licitações, as empresas que contratarem com o poder público deverão empregar mão de obra formada por presos ou egressos do sistema prisional brasileiro, nas proporções instituídas pelo artigo 6º do mencionado Decreto, nos seguintes termos:

Art. 6º Para efeito do disposto no art. 5º, a empresa deverá contratar, para cada contrato que firmar, pessoas presas, em cumprimento de pena em regime fechado, semiaberto ou aberto, ou egressas do sistema prisional, nas seguintes proporções:

I - três por cento das vagas, quando a execução do contrato demandar duzentos ou menos funcionários;

II - quatro por cento das vagas, quando a execução do contrato demandar duzentos e um a quinhentos funcionários;

III - cinco por cento das vagas, quando a execução do contrato demandar quinhentos e um a mil funcionários; ou

IV - seis por cento das vagas, quando a execução do contrato demandar mais de mil empregados.

Isto posto, evidencia-se que o fim principal da política se encontra oriunda da aproximação das relações entre mercado de trabalho e sistema punitivo, na tentativa de operar uma ressocialização por meio da garantia de acesso à oportunidade laboral, e mais que isso, uma chance social, por meio das contratações públicas que por si só geram expressivas oportunidades de trabalho.

Assim, as licitações deixam de ser mera burocracia e passam a ser um instrumento de operacionalização da política pública e de implementação de emprego para presos e egressos, os quais, frisa-se, infelizmente, possuem dificuldade na inserção no mercado de trabalho, vivendo uma

“marginalização” na sociedade capitalista, conforme leciona Alessandro Baratta (2002):

O cuidado crescente que a sociedade punitiva dispensa ao encarcerado depois do fim da detenção, continuando a seguir sua existência de mil modos visíveis e invisíveis, poderia ser interpretado como a vontade de perpetuar, com a assistência, aquele estigma que a pena tornou indelével no indivíduo. A hipótese de Foucault, da ampliação do universo carcerário à assistência antes e depois da detenção, de modo que este universo esteja constantemente sob o foco de uma sempre mais científica observação, que se torna, por seu turno, um instrumento de controle e de observação de toda a sociedade, parece, na realidade, muito próxima da linha de desenvolvimento que o sistema penal tomou na sociedade contemporânea. Este novo “panopticon” tem sempre menos necessidade do sinal visível (os muros) da separação para assegurar-se o perfeito controle e a perfeita gestão desta zona particular de marginalização, que é a população criminosa.

Por conseguinte, o Poder Público em sua relação de verticalidade nas licitações possui o poder de influir na determinação de reserva de vagas para presos e egressos, como medida fim de assistência na reintegração social do indivíduo, atuando, portanto, antes e depois da detenção, conforme será melhor abordado adiante.

Ademais, os processos e as decisões que serão analisados ao longo deste trabalho discutem a respeito da formalidade de aplicação da política pública, ou seja, de como será instituída a PNAT na prática, durante o processo licitatório, a fim de mitigar controvérsias quanto a aplicação formal do que fora instituído na teoria pelo ordenamento.

Nesse sentido, as ações ora analisadas possuem como objeto da lide, um específico edital de licitação que continha como exigência a necessidade da licitante apresentar Declaração de que destinava 3% (três por cento) das vagas do quadro empregatício para presos e egressos, bem como a entrega de Declaração emitida pela Vara de Execuções Penais – VEP informando que há mão de obra apta disponível para exercer tal atividade laboral, sendo estes, portanto, definidos no referido edital

como critérios de habilitação jurídica, nos termos do artigo 5º, § 1º, I do Decreto 9.450/2018.

Assim, em suma, durante o trâmite dos processos supramencionados, o Tribunal de Contas da União, inicialmente, em sede de cautelar, proferiu entendimento de que a exigência de Declaração de reserva de vaga, com base no Decreto 9.450/2018, e demais requisitos subjacentes extrapolariam o previsto na Lei de Licitações como critério de habilitação jurídica, previsto no artigo 28 da Lei 8.666/93.

Ocorre que esta discussão ascendeu ao Supremo Tribunal Federal, conforme será explicado detalhadamente a seguir, o qual, por sua vez, proferiu entendimento contrário ao do Tribunal de Contas, em decisão com grandes reflexos no âmbito jurídico-administrativo a respeito da legalidade da exigência promovida pelo referido Decreto, por força do que dispõe o artigo 40, § 5º da Lei de 8.666/93.

Assim, este artigo se pautará na análise detalhada das discussões em ambos os Tribunais para que ao final seja realizada uma reflexão a respeito do assunto, de modo a debater a respeito da política pública com considerável impacto para o Direito Administrativo ante a associação do grande poder de compra estatal e da promoção de ações afirmativas em contratações públicas.

## 2 PREGÃO: CONCEITO E FUNCIONALIDADE

Inicialmente, cabe explicitar a respeito da modalidade de licitação pregão, para somente em seguida adentrar no mérito da discussão do Decreto nº 9.450/2018, visto que é de suma importância rememorar alguns conceitos de Direito Administrativo necessários para o entendimento deste trabalho.

Assim, persiste apresentar o conceito de pregão, nos termos do entendimento do TCU (2010):

Pregão destina-se exclusivamente a contratação de bens e serviços comuns, independentemente do valor estimado da contratação. Nessa modalidade, os licitantes apresentam propostas de preço por escrito e por lances, que podem ser verbais ou na forma eletrônica.

Nesse sentido, a Lei nº 10.520/2002 instituiu esta modalidade de licitação que pode ocorrer de forma presencial e eletrônica, sendo esta última a mais adotada pela Administração em suas contratações, tendo em vista a facilidade tecnológica que assegura a celeridade necessária para procedimentos públicos. Nesse sentido, explica Meirelles (2006):

É aquele efetuado por meio de utilização de recursos de tecnologia da informação, ou seja, por meio de comunicação pela Internet. [...] Seu procedimento segue as regras básicas do pregão comum, mas, como é evidente, deixa de ocorrer na presença física do pregoeiro e dos participantes, já que todas as comunicações são feitas por via eletrônica.

Tendo em vista a breve explicação conceitual a respeito da modalidade de licitação denominada pregão, é necessário mencionar a respeito das fases, a fim de entender o que fora disciplinado pelo Decreto 9.450/2018.

## 2.1. Pregão: Fases

Em complementação ao anteriormente exposto, no procedimento licitatório, após estudo interno preliminar realizado pelo órgão contratante, é publicado o edital que divulga as regras a serem aplicadas no certame, bem como dispõe os termos da futura contratação, sendo, portanto, ato administrativo vinculado que não pode ser desrespeitado pelos seus agentes. O instrumento convocatório deve ser completo, de modo a permitir que todos conheçam os termos e requisitos da contratação. Nesse sentido, explica José de Carvalho Filho (2018):

Vários dados devem figurar no edital, como o objeto da licitação, o preço e as condições de reajuste, o prazo, o critério de julgamento etc., todos constantes do art. 40 do Estatuto. Como se trata de peça detalhada e longa, o edital deve ser divulgado através de aviso resumido, publicado no Diário Oficial, sendo indicado o local onde pode ser conseguido o inteiro teor do ato. O edital deve obrigatoriamente ter alguns anexos: a minuta do contrato a ser firmado futuramente; o orçamento estimado em planilhas

de quantitativos e preços unitários; o projeto básico e, se for o caso, o projeto executivo; e as especificações complementares e as normas de execução. Observa-se que todas essas imposições têm o escopo de permitir inteira aplicação do princípio da publicidade, dando oportunidade aos interessados de conhecerem os detalhes que cercam a licitação e o futuro contrato.

Assim, após a publicação do edital, no julgamento das propostas, analisa-se a razoabilidade dos preços e a compatibilidade das propostas com as exigências do edital. O órgão contratante poderá realizar diligências a fim de, tão somente, complementar ou esclarecer documentos já apresentados, sendo vedada a inserção de documentação nova em sede de diligência, conforme entendimento pacificado do TCU:

Acórdão 4827/2009-Segunda Câmara  
Enunciado

É cabível a promoção de diligência pela comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, para esclarecer ou complementar a instrução do processo licitatório, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta.

Destaca-se que as referidas diligências servem para coibir o formalismo exacerbado que se encontra veemente vedado pelo Tribunal de Contas da União em sua jurisprudência. Assim, leciona Hely Lopes Meirelles (1996) sobre o assunto:

O princípio do procedimento formal não significa que a Administração deva ser formalista a ponto de fazer exigências inúteis ou desnecessárias na licitação, como também não quer dizer que se deva anular o processo ou o julgamento, ou inabilitar licitantes, diante de simples omissões ou irregularidades na documentação ou na proposta, desde que tais omissões sejam irrelevantes ou não causem prejuízos à Administração ou participantes do certame.

Em seguida, a fim de verificar a aptidão da licitante vencedora, estas deverão enviar a documentação prevista em Lei para habilitação,

a qual é dividida em: habilitação jurídica; técnica; econômico-financeira; fiscal e trabalhista, conforme explica José de Carvalho (2018):

Habilitação é a fase do procedimento em que a Administração verifica a aptidão do candidato para futura contratação. A inabilitação acarreta a exclusão do licitante da fase de julgamento das propostas, e, embora seja uma preliminar deste, vale como um elemento de aferição para o próprio contrato futuro, que é, de regra, aliás, o alvo da licitação.

A respeito tão somente da habilitação jurídica, a qual será debatida ao longo deste trabalho, destaca-se os ensinamentos de Lucas Rocha Furtado (2012), procurador do TCU:

Acerca da habilitação jurídica (art. 28) [...] A finalidade desse dispositivo é o de impedir que sejam contratados pela Administração Pública aqueles que não tenham existência jurídica reconhecida pelo Direito Positivo. A apresentação dos documentos relativos à habilitação jurídica serve para demonstrar que o futuro contratado pela Administração é sujeito de direito e de obrigações, possuindo, em consequência capacidade de fato e de direito para a prática dos atos para os quais será contratado.

Ato contínuo, posteriormente a fase de habilitação, o pregoeiro realiza a adjudicação da licitante com a proposta mais vantajosa para a Administração e que preencheu corretamente os critérios de habilitação, consagrando-se, portanto, como vencedora, permitindo, assim, que as partes entabulem o contrato para, em seguida, dar início à execução das atividades contratadas.

### **3 DO CASO PARADIGMA OBJETO DE ANÁLISE JUDICIAL E ADMINISTRATIVA**

Após uma breve síntese de como ocorre o procedimento licitatório na modalidade pregão, será analisado a seguir o caso objeto das ações

em trâmite no TCU e no STF que discutiram a respeito do Decreto nº 9.450/2018, ora em análise.

Inicialmente, destaca-se que o caso em tela trata do Pregão nº 09/2018, o qual foi destinado à contratação de mão de obra para apoio administrativo a ser realizado nas unidades do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, cujo edital previu como critério de habilitação jurídica, além do que dispõe o artigo 28 da Lei 8.666/93, a Declaração de que a empresa licitante destinava 3% de sua mão de obra para presos e egressos, juntamente com uma Declaração da Vara de Execução Provisória – VEP contendo informação de que há presos e egressos possibilitados de realizar trabalho, nos seguintes termos:

9.18. Declaração de que, caso seja vencedora do certame, 3% dos postos por lote/grupo empregará mão de obra formada por pessoas presas ou egressos do sistema prisional, nos termos do § 5º do art. 40 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, regulamentado pelo Decreto nº 9.450/18, observada a regra definida no art. 5º, § 1º do referido Decreto.

9.18.1. A declaração deverá ser acompanhada de declaração emitida pelo órgão responsável pela execução penal de que dispõe de pessoas presas aptas à execução de trabalho externo.

Assim, as licitantes deveriam enviar, nos moldes do exigido no pregão, todos os documentos previstos do rol do artigo 28 da Lei de Licitações, bem como as supracitadas Declarações em atendimento ao Decreto nº 9.450/2018.

O Decreto, por ser recente à época, e de pouca prática entre as licitantes, culminou na inabilitação de mais de uma empresa em razão da ausência das Declarações, o que gerou a submissão da discussão - a respeito da (i)legalidade da inabilitação com base em critério não previsto na Lei 8.666/93 - ao Tribunal de Contas da União via Representação, bem como ao Supremo Tribunal Federal via Mandado de Segurança.

Assim, em ambos os processos – Mandado de Segurança e Representação – o argumento principal de defesa, a fim de derrubar a inabilitação, se resume precipuamente no fato de que as Declarações exigidas

não se tratavam de critério de habilitação jurídica prevista no rol taxativo do artigo 28 da Lei 8.666/93, ou seja, seria um critério extralegal, não previsto na Lei de Licitações, o que afastaria, portanto, a fundamentação da inabilitação, uma vez que teria sido realizada com base em critério que não poderia ter sido exigido no edital.

Nesse sentido, necessário trazer à baila o teor do artigo 28 da Lei 8.666/93:

Art. 28. A documentação relativa à habilitação jurídica, conforme o caso, consistirá em:

I - cédula de identidade;

II - registro comercial, no caso de empresa individual;

III - ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor, devidamente registrado, em se tratando de sociedades comerciais, e, no caso de sociedades por ações, acompanhado de documentos de eleição de seus administradores;

IV - inscrição do ato constitutivo, no caso de sociedades civis, acompanhada de prova de diretoria em exercício;

V - decreto de autorização, em se tratando de empresa ou sociedade estrangeira em funcionamento no País, e ato de registro ou autorização para funcionamento expedido pelo órgão competente, quando a atividade assim o exigir.

Ademais, outra argumentação utilizada pela defesa, para afastar a inabilitação, se resume no fato de que o Decreto menciona que a Declaração empregatícia de mão de obra de presos e egressos será requisitada para a empresa contratada e não para a licitante, isto é, a leitura do Decreto permite a interpretação de que a Declaração será exigida apenas após a celebração do contrato e não para as licitantes que ainda são possíveis contratadas. Veja-se o artigo pertinente:

Art. 5º Na contratação de serviços, inclusive os de engenharia, com valor anual acima de R\$ 330.000,00 (trezentos e trinta mil reais), os órgãos e entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional deverão exigir da contratada o emprego de mão de obra formada por pessoas presas ou egressos do sistema prisional, nos termos disposto no § 5º do art. 40 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

Por fim, nas razões de defesa, também há menção ao eventual formalismo exacerbado em razão de não ter sido realizada qualquer diligência para sanar um erro que, na essência, não maculou a proposta, respaldando-se, assim, no entendimento do TCU que é a favor de diligências saneadoras, de modo a corrigir erros que não acarretem prejuízos ao interesse público.

Assim, ante o acima exposto, a respeito da argumentação utilizada pela licitante, é necessário debulhar a seguir o entendimento final do STF e do TCU a respeito deste caso paradigma.

### **3.1. Entendimento Final do Tribunal de Contas da União e do Supremo Tribunal Federal**

No ínterim da análise interna, o TCU, após as oitivas dos interessados, proferiu um Acórdão em caráter cautelar, de autoria do excelentíssimo Ministro Vital do Rêgo, que concedeu a medida cautelar apresentada pela representante, determinando a suspensão do andamento da licitação até entendimento final do TCU, em razão das Declarações exigidas no edital, por força do Decreto 9.450/2018, de fato, extrapolarem a documentação de habilitação jurídica prevista no taxativo rol do artigo 28 da Lei 8.666/93.

Depreende-se, portanto, que a Corte de Contas, acertadamente, com a devida estima à expertise técnica na área administrativa, entendeu que a exigência de Declarações, em especial a de reserva de vaga de mão de obra, para fins de habilitação jurídica, é critério fora do escopo da Lei de Licitações. Isto é, para o Tribunal de Contas da União, não sendo critério de habilitação determinado pelo rol do artigo 28 da referida Lei, não há que se falar em inabilitação da licitante, uma vez que cumprira os requisitos legais do regramento próprio do caso.

Ocorre que contra esta decisão fora impetrado pelo IPEA – órgão contratante e responsável pela licitação ora em tela – o Mandado de Segurança nº 36392 no Supremo Tribunal Federal a fim de revogar o referido Acórdão do TCU que determinou a suspensão do certame.

Assim, já em sede de liminar, por decisão monocrática, o Ministro Gilmar Mendes determinou a suspensão da respeitável decisão proferi-

da no processo do TCU, fundamentando *ab initio* que a própria Lei de Licitações em seu artigo 40 prevê a ressocialização de presos e egressos do sistema prisional e a necessária regulamentação em normativo autônomo, veja-se trecho pertinente da decisão:

Desse modo, não entendo que as declarações exigidas (item 9.18.1 do edital do Pregão Eletrônico 9/2018) extrapolam a documentação prevista no art. 28 da Lei 8.666/1993, sobretudo porque a interpretação desse artigo deve abranger todo o contexto da referida Lei. De fato, com o objetivo de implementar política de ressocialização de presos e egressos do sistema prisional, a Lei 13.500/2017 inseriu, no artigo 40 da Lei 8.666/1993, regra nos seguintes termos:

“Art. 40 [...] § 5º A Administração Pública poderá, nos editais de licitação para a contratação de serviços, exigir da contratada que um percentual mínimo de sua mão de obra seja oriundo ou egresso do sistema prisional, com a finalidade de ressocialização do reeducando, na forma estabelecida em regulamento (Incluído pela Lei n. 13.500, de 2017)”

Desta forma, conforme entendimento do STF, o Decreto 9.450/2018 surgiu para regulamentar o que já estava disposto na Lei de Licitações, de modo que a exigência editalícia para apresentação da Declaração atende ao princípio da legalidade, uma vez que se trata de necessária regulamentação prevista no próprio artigo 40 da Lei supracitada.

Além disso, entendeu-se também que a exigência atende ao princípio da primazia do interesse público, não criando, ademais, qualquer óbice ao princípio da impessoalidade e da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, não extrapolando, portanto, os limites constitucionais e os previstos na Lei 8.666/1993.

Assim, a fim de garantir a continuidade do serviço público, o STF em sede de liminar determinou prejudicada a respeitável decisão do TCU proferida em cautelar que determinou a suspensão do Pregão Eletrônico 09/2018.

Ainda no processo em trâmite no STF, abriu-se vista para a Procuradoria Geral da República – PGR se manifestar, a qual emitiu parecer

com entendimento similar ao da decisão da concessão de liminar acima exposta, concluindo que a exigência da Declaração de reserva de vagas para presos e egressos não fere o princípio da legalidade, ante a autorização do artigo 40, §5º da Lei 8.666/93, o qual determina que a exigência da declaração será feita na forma estabelecida em regulamento próprio.

Permite-se entender, destarte, que se trata de uma lacuna deixada pelo legislador a ser preenchida, que no caso foi implementada pelo Decreto 9.840/2018, como dispõe o seguinte trecho do mencionado parecer:

Inicialmente, é importante dizer que a exigência de declarações relativas à disponibilidade de mão de obra egressa do sistema prisional, como condição para habilitação em certame licitatório, não fere, diferentemente do que defende a agravante, o princípio da legalidade. O artigo 40, parágrafo 5º, da Lei 8.666/93 é claro ao autorizar à Administração Pública “exigir da contratada que um percentual mínimo de sua mão de obra seja oriundo ou egresso do sistema prisional”, além de determinar que essa exigência será feita “na forma estabelecida em regulamento”. Trata-se de lacuna propositalmente deixada pelo legislador a ser preenchida pela Administração Pública mediante o exercício de seu poder regulamentar. A lei instituiu a obrigação principal, e deixou a cargo do regulamento a fixação das obrigações acessórias, das formalidades mediante as quais será cumprida a determinação central.

Por fim, a PGR opinou pela concessão da segurança, de modo a revogar a decisão do TCU, a qual suspendeu a licitação por ter vislumbrado ilegalidade ao artigo 28 da Lei 8.666/1993, a fim de a garantir, assim, a legalidade do que estabelece o Decreto 9.840/2018 em seu bojo, e a continuidade do procedimento licitatório.

Seguindo o trâmite do processo, após a concessão da medida liminar e após a juntada do parecer da PGR, já em sede de decisão monocrática, o STF concedeu a segurança sob os mesmos argumentos consubstanciados na mencionada decisão liminar, de que as declarações exigidas com base no Decreto 9450/2018 não extrapolam a documentação prevista no artigo 28 da Lei 8.666/93, visto que a própria Lei possui em seu artigo 40 a possibilidade de exigência das Declarações já mencionadas,

com critérios a serem definidos em normativo próprio, conforme se observa do seguinte trecho da decisão:

Não vislumbro que as declarações exigidas (item 9.18.1 do edital do Pregão Eletrônico 9/2018) extrapolam a documentação prevista no art. 28 da Lei 8.666/1993, sobretudo porque a interpretação desse artigo deve abranger todo o contexto da referida Lei. De fato, com o objetivo de implementar política de ressocialização de presos e egressos do sistema prisional, a Lei 13.500/2017 inseriu, no artigo 40 da Lei 8.666/1993 [...] A referida norma foi regulamentada pelo Poder Executivo Federal com a edição do Decreto 9.450, de 2018 [...]

Reforçou-se também que a exigência editalícia atende ao princípio da legalidade e à prevalência do interesse público, de modo a permitir a isonomia entre as concorrentes, visto que todas teriam que apresentar a documentação, de forma indistinta, destaca-se:

Resta claro que a exigência prevista no edital atende ao princípio da legalidade (artigo 40 da Lei 8.666/1993), à prevalência do interesse público, sempre com necessária observância dos princípios da impessoalidade e da seleção mais vantajosa para a administração. Faz-se importante ressaltar que as exigências do certame dirigem-se, indistintamente, a todos os concorrentes [...]. Por fim, deve-se sempre buscar garantir a continuidade do serviço público, o qual ficaria prejudicado em razão da suspensão do andamento do Lote/Grupo 3 do Pregão Eletrônico 9/2018 – que contempla as diretorias especializadas do IPEA [...]

Assim, até a prolação da referida decisão final no Mandado de Segurança nº 36392/DF, o processo do TCU se encontrava suspenso aguardando o entendimento final da Suprema Corte.

Ato contínuo, após a concessão da segurança via judicial e a respectiva comunicação à Corte de Contas, o egrégio TCU proferiu Acórdão terminativo conhecendo a representação, uma vez que foram satisfeitos os requisitos de admissibilidade, mas considerando prejudicado o exame da medida cautelar - anteriormente deferida em face da análise sumária

do artigo 28 da Lei 8.666/93 - em razão do advento da decisão final no âmbito do Supremo Tribunal Federal, determinando, assim, o arquivamento do processo, nos termos do Regimento Interno do TCU.

Depreende-se, em resumo, que a egrégia Corte de Contas condescendeu ao entendimento do STF, proferindo, assim, Acórdão pelo arquivamento do feito, não proferindo mais qualquer análise da matéria, visto que não havia mais o que se discutir, ante o posicionamento final da Suprema Corte.

Ocorre que em decisão anterior, conforme já exposto, embora em caráter liminar e sumário, o TCU já havia se manifestado pelo entendimento estrito de que a exigência do edital extrapola o previsto no artigo 28 da Lei 8.666/93, o que permite análise comparativa das decisões prolatadas, conforme a seguir realizado.

Posto fim à discussão em ambos os Tribunais – TCU e STF – a respeito da aceitabilidade jurídica do previsto no Decreto em sede de licitação, observar-se-á a seguir algumas considerações sobre o mencionado debate jurídico.

## **4 ANÁLISE SOBRE OS ENTENDIMENTOS DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Ante a explicação processual do trâmite no TCU e no STF, é necessário realizar algumas considerações reflexivas sobre o assunto, uma vez que se trata de fato que causou pertinente repercussão jurídica.

Repisa-se que o Decreto 9.450/2018 instituiu uma política afirmativa de inclusão de presos e egressos do sistema penitenciário brasileiro, determinando que uma empresa contratada pelo o poder público insira, em seu quadro empregatício, vagas destinadas a presos e egressos, sendo, portanto, uma medida de política afirmativa de grande importância para a ressocialização, tendo em vista que há patentes dificuldades enfrentadas pelos presos e egressos quanto a inserção no mercado de trabalho.

Nesse sentido, necessário mencionar brevemente que a PNAT se mostra uma medida prática do que a doutrina busca se debruçar persistentemente a respeito da necessidade de atuação ativa do Estado quanto

a assistência antes e depois da detenção, conforme leciona Alessandro Baratta (2002):

Desde 1939, rusche e Kirchheimer esclarecem as relações existentes entre mercado de trabalho, sistema punitivo e cárcere. Um discurso sobre as relações existentes entre emprego e criminalidade não exaure, contudo, todo o tema da marginalização criminal, sobretudo, porque o “mercado de trabalho” se manifesta, no sistema capitalista, como uma dimensão não só econômica, mas política e econômica ao mesmo tempo, sobre a qual influi o sistema de status e o poder estatal. É claro que o processo de exclusão implicado no mercado de trabalho representa um terreno de cultura para a marginalização mediante o trabalho [...].

Desta forma, sobre o tema, nos termos do entendimento do TCU, embora em análise sumária cautelar, defendeu-se, em uma visão estritamente legalista, que a exigência de reserva de vagas instituída pelo Decreto supracitado extrapolaria o rol do artigo 28 da Lei 8.666/93 que prevê os critérios para a habilitação jurídica, sendo, assim, as Declarações um critério adicional e extralegal que não teria força para inabilitar uma licitante.

Isto é, para o TCU a habilitação de uma empresa em um processo licitatório se restringe ao cumprimento estrito do disposto na Lei de Licitações, não podendo ser considerada inabilitada uma licitante que cumpriu todos os requisitos de habilitação previsto naquela Lei. Trata-se, portanto, de uma análise administrativa estritamente técnica e legalista que engloba uma visão restritiva típica de Órgãos de Controle.

Assim, depreende-se que o TCU, com toda a reverência ao entendimento proferido pela Corte de Contas, realizou uma análise acertada, de acordo com o atual ordenamento jurídico, mas concebendo uma interpretação literal do texto, restrita tão somente ao artigo 28 da Lei 8.666/93, que, de fato, não prevê em seu rol a Declaração de emprego de mão de obra para presos e egressos como critério de habilitação jurídica. Logo, o Decreto 9.450/2018 ao exigir o referido documento, não poderia ser utilizado como critério de habilitação jurídica, tendo em vista que extrapolaria as exigências legais da Lei de Licitações.

Nesse sentido, destaca Eduardo Bim (2013) a respeito desta visão restritiva que vem sendo construída pelo TCU em suas jurisprudências quanto aos critérios de habilitação, impossibilitando a inserção de outros critérios:

Os requisitos da habilitação são interpretados restritivamente pela jurisprudência e somente são admitidos quando tem por fim garantir o cumprimento do contrato. Essa visão sobre a habilitação praticamente impossibilita a inserção de critérios ambientais nessa fase.

Repisa-se que se trata de visão típica de Órgão de Controle que defende com veemência o cumprimento restrito dos critérios de habilitação, a fim de evitar qualquer prejuízo ao certame, como abordado pelos membros da Advocacia Geral da União, Luciana Terra, Luciana Csipai e Mara Uchida (2011):

Tais entes costumam condenar com veemência a previsão de requisitos de habilitação que possam representar restrição infundada à competitividade do certame ou quebra da isonomia entre os licitantes.

Em contrapartida, o entendimento do STF, em uma análise em prol da máxima efetividade social da norma, defendeu que a exigência de reserva de vagas abordada no referido Decreto, na verdade, regulamenta o que já se encontra disposto na própria Lei de Licitações, no âmbito do que disciplina o artigo 40, § 5º da Lei 8.666/93, o qual prevê expressamente a aplicação da política de oportunidade laboral para presos e egressos em contratações públicas, dispondo, inclusive, que tal medida dependerá de regulamentação em normativo próprio.

Isto é, conforme o entendimento do STF, a Lei de Licitações determina expressamente que haja a criação de normativo que vise a disciplinar no tocante a reserva de vagas para presos e egressos em licitações públicas, o que estaria sendo regulado, portanto, pelo Decreto 9.450/2018, razão pela qual não haveria qualquer ilegalidade, mas, de fato, uma concretização fática da natureza programática da norma.

Desta forma, o STF realizou uma análise sistemática, abordando a Lei de Licitações de forma global, sopesando a importância da Política Pública e valorizando o texto constitucional ao abordar a coerência da política pública com os princípios regentes da Administração, os quais se encontram insculpidos no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal.

Por conseguinte, o STF defendeu, mormente, que a legalidade da exigência de Declaração no âmbito da licitação ocorre com base na previsão do artigo 40, §5º da Lei 8.666/93, o qual, de fato, permite que os editais de licitação poderão exigir reserva de vaga para mão de obra de presos e egressos, sob a forma a ser estabelecida em regulamento.

Destarte, considerando que Lei de Licitações prevê expressamente que é possível a exigência da Declaração e que o Decreto regulamenta a complementação autorizada no artigo supracitado, não há que se falar em ilegalidade, conforme leciona o STF em sua decisão, destaca-se:

Resta claro que a exigência prevista no edital atende ao princípio da legalidade (artigo 40 da Lei 8.666/1993), à prevalência do interesse público, sempre com necessária observância dos princípios da impessoalidade e da seleção mais vantajosa para a administração.

Embora tenha ocorrido divergência de entendimentos e interpretação pelos Tribunais pátrios, impende mencionar que apesar de opostos, ambos são corretos, tendo como ponto comum entre os debates a análise da ordem e dos valores subjacentes do ordenamento, verificando como ocorreria a aplicação da norma – Decreto 9.450/2018 – à realidade.

Desta forma, tal divergência jurisprudencial fomenta o estudo acadêmico do tema, tendo sido uma discussão de grande valor para o mundo jurídico-administrativo, uma vez que há duas perspectivas de interpretação do caso que podem ser aceitas, em razão da adequada fundamentação legal de ambos.

No entanto, para fins de aplicação concreta do normativo ora em debate, em uma análise casuística, prevaleceu, inequivocamente, o entendimento da Suprema Corte firmado com base na primazia da interpretação sistemática, a qual se encontra presente na maioria dos julgamentos do referido Tribunal.

Destaca-se que, nos termos dos ensinamentos de Alessandro Barratta (2002), que, quando se trata de análise do sistema prisional e da marginalização, a interpretação global se mostra a mais adequada em prol à necessidade de eficácia da norma, uma vez que permite uma aplicação de acordo com a realidade social:

A análise do sistema penal e da marginalização social não pode ser feita, sob o aspecto jurídico [...] excluindo-se o conhecimento da eficácia e da aplicação concreta da norma [...] a lógica da aplicação seria uma lógica contrária à da normatização. Uma visão global do direito permite, ao contrário, interpretar a lógica da normatização à luz da realidade histórica e social e que ela é concretizada. Isto permite atribuir a todo o sistema, e não somente à aplicação, a sua função real, controlável com os dados da experiência, e interpretar como ideologia legitimante as finalidades do legislador que, até agora, permaneceram um programa irrealizado.

Trata-se, portanto, de um caso de grande valor para o Direito Brasileiro, em razão da decisão final ter garantido a prevalência da exigência em contratações públicas de vagas para mão de obra de presos e egressos, valorizando, assim, a Política Nacional de Trabalho no âmbito do Sistema Prisional que se encontra regulamentada no Decreto 9.450/2018 em consonância com o ordenamento jurídico por força do que determina o artigo 40, §5º da Lei 8.666/93.

Por fim, permitindo-se, portanto, uma atuação estatal positiva visando a assistência do preso e sua reinserção no mercado de trabalho, enfrentando, assim, os obstáculos da estrutura político-econômica envolvidos neste processo.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, considerando os entendimentos firmados pelo Tribunal de Contas da União e pelo Supremo Tribunal Federal, depreende-se que o debate entre as Cortes acarretou em uma nova linha de jurisprudência que irá refletir nas futuras contratações do poder público.

Destaca-se que fora de tamanha repercussão jurídica do caso, que resultou em objeto de notícia no próprio *site* da Suprema Corte.

Ademais, é possível depreender desta curta abordagem realizada neste trabalho que o objetivo da licitação está sendo notoriamente ampliado, não se restringindo mais apenas a vantagem econômica da Administração, mas acrescentando como finalidade licitatória, a preocupação com o emprego de mão de obra de presos e egressos, permitindo, portanto, a ressocialização social, e a concretização da política pública pretendida.

Nesse sentido, Alessandro Baratta (2002) aborda que tal política de inserção no mercado de trabalho fora do cárcere já foi objeto de leis inovadoras também em outros países:

[...] nos últimos anos, assistiu-se à introdução denotáveis invocações neste sistema, como, por exemplo, na Itália e na Alemanha. As “reformas” carcerárias aprovadas nos dois países, ainda que não modifiquem, na substancia, a espiral repressiva, introduziram dois princípios bastante novos. O primeiro é o de um trabalho carcerário equiparado ao trabalho desenvolvido fora do cárcere pelo assalariado. O segundo é a abertura à presença externa do cárcere, a maiores contatos entre os presos e a sociedade externa.

Verifica-se, portanto, que o Decreto 9.450/2018 se mostra uma verdadeira inovação ao mundo jurídico brasileiro a respeito da correlação entre a população carcerária e o mercado de trabalho, por meio de uma política pública com enfoque político-econômico, a fim de assegurar a devida assistência ao presos e egressos ante um instrumento estatal – licitações – que permite a geração de emprego e consequente reinserção social.

Assim, impende descartar que a implementação de ações afirmativas, no âmbito das licitações, é um benefício necessário frente ao Estado Democrático de Direito e ante ao poder de compra estatal. Nesse sentido defende Carlos Alberto de Medeiros (2004) a respeito do *purse power*:

Esse poder decorre do fato de o governo ser o maior comprador de bens e serviços, e também distribuidor de verbas públicas a organizações sem fins lucrativos, tais como universidades, hospitais, teatros, filarmônicas, além

de organizações não-governamentais de diversos tipos. O governo descobre, assim, sua capacidade de impor, como condição de participação em licitações públicas, ou para o recebimento de doações de verbas públicas, que empresas e outras organizações adotem determinadas políticas – no caso, as chamadas políticas de ‘diversidade’.

Nesse sentido, o uso do poder de compra de estatal permite atingir outros interesses protegidos pelo Direito, garantindo uma finalidade teleológica à licitação, fomentando aspectos sociais concomitantemente com as necessidades ordinárias administrativas, utilizando a contratação pública como instrumento para garantir o interesse público.

A atual interpretação hermenêutica jurídica não se restringe mais a uma postura formalista, atingindo uma noção mais sistêmica do Direito, não contemplando uma norma ser interpretada em sua mera literalidade, desapegada de qualquer razoabilidade que norteie a consecução de uma finalidade maior.

Desta forma, analisando o tema à luz dos entendimentos do Tribunal de Contas da União e do Supremo Tribunal Federal, é possível verificar que ambas as decisões encontram acertado respaldo no ordenamento jurídico, tendo ocorrido tão somente interpretação diversa sob perspectiva *dispare*, o que não invalida o fundamento legal utilizado nas respeitáveis decisões.

No entanto, a interpretação extensiva realizada pela Suprema Corte, partindo de uma análise sistêmica de todo o ordenamento jurídico, sopesando a importância da medida instituída pelo Decreto supracitado, garantiu a eficiência formal da Política Nacional de Trabalho no âmbito do Sistema Prisional – PNAT, de modo a permitir que tal instrumento se adeque às licitações públicas por meio de requisito de habilitação jurídica.

Assim, ante o exposto, este trabalho se baseou na visão técnica do tema, em razão da atuação profissional no caso, o que permitiu o pertinente aprofundamento, de modo a visar a promoção de uma reflexão a respeito da importância social de ações afirmativas no âmbito de contratação pública para garantir que este instrumento não seja apenas como um objeto econômico, mas político-econômico, como é o caso do que

fora estabelecido pelo Decreto 9.450/2018, o qual garante a assistência estatal na promoção de chances sociais e oportunidades no mercado de trabalho para presos e egressos do sistema prisional brasileiro.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal** / Alessandro Baratta; tradução Juarez Cirino dos Santos – 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BIM, Eduardo Fortunato. **Considerações sobre a juridicidade e os limites da licitação sustentável i in Licitações e contratações sustentáveis**. 1ª ed. 1ª reimp. Coordenadores: SANTOS, Murillo Giordan et al. BARKI, Teresa Villac Pinheiro. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Licitações e contratos : orientações e jurisprudência do TCU/ Tribunal de Contas da União**. – 4. ed. rev., atual. e ampl. – Brasília : TCU, Secretaria-Geral da Presidência : Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 31 ago. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Brasília, DF. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm). Acesso em: 31 ago. 2019.

BRASIL. **Decreto 9.450 de 24 de julho de 2018**. Brasília, DF. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/Decreto/D9450.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Decreto/D9450.htm). Acesso em: 31 ago. 2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 32. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MEDEIROS, Carlos Alberto. **Na lei e na raça: legislação e relações sociais, Brasil-Estados Unidos**. Rio de Janeiro: DP&A, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Acórdão 4827/2009**. Segunda Câmara. Relator Ministro Aroldo Cedraz. Data da sessão: 15/09/2009. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/jurisprudencia-selecionada/Ac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%25204827%252F2009%2520Segunda%2520C%25C3%25A2mara/%20/score%20desc,%20COLEGIADO%20asc,%20ANOACORDAO%20desc,%20NUMACORDAO%20desc/1/%20?uuid=a061d430-df7e-11e9-901c-11bb18f0448d>. Acesso em: 8 set. 2019.

TERRA, Luciana Maria Junqueira. CSIPAI, Luciana Pires. UCHIDA, Mara Tieko. **Licitações e contratações públicas sustentáveis**. Fórum, 2011.

Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 36392**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5666528>. Acesso em: 8 set. 2019.