



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO  
PROCURADORIA DE SERVIÇOS PÚBLICOS

26 MAI 2015

VALE A EMENDA A CARMIM

Parecer nº 01/2017/FAAR-PSP

Rio de Janeiro, 15 de maio de 2017.

LICITAÇÃO. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO COM MÃO DE OBRA RESIDENTE. AÇÃO AFIRMATIVA. FUNÇÃO REGULATÓRIA DA LICITAÇÃO. RESERVA DE VAGAS PARA DETENTOS E EGRESSOS DO SISTEMA PENITENCIÁRIO. LEI 3.940, DE 09 DE SETEMBRO DE 2002, E LEI 6.346, DE 23 DE NOVEMBRO DE 2012. EXAME DE CONSTITUCIONALIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL. PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE, ISONOMIA E EFICIÊNCIA DAS LICITAÇÕES. PRINCÍPIO DA LIVRE INICIATIVA. SUGESTÃO DE PROPOSITURA DE REPRESENTAÇÃO POR INCONSTITUCIONALIDADE. A GRAVIDADE DO PROBLEMA RECOMENDA A INICIATIVA DE AÇÕES DE FOMENTO. SUGESTÃO DE DELIBERAÇÃO SOBRE PROPOSIÇÕES NESSE SENTIDO.  
Processo Administrativo nº E-21/089/569/2011

**Senhor Procurador Chefe:**

Trata-se de processo administrativo oriundo da Fundação Santa Cabrini, gestora do trabalho prisional, com o intuito de elaborar minuta de Decreto Estadual visando a regulamentar a lei nº 3.940/2002, alterada pela lei estadual nº 6.346/2012, que dispõe sobre a *“reserva de vagas de empregos para os detentos e egressos do Sistema Penitenciário nas empresas prestadoras de serviços ao Estado do Rio de Janeiro”*.

Inicialmente, foi recomendado pela ASJUR da Casa Civil fosse o presente processo administrativo remetido à Secretaria de Estado de Administração Penitenciária – SEAP, para complementação da instrução processual e elaboração de parecer jurídico conclusivo (fls. 14/16 P.A.). Na SEAP, foram formuladas diversas ressalvas à minuta inicial do decreto, com o entendimento de que diversos dispositivos contrariavam o texto da Lei 3.940/02. Ressaltou-se, ademais, a necessidade de criação de “grupo de trabalho” referido no art. 7º da Lei 6.346/12 (fls. 20-23 P.A.).

159  
Às fls. 91-106 consta a Promoção ASJUR/CC nº58/2015-BRF, pela qual examinada a minuta de decreto de regulamentação da Lei nº 3.940/2002, na tentativa de adequar a lei à Constituição, dadas as incongruências e omissões que maculam a lei, com o que a minuta recebeu o parecer favorável no âmbito da SEAP (143-147 e 153).

Por fim, foi o presente processo administrativo remetido à PGE, com o intuito específico de analisar a constitucionalidade da Lei nº3.940/02, que ora se pretende regulamentar, à luz do que anteriormente concluído pela PGE no Parecer nº64/2012-FAG.

De se destacar que, no processo administrativo, constam cópia dos seguintes pareceres da PGE: [i] Pareceres 09/2013-APCBCA/PG-15 e 10/2014-HGA, que trataram da necessidade de regulamentação da Lei nº 3.940/2002 como requisito à inclusão, nas minutas-padrão da PGE de contrato de prestação de serviço com mão de obra residente, de cláusula contratual para a pretendida reserva de vagas (fls. 57-59 e 81-87); [ii] Parecer nº64/2012-FAG, que concluiu pela inconstitucionalidade do Projeto de Lei nº871-A/2011, que antecedeu a aprovação da Lei nº6.346/2012 (fls. 61-75); e [iii] Parecer 11/2004-MJVS, que examinou o Decreto estadual nº 33.925/2003, que regulamentou a reserva de vagas para *deficientes* nas licitações estaduais (fls. 47-52).

De se registrar, derradeiramente quanto ao ponto, que, sobre a matéria objeto do parecer, também foi proferido no âmbito da PGE o Parecer 15/2002-SNM<sup>1</sup>, que entendeu pela inconstitucionalidade (formal e material) do Projeto de Lei nº 1.571/2000, que, doravante resultou na promulgação da Lei nº 3.940, de 09/09/2002.

É o relatório. Passo a opinar.

#### I - CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Conforme se depreende da Justificativa que endereçou o Projeto de lei 1751 (Lei nº 3.940/2002), a *ratio* legislativa foi a de combater o crime e a violência, utilizando a força e o talento dos beneficiários da lei para uma atividade “*produtiva e honesta*”. Afirmou-se naquela oportunidade:

<sup>1</sup> Ora acostado ao processo administrativo.

26/08/2015  
141089\*000569 15

26 MAI 2015

VALE A EMENDA A CACIM

159



21/89.569/15  
14/089\*000569/15  
26 MAI 2015

160  
8

“Negar emprego a um ex-detento é pulverizar suas esperanças de recuperação e remetê-lo de volta à marginalidade. Ao acolhe-los, em empregos dignos, o Poder Público estará prestando relevante serviço social, e na forma proposta sem qualquer ônus adicional, que permitirá a reintegração à sociedade de egressos do sistema penitenciário, salvando-lhes as vidas e reerguendo moralmente suas famílias”.

VALE A EMENDA

A proposta da lei, portanto, foi utilizar a contratação pública – destinada, em princípio, para a aquisição de bens e serviços ao menor custo – para atingir outra finalidade pública (interesse primário) definido pela lei: combater o preconceito sofrido pelos detentos e egressos do sistema penitenciário no mercado de trabalho, introduzindo medida de intervenção do Estado nas relações privadas e nos contratos de trabalho que menciona.

Diante do notório problema de reincidência criminal e na perspectiva de que, ao menos em parte, este possa ser remediado através da maximização das chances de reinserção dos ex-detentos no mercado de trabalho, o legislador estadual fluminense – como em outros Estados da federação, através de soluções diversas<sup>2</sup> – elegeu a política de reserva de 5%<sup>3</sup> das vagas de todos os contratos de prestação de serviços com mão de obra residente a serem firmados no âmbito estadual aos detentos e egressos do sistema penitenciário.

Como se vê, a finalidade da lei foi a de utilizar a licitação como instrumento de “fomento”<sup>4</sup> em matéria de política pública voltada à proteção dos

<sup>2</sup> Thiago Araújo, Procurador do Estado, em artigo dedicado ao tema ora em debate, indica algumas iniciativas legislativas de outros Estados da federação visando a minimizar as dificuldades encontradas pelos ex-detentos para sua reinserção no mercado de trabalho (*In* EGRESSOS, LICITAÇÃO E FUNÇÃO PROMOCIONAL DO DIREITO – COMO PODE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FOMENTAR A REINserÇÃO SOCIAL?, Forum de Contratação e Gestão Pública, ano 14, nº 164, p. 59-72, ago. 2015).

<sup>3</sup> O percentual de 10%, inicialmente definido pela Lei nº 3.940/2002, foi reduzido pela Lei nº 6.346/12.

<sup>4</sup> José Vicente Santos de Mendonça esclarece que fomento propriamente dito e regulação econômica e social, em verdade, não se confundem. Ressalta: “A distinção entre fomento e regulação econômica e social – pressupondo, com faz a doutrina majoritária, que polícia e regulação sejam coisas distintas (...) é simples. É claro que se pode afirmar que a intervenção regulatória pode-se dar por meio de fomento, até porque o conceito de regulação é amplo. Mas temos, na regulação, um caso em que o todo é maior do que a soma de suas partes. Regulação é criar a norma, fiscalizá-la, aplicá-la, compor controvérsias, induzir comportamentos. Nem por isso ela seria mistura simples de polícia, fomento, poder normativo, funções executivas. (...) O fomento existe na condição de técnica da regulação (ainda que não deixe, por isso, de ser fomento), mas ele e a regulação são coisas distintas” (*in* DIREITO CONSTITUCIONAL ECONÔMICO, Ed. Forum, 2014, p. 365).

7

detentos e egressos do sistema penitenciário, valendo-se do que a doutrina capitaneada por Marcos Jurueña Villela Souto - convencionou designar de função regulatória da licitação.

21/08.569/15  
Nº 089 \* 000569/15  
28 MAI 2015  
161  
Rubrica

VALE A EMENDA A CÂMARA

Pelo parecer, cumpre indagar se a opção legislativa encontra amparo na Constituição Federal. E, inobstante a nobreza dos propósitos da iniciativa legislativa parlamentar, entendemos que há vícios de inconstitucionalidade material que maculam a lei em comento. A inconstitucionalidade da lei, frise-se, já havia sido demonstrada pelos pareceres PGE nºs 15/2002-SNM e 64/12-FAG aos projetos de lei que a antecederam a Lei nº 3.940/2002 e a Lei nº 6.346/12, respectivamente.

Impõe, assim o exame da matéria sob os aspectos formal e material, conforme adiante exposto.

## II - EXAME DOS ASPECTOS FORMAIS DE CONSTITUCIONALIDADE

Os projetos de leis que tenham por objeto estabelecer atribuições ao Poder Executivo (ou aos demais Poderes de Estado) devem ser instaurados pelos respectivos Chefes de Poder, como determinam a Constituição da República e a Constituição do Estado. Trata-se de lógica intrinsecamente relacionada ao princípio da separação de Poderes e, portanto, de reprodução obrigatória também em âmbito estadual.

Sob tal premissa, cumpre registrar que a Lei estadual nº 3.940/02 e, do mesmo modo, a Lei nº 6.346/12, foram fruto de processo legislativo de iniciativa parlamentar pelo que impõe examinar – para afastar –, desde logo, eventual discussão sobre vício de iniciativa legislativa das leis em comento. Ocorre que a matéria disciplinada nas leis estaduais em referência diz respeito às chamadas ações afirmativas pela *via da reserva de vagas*, instrumento de intervenção do Estado que, por definição, visa a conferir efetividade ao *princípio da dignidade da pessoa humana*. Não se trata, por assim dizer, de legislação afeta diretamente à reestruturação da Administração Pública, em que pese, por suposto, atos normativos dessa natureza, ao fim e ao cabo, tornem por repercutir na rotina administrativa dos órgãos.

3

De se notar, nesse ponto, que, quando do exame da constitucionalidade do Projeto de Lei nº 144-B/03, doravante aprovado pela edição da Lei nº 4.340/04 (que dispõe sobre a reserva de vagas para pessoas portadoras de deficiência no Estado), na PGE, chegou a ser sustentada a inconstitucionalidade formal por vício de iniciativa de projetos desse jaez (Parecer 18/04-GUB), o que, no entanto, veio de ser afastado pelo Parecer 11/04-MJVS, pelas mesmas razões já explicitadas.

Assim, a primeira premissa a ser fixada é de que a Lei estadual nº 3.940/02, com as alterações introduzidas pela Lei nº 6.346/12<sup>5</sup>, versa sobre matéria não reservada à iniciativa legislativa dos Poderes de Estado e, como decorrência, tem aplicação sobre todos os Poderes, indistintamente, a saber, Executivo, Legislativo e Judiciário, incluindo Ministério Público, como, de resto, restou explícito no artigo 3º-F da lei.

Superado esse ponto, é preciso o registro da existência de precedente do Tribunal de Justiça em que se decidiu pela inconstitucionalidade formal de lei municipal que, como a Lei estadual nº 3.940/02, previa o sistema de reserva de vagas para detentos nas licitações municipais.

Com efeito, quando do julgamento da Representação por Inconstitucionalidade nº 0002362-19.2013.8.19.0000, o Em. Desembargador Cherubin Schwartz sustentou no voto condutor, acolhido por unanimidade, que a Lei Municipal nº 5.496/2012, que impunha a reserva de vagas para detentos em regime semi-aberto pelas empresas contratadas pelo Município do Rio de Janeiro, era inconstitucional por violação direta à competência da União para dispor por norma geral sobre Direito Penitenciário e, ainda, porquanto ingressaria na seara do Direito do Trabalho<sup>6</sup>. Quanto ao ponto, cabem apenas as breves considerações que se seguem.

<sup>5</sup> As referências à Lei estadual nº 3.940/02 feitas nesse parecer pressupõem, e incluem, as alterações introduzidas pela Lei nº 6.346/12, salvo alusão específica a destacada de uma das leis.

<sup>6</sup> Confira-se a Ementa: "REPRESENTAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI MUNICIPAL N.º 5.496/2012, QUE DISPÕE ACERCA DA OBRIGATORIEDADE DE RESERVA DE VAGAS PARA ADMISSÃO DE DETENTOS EM REGIME SEMI-ABERTO PELAS EMPRESAS CONTRATADAS PELO MUNICÍPIO. Norma que trata de direito penitenciário. Violação da competência concorrente da União e do Estado – artigo 74, I, da CERJ. Violação da iniciativa privativa do Chefe do Executivo. Violação do princípio federativo. Procedência do pedido para declarar a inconstitucionalidade total da Lei n.º 5.496/2012, diante da usurpação da competência legislativa concorrente da União e do Estado".

7

Quanto ao Direito Penitenciário, com exceção à disciplina contida no artigo 36 da Lei federal nº 7.210/84 (LEP)<sup>7</sup>, não localizamos norma geral federal que reduza a atuação legislativa estadual para dispor sobre a matéria. Com efeito, a Lei federal nº 7.210/84 (LEP) se limitou a prever, no artigo 36, que é de 10% o percentual de presos em regime fechado que está autorizado ao trabalho externo e, ainda, que o trabalho poderá ser dar "(...) *em serviço ou obras públicas realizadas por órgãos da Administração Direta ou Indireta, ou entidades privadas, desde que tomadas as cautelas contra a fuga e em favor da disciplina*". Assim, a nosso juízo, numa interpretação conforme a Constituição, impor-se-ia – *no lugar da declaração de inconstitucionalidade da lei* - a conformação da Lei nº 3.940/2002 à competência legislativa concorrente oriunda do artigo 24, inciso I, da CF, dando aplicação à lei estadual com observância ao artigo 36 da LEP, para os presos em regime fechado.

A nosso juízo, a inconstitucionalidade que macula a Lei nº 3.940/2002, em que pese permeie a competência legislativa privativa da União para dispor sobre Direito do Trabalho – *conforme mais adiante demonstrado* -, se verifica por vício material, não formal.

É o que passamos a demonstrar.

### III - EXAME DOS ASPECTOS MATERIAIS DE CONSTITUCIONALIDADE

A nosso ver, a opção legislativa de discriminação positiva em favor dos ex-detentos, no caso, restringe os princípios da vantajosidade e da competitividade da licitação, além de afetar a liberdade econômica e o próprio princípio da isonomia que pretendeu tutelar. Por outro lado, é fato incontestável que a medida possui o potencial

<sup>7</sup> Art. 36. O trabalho externo será admissível para os presos em regime fechado somente em serviço ou obras públicas realizadas por órgãos da Administração Direta ou Indireta, ou entidades privadas, desde que tomadas as cautelas contra a fuga e em favor da disciplina.

§ 1º O limite máximo do número de presos será de 10% (dez por cento) do total de empregados na obra.

§ 2º Caberá ao órgão da administração, à entidade ou à empresa empreiteira a remuneração desse trabalho.

§ 3º A prestação de trabalho à entidade privada depende do consentimento expresso do preso.

Art. 37. A prestação de trabalho externo, a ser autorizada pela direção do estabelecimento, dependerá de aptidão, disciplina e responsabilidade, além do cumprimento mínimo de 1/6 (um sexto) da pena.

Parágrafo único. Revogar-se-á a autorização de trabalho externo ao preso que vier a praticar fato definido como crime, for punido por falta grave, ou tiver comportamento contrário aos requisitos estabelecidos neste artigo.

de beneficiar não apenas os próprios apenados, como, igualmente, a população como um todo.

21/ 89. 569/15  
447009 \* 000569 / 15

26 MAI 2015

VALE A EMENDA A CARMIM

Desta feita, diante do aparente conflito de interesses constitucionais, mister realçar, a esse propósito, que as leis discriminatórias devem ser analisadas visando a verificar se a medida adotada não estaria fora dos parâmetros de necessidade, adequação e proporcionalidade, vertentes oriundas do princípio da proporcionalidade<sup>8</sup>.

Na lição clássica de Luís Roberto Barroso sobre a matéria, o princípio da proporcionalidade é princípio de interpretação constitucional e, enquanto tal, permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos quando: "a) não haja adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado (adequação); b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo menos gravoso para chegar ao mesmo resultado (necessidade/vedação do excesso); c) os custos superem os benefícios, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha (proporcionalidade em sentido estrito)"<sup>9</sup>.

Esse é, portanto, o exame que impõe seja realizado. Resumidamente, passamos a demonstrar, a seguir, que a Lei nº 3.940/2002 é inconstitucional porque [i] a opção legislativa da reserva de vagas fere o subprincípio da necessidade, uma vez que há outros meios menos gravosos aptos a promover a reinserção dos ex-detentos; [ii] fere a proporcionalidade em sentido estrito, porque afeta demasiadamente os princípios da competitividade e vantajosidade das licitações e, por assim dizer, o princípio da finalidade e o vetor que dele decorre do inciso XXI do artigo 37 da CF, e [iii] fere, ainda, a proporcionalidade em sentido estrito porque reduz, sobremaneira, o direito à liberdade econômica, bem assim os direitos fundamentais de outras minorias<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> Cf. Lella Pinheiro Bellintani in AÇÃO AFIRMATIVA E OS PRINCÍPIOS DO DIREITO: A QUESTÃO DAS QUOTAS RACIAIS PARA INGRESSO NO ENSINO SUPERIOR NO BRASIL, Lumen-Juris, p.35-36.

<sup>9</sup> In CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO – OS CONCEITOS FUNDAMENTAIS E A CONSTRUÇÃO DO NOVO MODELO, Ed. Saraiva, 2009, p. 305.

<sup>10</sup> Recorde-se que, no controle da necessidade do ato verifica-se "se os meios empregados são os melhores adotados para permitir alcançar o resultado almejado: nem mais, nem menos" (Xavier Philippe, in LE CONTROLE DE PROPORTIONNALITÉ DANS LES JURISPRUDENCES CONSTITUTIONNELLE ET ADMINISTRATIVE FRANÇAISES, Aix-en-Provence: Economica, 1990, p. 183). Através deste controle, o juiz verifica a relação de adequação dos motivos com o seu objeto e sua finalidade, tendo em vista as circunstâncias fáticas dadas, exigindo, assim, uma proporcionalidade estrita entre estes elementos. Para verificar a necessidade dos meios empregados, leva-se em conta não só a hierarquia dos *direitos e liberdades envolvidos*, bem como as circunstâncias do caso concreto.

26 MAI 2013 VALE A EMENDA A CARMIM

Em que pese, tecnicamente, seja possível verificar fundamentos distintos de inconstitucionalidade, na forma realçada, a demonstração dos vícios que maculam a lei depende do exame de premissas que são comuns e que estão umbilicalmente interligadas, o que explica a forma como, a seguir, os argumentos passam a ser expostos.

#### O PROBLEMA DA DESIGUALDADE MATERIAL E O INSTRUMENTO DA AÇÃO AFIRMATIVA

A reintegração sócio-econômica do apenado consiste em um dos objetivos primordiais da Lei de Execução Penal<sup>11</sup>, além de interesse público primário a ser atingido por um Estado Democrático de Direito. Não obstante, mais de três décadas após a edição da lei, é fato notoriamente conhecido a extrema dificuldade de ex-presidiários reingressarem no mercado de trabalho após o cumprimento de suas penas, em razão de forte preconceito a que estão sujeitos no mercado de trabalho.<sup>12</sup>

Os índices de reincidência criminal no país são elevadíssimos, variando de cerca de 25% a 70%, a depender dos parâmetros utilizados para tal avaliação.<sup>13</sup> Tais patamares são atingidos, em parte, justamente pela enorme dificuldade sentida por ex-detentos em obter vagas no mercado de trabalho, levando muitos a voltar à criminalidade, prejudicando, por via de consequência, a segurança de toda a população. A dificuldade de reintegração social não esgota, por óbvio, as inúmeras e diversas causas para o alto índice de reincidência; não obstante, consiste em relevante fator para tal cenário, que não pode ser ignorado.

No Estado do Rio de Janeiro, ao que consta do processo administrativo, o percentual de detentos e egressos reinseridos no mercado de trabalho *ainda é muito*

<sup>11</sup> Lei nº 7.210/1984: Art. 1º - Art. 1º - A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e **proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.** (...) Art. 25 A assistência ao egresso consiste: I - na orientação e apoio para **reintegrá-lo à vida em liberdade**; II - na concessão, se necessário, de alojamento e alimentação, em estabelecimento adequado, pelo prazo de 2 (dois) meses.

<sup>12</sup> Tal cenário tem feito, inclusive, com que diversos egressos do sistema penitenciário descrevam a liberdade como "verdadeira tormenta", conforme relatado na reportagem disponível no sítio eletrônico <http://g1.globo.com/concursos-e-emprego/noticia/2010/12/apesar-de-leis-ex-presos-enfrentam-resistencia-no-mercado-de-trabalho.html>, acessado em 14/03/2017.

<sup>13</sup> Informação obtida no sítio eletrônico <http://piaui.folha.uol.com.br/lupa/2016/07/12/lupa-aqui-a-reincidencia-atinge-mais-de-70-dos-presos-no-brasil/>, acessado em 14/03/2017.

reduzido, atingindo tão somente, de acordo com dados da própria Fundação Santa Cabrini e apesar do esforço da instituição, cerca de 4 a 7% de todos os detentos entre os anos de 2013 e 2014.

Fundação Santa  
26 MAI 2015

166  
7

~~VALE A EMENDA A CARTA~~

De acordo com a Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal - LEP), a *“execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”* (artigo 1º).

Mas o sistema penitenciário brasileiro é perverso e ineficiente na sua função mais fundamental, qual seja, a de reabilitação do preso. Na grande maioria dos casos, não reabilita; e, por assim dizer, não viabiliza a reinserção. A decisão proferida pelo STF no ensejo da ADPF 347 dá conta da situação caótica que atualmente vigora no sistema penitenciário nacional.

Assim, a primeira premissa a ser considerada é a de que, de fato, os detentos e egressos do sistema penitenciários têm reduzidas chances de reinserção no mercado de trabalho no Brasil porque sofrem de notório preconceito no mercado de trabalho.

A premissa de direito correlata, ainda nesse juízo preliminar, é a de que o Direito não admite o preconceito ou tratamento anti-isonômico.

No sistema brasileiro, vigora o princípio formal de que toda pessoa tem direito de não ser desigualada pela lei e que as discriminações admitidas são apenas aquelas que visem a conferir concretude material ao princípio constitucional da isonomia, inserto no artigo 5º da CF.

Nesse sentido, a Carta Federal dispõe em seu artigo 3º que constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil *“promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”* (inciso IV).

7

26 MAI 2015

167

Como corolário do princípio da igualdade (artigo 5º, *caput*), a Constituição Federal previu, como direito social do trabalhador, a “proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil”. Por fim, em seu inciso XLI, a Carta Federal estabelece que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.

VALE A EMENDA A C.A.S.

A Constituição consagra, por assim dizer, a vedação ao preconceito. O Direito do Trabalho tampouco o admite, em que pese não sejam vedadas as formas de distinção relacionadas à natureza da função, conforme já reconheceu o TST<sup>14</sup>.

Conforme assevera Sergio Pinto Martins, “não há norma legal que estabeleça que o empregador é obrigado a esclarecer quais foram os motivos pelos quais deixou de admitir um empregado”, o que, no entanto, não autoriza o discrimen injustificável<sup>15</sup>.

Segundo a Convenção 111 da OIT, de 1958<sup>16</sup>, discriminação significa “toda distinção, exclusão ou preferência baseada em motivos de raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha como efeito anular a igualdade de oportunidades ou de tratamento em emprego ou profissão” (artigo 1,1,a). Já as “distinções, exclusões ou preferências fundadas em qualificações exigidas para um determinado empregado”, realça Sergio Pinto Martins<sup>17</sup>, “(...) não são consideradas como discriminação” (art. 1,2).

Derradeiramente quanto ao ponto, cumpre ainda realçar, do ordenamento jurídico pátrio, a previsão contida no artigo 1º da Lei nº 9.029, de 13/04/2005, *in verbis*:

<sup>14</sup> Conforme decidido no RR - 176200-45.2013.5.13.0024, TST, 1ª Turma, Min. Waldir Oliveira da Costa, Data de julg. 25.05.2016, Data de pub. 30.05.2016: “Recurso de revista. Operadora de telemarketing. Exigência de certidão de antecedentes criminais quando da contratação. Cargo cuja natureza justifica a exigência. Dano moral. A prática de exigir a apresentação da certidão de antecedentes criminais não constitui conduta discriminatória, quando a natureza da atividade a ser exercida pelo empregado contratado justificar a exigência de certidão. Na hipótese, a reclamante, operadora de telemarketing, tem acesso amplo a dados sigilosos dos clientes, fato que justifica a exigência da certidão de antecedentes criminais no momento da contratação e, portanto, não é causa de abalo moral. Precedentes”.

<sup>15</sup> Sergio Pinto Martins, in DIREITO DO TRABALHO, 25ª edição, Ed. Atlas, p. 483.

<sup>16</sup> Aprovada pelo Decreto Legislativo nº 104, de 24/11/64, e promulgada pelo Decreto 2.682, de 22/07/98. Fonte: Sergio Pinto Martins, *o. cit.*, p. 478.

<sup>17</sup> Ob. cit. P. 479.



“É proibida a adoção de qualquer prática discriminatória <sup>2015</sup> para efeito de acesso à relação de trabalho, ou de sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, deficiência, reabilitação profissional, idade, entre outros, <sup>15.</sup> ressalvadas, nesse caso, as hipóteses de proteção à criança e ao adolescente previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal”.

168  
VALE A EMENDA A CARTA

No entanto, já se verificou na história que as normas proibitivas não são suficientes para afastar do nosso cenário certas formas de discriminação.

As ações afirmativas, enfim, apresentam-se como instrumento de concretização do princípio da igualdade *material*, permitindo que o Estado adote medidas que atinjam grupos sociais determinados, de maneira pontual e temporária, conferindo-lhes vantagens que sejam aptas a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas consolidadas de descriminação, sem as quais a igualdade material não se tornaria viável.

São políticas positivas de combate à discriminação que pressupõem a discriminação, a violação de direitos sociais em razão de condutas disseminadas de arbitrariedade e preconceito – no que, em princípio, se apresentariam adequadas ao desiderato almejado com a lei.

A ação afirmativa deve ser instrumento de realização da cidadania e da democracia. Sob tal prisma, tem dois objetivos principais a perseguir, a saber, [i] a promoção da igualdade material das minorias sociais e de grupos vulneráveis e a [ii] a reparação de um passado de discriminação contra as minorias sociais, sob o pressuposto de que, doravante, passarão a reunir “(...) *as condições necessárias para ocupar espaços que seriam seus, caso não tivessem sido vítimas da discriminação*”<sup>18</sup>.

É, por assim dizer, forma de discriminação positiva; se legitima mediante a adoção de medidas concretas de realização e promoção da justiça material. Enfim, as ações afirmativas atuam – e se justificam desde que atuem – em favor das minorias. Esses devem ser, portanto, os agentes beneficiários dessas políticas públicas de discriminação positiva.

<sup>18</sup> Marcus Rômulo Maia de Mello, in COTAS SOCIORACIAIS: AS IMPERFEIÇÕES DO PROGRAMA DE AÇÃO AFIRMATIVA. Lumens Juris, 2015, pgs. 4 e 16.

169

Mas a ação afirmativa positiva também pressupõe, como contraponto, a afetação dos direitos fundamentais de quem, não fosse a discriminação positiva, ver-se-ia em condições formais de igualdade. Daí porque devem ser instituídas de forma excepcional e dogmática. O sistema de cotas, por sua vez, é espécie do gênero ação afirmativa; é medida drástica, de restrição de direitos conexos de forma particularmente gravosa e que, por tal razão, deve ser interpretado – e aplicado – restritivamente.

VALE A EMENDA

Marcus Mello destaca que as ações afirmativas podem ser compreendidas entre as medidas de discriminação positiva impositivas, que obrigam realizações positivas, e também as medidas sugeridas, aí incluídas as campanhas de conscientização social, o fomento e o financiamento subsidiado visando ao incremento das capacidades da parcela da sociedade que se visa a atingir e beneficiar<sup>19</sup>.

Nesse contexto, a proposição de uma iniciativa legislativa que reconheça a inaptidão do princípio formal da igualdade para a solução do problema seria, de fato, medida salutar à vista da função estatal de promover uma política de igualdade material dessa camada da população, os ex-detentos, no mercado de trabalho. Mas, a nosso ver, a via da reserva de cotas, medida impositiva por excelência na classificação de Marcus Mello, não se apresenta como medida consentânea com os princípios constitucionais da isonomia e proporcionalidade, **porque é legítimo vislumbrar a existência de outros meios menos gravosos, em que pese potencialmente eficientes, para a solução do problema.**

Com efeito, a via da reserva de cotas não é a única apta a realizar a almejada discriminação positiva e, na seara das licitações públicas, é instrumento de reduzidíssima aplicação.

#### A INADEQUAÇÃO DO SISTEMA DE RESERVA DE VAGAS E A FUNÇÃO REGULATÓRIA DA LICITAÇÃO

Segundo prevê a Lei de Licitações, *“a licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais*

<sup>19</sup> Ob. Cit., p. 41-42.

7

vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos" (art.3º).

VALE A EMENDA A CARIM

Na concepção da doutrina clássica, a partir desse comando normativo, prevalecia o entendimento de que o vetor da vantajosidade estava umbilicalmente ligado (e vinculado) à concepção de economicidade; licitação mais vantajosa era apenas aquela que atendia ao resultado da contratação firmada com o menor custo para o erário público.

A doutrina evoluiu e passou a referendar o entendimento de que a licitação poderia perseguir também uma proposta maior de harmonizar os resultados econômicos da licitação com princípios constitucionais e, por assim dizer, realizar interesses primários e secundários do Estado.

A concepção partiu da verificação de que o poder de compra do Estado tem enorme influência e impacto no comportamento do mercado e, desta feita, no contexto das amplas e vastas finalidades constitucionais atribuídas ao Estado, a licitação poderia servir de instrumento útil à sua realização.

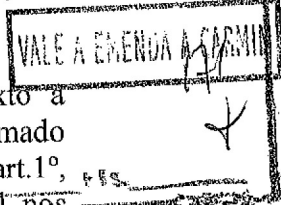
Assim, a chamada função regulatória da licitação vem sendo concebida como ferramenta de estímulo e fomento à implantação de políticas públicas, especialmente nos campos social e ambiental, com fundamento no artigo 174 da Constituição Federal<sup>20</sup>.

Conforme realçado por Jessé Torres Pereira Junior<sup>21</sup>:

<sup>20</sup> No mesmo sentido, a doutrina estrangeira: "Frequentemente, a política de contratação pública seguida pelos Estados não assenta na lógica do value for Money mas visa antes a promoção de políticas horizontais ou secundárias, nomeadamente políticas sociais ou ambientais." - Nuno Cunha Rodrigues, in A CONTRATAÇÃO PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DE POLÍTICA ECONÓMICA – TESES DE DOUTORAMENTO. Coimbra: Grupo Almedina, 2015. p.198-199.

<sup>21</sup> In POLÍTICAS PÚBLICAS NAS LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES ADMINISTRATIVAS. 2.ed. ver.atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p.34.

dh



“O princípio da supremacia da Constituição atrai para o seu texto a definição de políticas públicas reputadas essenciais para garantir o chamado “mínimo existencial” inerente à dignidade da pessoa humana (CR/88, art.1º, III). Daí as diretrizes que a Carta traça para a ordem econômica e social, nos campos da saúde, da educação, dos transportes, da seguridade etc. A estratégia da execução indireta faz da atividade contratual da Administração o caminho necessário e natural para viabilizar as compras, as obras e os serviços de que carecem os programas e projetos que materializarão aquelas políticas. Por isto que se introduzem na legislação regente das licitações e contratações normas de estímulo à contratação de objetos relevantes para tal implementação”

Parece-nos, no entanto, que, na essência, esse importante instrumento de atuação por meio de políticas horizontais ou secundárias<sup>22</sup> do Estado foi concebido para agir sempre com certa vinculação aos interesses relacionados à contratação administrativa, que deve se preservar vantajosa, ainda que tal se verifique num contexto de permitir o *incremento da competitividade* no mercado.

Conforme acentuado por Thiago Araújo, a licitação “(...) *passa a ser utilizada para ampliar a competição, fundamentando-se na necessidade de entrada de novos participantes no mercado, para que no futuro o ente federativo não fique à mercê de um grupo econômico específico (...) cenário este que poderia implicar, no futuro, aumento geral de preços e desestímulo à manutenção da qualidade dos produtos e serviços oferecidos à Administração*”<sup>23</sup>.

Assim, a licitação, em que pese reconhecido não se justificar como um fim em si mesmo, não pode se desvirtuar dos princípios da finalidade e eficiência, oriundos da norma constitucional (artigo 37, *caput* e inciso XXI, CF), e, enquanto tal, deve manter-se atrelada aos ideais de vantajosidade e competitividade, ainda que vistos esses de forma mais ampla.

Nesse sentido, Flávio Amaral Garcia adverte que “(...) *é preciso fixar as balizas que devem orientar o legislador e o administrador, para que não ocorra o desvirtuamento na finalidade precípua das contratações públicas, que é, em última análise, a contratação que melhor concretize o princípio da eficiência*”<sup>24</sup>. E prossegue:

<sup>22</sup> Nuno Cunha Rodrigues, ob. cit., p. 211.

<sup>23</sup> Ob. cit., p. 64.

<sup>24</sup> In LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS – CASOS E POLÊMICAS, Ed. Malheiros, 4ª edição, pp. 95-96.

7

21/89.569/15  
16/089 \* 000569/115  
112  
26 MAI 2015

VALE A EMEIDA A CARMIN

“Em outros termos, é preciso cautela, para que não ocorra um desvirtuamento da licitação, com sua transformação em um procedimento que tutela e protege os mais variados valores constitucionais mas que não cumpre sua função primária de selecionar uma proposta mais eficiente e que atenda à demanda concreta da Administração Pública.

A função regulatória da contratação é uma realidade e um avanço em relação à visão restrita da sua concepção apenas aos aspectos financeiros (interesse público secundário). Mas é importante alertar que existem diversos interesses que podem e devem ser protegidos e garantidos pelo Poder Público (exemplos: consumidor, meio ambiente, responsabilidade social, proteção dos deficientes, dos índios, dos menores, dos presos, etc) e que não necessariamente reclamarão sua viabilização pela via da licitação ou do contrato administrativo.

O desafio posto ao legislador e ao administrador é encontrar a justa medida na utilização da contratação pública como veículo adequado para concretizar outros valores constitucionais (princípio da proporcionalidade) e seu efetivo resultado (princípio da eficiência)”.  
  
P.15

Como visto, é possível o emprego da licitação como forma de regulação da economia, seja coibindo práticas inibidoras de competição, seja para induzir outras que produzam efeitos sociais desejáveis<sup>25</sup>. Mas não é possível perder de vista que a competitividade e a vantajosidade são a mola propulsora das licitações; são, em essência, a finalidade das licitações e contratações administrativas.

É certo que a adição de obrigações dessa natureza ao conteúdo do contrato administrativo tornam por elevar os custos da contratação, afetando, sob o viés mais econômico, a vantajosidade da licitação. Conforme acentuado por Flávio Amaral Garcia no Parecer PGE nº 64/2012:

“A simples atuação mecânica do referido percentual de vagas para detentos e egressos do sistema penitenciário para todo e qualquer contrato de prestação de serviços pode não atingir o resultado desejado – ressocialização dos apenados – como pode criar um custo elevado para as empresas que serão obrigadas a reservar um percentual de vagas para detentos ou egressos sem a obtenção de qualquer benefício na utilização daquela mão de obra”. (grifos nossos)

<sup>25</sup>[http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-21-FEVEREIRO-2010-LUCIANO-FERRAZ.pdf?origin=publication\\_detail](http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-21-FEVEREIRO-2010-LUCIANO-FERRAZ.pdf?origin=publication_detail).

7

pertinente:

Enfim, a lição de Alexandre Aragão<sup>26</sup>, nesse ponto, é particularmente

Rubrica

VALE A EMENDA A CARMIM

“As funções extraeconômicas das licitações, especialmente aquelas consubstanciadas na criação de benefícios ou preferências para certos grupos sociais, deverão sempre encontrar respaldo no sistema constitucional e deverão resistir à análise da sua compatibilidade com os princípios da proporcionalidade e isonomia. Como expõe MARÇAL JUSTEN FILHO, ‘não se admite que, a propósito da neutralização de certas deficiências, se produza tratamento jurídico que comprometa princípios e valores protegidos pela ordem vigente. (...) As diferenças econômicas podem conduzir a tratamento mais protegido para os carentes, mas não podem à eliminação de direitos fundamentais dos economicamente mais privilegiados’.

Há, assim, que haver uma ponderação razoável entre os objetivos econômicos e extraeconômicos das licitações, mantendo-se a preponderância daqueles, que deve permanecer sendo o objetivo primordial (apesar de não necessariamente único) das licitações”.

(grifos nossos)

Isso quer dizer que a “neutralização de deficiências” por meio da licitação deve ser obtida com o menor sacrifício da capacidade financeira do Estado, sem o que estará comprometido o resultado eficiente da licitação e, por assim dizer, a prestação de um serviço público economicamente viável e voltado à efetividade dos direitos fundamentais de toda a sociedade.

Assim, a releitura possível do artigo 3º da Lei nº 8.66/93, sob a influência dos artigos 37, *caput* e inciso XXI, e 174 da CF, é de que, com a função regulatória, a licitação poderá promover maior competição no mercado como um todo (e não apenas em cada licitação em particular), respeitado, no entanto, o dever de garantir a eficiência (qualidade e preço) nas contratações administrativas.

É por essa razão que a inclusão de objetivos extraeconômicos, é dizer, *que contenham conteúdo essencialmente social (como é o caso da proteção vislumbrada pela lei estadual em comento)*, deverá ser feita da forma menos gravosa, afetando, o mínimo possível, o conteúdo econômico da licitação e outros direitos fundamentais – sob pena de tornar-se excessivamente gravosa às finalidades da licitação e aos direitos fundamentais correlatos.

<sup>26</sup> In CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, Ed. Forense, 2ª edição, p. 347.

VALE A EMENDA A CARNIM 6 MAI 2015

176

E a opção legislativa, no caso da Lei nº 3.940/2002, restringiu-  
sobremaneira os princípios da eficiência e vantajosidade licitação com o mecanismo da  
reserva de vagas, sem que, no entanto, seja possível vislumbrar, num contexto mais  
amplo, um aumento de competitividade no sentido de entrada de novos licitantes no  
mercado e uma reestruturação do mercado<sup>27</sup>, tal como ocorreu, por exemplo, através das  
medidas de incentivo promovidas em favor das microempresas e empresas de pequeno  
porte<sup>28</sup>.

O raciocínio se apresenta ainda mais evidente se se considerar que a  
redução dos deletérios efeitos da discriminação que se visa a minimizar, pela lei,  
poderia se realizar por outros meios menos gravosos (ainda não testados) e de forma  
mais espontânea, para utilizar expressão empregada pelo Thiago Araújo, no artigo já  
citado<sup>29</sup>.

A reserva de vagas para a proteção vislumbrada pela Lei nº 3.940/2002 é,  
assim, medida excessiva à vista dos limites que decorrem da Constituição Federal e da  
Lei federal, Lei nº 8.666/93, que, aliás, no âmbito da competência legislativa federal  
para dispor sobre a matéria por norma geral, limitou-se, no que tange à proteção do  
trabalho dos presos, à regra prevista no inciso XIII do seu artigo 24<sup>30</sup>.

<sup>27</sup> Sobre a ideia de uso da licitação para fins de reestruturação de mercado, v. Thiago Araújo, ob. cit., p. 64.

<sup>28</sup> No caso das microempresas e empresas de pequeno porte, a finalidade era fomentar a criação de empresas dessa natureza, como mecanismo de indução e desenvolvimento do setor, dado o potencial econômico que, como um todo, apresentavam à vista do elevado número de trabalhadores vinculados ao setor. Ademais, a Lei complementar federal 123/06, artigos 42, 44 e 47, editada com fundamento nos artigos 170 e 179 da CF, foi expressa em consagrar a hipótese de ação afirmativa. No âmbito da PGE, sobre o tema, confira-se os Pareceres 13/03-MJVS e 18/03-ASA.

<sup>29</sup> Ob. cit. P. 59-72.

<sup>30</sup> Diferentemente do que ocorreu no caso da reserva de cotas para deficientes físicos, porquanto, nesse caso, há norma federal expressa (Lei 7.853/98 c/c e artigo 93 da Lei Federal nº 8.213, de 24 de julho de 1991), além de tratamento constitucional particular, que, por meio da regra inserida no artigo 37, inciso VIII, CF, optou por indicar diretamente a reserva de vagas como um caminho possível para o enfrentamento do discrimen. É possível vislumbrar, portanto, que a lei federal e a Constituição tenham realizado, diretamente, a conformação dos princípios constitucionais correlatos, afetados pela medida de discriminação positiva. Seja como for, é preciso registrar que mesmo para tal hipótese a PGE chegou a se posicionar pela inconstitucionalidade do uso do mecanismo da reserva de vagas para os deficientes físicos nas licitações do Estado, o que foi feito através do Parecer nº 04/2005-FAG. Com efeito, quando do exame do Decreto nº 33.925/2003 e Lei nº 4.340/2004, o Parecer nº 04/2005-FAG defendeu a inconstitucionalidade material do Decreto nº 33.925/2003, entendendo que a norma não era compatível com o princípio da proporcionalidade, tendo sido sustentado que o interesse público em evidência deveria ser preservado por outros meios menos gravosos, dado que a exigência se afiguraria

7

VALE A EMENDA A CARMIM

14/089 \* 000569/115

21/89. 569/15

26 MAI 2015

175  
X

Derradeiramente quanto ao ponto, cabe ainda registrar, em matéria de competência legislativa dos Estados, que tampouco apresenta-se pacífica a possibilidade de os entes federados, a despeito de lei de caráter nacional, disciplinarem de forma inovadora em matéria de competitividade (artigo 3º da Lei nº 8.666/93) nas licitações estaduais. A esse respeito, é mister registrar que, em recente julgado, o STF analisou a lei estadual do Mato Grosso do Sul nº 3041/2005<sup>31</sup>, que previa a exigência de apresentação de certidão negativa de débitos consumeristas como critério para possibilitar a participação nas licitações naquele estado. Na oportunidade, o STF concluiu que “o diploma introduziu requisito genérico e novo para qualquer licitação e se apropriou de uma competência que cabe privativamente à União”. Segundo o Relator, dada a natureza de sua competência, os estados não poderiam dispor sobre requisitos para a participação em licitação<sup>32</sup>, com o que declarada a inconstitucionalidade da indigitada lei.

Assim, é possível cogitar-se de um sistema de *incentivos* à contratação de ex-detentos mediante a criação de *vantagens* (medidas de discriminação positiva *sugeridas*) em licitações públicas, sob um formato de *fomento* propriamente dito, por indução, não de intervenção econômica impositiva.

Nesse sentido, o Parecer 64/12-FAG ofereceu soluções adequadas e viáveis, como uma valorização mais acentuada e efetiva da Fundação Leão XIII, conferindo a essa entidade estadual maiores oportunidades de concretização de sua função social. O mesmo parecer fez, ainda, alusão à proposição oferecida pelo i. Procurador do Estado Thiago Araújo, que assim sugeriu, no lugar da política de reserva de vagas, a utilização de critérios que conferissem *vantagens* às empresas licitantes que venham a contratar ex-detentos, mediante “(...) a adoção da modalidade de técnica e preço ou por criação de critérios que pontuem a alocação de sua mão de obra, via adoção de metodologia de execução”, na forma exposta no artigo já citado.

“(…) restritiva da competitividade, além de não revelar qualquer pertinência lógica com o tema das licitações públicas”. Registre-se, em fim, que, na PGE, os precedentes relacionados à reserva de vagas para deficientes físicos são os seguintes: Parecer 18/03-ASA; Parecer 18/04-GUB; Parecer 11/04-MJVS; e Parecer 04/05-FAG, anexados à Capa de Documentos, com exceção do Parecer 11/04-MJVS, que consta de fls. 47-52 do processo administrativo.

<sup>31</sup> ADIn nº 3735, Pleno, Rel. Min. Teori Zavascki, j. em 08/09/2016, ainda não publicado o acórdão.

<sup>32</sup> <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=324888>

7



28 MAR 2015

VALE A EMENDA A CARMINA

Para além do que já foi exposto, mister ainda registrar que a rigorosa previsão normativa da reserva de vagas, na forma como preconizada pela Lei nº 3.940/2002, reduz excessivamente os princípios da livre iniciativa e da liberdade econômica. A questão foi devidamente enfrentada no Parecer 64/12-FAG, não sendo necessário o alongamento do tema, bastando elucidar alguns aspectos que são conexos ao posicionamento já referendado na PGE.

A propósito, é preciso elucidar que, no Parecer nº 15/2002-SNM, que examinou a constitucionalidade do Projeto de Lei nº 1.571/2000 (PL da Lei nº 3.940/2002), a PGE já havia sinalizado no sentido da inconstitucionalidade da lei em comento, o que foi sustentando, à época, também por violação aos princípios constitucionais da livre iniciativa e do livre exercício da atividade econômica, por "(...) *criar um óbice à plena capacidade de as empresas formarem seu quadro profissional para desempenharem as atividades que integram seu objeto social*". Ademais, no entender do parecerista, a norma estadual teria ingressado na seara do Direito do Trabalho, malferindo, assim, a competência privativa da União Federal para legislar sobre Direito do Trabalho, preconizada no artigo 22, inciso I, da CF.

Cumprе acrescentar que, conforme acima ressaltado neste pronunciamento, a liberdade de contratar e de escolha dos empregados é prerrogativa do empresário que decorre da Constituição, mesmo em contratos de terceirização firmados com o Estado.

O Direito do Trabalho é ramo do direito que disciplina as relações de emprego, oriundas dos contratos de trabalho. Esse, por sua vez, é uma espécie de contrato personalíssimo, *intuitu personae*, no qual as qualidades pessoais do contratado apresentam-se como traço essencial<sup>33</sup>.

<sup>33</sup> "Um contrato é *intuitu personae* quando a consideração da pessoa de um dos contratantes é para o outro o elemento determinante de sua conclusão. O consentimento da parte será decisivamente vinculado à concretude da pessoa do parceiro contratual. Por isso a pessoa do contratante passa a ser elemento causal do contrato". ( ) "A obrigação de fazer pode constituir-se *intuitu personae debitor*, levando em conta as condições pessoais do devedor, seja por se tratar de um técnico, seja por ser ele titular de qualidades reputadas essenciais para o negócio e neste caso ela se diz 'personalíssima'. Caio Mário da Silva Pereira, in INSTITUIÇÕES DE DIREITO CIVIL: OBRIGAÇÕES, vol. II, Ed. Forense, 2012.

21/89.569/15  
16/089 \* 000569115  
177

Os autores clássicos de Direito do Trabalho afirmam que o caráter personalíssimo advém de “(...) *uma consequência lógica do caráter fiduciário, que lhe é próprio. (...) A relação de trabalho é uma relação patrimonial e o dever de fidelidade (...) é mera decorrência do elemento confiança inerente ao contrato de trabalho*”<sup>34</sup>.

Não se pode perder de vista que o reconhecimento dessa confiança intrínseca à relação de trabalho traz uma série de efeitos relevantes à esfera do empregador. Exemplo disso é sua responsabilização objetiva pelos atos de seus prepostos (CC, art. 932, III) e, no caso dos contratos administrativos de prestação de serviço com mão de obra residente, a responsabilidade por todos os encargos de natureza trabalhista (lei 8666/93, art. 71, §1º), conforme recentemente confirmado pelo STF no RE 760.931<sup>35</sup> - *só cabendo a condenação do ente público se houver prova inequívoca de sua conduta omissiva ou comissiva na fiscalização dos contratos administrativos de terceirização*.

É o que se infere do Enunciado 331 do TST. Nesse mesmo sentido, confira-se a jurisprudência do TCU: “Nas contratações de empresas prestadoras de serviço não há, em regra, pessoalidade, visto que as atividades podem ser desempenhadas por qualquer empregado do seu quadro de pessoal, não havendo direito da contratante a escolher o profissional que receberá o encargo de suas atividades, nem mesmo a exigir a permanência do mesmo profissional durante o prazo de vigência contratual. Também não há subordinação técnica ou hierárquica, uma vez que o prestador de serviços é um mero representante da contratada, devendo reportar-se exclusivamente aos seus supervisores”<sup>36</sup>.

<sup>34</sup> Arnaldo Sussekind in *INSTITUIÇÕES DE DIREITO DO TRABALHO*, 14ª ed., LTr, 1993, p. 233-234. O reconhecimento da fidúcia como elemento do contrato de trabalho é uniforme na jurisprudência do TST. Por todos, confira-se o julgado: AGRADO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. NÃO REGIDO PELA LEI 13.015/2014.1. NULIDADE DO ACÓRDÃO REGIONAL POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. (...) O exame da decisão proferida no recurso ordinário revela incontroverso o ato de improbidade cometido pelo Reclamante, que, na qualidade de bancário, retinha para si parte dos valores repassados a título de FGTS para os clientes. Tal procedimento foi constatado em 77 ocorrências nos registros do Autor. **Esta conduta grave, nos termos do art. 482, a, da CLT, demonstra a inviabilidade de se manter o contrato de trabalho, ainda que se encontre suspenso, porquanto rompida a fidúcia essencial à manutenção da relação de emprego.** (...)” - AIRR nº 29340-68.2005.5.01.0031, Relator Ministro: Douglas Alencar Rodrigues, Data de Julgamento: 22/03/2017, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 31/03/2017. No mesmo sentido: AIRR - 155700-47.2010.5.23.0003, Relator Desembargador Convocado: Breno Medeiros, Data de Julgamento: 24/06/2015, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 30/06/2015, e AIRR - 14440-38.2007.5.10.0006, Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 25/06/2013, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 02/08/2013.

<sup>35</sup> Pleno, Rel. p/ acórdão Min. Luiz Fux, j. em 30/03/2017, ainda não publicado.

<sup>36</sup> TCU, Ac. 486/2007, Relator Marcos Bemquerer, Data da sessão: 28.03.2007.

SERVIÇO DE REGISTRO  
21/ 89. 569 115  
Nº 1089 - 000569 / 115  
28 MAR 2015  
178  
E-  
VALE A EMENDA A CARMIM

Diante das premissas expostas, impõe concluir, também nesse ponto, que a possibilidade de interferência do legislador em matéria de seleção dos candidatos aos postos de trabalho somente pode ser admitida em caráter excepcional, sob pena de indevida, ou excessiva, interferência legislativa – *já aqui* – na esfera de direito do empregador. Significa que, com a reserva de vagas, a ingerência administrativa se concretiza diretamente sobre *relações de trabalho*, limitando a prerrogativa do empregador de livre escolha de seus empregados, não restando dúvida, portanto, de que esse tipo de modalidade de política de discriminação positiva restringe excessivamente os princípios da livre iniciativa e da liberdade econômica.

Por fim, a via da reserva de vagas sacrifica, de forma excessiva, o próprio princípio da igualdade que pretendeu tutelar.

Conforme demonstrado acima, a reinserção sócio-econômica de egressos do sistema penitenciário apresenta-se não apenas como fim legítimo pelo legislador e pelo administrador, como também medida urgentemente necessária a toda sociedade. Mas, conforme acentuado por José Claudio Monteiro de Brito Filho, ao tratar do tema das medidas de discriminação positiva, *“não basta que a medida seja, em tese, capaz de corrigir o acesso desigual e injusto a determinado recurso; é preciso que sua implementação seja feita de forma a garantir os resultados esperados com o mínimo de impacto negativo”*<sup>37</sup>.

Tais premissas, ao mesmo tempo em que apontam para a necessidade de redução da desigualdade material sofrida pelos egressos do sistema penitenciário, está também a impor, por outro lado, a garantia de proteção a todos que demandem – e, igualmente, dependam – de políticas de proteção ao trabalho.

Ocorre que, em contraponto à demanda vislumbrada pelo legislador estadual, há outro grupo que demanda a tutela do Estado, em segmento já consagradamente minoritário, segundo doutrina e jurisprudência pátrias, a *minorias social* (ADPF 186 e RE 597.285/RS). O vetor do pleno emprego está consagrado na Carta Política visando a privilegiar todas as classes economicamente menos favorecidas,

<sup>37</sup> In AÇÕES AFIRMATIVAS, 2 ed. São Paulo: LTr, 2013. p.73-77.

7

179

sendo essas as que dependem da tutela mais direta dos Poderes Públicos. E a política pública instaurada pela lei estadual ora em evidência tende a atingir, por mecanismo de discriminação negativa, a minoria sócio-econômica. É que, no contexto da sociedade brasileira, profundamente desigual e injusta, a população carcerária é marcada por um perfil de baixa escolaridade e de pessoas economicamente menos privilegiadas, de forma a se fazer legítimo deduzir que, no mercado de trabalho, estão a competir pelos mesmos postos de trabalho que a chamada *minorias social*.

Isso significa que, num contexto de taxa de desemprego nacional crescendo de forma alarmante, já alcançado a marca de cerca de 13% da população<sup>38</sup>, a redução das vagas de emprego nas camadas mais atingidas com o problema do desemprego é medida que, desta feita, se apresenta excessivamente onerosa ao grupo da população inserido na chamada minorias social.

Por outro lado, não basta a lei pretender igualar, deve haver congruência interna na relação de causa e efeito da medida imposta. O legislador partiu do pressuposto de que a indigitada reserva de vagas seria medida apta a reduzir a criminalidade no Estado. Mas a lei não fez qualquer distinção em relação aos tipos penais. Ocorre que, para determinados crimes (*e.g.*, estupro) não parece haver qualquer relação de pertinência lógica entre as dificuldades financeiras sentidas com o problema da reinserção do egresso no mercado de trabalho e as causas que levam à prática desse tipo de crime, ao contrário do que, intuitivamente, é possível deduzir – *ao menos em grande parte* - em relação aos crimes de furto e roubo, que mais proximamente sugerem uma relação de causa e efeito com as desigualdades sociais e a falta de emprego<sup>39</sup>.

A lei tampouco prestigia qualquer distinção entre o crime praticado e as funções que poderiam vir a ser exercidas no contrato administrativo de prestação de serviço preconizado. Nada obstante, não seria razoável imaginar que ex-detentos que tenham praticado, *e.g.*, crime contra o patrimônio público pudessem ser agraciados, em detrimento dos demais trabalhadores não abarcados pela norma especial, preferência na

<sup>38</sup> <http://g1.globo.com/economia/noticia/desemprego-fica-em-132-no-trimestre-terminado-em-fevereiro.ghtml>

<sup>39</sup> Conforme se verifica dos gráficos das pesquisas realizadas pelo CNJ (*Anexo 1*), os números indicam que o problema da reincidência não pode ser tratado como se fosse um fenômeno uniforme entre todos os ex-detentos, independentemente de demais condições, dentre as quais se destaca o tipo de crime cometido.

ocupação de vagas nos contratos administrativos para prestação de serviço junto aos  
órgãos públicos.

26 MAI 2016  
Rubrica VALE A EMENDA A CARMIM

Atividades relacionadas à segurança de bens, de outro turno, não se compatibilizam com crimes contra o patrimônio, conforme, aliás, já foi reconhecido pela jurisprudência do TST:

Agravo de instrumento em recurso de revista. 1. Indenização por danos morais. Exigência de certidão de antecedentes criminais. Contratação efetivada. Decisão em conformidade com a atual, iterativa e notória jurisprudência desta Corte Superior, no sentido de que a mera exigência de certidão de antecedentes criminais, por ocasião da admissão do trabalhador, não gera o direito à indenização por danos morais, a qual só é devida caso verificada a conduta discriminatória da empresa, ao negar a contratação em decorrência da certidão positiva sem vinculação com a função a ser exercida, ou no caso de a natureza da atividade não justificar a exigência do documento, situações não verificadas neste processo. Precedentes. 2. (...). (TST, AIRR - 130644-34.2014.5.13.0008, 8ª Turma, Min. Dora Maria da Costa, Data de julg. 06.04.2016, Data de pub. 08.04.2016)

A lei, no entanto, não fez qualquer distinção em relação à natureza dos crimes.

Por fim, cumpre registrar mais um ponto a demandar reflexão. O preso não pode ser compelido ao trabalho forçado. Mas a ressocialização efetiva depende da reabilitação. Num contexto de normalidade – de sistema penitenciário – seria lícito pensar em condicionar a adesão do preso às políticas internas do sistema penitenciário de prestação de serviço pelo preso como requisito para sua inclusão no programa de ação afirmativa de incentivo ou reserva de vaga para detento ou egresso do sistema. Mas, em que pese o caos do sistema impeça qualquer tipo de previsão nesse sentido, não há como ignorar que o ato normativo genérico, que em nada prestigia aqueles que – por iniciativa e/ou oportunidade – prestaram-se ao trabalho durante a execução da pena, também, nesse ponto, apresenta forma de discriminação negativa (em face desse grupo) que não se legitima constitucionalmente. Nenhum incentivo há na lei para que a oportunidade privilegiada de emprego prestigie, na disputa pelas vagas no contrato administrativo, os ex-detentos que tenham prestado trabalho voluntário no sistema penitenciário ou até mesmo que tenham se destacado com boa conduta.

27

Nada foi previsto. A omissão legal, no caso, viola a razoabilidade e a isonomia daqueles afetados pelo descrímen. A lei foi silente em quase tudo. Criou apenas um sistema rigoroso que, a pretexto de igualar, cria situações anti-isonômicas e de difícil adequação com os princípios constitucionais afetos aos destinatários da lei. Não há, portanto, como sustentar a sua aplicabilidade no Estado.

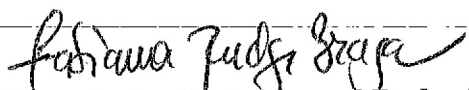
VALE A EMENDA A CARMIM

#### IV - CONCLUSÃO

Por todas as razões expostas, entendemos que a Lei estadual nº 3.940/2002 viola os princípios da eficiência e vantajosidade da licitação, além de afetar a liberdade econômica e o próprio princípio da isonomia que pretendeu tutelar, pelo que se impõe opinar pela propositura de Representação por Inconstitucionalidade visando à sua declaração de inconstitucionalidade material, na forma e pelos fundamentos expostos.

De toda forma, em que pesem os limites objetivos da consulta jurídica formulada, cumpro-me aproveitar a oportunidade para sugerir que, paralelamente à medida judicial acima alvitrada, seja submetida à deliberação superior a proposição de recomendação à Casa Civil para que se delibere sobre a conveniência de encaminhamento de projeto de lei que tenha por finalidade a adoção de políticas de fomento nessa seara, o que, *s.m.j.*, poderia ser feito mediante o acolhimento de uma das sugestões vislumbradas pelo i. Procurador do Estado Thiago Araújo, no artigo jurídico acima citado que ora faço anexar ao processo administrativo, sem prejuízo da adoção de políticas de incremento às possibilidades de atuação da Fundação Leão XIII na concretização da missão para a qual foi criada, observadas, em qualquer caso, as capacidades material e financeiro-orçamentária do Estado.

*Sub censura.*

  
Fabiana Andrada do Amaral Rudge Braga  
Procuradora do Estado

26 MAI 2015

VALE A EMENDA A CARMIN

## ANEXO 1

Os números indicam que o problema da reincidência não pode ser tratado como se fosse um fenômeno uniforme entre todos os ex-detentos, independentemente de demais condições, como crime cometido.

A espécie de delito é algo relevante na pesquisa realizada pelo CNJ<sup>1</sup>:

TABELA 10  
Número de processos de não reincidentes e reincidentes, por tipo penal imputado na sentença

Crime	Reincidente				Processos	
	Não		Sim		Número	%
	Número	%	Número	%		
Furto	121	20,6	58	27,9	180	21,2
Roubo	109	18,6	44	22,8	167	19,7
Tráfico de drogas	113	19,3	23	11,6	150	17,7
Homicídio/tratocínio	51	8,7	11	5,7	75	8,8
Porte e/ou posse de arma de fogo	35	6,0	12	6,2	50	5,9
Aquisição/porte/consumo de droga	19	3,2	14	7,3	34	4,0
Estelionato	19	3,2	8	4,1	28	3,3
Lesão corporal	20	3,4	5	2,6	28	3,3
Receptação	12	2,0	8	4,1	24	2,8
Outros	87	14,8	15	7,8	112	13,2
Total	586	100,0	193	100,0	848	100,0
Não informado	32		6		67	
Total geral	618		199		915	

Fonte: Pesquisa Ipea/CNJ, 2013.

Elaboração dos autores.

Por outro lado, os mesmos dados, de forma até certo ponto surpreendente, indicam que o mero fato de o agente estar empregado também não basta por si para evitar a reincidência<sup>2</sup>:

<sup>1</sup> Pesquisa Reincidência Criminal no Brasil, disponível em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/07/572bba385357003379ffeb4c9aa1f0d9.pdf>. Acesso em 20/04/2017, p. 29.

<sup>2</sup> Idem, p. 26.

16/089 \* 000 569 115

21/89. 569/15

26 MAI 2015

183  
+

Rubrica

VALE A EMENDA A CARTA

TABELA 7

Número de apenados, não reincidentes e reincidentes por ocupação

Ocupação	Reincidente				Apenados	
	Não		Sim		Número	%
	Número	%	Número	%		
Aposentado	8	1,5	0,0	0,0	8	1,1
Desempregado	30	5,7	9	5,6	39	5,4
Estudante	31	5,9	3	1,9	35	4,6
Ocupado	459	86,9	148	92,5	607	88,9
Total	528	100,0	160	100,0	688	100,0
Não informado	90		39		129	
Total geral	618		199		817	

Fonte: Pesquisa Ipea/CNI, 2013.

Elaboração dos autores.





ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO  
PROCURADORIA DE SERVIÇOS PÚBLICOS

21/89.569/45  
1089 \* 000569/15  
26 MAI 2015  
184  
4

PARECER Nº 15 /2002-SNM-PG8

VALE A EMENDA A CARMIM

OFÍCIO GC/PL 226/2002. PROJETO DE LEI  
ESTADUAL Nº 1.571/2000. AUTORIA DO EXMO.  
DEPUTADO ESTADUAL CARLOS DIAS. DISPÕE  
SOBRE CLAUSULA OBRIGATORIA DE  
COMPOSIÇÃO DE QUADROS DE  
FUNCIONÁRIOS COM 10% DE EGRESSOS DO  
SISTEMA PENITENCIÁRIO PARA AS  
EMPRESAS QUE CONTRATAREM COM A  
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ESTADUAL.



Senhor Procurador-Geral,

01) Cuida-se de Projeto de Lei que "Dispõe sobre o aproveitamento de mão-de-obra que especifica, nos contratos de terceirização do Governo do Estado do Rio de Janeiro e dá outras providências".

02) É certo que o aludido projeto pretende inserir no ordenamento jurídico estadual a obrigatoriedade de constar nos contratos de terceirização celebrados entre o Estado e empresas prestadoras de serviços, cláusula obrigando tais empresas a comporem seu quadro de funcionários com dez por cento de egressos do Sistema penitenciário do Estado do Rio de Janeiro.

03) O Projeto é bem intencionado, objetivando cumprir um dos fundamentais ditames da Constituição Federal, que é o da ressocialização dos apenados.

Exmo. Sr. Dr. GERALDO ARRUDA FIGUEREDO.  
Procurador-Geral do Estado do Rio de Janeiro.



04) Entendo, todavia, que o projeto, a tal pretexto, acaba por malferir o princípio constitucional da livre iniciativa e do livre exercício da atividade econômica, ao criar um óbice à plena capacidade de as empresas formarem seu quadro profissional para desempenharem as atividades que integram seu objeto social.

05) Assim o faz, como se vê, legislando sobre matéria trabalhista, malferindo, dessarte, a competência privativa da União Federal para legislar sobre Direito do Trabalho, tal qual preconizada no art. 22, I, da Carta Magna.

06) Pelos motivos acima, e a despeito da boa intenção do nobre Deputado, vejo-me levado a entender cabível o VETO INTEGRAL ao Projeto de Lei nº 1.751/2000, por violar o Art. 170 e 22, I, da Constituição Federal.

É o meu parecer, s.m. j.

Rio de Janeiro, 13 de maio de 2002.

**SERGIO NELSON MANNHEIMER**  
PROCURADOR DO ESTADO



Procuradoria Geral Do Estado

SERVIÇO PÚBLICO ESTADUAL  
21/89: 569/15  
147089 \* 000569 / 15  
26 MAI 2015  
185  
q  
VALE A EMENDA A CARMIM

SERVIÇO PÚBLICO ESTADUAL  
Ref. Ofício GC/PL nº 226/02  
Processo nº  
Data: \_\_\_\_\_ Fls.  
Rubrica \_\_\_\_\_

**VISTO**

Aprovo o Parecer nº 15/02-SNM-PG8, de 13 de maio de 2002, de lavra do Ilustre Procurador do Estado, Dr. SERGIO NELSON MANNHEIMER, chancelado pela douta Procuradora-Chefe da Procuradoria de Serviços Públicos, Dra. JOSENETE VELOSO MONTEIRO, no sentido de que o Projeto de Lei nº 1.751/00, de autoria do Exmo. Sr. Deputado CARLOS DIAS, é inconstitucional por violar a competência privativa da União Federal para legislar sobre Direito do Trabalho (art. 22, I, C.F.).

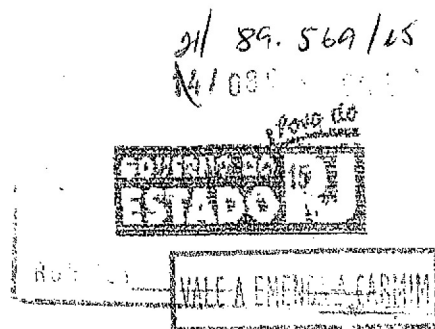
Encaminhe-se ao Gabinete Civil.

Rio de Janeiro, 16 de maio de 2002.

  
**LUCIA LEA GUIMARÃES TAVARES**

Subprocuradora Geral do Estado

INCENTIVO  
SUJEITO A PRAZO



Ofício GC/PL nº 206 /2002

Rio de Janeiro, 23 de maio de 2002.

Ref.: Projeto de Lei nº 1751/00  
Autoria: Deputado Carlos Dias

**URGENTE**

Senhor Procurador Geral,

Tenho a honra de encaminhar a Vossa Excelência cópia do Projeto de Lei em referência, aprovado na Sessão de 02 de maio de 2002, da Assembléia Legislativa, rogando o parecer desse órgão a respeito, **em 05 (cinco) dias, considerando que há prazo constitucional para a decisão da Excelentíssima Senhora Governadora.**

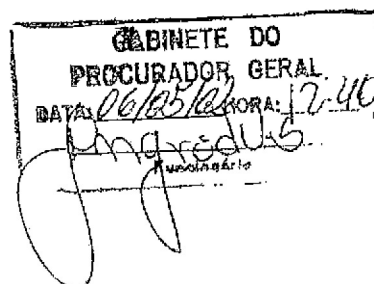
Solicito, outrossim, que, após aprovado o parecer, seja este remetido, por fax – (021) 2553-6118 – diretamente à Assessoria Especial de Assuntos Legislativos deste Gabinete Civil, a fim de abreviar, no interesse público, a tramitação do expediente.

Eventuais dúvidas poderão ser solucionadas pela Assessoria Especial de Assuntos Legislativos, pelos telefones 2299-5152 ou 2299-5153. Confirmação de recebimento do fax pelo telefone 2299-5145.

Colho o ensejo para renovar protestos de elevada estima e distinta consideração.

*Waldir Zagaglia*  
WALDIR ZAGAGLIA

Subsecretário de Estado para Assuntos  
Institucionais e Jurídicos do Gabinete Civil

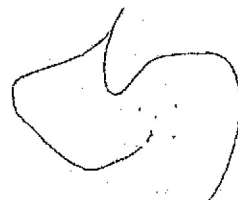


SERVIÇO PÚBLICO ESTADUAL	
Processo N.º	8706/226/2002
Data	03/05/2002 fls. 9
Rubrica	

a' d. PG L.

Visto De acordo com o  
Parecer nº 15/2002 - SNM,  
de 13/05/2002.

C 15/05/2002



21/89.569/15

Lei nº	3940/2002	Data da Lei	09/09/2002
--------	-----------	-------------	------------

**▼ Texto da Lei [ Em Vigor ]**

Rubrica

VALE A EMENDA A CARMIM

O Presidente da Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, em conformidade com o que dispõe o § 5º combinado com o § 7º do artigo 115 da Constituição Estadual, promulga a Lei nº 3.940, de 09 de setembro de 2002, oriunda do Projeto de Lei nº 1.751 de 2000.

**LEI Nº 3940, DE 09 DE SETEMBRO DE 2002.**

**DISPÕE SOBRE O APROVEITAMENTO DE MÃO DE OBRA QUE ESPECIFICA, NOS CONTRATOS DE TERCEIRIZAÇÃO DO GOVERNO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS.**

\* DISPÕE SOBRE A RESERVA DE VAGAS DE EMPREGOS PARA OS DETENTOS E EGRESSOS DO SISTEMA PENITENCIÁRIO NAS EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVIÇOS AO ESTADO DO RIO DE JANEIRO E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS. (NR)

\* Nova redação dada pela Lei nº 6346/2012.

**A ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO****DECRETA:**

**Art. 1º** - Os contratos de terceirização assinados entre o Governo do Estado do Rio de Janeiro e empresas prestadoras de serviços conterão cláusula que obrigue as contratadas a preencher 10% (dez por cento) das vagas vinculadas a cada contrato com egressos do Sistema Penitenciário do Estado do Rio de Janeiro:

\* Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a reserva de vagas de empregos nas empresas prestadoras de serviço ao Estado do Rio de Janeiro para detentos e egressos do sistema penitenciário.

\* Nova redação dada pela Lei nº 6346/2012.

**Art. 2º** - As Secretarias de Estado de Justiça e Direitos Humanos, Secretaria de Estado de Trabalho, e a Secretaria de Estado de Ação Social e Cidadania, constituirão Grupo de Trabalho para, no prazo de 90 (noventa) dias da entrada em vigor desta Lei, propor a sua regulamentação e plena execução:

\* Art. 2º Ficam reservadas 5% (cinco por cento) das vagas de emprego dos prestadores de serviços ao Estado do Rio de Janeiro para detentos, egressos do sistema penitenciário e cumpridores de medidas alternativas.

§1º VETADO.

§2º VETADO.

\* Nova redação dada pela Lei nº 6346/2012.

**Art. 3º** - Constituirá crime de responsabilidade, punido na forma da legislação vigente, a omissão de qualquer agente público ou político que impeça ou procrastine o cumprimento desta Lei.

\* Art. 3-A Na hipótese de não preenchimento da quota prevista no artigo 2º, as vagas remanescentes serão revertidas para os demais trabalhadores.

\* Incluído pela Lei nº 6346/2012.

- \* Art. 3-B Nas renovações dos contratos celebrados e/ou nos aditamentos será observado o disposto nesta Lei.
- \* Incluído pela Lei nº 6346/2012.

26 MAI 2015

VALE A EMENDA A CÂMARA

- \* Art. 3-C As empresas ou prestadoras de serviços deverão comprovar que utilizaram todos os meios cabíveis para o cumprimento desta Lei.

Parágrafo único. V E T A D O .

- \* Incluído pela Lei nº 6346/2012.

- \* Art. 3-D O Órgão competente do Estado constituirá Grupo de Trabalho para propor a sua regulamentação da presente Lei.
- \* Incluído pela Lei nº 6346/2012.

(Obs. O art. 8º da Lei 6346/2012 que incluía o Art .3-E foi VETADO)

- \* Art. 3-F Para a consecução dos objetivos desta Lei, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário poderão celebrar convênios com entidades da sociedade civil.

- \* Incluído pela Lei nº 6346/2012.

**Art. 4º** - Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

**Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, em 09 de setembro de 2002.**  
**DEPUTADO SÉRGIO CABRAL**  
**Presidente**

#### ▼Ficha Técnica

Projeto de Lei nº	1751/2000	Mensagem nº	
Autoria	CARLOS DIAS		
Data de publicação	10/09/2002	Data Publ. partes vetadas	

#### Assunto:

Sistema Penitenciário, Preso, Penitenciária

Tipo de Revogação	Em Vigor
-------------------	----------

**Texto da Revogação :**

#### ▼Redação Texto Anterior

A classificação visa adequar as peculiaridades e clientes em relação aos tipos de auditoria, olhando a gestão em um aspecto mais amplo.

## 5 Conclusão

Embora seja inegável a relevância do tema auditoria governamental, suas peculiaridades, definições e classificações têm sido pouco exploradas pela literatura que trata do assunto. Para tentar suprir essa lacuna, o presente capítulo buscou apresentar os diversos tipos e modalidades de auditoria existentes, bem como demonstrar as especificidades da auditoria governamental e propor novas configurações e classificações, conforme explicitado na seção anterior.

Por todo o exposto, espera-se que esta seja apenas o ponto de partida para uma discussão mais ampla sobre um tema cada dia mais presente no cenário mundial. Os resultados obtidos em auditorias governamentais, cada vez mais divulgados, possibilitam uma melhoria no controle social exercido pelo cidadão, desde que este possua um entendimento satisfatório dessa técnica, e entendendo-se que uma uniformidade nos conceitos e nos tipos de auditoria governamental existentes irá facilitar a assimilação desse processo por parte dos usuários das informações produzidas pelos auditores.

## Referências

- ATTIE, William. *Auditoria: conceitos e aplicações*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- BRAGA, Marcus Vinícius de Azevedo. A auditoria governamental como instrumento de promoção da transparência. *Jornal de Políticas Educacionais*, n. 9, p. 51-60, jan./jun. 2011.
- BASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>.
- BASIL. Controladoria-Geral da União. *Instrução Normativa nº 01*, de 06 de abril de 2001. Brasília, 2001.

BRASIL. Instituto Rui Barbosa. *Normas de Auditoria Governamental – NAGs*: aplicáveis ao controle externo brasileiro. 2010b.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Portaria – TCU nº 280*, de 08 de dezembro de 2010. Normas de auditoria do Tribunal de Contas da União, Brasília, 2010a.

CASTRO, Domingos Probel. *Auditoria e controle interno na Administração Pública*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CONSELHO FEDERAL DE CONTABILIDADE. *Normas gerais de auditoria e de contabilidade*. NBCTA 200. Disponível em: <www.cfc.org.br>.

CREPALDI, Silvio Aparecido. *Auditoria contábil: teoria e prática*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FONTANELLE, Rodrigo; BRITO, Claudenir. *Auditoria privada e governamental: teoria de forma objetiva e questões comentadas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

FRANCO, Hilário; MARRA, Ernesto. *Auditoria contábil*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

INTERNATIONAL FEDERATION OF ACCOUNTANTS. *International Auditing and Assurance Standards Board*. New York, 2006. Disponível em: <http://www.ifac.org>.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE LAS ENTIDADES FISCALIZADORAS SUPERIORES. *INTOSAI GOV 9100*: guía para las normas de control interno del sector público. Disponível em: <http://www.intosai.org/es/issai-executive-summaries/detail/article/intosai-gov-9100-guidelines-for-internal-control-standards-for-the-public-sector.html>.

SILOMSKI, Valmor. *Controladoria e governança na gestão pública*. São Paulo: Atlas, 2009.

THE INSTITUTE OF INTERNAL AUDITORS. *Standards and Guidance*. Disponível em: <https://na.theiaa.org/standards-guidance/mandatory-guidance/Pages/Definition-of-Internal-Auditing.aspx>. Acesso em: mar. 2013.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MIRANDA, Rodrigo Fontanelle de Araújo. Auditoria governamental: classificação, conceitos e peculiaridades. *Revista de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 14, n. 164, p. 50-58, ago. 2015.

# Egressos, licitação e função promocional do Direito – Como pode a Administração Pública fomentar a reinserção social?

Thiago Cardoso Araújo

Doutorando em Teoria e Filosofia do Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Procurador do Estado do Rio de Janeiro, Advogado.

**Sumário:** 1. Introdução – 2. Regras positivas sobre o tema – 3. Função regulatória da licitação – 4. Algumas boas razões teóricas para a adoção da licitação como instrumento (também) de fomento – 5. A não obrigatoriedade de contratação de mão de obra dos egressos: contrassenso? – 6. Conclusão

*Uma razão não deve ser julgada pelo modo como trata seus cidadãos mais elevados, mas sim pelo modo como trata seus cidadãos mais baixos.*  
(Nelson Mandela)<sup>1</sup>

## 1. Introdução

O que a sociedade pode fazer em relação aos presos e egressos? Como pode o Estado colaborar, de modo efetivo, na tarefa de ressocialização daqueles que passaram pelo sistema prisional?

A questão não é nova. Desde meados do século XIX, Franz von Liszt, preconizando a adoção do “programa de Marburg”, já atribuía à pena uma função de prevenção especial,<sup>2</sup> isto é, a pena deveria servir como um instrumento capaz de inibir o apenado a voltar a delinquir — o que traz à tona o problema da ressocialização.

Tampouco pode ser dito que o ponto ocupa somente a ordem do dia das discussões no âmbito do sistema estatal criminal. No seio da sociedade, a ressocialização também é tema de interesse, como a própria existência da Pastoral Carcerária, serviço organizado pela CNBB (Confederação Nacional dos Bispos do Brasil) desde 1986,<sup>3</sup> ilustra.

Nada obstante os esforços engendrados pelo Estado e pela sociedade, a realidade estampada nas páginas policiais dos jornais demonstra que

<sup>1</sup> FERNANDES, Ricardo VC; ALVES, Tatianna Muniz S. (Coord.). *Licitações, contratos e consórcios administrativos: desafios e perspectivas*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 263-290.

<sup>2</sup> MANDELA, Nelson. *Long Walk to Freedom*. Little Brown, Londres: 1994. apud SHIKIDA, P. F. A.; BROGLIATTO, S. R. M. O trabalho árduo das grades: um estudo de caso na Penitenciária Estadual de Foz do Iguaçu – PEI (PR). *Revista Brasileira de Gestão e Desenvolvimento Regional*, v. 4, p. 128-154, 2008.

<sup>3</sup> MIR PUG, Santiago. *Función de la pena y teoría del delito en el Estado Democrático de Derecho*. Barcelona: Bosch, 1982. p. 70.

<sup>4</sup> Informações retiradas de consulta feita ao próprio site da Pastoral Carcerária: <http://www.carceraria.org.br/default.asp?pg=seg/nucleo&ar\_cod=2418>. Acesso em: 14 set. 2010.

VALE A EMENDA A CARNE

21/08/2015 5:56:11 PM  
16/089 \* 000 569 115 189



com dois níveis. No primeiro nível, será empreendida uma revisão bibliográfica que possibilitou a emergência da aqui denominada "teoria da função regulatória da licitação", especialmente desenvolvida por Marcos Jurena Villela Souto e Flávio Amaral Garcia; teoria esta que, apesar de ter possibilitado a dissociação entre vantajosidade e economicidade, até então umbilicamente ligadas, ainda se ampara numa visão de viés pecuniário,<sup>5</sup> como se verá adiante.

No segundo nível de justificação da compreensão da licitação como instrumento de fomento, será utilizado o aporte teórico dos derradeiros escritos de Norberto Bobbio, quando rompe com o paradigma estruturante do Direito, para se ocupar da função promocional do ordenamento jurídico. Também servirá para contribuir para a construção desta nova forma de compreensão da licitação as contribuições teóricas da Análise Econômica do Direito.

Nesta seção, pretende-se justificar a eficácia da legislação promocional como meio de superar o estigma social em relação aos egressos. Isso porque, uma vez que não estabeleceu atos de natureza sancionatória, a despeito da instituição de vantagens econômicas, permite a livre adesão dos indivíduos.

Antes, porém, é necessário examinar o que a legislação atualmente aplicável aduz sobre a questão, tema do qual se passa a cuidar.

## 2 Regras positivas sobre o tema

### 2.1 Legislação

Até os familiarizarmos com a questão posta em discussão, necessário se faz abordar a lei nacional que iniciou o debate entre os especialistas acerca da ressocialização. Cumpre, portanto, examinar a Lei de Execuções Penais – LEP (doravante "LEP"), de 11.07.1984, recepcionada pelo novo ordenamento jurídico inaugurado pela Carta de 1988. Esse diploma instituiu disposições para a harmonização da integração social do condenado por práticas de ilícitos penais, assegurando todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.

<sup>5</sup> De plano, é necessário esclarecer que vivencia-se uma conjuntura de superação deste modelo pecuniário, no qual a vinculação, não mais contida em uma economia, ainda se volta para a consecução de objetivos de índole econômica (v.g.: evitar a concentração de mercado por certos agentes). Neste sentido, introduzindo a ideia de licitação como instrumento de fomento, ver: GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico – REDAE*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 15, ago./out. 2009. Disponível em: <http://www.direitoadministrativo.com/revista/REDAE15-AGOSTO/LUCIANO-FERNANDES.pdf>. Acesso em: 27 set. 2010.

Para tanto, é necessário caracterizar preso e egresso do sistema penitenciário.

De acordo com o art. 33 do Código Penal,<sup>6</sup> a pena de reclusão é cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. E a pena de detenção será cumprida em regime semiaberto ou regime aberto.

O preso em regime fechado permanece nas dependências prisionais na totalidade de seu tempo; já no regime semiaberto, o preso sai durante o dia, para trabalhar ou estudar, e retorna à noite para dormir no local de sua pena; enquanto no regime aberto, baseado na autodisciplina, o apenado faz suas atividades diárias e retorna para dormir, geralmente em casas de albergado.

Já a LEP, em seu art. 26,<sup>7</sup> define o egresso como aquele que foi liberado do estabelecimento em que cumpria a pena definitivamente, pelo prazo de 1 (um) ano, assim como o liberado por força de condicional.

Nesse aspecto, a LEP assegurou ao apenado a realização de trabalhos internos e externos, na medida de suas aptidões e capacidades, como desenvolver social e forma de restabelecer sua dignidade humana — frise-se — com finalidade educativa e produtiva, sendo remunerado pelos serviços prestados, que não poderá ser inferior a ¼ (quatro quintos) do salário mínimo, além de garantir a profissionalização do preso, a redução da pena na proporção de

<sup>6</sup> Art. 33. A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. A de detenção, em regime semiaberto ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.07.1984)

<sup>7</sup> §1º Considera-se: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.07.1984)

a) regime fechado: a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média;  
b) regime semiaberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar;  
c) regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

<sup>8</sup> As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvas às hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.07.1984)

a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumprir o regime fechado;  
b) o condenado não é recidivante, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito) anos, desde o princípio, cumpre o regime semiaberto;  
c) o condenado não é recidivante, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumprir o regime em regime aberto.

<sup>9</sup> A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.07.1984)

<sup>10</sup> O condenado por crime contra a administração pública terá a progressão de regime de cumprimento da pena condicionada à reparação do dano que causou, ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais. (Incluído pelo Lei nº 10.763, de 12.11.2003)

<sup>11</sup> Art. 26. Considera-se egresso para os efeitos desta Lei: I - o liberado definitivo, pelo prazo de 1 (um) ano a contar da saída do estabelecimento; II - o liberado condicional, durante o período de prova.

um para cada três dias trabalhados e o depósito de 15% (quinze por cento) do salário em conta, que, no entanto, só poderá ser resgatado após o preso adquirir a liberdade.

Com isso, importante pontuar que o trabalho para o apenado não é caracterizado, atualmente, como dotado de exclusivo caráter punitivo.<sup>8</sup> Ao contrário, na medida em que o Estado estimula o encarcerado ao trabalho, dota o labor de forte caráter social. Fato este reconhecido pelo Procurador do Estado do Rio de Janeiro, Cristiano Franco Martins, que manifestou em parecer,<sup>9</sup> justamente por esta razão, a impossibilidade de reconhecimento de contribuição previdenciária decorrente de trabalho de presos:

Por outro lado, agravava-se o parecer na situação em que o trabalho penitenciário apresentava caráter punitivo, característica hoje inexistente. O trabalho penitenciário tem, hoje, caráter social, sendo certo que o Estado não pode obrigar o preso a laborar, mas apenas estimulá-lo a tal.

Portanto, não pode o Estado obrigar o condenado a laborar, somente incentivá-lo a isso.

Considerada essa premissa, verifica-se que o problema encontra-se em questão correlata. Uma vez estimulado ao trabalho, no mais das vezes, depara-se o preso e o egresso na hipótese de não poder, por conta da ausência de ofertas, empregar sua força de trabalho.

Desde logo, chama-se atenção para a especial gravidade da situação específica dos egressos. De fato, verifica-se maior facilidade para a alocação da mão de obra dos encarcerados, que podem trabalhar em oficinas montadas nos estabelecimentos prisionais e na própria manutenção dos presídios — criando-se a figura dos "faxinas".<sup>10</sup> A partir da própria montagem dessa estrutura (oficina, manutenção constante), cria-se uma oferta contínua para os presos, que, por óbvio, não estará mais disponível no momento em que forem liberados e passarão a condição de egressos.

Nesse contexto, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Resolução nº 96/2009 que instituiu o Projeto Começar de Novo, criado no âmbito do Poder Judiciário, com a pretensão de promover ações sociais para a reintegração dos presos e egressos na sociedade.<sup>11</sup>

<sup>8</sup> Percebe-se, então, que o ordenamento jurídico brasileiro rompeu com as teorias retributivas exclusivistas, deixando-se influenciar pela construção de Franz von List.

<sup>9</sup> Parecer nº CRM-02/2003, exarado no Processo Administrativo nº E08/10669/97.

<sup>10</sup> Ver SHIMADA BROGLIATTO, op. cit.

<sup>11</sup> Conforme se depreende da leitura do art. 1º, da Resolução nº 96, de 27.10.2009.

A intenção do CNJ foi implementar a ideia de que o apenado, por si só, não consegue erguer-se sozinho, necessitando de auxílio por parte da sociedade, que deve estimular a ressocialização dos condenados, por meio de trabalhos e cursos de capacitação. O objetivo da iniciativa é, imediatamente, a partir da ressocialização promovida pelo reingresso no mercado de trabalho, reduzir a reincidência.

O citado programa possui como principais características: (i) a realização de campanhas para criação de redes de ressocialização; (ii) o estabelecimento de parcerias com diversos setores da sociedade civil, para apoiar ações de reinserção; (iii) a implementação de iniciativas com vistas ao fortalecimento dos conselhos da comunidade, cuja principal atribuição é a reintegração dos presos e dos submetidos às penas alternativas; (iv) a criação de banco de oportunidade de trabalho e capacitação dos apenados; e (v) o acompanhamento das metas da reinserção.<sup>12</sup>

Com isso, pretende-se traçar diretrizes gerais e estímulos para que os Estados efetuem a implantação de planos para a ressocialização dos condenados.

Nesse contexto, passa-se a analisar, a título exemplificativo, alguns projetos implementados pelos Estados,<sup>13</sup> com vistas à aproximação dos presos e egressos junto à sociedade civil, destacando-se o sistema adotado no Estado do Rio de Janeiro.

### 2.2 Diplomas normativos estaduais

No âmbito do Estado do Rio de Janeiro, ins-ta destacar a atuação da Fundação Santa Cabrini, criada por meio do Decreto nº 14.677, de 14.07.77, para atender junto aos presos e egressos do sistema carcerário.

A criação da Fundação referendada pelo art. 34 da LEP,<sup>14</sup> que especifica que o trabalho praticado

<sup>12</sup> Conforme leitura do disposto nos arts. 4º e 5º da Resolução CNJ nº 96/2009.

<sup>13</sup> No ponto, é necessário destacar, além da atividade legítima, o aumento do interesse das Procuradorias Gerais dos Estados sobre o tema. Neste sentido, ver: FREITAS, Maria Carolina Tannus. "A reintegração do preso na sociedade por meio de obras públicas: o papel do Estado na promoção do trabalho social" apresentado no XXIII Congresso Nacional de Procuradores do Estado, realizado em Aracaju, Sergipe, em 2007, e Parecer da lavra do Ilustre Procurador do Estado do Espírito Santo, Horácio Augusto Mendes de Souza, eareado no âmbito do Processo nº 45325/339, ESP/PE/PCS/PCE/ESV/2008.

<sup>14</sup> Art. 34. O trabalho poderá ser desenvolvido por fundação, ou empresa pública, com autonomia administrativa, e terá por objetivo a formação profissional do condenado.

§1º Nessa hipótese, incumbirá à entidade gerenciadora promover e supervisionar a produção, em oficinas e métodos empresariais, encaregadas de sua comercialização, bem como suportar despesas, inclusive pagamento de remuneração adequada (renumerado pela Lei nº 10.792, de 11.12.2003). §2º Os governos federal, estadual e municipal poderão celebrar convênio com a iniciativa privada, para implantação de oficinas de trabalho referentes a setores de apoio dos presídios (incluído pela Lei nº 10.792, de 11.12.2003).

Fórm de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 14, n. 164, p. 59-72, ago. 2015

60 | ARTIGOS

ARTIGOS | 61

peio apenas poderá ser gerenciado por fundação que possua autonomia com a finalidade de buscar a formação profissional do preso, centralizou a atuação das ações relacionadas ao trabalho de presos e egressos no Estado.

Da leitura do citado ato normativo que a instituição, entende-se que a Fundação Santa Cabrini possui natureza jurídica de direito privado e tem por objetivo a ampliação dos postos de trabalho para detentos e egressos com a meta de reintegrá-los na sociedade civil.

ressalta-se, por oportuno, que, dentre os serviços que são oferecidos pela Fundação Santa Cabrini por meio do trabalho de apenados encontram-se: (i) confecção de uniformes escolares; (ii) reformas de carteiras escolares; (iii) confecção de roupas de cama hospitalares; (iv) fabricação de peças e artigos de padaria; (v) fabricação de tijolo ecológico; (vi) mão de obra terceirizada; (viii) serviços gráficos; (ix) serviços de mecânica; etc.

Importante, ainda, elucidar a existência, no próprio âmbito do já referido Programa "Começar de Novo, de Termo de Cooperação firmado em 09.02.2010<sup>15</sup> pelo Estado do Rio de Janeiro, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e Conselho Nacional de Justiça (CNJ), visando à implantação de um programa cujo objetivo é a troca de informações e capacitação técnica necessárias para a inserção de presos e egressos no mercado de trabalho, pretendendo-se a diminuição da reincidência na criminalidade. Almeja-se, ainda, a ampliação da mão de obra proveniente do sistema carcerário que labora em obras do governo estadual.

Entretanto, a utilização de sistemática semelhante já vem sendo adotada em outros Estados da Federação, estimulados pelo mencionado Programa "Começar de Novo, com um único intuito: buscar a reinserção social dos presos junto à sociedade organizada.

Como exemplo desse objetivo, percebe-se a utilização de incentivos fiscais dados por antes da federação que visam estimular empresas privadas a contratar pessoas oriundas do sistema carcerário. Para tanto, se faz necessária edição de lei específica que autorize a concessão do benefício fiscal, com fulcro no art. 155, §6º, da CRFB/88.<sup>16</sup>

<sup>15</sup> Informação retirada do site eletrônico: <http://www.santacabrini.org.br/br/html/estado.htm>. Acesso em: 13 set. 2010.

<sup>16</sup> Com o seguinte teor: "Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993) [...] §6º Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que

O Estado do Espírito Santo, por sua vez, regulamentou o Decreto nº 2640-R, que obriga o contratado pela Administração Pública Estadual a utilizar mão de obra egressa, no percentual de 6%, sendo 3% para presidiário e 3% para egresso, com exceção dos contratos que tenham por objeto os serviços de segurança, vigilância ou custódia.

Por fim, necessário se faz relatar a existência de um projeto de lei federal, autuado sob o nº 4.277/2008, de autoria do Deputado Federal Rodolpho, que dispõe sobre alteração do §2º, do art. 3º, da Lei nº 8.666/93, para instituir o critério de desempate às empresas que possuam percentual mínimo de 2% de empregados egressos do sistema prisional, como forma de incentivo à contratação da mão de obra proveniente do sistema carcerário.

Com isso, percebe-se plenamente possível que o Estado, por iniciativa própria, pretenda incentivar as empresas a contratar presos e egressos por meio de concessões fiscais.

Cabe, aqui, uma advertência: nada obstante a possibilidade da utilização de subsídio (desde que instituído por lei específica), este não pode abranger benefícios fiscais referentes ao ICMS. Isto porque há a necessidade de observância do disposto no art. 155, §2º, Inc. XII, alínea "g", da CRFB/88, devendo ser a medida objeto de convênio entre Estados. Tal posicionamento, sem embargo da relevância social da iniciativa, inclusive restou consignado no julgamento do ADIn nº 3.809-5/ES, em que o Egrégio Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucional lei do Estado do Espírito Santo:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 8.366, DE 7 DE JULHO DE 2006, DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. LEI QUE INSTITUI INCENTIVO FISCAL PARA AS EMPRESAS QUE CONTRATAREM APENADOS E EGRESSOS. MATÉRIA DE INDOLE TRIBUTÁRIA E NÃO ORÇAMENTÁRIA. A CONCESSÃO UNILATERAL DE BENEFÍCIOS FISCAIS, SEM A PRÉVIA CELEBRAÇÃO DE CONVÊNIO INTERGOVERNAMENTAL, AFRONTA AO DISPOSTO NO ARTIGO 155, §2º, XII, G, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.

1. A lei instituidora de incentivo fiscal para as empresas que contratarem apenados e egressos no Estado do Espírito Santo não subsiste a alegação, do requerente, de que a iniciativa seria reservada ao Chefe do Poder Executivo.

2. O texto normativo capta efetivamente viola o disposto no artigo 155, §2º, inciso XII, alínea "g",

concedida trimestralmente pelo tempo que durar o contrato de trabalho e pelo prazo máximo de vinte e quatro meses, desde que comprovada, no período, a sua regularidade perante o Instituto Nacional da Seguridade Social - INSS, o fundo de garantia por Tempo de Serviço - FORTS e à Fazenda Estadual".

Constituição do Brasil, ao conceder isenções fiscais às empresas que contratarem apenados e egressos no Estado do Espírito Santo. A lei ataca a admite a concessão de incentivos mediante desconto percentual na alíquota do ICMS, que será proporcional ao número de empregados admitidos.

3. Pacífico o entendimento desta Corte no sentido de que a concessão unilateral de benefícios fiscais relativos ao ICMS, sem a prévia celebração de convênio intergobernamental, nos termos do que dispõe a LC 24/75, afronta ao disposto no artigo 155, §2º, XII, "g", da Constituição Federal. Precedentes.

4. Ação direta julgada procedente para declarar inconstitucional a Lei n. 8.366, de 7 de julho de 2006, do Estado do Espírito Santo.

Ademais, é de se reconhecer que a maioria das iniciativas acima descritas prima pelo auxílio ao preso, sem focar no egresso, que, como referido anteriormente, é o mais necessitado de medidas de amparo neste tocante.

Assim, passa-se a examinar se as licitações públicas podem ser inseridas no rol dos instrumentos que poderiam ser utilizados para a reinserção dos egressos no mercado de trabalho.

### 3 Função regulatória da licitação

Classicamente, a licitação vem sendo conceituada como a busca da proposta mais vantajosa por parte da Administração (para a celebração de futuro contrato). Assim, nesta visão, dificilmente poderia ser utilizada como mecanismo de ressociação do egresso, por meio da imposição ao setor privado de medidas que visem estimular o setor privado à contratação de mão de obra do sistema carcerário.

E a razão de tal impossibilidade residiria na concepção de que a vantagem equivale à economicidade das licitações, entendendo que a vantagem auferida pela Administração ocorrerá sempre que esta contratar pelo menor preço. Concepoção esta adotada por boa parte dos autores que se debruçam sobre o tema. Neste sentido, uma vez que a contratação de egressos pode ser mais custosa, não poderia a licitação, como medida buscar a proposta menos onerosa, ser utilizada para esse fim.

Entretanto, não se convinga aqui de posicionamento.

A vantagem, como tratada no contexto do revogado Decreto-Lei nº 2.308/86, especialmente em seu art. 3º, determinava que a licitação

destina-se a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos.

Percebe-se que, em nenhum texto normativo — sequer na Constituição Federal —<sup>20</sup> foi colocado que a vantajosidade encontra-se adstrita à economicidade nos procedimentos licitatórios realizados pela Administração. O instituto somente veio a ser expressamente mencionado no art. 15 da Lei nº 8.666/93, no que tange à necessidade: de as licitações serem subdivididas em tantas parcelas quanto economicidade viáveis, em forma de ampliar a competitividade dos certames.

Acerca deste fato, trazemos à baila entendimento de Marçal Justen Filho<sup>21</sup> acerca da definição de vantajosidade:

A vantagem caracteriza-se como a adequação e satisfação do interesse coletivo via da execução do contrato. A maior vantagem possível configura-se pela conjugação de dois aspectos interrelacionados. Um dos ângulos relaciona-se com a prestação a ser executada por parte da Administração; o outro vincula-se à prestação a cargo do particular. A maior vantagem apresenta-se quando a Administração assume o dever de realizar a prestação menos onerosa e o particular se obriga a realizar a melhor e mais completa prestação. Configura-se, portanto, uma relação custo benefício. A maior vantagem corresponde à situação de menor custo e maior benefício para a Administração.

Tal pensamento, adstrito ao conceito de vantajosidade enquanto economicidade, foi construído numa conjuntura em que se preconizava a reforma do Estado, postulando-se a adoção de um modelo de "Estado gerencial".<sup>22</sup> Esse modelo, consolidado no âmbito jurídico pela Emenda Constitucional nº 19/1998, no bojo da chamada Reforma Administrativa, também explicitaria a opção por um Estado subsidiário.<sup>23</sup> Neste paradigma, o Estado

altera sua atuação, outora intervencionista, e passa a atuar de maneira residual, regulando o mercado ou interagindo com ele somente nos casos de ausência de interesse da área privada.

Contudo, não se pode, em nome da necessidade de o Estado pautar-se por uma alocação ótima de meios (postura racional frente à constatação de escassez de recursos), atribuir à norma interpretativa mais restritiva do que o próprio texto legal possibilita. Em outros termos: muito embora o Estado gerencial se pautar por uma economia de recursos, a concretização deste objetivo não pode servir para limitar o alcance da norma.

Nesse contexto, a vantagem da licitação pode ser caracterizada em função da modificação do paradigma que a Administração pretende implementar, em razão de políticas públicas.

Deve tomar-se uma premissa um tanto esquecida pelos manuais de Direito Administrativo: a licitação não é um fim em si mesmo. Não realiza nenhum valor. Ao contrário, a licitação é um instrumento, um vetor de atendimento do interesse público primário tutelado pelo Administrador.

Como corolário disto, constata-se a emergência de uma nova construção teórica relativa à natureza (e à finalidade) da licitação. Capitaneada por Marcos Juruena Villalá Souto, a doutrina da denominada "função regulatória da licitação" postula que esta apresente inegável vertente de caráter regulador. Deste modo, passa a ser utilizada para ampliar a competição, fundamentando-se na necessidade de entrada de novos participantes no mercado, para que no futuro o ente federativo não fique à mercê de um grupo econômico específico. Cenário este que poderia implicar, no futuro, aumento geral de preços e desestímulo à manutenção da qualidade dos produtos e serviços oferecidos à Administração.

Desta maneira, plenamente cabível a licitação servir como forma de regular o mercado, motivo pelo qual traz-se à baila posicionamento de Luciano Ferraz,<sup>24</sup> que entende ser "[...] possível pensar também em regulação por intermédio de medidas administrativas, todas as vezes que a satisfação do interesse público por meio da licitação (e do contrato) estiver em jogo".

<sup>20</sup> Que dispõe sobre o tema nos seguintes termos: "Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] Xii - reservadas as causas especificadas na legislação mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de entrega, manutidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações".

<sup>21</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008. p. 63.

<sup>22</sup> Sobre o tema, ver o seminal artigo de um dos "pais" dessa transformação: BRESSER-PEREIRA, L. C. Da Administração Pública burocrática à gerencial. *Revista do Serviço Público*, Brasília, v. 47, n. 1, p. 7-40, 1998.

<sup>23</sup> No ponto, vale a citação de Diogo de Figueiredo Moreira Neto (cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 439): "Essa tendência [à subsidiariedade] está caracterizada pela propensão do legislador em aliviar o Poder Público da execução das tarefas de exploração econômica, que possam ser, mais facilmente, realizadas pelo setor privado, uma orientação que foi alicerçada no ordenamento constitucional brasileiro, com a explicitação

Esta tese, que tem a pretensão inicial de viabilizar o ingresso de novas empresas em licitações realizadas pelo ente estadual — isto é, permitir o acesso de novos agentes a determinado mercado —, foi adotada diversas vezes pelo Estado do Rio de Janeiro.

No ponto, é necessário destacar que, além dessa finalidade explícita — dotar a licitação de uma função regulatória —, significa, ainda, potencialmente, abandonar uma ligação umbilical entre vantajosidade e economicidade, como se verifica da sucinta exposição dos seguintes precedentes.

Num primeiro caso de grande repercussão em âmbito estadual, verificou-se faticamente o domínio de determinada empresa no fornecimento de refeição a detentos do sistema carcerário ("quentinhas"). Percebia-se clara concentração do caráter exurgindo a necessidade de ampliação do caráter competitivo do certame; necessidade esta que não somente advinha da concretização direta do princípio da livre iniciativa, positivado no art. 170, caput, da Constituição, mas também para que se escapasse do quadro de "dependência" do Estado em relação a uma única empresa. Hipótese esta que, muito possivelmente, ensejaria, em curto espaço de tempo, a maiorização indefinida de valores por ausência de concorrência, restando à Administração submeter-se às diretrizes do particular,<sup>25</sup> sem contar na retirada de qualquer estímulo em prol da melhoria da qualidade da alimentação dos encarcerados.

Neste caso, ao não se contratar a empresa "dominadora", uma vez que ela ofereceria a menor proposta, far-se-ia rombo a equação "vantajosidade é igual a economicidade (somente)".<sup>26</sup>

A questão merece aprofundamento. Numa primeira mirada, ao se examinar estritamente o edital da licitação em cortejo, parece que sim. Todavia, ao se analisar o mercado e as possíveis novas contratações do mesmo objeto ora licitado, depreende-se que a vantagem econômica ligeiramente obtida, a partir da escolha da menor proposta no certame atual, acarretaria uma desvantagem futura para o Estado, que, a longo prazo, com a consolidação do "monopólio" de "quentinhas", acabaria por desbolsar um maior montante em futuras contratações. Pode-se, então, concluir que, neste caso, a vantajosidade ainda apresentava elevada vinculação à economicidade. Todavia, esta não deve ser somente aferida no universo de uma licitação, mas tomando-se o ponto de vista das futuras contratações feitas pela Administração no âmbito daquele mercado.

Reapresentando a questão: a vantagem tende a ser imediata (equivalente a uma "economicidade estrita") ou de longo prazo ("economicidade lato sensu")?

<sup>25</sup> Vide, nesse sentido, o Parecer PGE/RJ nº 14/97 — SMM.

<sup>26</sup> Vide, nesse sentido, o Parecer PGE/RJ nº 14/97 — SMM.

sensu"). Na questão prática, existiria uma aparente vantagem imediata; porém, a longo prazo, seria prejudicial. Motivo este que ensejou a adoção de medidas que ampliassem o caráter competitivo da licitação e mantivessem a concorrência no mercado, evitando-se a contratação da empresa que o dominava.

Não foi esta a única utilização da aqui denominada "doutrina da função regulatória das licitações". Num segundo caso, serviu a construção teórica até mesmo para dispensar a licitação. Tratava-se da contratação direta de cooperativa produtora de leite em pó, constituída majoritariamente por pequenos proprietários rurais. Em razão do encerramento das atividades de seu principal comprador — conhecida empresa multinacional com sede na Itália —, a cooperativa deparou-se com dificuldades para a realização do pagamento dos débitos então existentes. Caso se concretizasse a ameaça de "mora fiscal" por parte desses produtores, a região, que vivia tipicamente da venda do leite, iria "quebrar", criando-se um quadro definido como de "casos sociais".

Logo, para a manutenção do mercado então existente, e que possibilitasse um período mínimo de organização dos cooperativados, dispensou-se a licitação para contratação de leite, sospeçando a existência de interesses públicos primários — da sociedade — e secundários (do Erário),<sup>27</sup> e efetivou-se a contratação direta como forma de defesa do interesse difuso dos produtores rurais e da comunidade na qual eles se inseriam, com vistas à manutenção da atividade econômica existente, sua manutenção daquela região fluminense.<sup>28</sup>

Com isso, o foco se transmuta de uma simples licitação de compra de leite para a necessidade de continuidade da atividade econômica da venda do leite e a preservação do poder aquisitivo das famílias que prestam o delineado serviço.

Percebe-se, então, que a vantajosidade passa a se desligar do conceito de economicidade. Não era imprescindível que o leite fosse comprado ao menor preço existente no mercado. Tampouco a contratação direta tinha por objetivo atingir mais agentes no mercado. Embora esse propósito tenha bem tido sido contemplado pela contratação

<sup>27</sup> A distribuição é atribuída ao italiano Renato Alessi St. Alessi. Renato, *Sistema institucional do direito administrativo italiano*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1960. p. 197 e notas de rodapé 3 e 4. # 1089 000369

<sup>28</sup> *apud* BANDIERA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 57. Acerca disso, nos remeteremos ao Parecer PGE/RJ nº 03/04 — FAG que assim observou: "A licitação é um instrumento de ação estatal, não constituindo um fim em si mesma. É apenas um meio para o atingimento de uma determinada finalidade pública prevista em lei ou na própria Constituição Federal. Se, no caso concreto, a licitação não revelar como a forma mais adequada para a realização da finalidade, não há nenhuma razão para realizá-la, sob pena de não ser cumprimentada a finalidade pública, objetivo a ser perseguido pelo administrador".



direta, verifica-se que a iniciativa da Administração voltou-se para a manutenção da economia regional, sustentada pelos produtores locais.

O terceiro caso em análise trata da implementação de reserva de vagas para deficientes físicos em licitações e contratações realizadas por órgãos públicos estaduais, que teve por base a Lei Federal nº 8.213/91 e a Lei Estadual nº 4.340/04.

Tal reserva objetivou cristalizar o valor constitucional da integração social das pessoas portadoras de deficiência (art. 24, inc. XIV, da CF/88), como forma de incluí-las ao meio social que lhes permeiam.

Essa medida rompe frontalmente com o conceito de vantagemidade estritamente vinculado à ideia de pecúnia.<sup>28</sup> Isso porque não está se buscando a economicidade na licitação, mas a inserção dos deficientes no mercado de trabalho. Não há que se falar em ausência de vantagem para a Administração, pois concretiza uma política pública de amparo a uma parte da sociedade antes esquecida, alcançando valores fixados na Magna Carta.

Aqui cabe menção ao que foi destacado por Alexandre dos Santos Aragão, que assevera:

Poderia ser argüido que não caberia à Administração Pública valer-se das suas licitações para promover a realização de política pública não diretamente relacionada com os objetivos em si das contratações, argumento que não nos parece válido, uma vez que o Estado Social de Direito à Administração Pública pode e deve se valer dos instrumentos que possui para realizar os valores constitucionais, entre os quais a proteção dos deficientes físicos (art. 23, II, CF).<sup>29</sup> (grifos nossos)

Porém, o termo "função regulatória" não parece ser o mais pertinente, pois não abarca o conceito de fomento, nitidamente perseguido no caso em tela, atendo-se apenas à intenção de regular o mercado.

Por este motivo, entende-se mais adequado destacar a terminologia utilizada por Marçal Justen Filho, adotando a nomenclatura "função social dos contratos públicos", que assim delineia:

VI.3.1 – Ainda a questão da "função social" do contrato administrativo  
É necessário retomar um tema já versado acima, em diversas passagens. Trata-se daquilo que se poderia denominar de "função social" do contrato

<sup>28</sup> No caso da contratação direta dos produtores de leite, esse cumprimento não é tão explícito, uma vez que a contratação direta, embora se volte à preservação das atividades econômicas normais daquela região territorial, também serviu para regular o mercado, concretizando a competição com a manutenção de mais agentes no mercado leiteiro.

<sup>29</sup> Parecer nº 11/2004 – MJS – PG 15, exarado no âmbito do Processo Administrativo nº E-14/6824/2004 – Rio de Janeiro.

que limitam, ou em certa medida devem ser ponderados, no momento de se utilizar a licitação como função regulatória, o princípio da proporcionalidade, o princípio da eficiência e o princípio da isonomia. O princípio da proporcionalidade porque é preciso verificar se, em determinadas situações, a licitação, ou mesmo o poder de compra estatal, é o meio mais adequado para atingir aquela finalidade. E, ainda, na outra vertente da proporcionalidade, se não existir um meio menos oneroso para o atendimento daquela determinada finalidade pública.

Um caso que despertou aguda discussão no Estado do Rio de Janeiro foi a edição de Decreto estadual que condicionava a participação de empresas em licitações à comprovação do atendimento a uma legislação federal sobre deficientes físicos. Ou seja, passaria a ser requisito de habilitação demonstrar o atendimento da legislação federal que determina um número mínimo de deficientes por empresa. No âmbito da Procuradoria Geral do Estado, muito se discutiu sobre esse tema, se a exigência dessa comprovação nas licitações estaduais seria um meio adequado para atingir tal finalidade, um valor constitucional absolutamente relevante (o da tutela dos deficientes físicos).

O Decreto foi posteriormente modificado e, agora, chegou a um bom termo, exigindo que somente o licitante vencedor demonstre atendimento dessas condições previstas na Legislação Federal. Trata-se de bom exemplo de aplicação do princípio da proporcionalidade.<sup>30</sup> (grifos nossos)

Assim, a possibilidade de utilização da licitação como instrumento para a ressocialização de egressos do sistema prisional deve atentar para estes riscos.

Antes, porém, de avançar no tema, cumpre melhor justificar a possibilidade de inserir na licitação um componente de fomento. Apresentam-se, aqui, os subsídios legados por Norberto Bobbio e também pela Análise Econômica do Direito.

#### 4. Algumas boas razões teóricas para a adoção da licitação como instrumento (também) de fomento

##### 4.1 Função promocional do direito

Preocupando-se com os avanços da sociologia do direito, e insatisfeito com as teorias jurídicas que, embora refinadas, encontravam-se distantes da realidade, em razão de serem fechadas e dogmáticas,<sup>31</sup> Norberto Bobbio promove um balanço da doutrina kelseniana.

<sup>30</sup> Op. cit., p. 74.

<sup>31</sup> LOSANO, Mario G. Prefácio à edição brasileira. In: BOBBIO, Norberto. *Da estrutura da função jurídica*. Revisão técnica e tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Revisão técnica de Orlando Neves Bachiara, Renata Magalhães. Barueri, SP: Manole, 2007. p. XII et seq.

Percebe o autor italiano, então, que a teoria do direito se afastava da realidade de um Estado que não mais se limitava a penalizar comportamentos injustificados, mas "tendia a obter os comportamentos desejados recorrendo a uma sanção positiva, a um *incentivo*"<sup>32</sup> (grifos nossos). A partir desta constatação, deveria o estudioso do direito deixar de lado a preocupação com a estrutura do direito para ocupar-se da sua finalidade. Nasceia então, o arcabouço da função social do direito.

De outro modo, a chamada função promocional serviria para permitir a promoção dos novos anseios de uma sociedade em permanente transformação, melhor efetivando-os via atuação estatal. Nas palavras do autor:

Entendo por função promocional a ação que o direito desenvolve pelo instrumento das "sanções positivas", isto é, por mecanismos genericamente compreendidos pelo nome de "incentivos", os quais visam não a impedir atos socialmente indesejáveis, mas a promover a realização de atos socialmente desejáveis.<sup>33</sup>

Para isso, seria necessário romper com a arraigada construção positivista de associar direito à coação. Desde os escritos de Thomas Hobbes percebe-se a existência de esigma que afirma que há um vínculo necessário e indissolúvel entre o direito e a coação. Foi com base nessa acepção que colocou-se a obrigação como o ponto central da teoria geral do direito. E, como corolário disto, a tese de que o Estado é o ente que estipula as obrigações a serem cumpridas e também as sanções que infringem na hipótese de descumprimento daquelas. Logo, a atuação estatal ocorre via coação.

No entanto, a partir da adoção de uma visão promocional, extrai-se que para um melhor cumprimento daquelas obrigações, deve o Estado atuar para que sejam empregadas técnicas encorajadoras em detrimento das técnicas desencorajadoras.

É este modelo de atuação estatal que se adequa com as questões sociais contemporâneas: um Estado que, preferencialmente, não reprime, induz, que, sempre que possível, não sanciona, mas, sim, fomenta. Verifica-se que esta postura não somente visa a obtenção dos fins desejados – e estimulados pelo Estado –, mas também reforça a relação de confiança entre a Administração Pública e os administrados. A um só tempo, a função promocional incremental a cidadania plena e concreta

<sup>32</sup> *Ibidem*.  
<sup>33</sup> *Ibidem*.



Tal instituto, de diminuta aplicação prática, volta-se às licitações que tenham por objeto a contratação de obras de grande complexidade, que autorizam a utilização de *standards* objetivos que permitam a atribuição de pontuação às empresas proponentes, observando critérios estipulados pela Administração Pública, prosseguindo no certame aquelas que alcançarem o mínimo aceitável para execução dos serviços.<sup>47</sup>

Com isso, vislumbra-se adequada a utilização de metodologia de execução para diferenciar empresas que empreguem mão de obra carcerária e egressa, com o fito de promover o incentivo à adoção por parte da sociedade organizada a tal fim público.

Isso porque tal metodologia só pode ser inserida em obras e serviços de grande vulto e com complexidade de ordem técnica, o que se coaduna com as obras que se encontram por iniciar por conta dos grandes investimentos ligados à realização dos Jogos Olímpicos e da Copa do Mundo.

E mais: tal proposta, a exemplo do emprego da modalidade de melhor técnica e preço, também atende ao postulado pela função promocional do direito, uma vez que a licitante que não empregue mão de obra egressa poderá ser futuramente contratada. Entretanto, aquela que, por sua vez, tenha em seu quadro trabalhadores egressos poderá atingir pontuação mais alta.

Na realidade, aqui a única novidade é valer-se da metodologia de execução para o fomento da reinserção de egressos no mercado de trabalho. Para outros fins desejados socialmente, tem-se notícia de editais licitatórios que atribuem pontos pela comprovação de responsabilidade ambiental, por exemplo, utilizando materiais recicláveis para o certame licitatório.

Mais uma vez, deve ser destacado que embora a utilização da licitação para fomento da mão de obra egressa por meios não obrigatórios padeça de uma aplicação mais dificultosa, existem algumas justificativas robustas para sua adoção.

A primeira, diante da inexistência de comando legal obrigatório para contratação de mão de obra de presos e egressos, ao contrário do que se dá em relação à alocação de mão de obra de deficientes físicos.

A segunda, por ser medida que melhor atende aos preceitos — é dizer, o instrumento que mais

<sup>47</sup> Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

5º - No caso de obras, serviços e compras de grande vulto, de alta complexidade técnica, poderá a administração exigir dos licitantes a metodologia de execução, cuja avaliação para efeito de sua aceitação ou não, antecederá sempre à análise dos preços e será efetuada exclusivamente por critérios objetivos.

constitucional apto a dar plena efetivação ao princípio da isonomia.<sup>48</sup>

Em seu primeiro momento, versavam sobre a reserva de vagas do Parlamento para determinadas castas, estigmatizadas historicamente. Validas a expressão na Constituição sobre a validade dos mecanismos de discriminação positiva, e chancelada pela Suprema Corte Indiana, as ações afirmativas, longe de violarem a isonomia, traduziam-se em meio eficaz para realizar o axioma da igualdade. Inicialmente restritas ao acesso ao Parlamento, sua utilização foi ampliada para as mais diversas áreas sociais (educação, trabalho, etc.).

Inegável que a indução à contratação de egressos, como meio de promoção de sua reinserção no mercado de trabalho, compartilha do objetivo de diminuir o estigma social experimentado pelos recintos do sistema prisional, com uma vantagem adicional.

Seguindo-se o modelo proposto, ao não estatuir a obrigatoriedade desta contratação, na linha do preconizado pela função promocional do direito, realiza-se uma integração social espontânea.

Assim, os critérios de fomentos indicados neste trabalho, tendentes à incorporação da mão de obra, funcionarão como uma ação afirmativa de segundo grau, pois recompensaria os agentes que já reintegram os egressos. De outro modo: a utilização da licitação para fomentar (sem obrigar) a contratação de presos e egressos revela-se verdadeira ação afirmativa qualificada pela função promocional do direito.

Com dois méritos adicionais: (i) atende à proporcionalidade, como demonstrado, pois a medida não comprime de modo demasiado princípios constitucionais, especialmente a liberdade econômica; e (ii) não desnatura a licitação como meio de seleção da melhor proposta no mercado, uma vez que a não contratação de egressos não implica, forçosamente, a não classificação dos licitantes.

## 6 Conclusão

Em sede de conclusão, alinham-se os principais pontos nos quais se assenta o presente artigo:

1. O trabalho tem por objetivo, a partir da releitura de um tema clássico do direito administrativo, propor a utilização das licitações como meio de fomento de uma política pública — a ressocialização de egressos;

<sup>48</sup> Pretendia-se, com isso, a inserção na sociedade de modo efetivo dos *castes* (tribos), bem como os componentes de outras castas inferiorizadas.



da proporcionalidade. Neste caso, servirá ela para indicar qual seria o "grau ótimo" do fomento de fins constitucionalmente desejados;

11. No caso específico da utilização da mão de obra dos egressos, isso significa uma modesta proposição: não deve haver impugnação de sua contratação nos editais de licitação;

12. Assim, preconiza-se a utilização da licitação como forma de fomento à reinserção do egresso, o principal prejudicado pela falta de ofertas de trabalho;

13. Propugna-se a adoção da modalidade de técnica e preço ou por criação de critérios que ponham a alocação de sua mão de obra, via adoção de metodologia de execução;

14. A medida, entre outras vantagens, revela-se verdadeira ação afirmativa qualificada pela função promocional do direito; e

15. Com dois méritos adicionais: (i) pleno atendimento à proporcionalidade; e (ii) deferência à concepção clássica de licitação,

vez que a adoção da medida não se presta à forçosa eliminação de propostas.

Por fim, não se ignora que a questão mostra-se longe de ser pacífica, seja no tocante à releitura da licitação, para incluir vertente de fomento, por no que versa sobre a reinserção de egressos, por meio da contratação de sua mão de obra. No entanto, qualquer análise séria sobre o tema deve partir do pressuposto de que nem todas as questões postas em consideração são passíveis de afiações pecuniárias. Não há método que permita calcular quanto vale a recuperação da autestima de um egresso. Porém, sabe-se que isso, certamente, representa um avanço rumo a uma sociedade justa, livre e igualitária.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

ARAÚJO, Thiago Cardoso. Egressos, licitação e função promocional do direito: como pode a Administração Pública fomentar a reinserção social? *Fórum de Contratação e Gestão Pública* - FCGP, Belo Horizonte, ano 14, n. 164, p. 59-72, ago. 2015.

SERVIÇO PÚBLICO ESTADUAL

21/089 \* 000 569 115  
21/ 89. 569 /15  
26 MAI 2015

VALE A EMENDA A CARIMAR

196

# DOCTRINA BIREIO AO PONTO

## A exigência de garantia para participação em licitação e a necessidade de sua prorrogação ao longo do procedimento licitatório

Gina Copolla

Advogada militante em Direito Administrativo. Pós-graduada em Direito Administrativo pela FAVU. Professora de Direito Administrativo na FAVU. Autora dos livros *Elementos de Direito Ambiental*, Rio de Janeiro: Tercas e Idéias, 2003; *Desestatização e Terceirização*, São Paulo: NDJ - Nova Dimensão Jurídica, 2006; *A lei dos crimes ambientais comentada artigo por artigo*, Minas Gerais: Editora Fórum, 2008, e 2ª edição em 2012; e *A Improbidade Administrativa no Direito Brasileiro*, Minas Gerais: Editora Fórum, 2011, e, ainda, autora de diversos artigos sobre temas de direito administrativo e ambiental, todos publicados em periódicos especializados.

I - É cediço em direito que a Administração Pública pode exigir a prestação de *garantia* pelos licitantes como documento de qualificação econômico-financeira na fase de habilitação, limitada a 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da futura contratação, tudo isso conforme reza o art. 31, III, da Lei Federal nº 8.666, de 1.993.

As modalidades de garantia que podem ser oferecidas são as previstas no art. 56, §1º, da mesma Lei Federal nº 8.666/93, que reza textualmente que o contratado - ou licitante porque aqui estamos tratando da fase de habilitação - *poderá optar por uma das formas de garantia* previstas no mesmo dispositivo da Lei, ou seja, a Administração não pode impor qual a forma de garantia que deve ser prestada, sendo que a escolha fica a cargo exclusivamente do licitante, sob pena de ilegalidade.

As modalidades de garantia previstas no §1º do art. 56 da indigitada Lei são as seguintes: a) caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública; ou b) seguro-garantia; ou c) fiança bancária.

II - Mas a indagação que se formula é a seguinte: *e se o procedimento de licitação desenvolveu-se por tempo mais demorado que o previsto e, com isso, o prazo de validade da garantia venceu nesse lapso temporal?*

O correto é que os editais dos certames contemham previsão no sentido de que a garantia deve conter prazo de validade até a abertura dos envelopes de proposta devendo ser realizadas as necessárias prorrogações ou reavaliações necessárias da garantia para atendimento ao edital, sob pena de inabilitação do licitante.

E se o edital contiver expressamente tal disposição, o problema resta resolvido, uma vez que a Administração pública está presa rigidamente às regras previstas no edital da licitação, e não pode delas fugir nem do seu cumprimento estrito se afastar, por qualquer motivo ou causa que alegue.

III - O edital é a lei interna da licitação, daí constar na Lei nº 8.666/93, art. 3º, a regra da obrigatoriedade observância do princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

Esse princípio na lei de licitações vem minuciosamente explicado no art. 41, que reza:

A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

Com efeito, o princípio da vinculação ao instrumento convocatório constitui regra de segurança jurídica, expressamente previsto pelo art. 41 da Lei nº 8.666/93.

E, portanto, a partir do momento em que o edital da licitação é publicado, recebe força de lei, e, por isso, suas regras e disposições precisam ser fielmente cumpridas pela Administração, uma vez que o edital vincula a atuação da Administração, assim como a conduta da licitante.

Trata-se, de tal sorte, de uma relevante garantia que deve ser concedida a todos os interessados e licitantes, sob pena de patente ilegalidade e afronta ao art. 41 da Lei Federal nº 8.666/93.

IV - A jurisprudência, conforme é cediço em direito, é vasta sobre o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, motivo pelo qual se colacionará aqui apenas alguns exemplos.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO  
PROCURADORIA DE SERVIÇOS PÚBLICOS

GO PUBLICO ESTADO

21/89.569/15

Nº 089 - 000.569.115

26 MAI 2015

192

VALE A EMENDA A CARMIM

VISTO n.º 11/2017 – PGE/PSP/JPR

**APROVO** o Parecer n.º 01/2017 – FAAR-PSP, da lavra da Ilma. Procuradora do Estado Fabiana Andrade do Amaral Rudge Braga, que concluiu pela inconstitucionalidade da Lei n.º 3.940/2002, com redação dada pela Lei n.º 6.346/2012, que dispõe sobre a “*reserva de vagas de empregos para os detentos e egressos do Sistema Penitenciário nas empresas prestadoras de serviços ao Estado do Rio de Janeiro*”.

Segundo sustenta a ilustre parecerista, embora eivado de nobres propósitos de reinserir presos e egressos do sistema prisional no mercado de trabalho e auxiliar na sua recuperação social, o diploma legal padece de inconstitucionalidade material por violação ao princípio da proporcionalidade, uma vez que a reserva de vagas (i) fere o subprincípio da necessidade, pois existem outros meios menos gravosos aptos a promover a reinserção dos ex-detentos; (ii) viola a proporcionalidade em sentido estrito porque afeta, em demasia, os princípios da competitividade e vantajosidade das licitações, e porque reduz, sobremaneira, a liberdade econômica das empresas, bem assim os direitos fundamentais de outras minorias.

Além do mais, por interferir na liberdade da empresa particular em selecionar os seus empregados, culmina por usurpar a competência legislativa da União Federal em matéria de direito do trabalho.

Importante ressaltar que a Procuradoria Geral do Estado, nos Pareceres n.º 15/2002-SNM e 64/12 – FAG, já havia se posicionado sobre a inconstitucionalidade dos projetos de lei que, respectivamente, viriam a se tornar as Leis n.º 3.940/2002 e 6.346/2012, cuja inconstitucionalidade aqui se reitera.

De outra sorte, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro já declarou a inconstitucionalidade da Lei Municipal n.º 5.496/2012 (RI n.º 0002362-19.2013.8.19.0000), que, tal como a lei estadual, previa a obrigatoriedade da reserva de vagas para detentos em regime semi-aberto nos contratos administrativos celebrados por aquele ente para a prestação de serviços nas áreas de conservação e construção civil.

A fim de evitar repetições desnecessárias, é impertinente transcrever aqui todos os bem lançados fundamentos expostos pela parecerista para corroborar a inconstitucionalidade da lei. Porém, não se pode deixar de realçar aqui a cirúrgica





26 MAI 2015

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO  
PROCURADORIA DE SERVIÇOS PÚBLICOS

VALE A ENVELADA

avaliação de que a lei culmina por atentar contra o próprio princípio da isonomia que buscava tutelar.

Isso porque, como bem avaliado no parecer, a população egressa do sistema prisional – na sua grande maioria composta por pessoas de baixa renda e escolaridade – compete no mercado de trabalho com a chamada *minorias social*. Assim, a imposição legal da contratação de egressos do sistema prisional atentará justamente contra uma classe economicamente menos favorecida que deve, igualmente, receber proteção estatal, especialmente na ocupação de postos de trabalho, mormente a se considerar que o desemprego é um dos principais problemas sociais do país.

Assim, conforme brilhantemente sustentado pela Procuradora, a atividade estatal envolvendo a reinserção dos egressos do sistema prisional – preocupação que, de fato, deve orbitar a atuação do Estado – deve ser exercida, primordialmente, sob o formato de fomento, *por indução*, e não de intervenção econômica impositiva.

De fato, diversos mecanismos menos gravosos podem ser adotados pelo Estado para promover a mesma finalidade, concedendo benefícios e incentivos a empresas que adotem uma política de contratação de ex-detentos em contratações públicas. Conforme sugerido pelo Procurador do Estado Thiago Araújo Cardoso, em artigo cujas conclusões foram encampadas no parecer, o Estado pode adotar uma sistemática relativamente simples de metodologia de execução para privilegiar as empresas que possuam ex-detentos em seu quadro de empregados.

Além de fomentar a iniciativa privada em contratos públicos, o Estado pode, igualmente, atuar como um mediador mais eficiente na alocação dos presos e egressos do sistema prisional no mercado de trabalho.

Veja-se inclusive que, no âmbito estadual, foi criada a Fundação Santa Cabrini que tem como uma de suas finalidades “promover a formação profissional e o trabalho dos beneficiados por “sursis”, dos que se encontrarem sob liberdade condicional e dos egressos do Sistema Penitenciário e, ainda, de outros de faixa da população não amparada por algum sistema de proteção social” (art. 1º, §2º, do Decreto-lei n.º 360/77).

Por outro lado, a Lei n.º 8.666/93 admite a contratação direta de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos (art. 24, XIII). Pode-se cogitar na hipótese de o Estado atuar diretamente na contratação da Fundação Santa Cabrini para a aquisição de mão-de-obra terceirizada no desenvolvimento de alguma atividade



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO  
PROCURADORIA DE SERVIÇOS PÚBLICOS

26 MAI 2015

VALE A EMENDA A CADIMM

atividade específica dentro do serviço público que comporte a atividade laboral de ex-detentos, ao invés de buscar empresas da iniciativa privada para esse fim.

Não se pretende aqui analisar todas e nem esgotar as possibilidades de uma atuação mais efetiva do Estado na reinserção social dos presos e ex-detentos no mercado de trabalho, pois o foco aqui é tão-somente a análise da constitucionalidade da Lei n.º 3.940/2002 e da Lei n.º 6.346/2012.

Quer-se apenas pontuar – e ressaltar – que, de fato, existem diversos outros meios menos gravosos e atentatórios a direitos fundamentais que podem ser utilizados para atingir a nobre finalidade pretendida nas leis analisadas.

A outro giro, diante da confirmação da inconstitucionalidade da Lei n.º 3.940/2002, a ilustre parecerista sugeriu a propositura de Representação por Inconstitucionalidade (embora não se tenha indicado os dispositivos da Constituição Estadual que teriam sido violados, o que, neste momento, me parece desnecessário), bem como remessa à Casa Civil para que se avalie a conveniência do encaminhamento de um projeto de lei que tenha por finalidade a adoção de uma política de fomento nesta área.

Sem prejuízo do ajuizamento da Representação por Inconstitucionalidade, entendo ser possível a aplicação do Enunciado nº 03 da PGE<sup>1</sup>, para vincular apenas a Administração Pública estadual direta e indireta. No entanto, como a lei pretende dirigir-se, igualmente, aos demais Poderes<sup>2</sup>, é realmente conveniente que, além de atribuir efeitos normativos ao parecer, seja proposta a ação direta sugerida pela ilustre parecerista.

De igual modo, não se deve perder de vista que a não aplicação da lei reputada como inconstitucional, não isenta a Administração Pública estadual de verificar outros meios idôneos para fomentar, por indução, a reinserção dos presos e ex-detentos no mercado de trabalho.

Pelas razões expendidas, concordo com Parecer nº 01/2017 – EAAR-PSP, da lavra da Ilma. Procuradora do Estado Fabiana Andrade do Amaral Rudge Braga, sugerindo, após o visto do Procurador Geral do Estado, seja o expediente remetido à

<sup>1</sup> “A lei reputada inconstitucional pela Procuradoria Geral do Estado em parecer a que se atribuam efeitos normativos por ato do Governador do Estado não deve ser cumprida pela Administração Pública Estadual direta e indireta, inclusive por suas empresas públicas e sociedades de economia mista”

<sup>2</sup> Com ressalva evidente do art. 3º-F da Lei: “Art. 3º-F - Para a consecução dos objetivos desta Lei, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário poderão celebrar convênios com entidades da sociedade civil”.



21/89.569/15. 4  
Nº 089 \* 000509 115

26 MAI 2015

200

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO  
PROCURADORIA DE SERVIÇOS PÚBLICOS

VALE A EMEN A. A. CARMIM

Secretaria de Estado da Casa Civil e Desenvolvimento, com vistas a conceder efeitos normativos ao parecer na forma do Enunciado n.º 03-PGE, bem como estudar outros meios de fomento por indução que possam ser introduzidos no ordenamento jurídico para combater o problema de reinserção dos presos e ex-detento no mercado de trabalho. Em razão da sua *expertise* sobre o tema, caso a Casa Civil entenda conveniente, deve ser ouvida a Fundação Santa Cabrini sobre o tema.

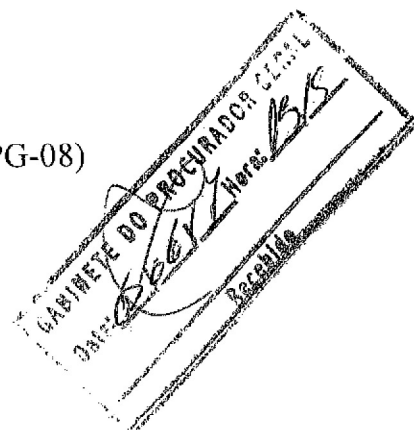
Em paralelo, requeiro ao Procurador Geral do Estado seja concedida autorização para a propositura de Representação por Inconstitucionalidade na forma sugerida no Parecer nº 01/2017 – FAAR-PSP, abrindo-se novo expediente para esse fim específico, de modo a não tumultuar a tramitação processual do presente expediente.

É como me parece.

À d. PG-02, para superior consideração.

Rio de Janeiro, 02 de junho de 2017.

**JOAQUIM PEDRO ROHR**  
Procurador-Chefe  
Procuradoria de Serviços Públicos (PG-08)



Senj. aqui por meio.

do Dr. Flávio Amador Gomes.

Ri., 5/6/12

Flávio de Araújo Willemán  
Procurador Adjunto  
Gabinete do Procurador Geral do Estado



<b>SERVIÇO PÚBLICO ESTADUAL</b>	
Processo nº	
Data	/ /
Rubrica	

247089 \* 000569 / 15

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO 26 MAI 2015

Processo nº E-21/089/569/2015

Rubrica

Visto. Aprovo o Parecer n.º 01/2017/FAAR-PSP, da lavra da Procuradora do Estado **FABIANA ANDRADA DO AMARAL RUDGE BRAGA**, devidamente cancelado pelo Procurador-Chefe da Procuradoria de Serviços Públicos, **JOAQUIM PEDRO ROHR**, que concluiu pela inconstitucionalidade da Lei n.º 3.940/2002, com redação dada pela Lei n.º 6.346/2012, que dispõe sobre a *“reserva de vagas de empregos para os detentos e egressos do Sistema Penitenciário nas empresas prestadoras de serviços ao Estado do Rio de Janeiro”*.

Concluiu a parecerista que a referida lei - embora eivada de nobres propósitos de reinserir presos e egressos do sistema prisional no mercado de trabalho e auxiliar sua recuperação social - é inconstitucional por violar o princípio da proporcionalidade na sua tríplice dimensão, eis que:

- (i) a opção legislativa da reserva de vagas fere o subprincípio da necessidade, uma vez que há outros meios menos gravosos aptos a promover a reinserção dos ex-detentos;
- (ii) fere a proporcionalidade em sentido estrito, porque afeta demasiadamente os princípios da competitividade e vantajosidade das licitações e, por assim dizer, o princípio da finalidade e o vetor que dele decorre do inciso XXI do artigo 37 da CRFB; e
- (iii) fere, ainda, a proporcionalidade em sentido estrito porque reduz, sobremaneira, o direito à liberdade econômica, bem como os direitos fundamentais de outras minorias.

SERVIÇO PÚBLICO ESTADUAL	
Processo n.º	5.21/89.569/15
Data	26/05/15
Fls.	202
Rubrica	

Para além da violação ao princípio da proporcionalidade, discorreu a parecerista sobre a ofensa aos princípios da eficiência, igualdade, livre iniciativa e liberdade econômica, ratificando os entendimentos pretéritos da Procuradoria Geral por ocasião do exame dos projetos de lei que, respectivamente, viriam a se tornar as Leis n.º 3.940/2002 e 6.346/2012 (Pareceres n.º 15/2002-SNM e 64/12-FAG).

A conhecida função regulatória do processo de contratação pública já se encontra amplamente consagrada no ordenamento jurídico pátrio (licitações sustentáveis, microempresas e empresas de pequeno porte, contratação que induzam o mercado interno e a produção de tecnologia nacional). Isso, entretanto, não autoriza que o legislador malfira outros princípios e valores constitucionais, o que ocorre na presente hipótese.

A reforçar a inconstitucionalidade suscitada, registra a parecerista que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro já declarou a inconstitucionalidade da Lei Municipal n.º 5.496/2012 (RI n.º 0002362-19.2013.8.19.0000), que, tal como a lei estadual em análise, previa a obrigatoriedade da reserva de vagas para detentos em regime semiaberto nos contratos administrativos celebrados por aquele ente para a prestação de serviços nas áreas de conservação e construção civil.

Como muito bem apontado no parecer e no Visto, a legítima preocupação que orientou a edição da Lei n.º 3.940/2002, com redação dada pela Lei n.º 6.346/2012, deve ser exercida, primordialmente, sob o formato de fomento, por indução, e não por meio de intervenção econômica impositiva, a justificar que sejam aprofundados estudos no âmbito da Administração Pública Estadual que viabilizem a relevantíssima política de reinserção dos egressos do sistema prisional.

Acolhe-se a recomendação da parecerista no sentido de que seja proposta Representação por Inconstitucionalidade em face da Lei n.º 3.940/2002, com redação dada pela Lei n.º 6.346/2012.

Acolhe-se, ainda, a sugestão contida no Visto de fls. 197/200 a fim de que se aplique na hipótese o Enunciado n.º 03-PGE, que expressa a seguinte orientação: *“A lei reputada inconstitucional pela Procuradoria Geral do Estado em parecer a que se atribuam efeitos normativos por ato do Governador do Estado não deve ser cumprida pela Administração Pública Estadual Direta e Indireta, inclusive por suas empresas públicas e sociedades de economia mista”*.

<b>SERVIÇO PÚBLICO ESTADUAL</b>		
Processo nº	R-21/87.569/15	
Data	26/05/15	Fls. 003
Rubrica		

As medidas são complementares, eis que a lei pretende alcançar todos os Poderes, sendo certo que eventual efeito normativo conferido ao bem lançado parecer que ora se aprova vinculará apenas a Administração Pública Estadual Direta e Indireta.

À Secretaria de Estado da Casa Civil e Desenvolvimento, (i) rogando autorização para a propositura da Representação de Inconstitucionalidade em face da Lei Estadual n.º 3.940/2002, com redação dada pela Lei n.º 6.346/2012; (ii) recomendando a aplicação do Enunciado n.º 03 da Procuradoria Geral do Estado na hipótese, conferindo-se efeitos normativos ao Parecer n.º 01/17 – FAAR-PSP; (iii) sugerindo o aprofundamento dos estudos no âmbito da Administração Pública Estadual (destacadamente com a participação da Fundação Santa Cabrini), que viabilizem a reinserção dos egressos do sistema prisional, observando os limites e avaliando as proposições formuladas no substancioso Parecer n.º 01/17 – FAAR-PSP.

Rio de Janeiro, 23 de junho de 2017.

  
**FERNANDO BARBALHO MARTINS**  
SUBPROCURADOR-GERAL DO ESTADO



Governo do Estado do Rio de Janeiro  
Secretaria de Estado da Casa Civil e Desenvolvimento Econômico  
Subsecretaria de Gestão

SERVIÇO PÚBLICO ESTADUAL

Processo 1221/089/569/15

Data 26/5/15 Fls. 204

Rubrica \_\_\_\_\_ Id \_\_\_\_\_

ID - 2026625-1

Conforme previsto, Decreto 44.414 de 27 de setembro de 2013, publicado em 30/07/2014, que da nova redação ao Decreto 43.897 de 16 de outubro de 2012, publicado em 17/10/2012.

### INSTRUÇÃO E NUMERAÇÃO DE FOLHAS

- ( ) Itens constantes no carimbo padrão de instrução: \_\_\_\_\_  
( ) nº do processo; ( ) data do processo; ( ) rubrica, ( ) Id Funcional  
( ) Peça(s) fora de ordenação \_\_\_\_\_  
( ) Despacho no verso da folha \_\_\_\_\_  
( ) Peças com a mesma numeração \_\_\_\_\_  
( ) Faltando TERMO DE ABERTURA \_\_\_\_\_  
( ) Faltando folhas: \_\_\_\_\_  
( ) Cabeçalho \_\_\_\_\_

### EMENDA CARMIM

- ( ) faltando carimbo ou preenchimento incorreto \_\_\_\_\_

### ABERTURA E ENCERRAMENTO DE VOLUMES

- FALTA TERMO ( ) Encerramento ( ) Abertura  
( ) Excedendo o número de folhas \_\_\_\_\_

FALTANDO TERMO DE \_\_\_\_\_

Falta rodapé ID

Em, 29/6/15

Maria Cardoso de Oliveira  
Assistente  
Div. Doc. Protocolo e Arquivo  
CASA CIVIL  
ID 2026625-1





Governo do Estado do Rio de Janeiro  
Secretaria de Estado da Casa Civil e Desenvolvimento Econômico  
Chefia de Gabinete

SERVIÇO PÚBLICO ESTADUAL

Processo E-21/089/569/2015

Data: 26/05/2015 fls. 205

Rubrica: *✓*

ID:

Rafael Tostes S. de Pontes  
Assessor  
Chefia de Gabinete-Casa Civil  
ID: 5006477-0

À Subsecretaria Jurídica da Casa Civil, para análise e pronunciamento.

Em 29/06/2017

*Rafael Tostes Solon de Pontes*  
**Rafael Tostes Solon de Pontes**  
Assessor da Chefia de Gabinete

Secretaria de Estado da Casa Civil e Desenvolvimento Econômico  
ID Funcional nº 5006477-0

Subsecretaria Jurídica da Casa Civil  
Recebido em 29/06/17 às 11:32  
Rubr.: *[assinatura]* Matr.: 5006477-0



Governo do Estado do Rio de Janeiro  
Secretaria de Estado da Casa Civil e Desenvolvimento Econômico  
Subsecretaria Jurídica

**Exmo. Sr. Secretário de Estado da Casa Civil e Desenvolvimento Econômico,**

Trata-se de processo administrativo em que ora se pretende a autorização do Exmo. Sr. Governador do Estado para ajuizamento de representação de inconstitucionalidade em face da Lei estadual nº 3.940/2002, alterada pela Lei estadual 6.346/2012 – esta última publicada no DOERJ de 20.07.2012 –, que dispôs sobre reserva de vagas de empregos para os detentos e egressos do Sistema Penitenciário nas empresas prestadoras de serviços ao Estado, em razão de inconstitucionalidade material reconhecida no âmbito da d. PGE/RJ.

A questão foi minuciosamente tratada no Parecer nº 01/2017/FAAR-PSP (fls. 158/181) - aprovado pelo Procurador-Chefe da PSP às fls. 197/200 e posteriormente aprovado pelo Subprocurador-Geral às fls. 201/203 -, ao qual se pleiteia atribuição de eficácia vinculante e normativa, por meio da aplicação do Enunciado nº 3 da PGE<sup>1</sup>.

O aludido parecer concluiu pela inconstitucionalidade material da Lei em comento com base nos seguintes argumentos: (i) violação ao princípio da proporcionalidade; (ii) existência de outros meios menos gravosos aptos a promover a reinserção dos ex-detentos; (iii) restrição dos princípios da vantajosidade e da competitividade da licitação; (iv) interferência na liberdade econômica; (v) afetação do próprio princípio da isonomia que se pretende tutelar, por prejudicar os direitos fundamentais de outras minorias; (vi) ofensa aos princípios da eficiência, igualdade, livre iniciativa e liberdade econômica.

Em reforço foram citados os Pareceres nº 15/2002-SNM (fls.184 - 186) e nº 64/2012-FAG (fls. 61-75), que já haviam concluído pela inconstitucionalidade dos projetos de leis que antecederam a Lei nº 3.940/2002 e a Lei nº 6.346/2012, respectivamente.

Mencionou-se, ainda, o julgamento da Representação de Inconstitucionalidade nº 0002362-19.2013.8.19.0000 que resultou na declaração de inconstitucionalidade da Lei municipal que impunha reserva de vagas para detentos em regime semi-aberto pelas empresas contratadas pelo Município do Rio de Janeiro.

Eis, por relevantes, trechos da manifestação da i. Procuradora do Estado, Fabiana Andrada do Amaral Rudge Braga:

*“(…) A proposta da lei, portanto, foi utilizar a contratação pública – destinada, em princípio, para a aquisição de bens e serviços ao menor custo – para atingir outra finalidade pública (interesse primário) definido pela lei: combater o preconceito sofrido pelos detentos e egressos do sistema penitenciário no mercado de trabalho, induzindo medida de intervenção do Estado nas relações privadas e nos contratos de trabalho que menciona. (...)”*

*Como se vê, a finalidade da lei foi a de utilizar a licitação como instrumento de “fomento” em matéria de política pública voltada à proteção dos detentos e egressos do sistema penitenciário, valendo-se do que a doutrina – capitaneada por Marcos Juruena Villela Souto – convencionou designar de função regulatória da licitação. (...)”*

<sup>1</sup> Enunciado n.º 03 – PGE: A Lei após ser reputada inconstitucional pela Procuradoria Geral do Estado não deve ser cumprida pela Administração Pública Estadual, inclusive por suas empresas públicas e sociedades de economia mista.



Governo do Estado do Rio de Janeiro  
Secretaria de Estado da Casa Civil e Desenvolvimento Econômico  
Subsecretaria Jurídica

*(...) a lei nº 3.940/2002 é inconstitucional porque [i] a opção legislativa da reserva de vagas fere o subprncípio da necessidade, uma vez que há outros meios menos gravosos aptos a promover a reinserção dos ex-detentos; [ii] fere a proporcionalidade em sentido estrito, porque afeta demasiadamente os princípios da competitividade e da vatajosidade das licitações e, por assim dizer, o princípio da finalidade e o vetor que dele decorre do inciso XXI do artigo 37 da CF, e [iii] fere, ainda, a proporcionalidade em sentido estrito, porque reduz, sobremaneira, o direito à liberdade econômica, bem assim os direitos fundamentais de outras minorias. (...)*

*Como visto, é possível o emprego da licitação como forma de regulação da economia, seja coibindo práticas inibidoras de competição, seja para induzir outras que produzam efeitos sociais desejáveis. (...) é certo que a adição de obrigações dessa natureza ao conteúdo do contrato administrativo tornam por elevar os custos da contratação, afetando, sob o viés mais econômico, a vatajosidade da licitação. (...)*

*Assim, é possível cogitar-se de um sistema de incentivos à contratação de ex-detentos, mediante a criação de vantagens (medidas de discriminação positiva sugeridas) em licitações públicas, sob um formato de fomento propriamente dito, por indução, não de intervenção econômica impositiva. (...)*

*Cumpre acrescentar que, conforme acima ressaltado neste pronunciamento, a liberdade de contratar e de escolha dos empregados é prerrogativa do empresário que decorre da Constituição, mesmo em contratos de terceirização firmados com o Estado. (...)*

*Por fim, a via da reserva de vagas sacrifica, de forma excessiva, o próprio princípio da igualdade que pretendeu tutelar. (...) É que, no contexto da sociedade brasileira, profundamente desigual e injusta, a população carcerária é marcada por um perfil de baixa escolaridade e de pessoas economicamente menos privilegiadas, de forma a se fazer legítimo deduzir que, no mercado de trabalho, estão a competir pelos menos postos de trabalho que a chamada minoria social. (...)*

*Por todas as razões expostas, entendemos que a lei estadual nº 3.940/2002 viola os princípios da eficiência e da vatajosidade da licitação, além de afetar a liberdade econômica e o princípio da isonomia que se pretendeu tutelar, pelo o que se impõe opinar pela propositura de Representação por inconstitucionalidade visando à sua declaração de inconstitucionalidade material, na forma e pelos fundamentos expostos."*

O referido parecer foi aprovado pelo i. Subprocurador-Geral do Estado Fernando Barbalho Martins às fls. 201/203, oportunidade em que foi requerido encaminhamento deste processo Administrativo a esta Secretaria de Estado para as seguintes providências:

*"À Secretaria de Estado da Casa Civil e Desenvolvimento, (i) rogando autorização para a propositura de Representação de Inconstitucionalidade em face da Lei estadual nº 3.940/2002, com redação dada pela Lei nº 6.346/2012; (ii) recomendando a aplicação do Enunciado nº 03 da Procuradoria Geral do Estado na hipótese, conferindo-se efeitos normativos ao parecer 01/17 – FAAR-PSP; (iii) sugerindo o aprofundamento dos estudos no âmbito da Administração Pública Estadual (destacadamente com participação da Fundação Santa Cabrini), que viabilizem a reinserção dos egressos do sistema prisional, observando*



SERVIÇO PÚBLICO ESTADUAL  
Processo nº E-21/089.569/2015  
Data: 26/05/2011 Fl.: 268  
Rubrica: Y Id. Func. 505019-2

Governo do Estado do Rio de Janeiro  
Secretaria de Estado da Casa Civil e Desenvolvimento Econômico  
Subsecretaria Jurídica

*os limites e avaliando as proposições formuladas no substancioso Parecer nº 01/2017/FAAR-PSP.”.*

Assim sendo, sugiro a V. Exa. a submissão da matéria ao crivo do Exmo. Governador do Estado, para que decida a respeito da autorização para ajuizamento de representação de inconstitucionalidade em face da Lei estadual nº 3.940/2002, com redação dada pela Lei nº 6.346/2012, bem como para a atribuição de eficácia vinculante e normativa ao Parecer nº 01/2017/FAAR-PSP.

Rio de Janeiro, 05 de julho de 2017.

DENIS MOREIRA MONASSA MARTINS  
Procurador do Estado  
Assessor Jurídico Especial/CC

**RODRIGO CRELIER ZAMBÃO DA SILVA**  
Procurador do Estado do Rio de Janeiro  
Subsecretário Jurídico da Casa Civil  
ID Funcional nº 4266595-7



Governo do Estado do Rio de Janeiro  
Secretaria de Estado da Casa Civil e Desenvolvimento Econômico

**Excelentíssimo Senhor Governador do Estado do Rio de Janeiro,**

Trata-se de processo administrativo em que ora se pretende obter autorização do Exmo. Sr. Governador do Estado para ajuizamento de representação de inconstitucionalidade em face da Lei estadual nº 3.940/2002, com redação dada pela Lei nº 6.346/2012 – esta última publicada no DOERJ de 20.07.2012 –, que dispôs sobre reserva de vagas de empregos para os detentos e egressos do Sistema Penitenciário nas empresas prestadoras de serviços ao Estado, em razão de inconstitucionalidade material reconhecida no âmbito da d. PGE/RJ.

A questão foi minuciosamente tratada no Parecer nº 01/2017/FAAR-PSP (fls. 158/181), ao qual se pleiteia atribuição de eficácia vinculante e normativa, aprovado pelo Procurador-Chefe da PSP às fls. 197/200 e posteriormente aprovado pelo i. Subprocurador-Geral do Estado às fls. 201/203.

Neste sentido, a d. Procuradoria-Geral do Estado, com vistas a assegurar a publicidade ao tema, bem como garantir estabilidade e segurança jurídica, recomendou a elevação do expediente à V. Ex<sup>a</sup>. para apreciação das seguintes propostas:

(i) atribuição de eficácia vinculante e normativa ao Parecer nº 01/2017/FAAR-PSP; e

(ii) autorização da propositura de Representação de Inconstitucionalidade perante o Tribunal do Estado do Rio de Janeiro em face da Lei estadual nº 3.940/2002, com redação dada pela Lei nº 6.346/2012.

Pelo exposto, submeto tais propostas à apreciação de Vossa Excelência.

Rio de Janeiro,        de

de 2017.

**CHRISTINO AUREO**

Secretário de Estado da Casa Civil e Desenvolvimento Econômico  
ID Funcional 559409-0



SERVIÇO PÚBLICO ESTADUAL	
Processo nº E-21/089.569/2015	
Data: 26/05/2011	Fl.: 210
Rubrica: <i>Servidor</i>	ID: 5036011-3

# DECRETO Nº

DE

DE

**DE 2017.**

**ATRIBUI EFICÁCIA VINCULANTE  
E NORMATIVA AO PARECER Nº  
01/2017/FAAR-PSP E DETERMINA A  
NÃO APLICAÇÃO DA LEI  
ESTADUAL Nº 3.940/2002, COM  
REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº  
6.346/2012, NO ÂMBITO DA  
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA  
ESTADUAL.**

**O GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**, no uso de suas atribuições constitucionais e legais, tendo em vista o que consta no processo administrativo E-21/089.569/2015.

**DECRETA:**

**Art. 1º** - Fica atribuída eficácia vinculante e normativa ao Parecer nº 01/2017/FAAR-PSP, consoante proposição da Procuradoria-Geral do Estado.

**Parágrafo Único** – A Procuradoria Geral do Estado deverá disponibilizar a íntegra do Parecer nº 01/2017/FAAR-PSP em seu sítio eletrônico.

**Art. 2º** - Fica determinada a não aplicação da Lei estadual nº 3.940/2002, com redação dada pela Lei estadual nº 6.346/2012, no âmbito da Administração Pública estadual, em razão dos vícios de constitucionalidade apontados no Parecer nº 01/2017/FAAR-PSP.

**Art. 3º** - Este decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Rio de Janeiro,

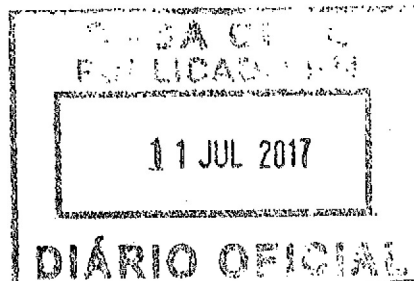
de

de 2017.

**LUIZ FERNANDO DE SOUZA**



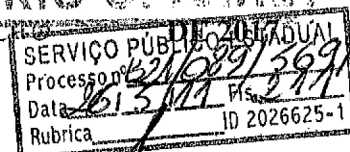
Poder Executivo



DECRETO Nº 46.041

DE 10

DE JULHO



**ATRIBUI EFICÁCIA VINCULANTE  
E NORMATIVA AO PARECER Nº  
01/2017/FAAR-PSP E DETERMINA A  
NÃO APLICAÇÃO DA LEI  
ESTADUAL Nº 3.940/2002, COM  
REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº  
6.346/2012, NO ÂMBITO DA  
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA  
ESTADUAL.**

**O GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**, no uso de suas atribuições constitucionais e legais, tendo em vista o que consta no processo administrativo E-21/089.569/2015.

**DECRETA:**

**Art. 1º** - Fica atribuída eficácia vinculante e normativa ao Parecer nº 01/2017/FAAR-PSP, consoante proposição da Procuradoria-Geral do Estado.

**Parágrafo Único** – A Procuradoria Geral do Estado deverá disponibilizar a íntegra do Parecer nº 01/2017/FAAR-PSP em seu sítio eletrônico.

**Art. 2º** - Fica determinada a não aplicação da Lei estadual nº 3.940/2002, com redação dada pela Lei estadual nº 6.346/2012, no âmbito da Administração Pública estadual, em razão dos vícios de constitucionalidade apontados no Parecer nº 01/2017/FAAR-PSP.

**Art. 3º** - Este decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Rio de Janeiro, 10 de julho de 2017.

  
**LUIZ FERNANDO DE SOUZA**