



COORDENAÇÃO DE APERFEIÇOAMENTO DE PESSOAL DE NÍVEL SUPERIOR
Setor Bancário Norte (SBN), Quadra 2, Bloco L, Lote 06, Edifício Capes, Bairro Asa
Norte, Brasília/DF, CEP 70040-020 Telefone: - www.capes.gov.br

PROCESSO Nº: 23038.002104/2022-41

RESPOSTA À IMPUGNAÇÃO AO PREGÃO Nº 06/2023

Trata-se de peça impugnatória impetrada por empresa SERVISET TECNOLOGIA E FACILITIES LTDA, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/MF sob nº 24.054.324/0001-70, interessada em participar do certame, doravante denominada impugnante, que apresentou em 31/07/2023, por e-mail (SEI 2027867), impugnação ao Edital do Pregão Eletrônico nº 6/2023, cujo objeto é a escolha da proposta mais vantajosa para à contratação de empresa especializada na prestação de serviços continuados de Assistente Administrativo e outros Serviços Auxiliares, com dedicação de mão de obra exclusiva, para o desempenho das atividades nas dependências da CAPES, conforme condições, quantidades e exigências estabelecidas no Edital e seus anexos.

1. Da Admissibilidade

De acordo com o art. 24 do Decreto nº 10.024/2019, qualquer pessoa poderá impugnar os termos do edital do pregão, por meio eletrônico, na forma prevista nesse instrumento, até três dias úteis anteriores à data fixada para abertura da sessão pública. Desse modo, observa-se que a Impugnante encaminhou sua petição conforme subitem 21.1 e 21.2 do Edital do Pregão nº 06/2023 e, considerando que a abertura da sessão pública do pregão está agendada para o dia 03/08/2023, a presente Impugnação apresenta-se tempestiva.

2. Da Síntese das Alegações da Impugnante

A impugnação apresentada refere-se à solicitação de correção do subitem 13.3 do Termo de Referência, concernente à obrigação da Contratada:

13.3. Responsabilizar-se pelos vícios e danos decorrentes da execução do objeto, bem como por todo e qualquer dano causado à União ou à entidade federal, devendo ressarcir imediatamente a Administração em sua integralidade, ficando a Contratante autorizada a descontar da garantia, caso exigida no edital, ou dos

pagamentos devidos à Contratada, o valor correspondente aos danos sofridos;

Foi pontuado que “a previsão de que a Contratada deverá responder pelos danos causados à União ou à entidade federal, **sem, contudo, mencionar acerca da apuração de culpa ou dolo, inclusive confrontando o item 22.2.2** do mesmo Termo de Referência, que prevê expressamente a necessidade da existência de culpa ou dolo.” (grifo nosso)

A impugnante considerou que a “previsão é ilegal, pois estabelece que a Contratada deverá arcar com QUALQUER perda ou prejuízo sofrido pela Contratante, na integralidade, inclusive sem que tenha sido aberto o respectivo processo de apuração.”

Segue abaixo a síntese dos argumentos apresentados pela impugnante:

- art. 70 da Lei n.º 8.666/93 “Art. 70. O contratado é responsável pelos danos causados diretamente à Administração ou a terceiros, decorrentes de sua culpa ou dolo na execução do contrato, não excluindo ou reduzindo essa responsabilidade a fiscalização ou o acompanhamento pelo órgão interessado.”;

- citação de Marçal Justen Filho acerca do tema “De regra, a responsabilidade civil do particular perante a Administração sujeita-se aos princípios de direito privado. Em qualquer caso, não basta o dano para surgir o dever de indenizar. A conduta do sujeito deve caracterizar-se como culposa, segundo os princípios de Direito Civil, inclusive no tocante a eventuais presunções de culpa. Se o dano foi produzido pela conduta do sujeito sem que concorresse dolo ou culpa, não surge o dever de indenizar”

- Acórdão n.º 2664/2007, Plenário – “Detectadas falhas em procedimento licitatório no qual não se apurou dano ao Erário, tampouco se vislumbrou dolo ou má-fé na atuação dos responsáveis, cumpre expedir determinações corretivas a entidade. “

Em seguida, requereu que “seja alterado o item editalício, de modo que a Contratada somente seja responsabilizada se, cumulativamente: a) for instaurado processo administrativo em que sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV, CF); b) o dano tenha sido comprovado pela Administração e c) tenha sido comprovado que a Contratada agiu diretamente com dolo ou culpa.”

A impugnante também alegou que o subitem 21.9 do Termo de Referência restringe o direito da Contratada à repactuação e ao reequilíbrio econômico-financeiro, condicionando-os à inserção de cláusula em aditivo contratual, sob pena de preclusão.

“21.9. Caso, na data da prorrogação contratual, ainda não tenha sido celebrado o novo acordo, dissídio ou convenção coletiva da categoria, ou ainda não tenha sido possível à Contratante ou à Contratada proceder aos cálculos devidos, deverá ser inserida cláusula no termo aditivo de prorrogação para resguardar o direito futuro à repactuação, a ser exercido tão logo se disponha dos valores reajustados, sob pena de preclusão.”

A Impugnante considerou que essa restrição permite que a Contratante usufrua dos serviços sem efetuar a contraprestação devida, apenas em razão da ausência de uma cláusula em aditivo, que somente formalizaria uma situação fática real, existente e conhecida pelas partes (a majoração dos custos da Contratada em razão de vigência de novas normas coletivas de trabalho).

Além disso, ressaltou que que “a repactuação será direito do contratado sempre que houver elevação dos custos da contratação, e sua inobservância viola inclusive o direito adquirido, previsto na Constituição Federal”, e citou a IN SEGES/MP e alguns julgados:

“Art. 54. A repactuação de preços, como espécie de reajuste contratual, deverá ser utilizada nas contratações de serviços continuados com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, desde que seja observado o interregno mínimo de um ano das datas dos orçamentos aos quais a proposta se referir.

§1º A repactuação para fazer face à elevação dos custos da contratação, respeitada a anualidade disposta no caput, e que vier a ocorrer durante a vigência do contrato, é direito do contratado e não poderá alterar o equilíbrio econômico e financeiro dos contratos, conforme estabelece o inciso XXI do art. 37 da Constituição da República Federativa do Brasil, sendo assegurado ao prestador receber pagamento mantidas as condições efetivas da proposta.”

“1. Na hipótese, a parte autora requereu repactuação do contrato após a assinatura do termo aditivo. Tendo a Convenção Coletiva de Trabalho sido homologada dias após essa assinatura, remanesce direito à parte contratada em ter seu pedido de repactuação aceito como tempestivo. 2. Segundo o princípio da lealdade contratual, a nenhuma das partes cabe o direito de enriquecer sem causa. O princípio da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato se apresenta na equilibrada manutenção da relação dos encargos do particular com a remuneração prestada pelo Poder Público. (TRF-4 – AC: 50205551020154047200 SC 5020555-10.2015.404.7200, Relator: FERNANDO QUADROS DA SILVA, Data de Julgamento: 25/04/2017, TERCEIRA TURMA)”.

“2. É consabido que nos contratos de prestação de serviços terceirizados envolvendo mão de obra em regime de exclusividade, o reajustamento do valor contratado, no que diz respeito às denominadas áleas ordinárias, ocorre por meio da repactuação relativamente aos componentes de custo de mão de obra; e via aplicação de índice financeiro quanto aos demais componentes, cuja formação do preço se dá de acordo com o preço praticado no mercado. ... A repactuação, por sua vez, incidente sobre os componentes de custos decorrentes de mão de obra, tal anualidade será considerada a partir da data do orçamento a que a proposta se referir, assim entendida a data em que se iniciaram os efeitos do

Acordo ou da Convenção Coletiva aplicável, vigente à época da apresentação da proposta (art. 55, inc. II, da IN nº 05/17). Assim, a partir da data em que passou a vigor as majorações salariais da categoria profissional que deu ensejo à revisão, a contratada passou a deter o direito à repactuação de preços. (...) 7. Importa destacar que a Instrução Normativa 02/2008 invocada pela recorrente para negar as repactuações e seus efeitos financeiros à data em que passou a vigor as majorações salariais da categoria profissional que deu ensejo à revisão, como ato normativo integrante da legislação regulamentar, não pode ser interpretado de forma a atingir objetivos distintos dos princípios que regem a atuação administrativa, em especial o princípio da vedação do enriquecimento sem justa causa pela Administração em detrimento do particular contratado. E, sendo a vedação ao enriquecimento sem causa um princípio de direito, deve ser observado pela Administração Pública, em especial na execução de seus contratos. (TRF-5 – Ap: 08046504420174058000, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL RUBENS DE MENDONÇA CANUTO NETO, Data de Julgamento: 12/04/2022, 4ª TURMA).”

Além disso, a Impugnante mencionou o princípio do formalismo moderado e evidenciou questões discutidas no poder judiciário no sentido de possibilitar a repactuação mesmo que já assinado termo aditivo, resultando nas seguintes Apelações Cíveis:

ADMINISTRATIVO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. RESTABELECIMENTO DE EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO. POSSIBILIDADE. CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO – HOMOLOGAÇÃO APÓS ASSINATURA DE TERMO ADITIVO – REPACTUAÇÃO CONTRATUAL – POSSIBILIDADE. PRINCÍPIOS CONTRATUAIS DE LEALDADE ENTRE AS PARTES E MANUTENÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO. 1. Na hipótese, a parte autora requereu repactuação do contrato após a assinatura do termo aditivo. (...) 2. Segundo o princípio da lealdade contratual, a nenhuma das partes cabe o direito de enriquecer sem causa. O princípio da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato se apresenta na equilibrada manutenção da relação dos encargos do particular com a remuneração prestada pelo Poder Público. (TRF4, Apelação Cível nº 5020555-10.2015.4.04.7200/SC, 3ª Turma, Rel. Des. Fernando Quadros da Silva, D.J. 25/04/2017).

PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. DECURSO DA PERIODICIDADE ANUAL. REAJUSTAMENTO DE PREÇOS. POSSIBILIDADE.

(...) 5. Não merece acolhimento a alegação da parte recorrida quanto à preclusão lógica do direito da empresa recorrente de obter reajustamento em razão de ela ter assinado os termos aditivos do contrato, vez que as referidas alterações, que passaram a fazer parte do contrato original, não se mostram contraditórias com a pretensão de reajustamento após um ano contado da proposta. (...) (AC – Apelação Cível – 0803084-63.2013.4.05.8400, Desembargador Federal Gustavo de Paiva Gadelha, TRF5 – Terceira Turma, D.J 22/01/2015).

ADMINISTRATIVO. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEI Nº 8.666/93. REPACTUAÇÃO. REAJUSTE SALARIAL. CLÁUSULAS ECONÔMICO-FINANCEIRAS. ALTERAÇÃO. ACORDO ENTRE AS PARTES. CONVENÇÕES COLETIVAS DE TRABALHO E ALTERAÇÕES DAS TARIFAS DE TRANSPORTE COLETIVO. BOA-FÉ DA ADMINISTRAÇÃO. (...) Ao que tudo indica, é legítimo o pedido, na medida em que o contrato tem de ser cumprido, preservada a proposta, sendo uma questão de boa-fé da Administração. (TRF4, Apelação Cível nº 5039537- 86.2012.404.7100/RS, 3ª Turma, Rel. Des. Federal Fernando Quadros da Silva, D.J. 08/10/2014).

3. Dos Procedimentos Adotados pela Pregoeira

Considerando que a questão envolve assuntos relacionados à celebração contratual, foram requisitados subsídios formais da Divisão de Contrato da Capes, tendo a resposta inclusa nos autos (e-mail - SEI 2029024).

4. Da análise dos pontos impugnados

Preliminarmente, registra-se que no processo de elaboração dos artefatos da contratação, a Capes utiliza modelo padronizado de minutas de licitações e contratos disponibilizado pela Advocacia-Geral da União (AGU), no link <https://www.gov.br/agu/pt-r/composicao/cgu/cgu/modelos/licitacoescontratos/8666e10520>

Com isso, foi utilizado o modelo de Termo de Referência “Pregão eletrônico para contratação de prestação de serviço contínuo com dedicação de mão-de-obra exclusiva”, da Câmara Nacional de Modelos de Licitações e Contratos Administrativos da Consultoria-Geral da União. Esse padrão adotado pela AGU segue os termos do art. 29 da Instrução Normativa SEGES/MP n. 5/2017.

As exigências, responsabilidades e obrigações propostas no ato ou instrumento convocatório, estão pautadas em consonância com as diretrizes contidas no documento público: Licitações & Contratos – Orientações e Jurisprudência do TCU – 4ª Edição – Revista, atualizada e ampliada, abrigado no sítio: <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A24D6E86A4014D72AC81CA540A&inline=1>

Subitem 13.3 do Termo de Referência – previsão de culpa ou dolo

Assim, no âmbito do contexto do pedido de impugnação, não se vislumbra a revisão do Termo de Referência para fazer constar expressamente a condição de dolo e culpa, bem como de abertura de processo de apuração de possíveis danos causados à Contratante, tendo em vista a formulação das responsabilidades das partes transladadas desse instrumento:

10.2.4.2. prejuízos diretos causados à Administração decorrentes de culpa ou dolo durante a execução do contrato;

13.3. Responsabilizar-se pelos vícios e danos decorrentes da execução do objeto, bem como por todo e qualquer dano causado à União ou à entidade federal, devendo ressarcir imediatamente a Administração em sua integralidade, ficando a Contratante autorizada a descontar da garantia, caso exigida no edital, ou dos pagamentos devidos à Contratada, o valor correspondente aos danos sofridos;

16.14 O descumprimento total ou parcial das obrigações e responsabilidades assumidas pela CONTRATADA, incluindo o descumprimento das obrigações trabalhistas, não recolhimento das contribuições sociais, previdenciárias ou para com o FGTS ou a não manutenção das condições de habilitação, ensejará a aplicação de sanções administrativas, previstas no instrumento convocatório e na legislação vigente, podendo culminar em rescisão contratual, por ato unilateral e escrito da CONTRATANTE, conforme disposto nos arts. 77 e 80 da Lei nº 8.666, de 1993.

19.9. Persistindo a irregularidade, a contratante deverá adotar as medidas necessárias à rescisão contratual nos autos do processo administrativo correspondente, assegurada à contratada a ampla defesa.

22.2 A garantia assegurará, qualquer que seja a modalidade escolhida, o pagamento de:

22.2.2. prejuízos diretos causados à Administração decorrentes de culpa ou dolo durante a execução do contrato;

23.6 Também ficam sujeitas às penalidades do art. 87, III e IV da Lei nº 8.666, de 1993, as empresas ou profissionais que:

23.6.1. tenham sofrido condenação definitiva por praticar, por meio dolosos, fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos;

23.7. A aplicação de qualquer das penalidades previstas realizar-se-á em processo administrativo que assegurará o contraditório e a ampla defesa à CONTRATADA, observando-se o

procedimento previsto na Lei nº 8.666, de 1993, e subsidiariamente a Lei nº 9.784, de 1999.

Vale evidenciar que as possibilidades de aplicação das sanções administrativas estão devidamente elencadas no item 23 do Termo de Referência em especial nos referimos ao subitem 23.7, nestes termos: “A aplicação de qualquer das penalidades previstas realizar-se-á em processo administrativo que assegurará o contraditório e a ampla defesa à CONTRATADA, observando-se o procedimento previsto na Lei nº8.666, de 1993, e subsidiariamente na Lei nº 9.784, de 1999.”

As obrigações da CONTRATANTE e da CONTRATADA são aquelas previstas nos subitens 12 e 13 do Termo de Referência, anexo do Edital do Pregão Eletrônico nº 6/2023.

As minutas dos contratos e os modelos de editais seguem o padrão da AGU e estes se remetem ao Termo de Referência. E, conforme subitem 1.1 do Contrato, os serviços serão prestados nas condições estabelecidas no Termo de Referência.

Entende, portanto, que consta expressamente no Termo de Referência o dever de se apurar culpa ou dolo em processos administrativos, com direito à defesa.

Assim, quanto ao requerido pela Impugnante, a proposição de incluir, no Termo de Referência, a instauração de processo administrativo em que sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV, CF); o dano tenha sido comprovado pela Administração; tenha sido comprovado que a Contratada agiu diretamente com dolo ou culpa ambos desse instrumento, já constam das responsabilidades pactuadas nesse instrumento, em especial, o subitem 23.7.

Repactuação

No subitem 21.9 Termo de Referência do Edital, há a seguinte obrigação da Contratada:

21.9. Caso, na data da prorrogação contratual, ainda não tenha sido celebrado o novo acordo, dissídio ou convenção coletiva da categoria, ou ainda não tenha sido possível à Contratante ou à Contratada proceder aos cálculos devidos, deverá ser inserida cláusula no termo aditivo de prorrogação para resguardar o direito futuro à repactuação, a ser exercido tão logo se disponha dos valores reajustados, sob pena de preclusão.

Quanto ao alegado pela empresa de que “a cláusula acima viola o Princípio da Legalidade ao restringir o direito da Contratada à repactuação e ao reequilíbrio econômico-financeiro, condicionando-os à inserção de cláusula em aditivo contratual, sob pena de preclusão”, observa-se que, pelo contrário, tal cláusula visa resguardar o direito da empresa à repactuação em caso de, no momento da celebração de termo aditivo prorrogando o prazo de vigência do contrato, ainda não ter sido celebrado o novo acordo, dissídio ou convenção coletiva da categoria, ou ainda não ter sido possível à Contratante ou à Contratada proceder aos cálculos devidos.

Segundo o Parecer n. 00079/2019/DECOR/CGU/AGU, quando se trata de repactuação é requerida a solicitação expressa da contratada, acompanhada da efetiva demonstração da alteração dos custos, conforme planilha de custos e formação de preços, bem como de toda a documentação que a fundamenta. Nesse sentido o direito à repactuação preclui-se, e apenas se, a contratada já de posse da efetiva demonstração de alteração de custos, já de posse da planilha de custos e formação de preços, assim como da documentação que fundamenta o pedido de repactuação, não solicitasse esse direito até a assinatura de novo termo aditivo cujo objeto seria de prorrogar o contrato por igual período ao preço ali estabelecido. Essa é a ideia do artigo 57, § 7º, da IN 05/2017 – SEGES/SLTI.

INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 5, DE 26 DE MAIO DE 2017
(Atualizada)

Art. 57. As repactuações serão precedidas de solicitação da contratada, acompanhada de demonstração analítica da alteração dos custos, por meio de apresentação da planilha de custos e formação de preços ou do novo Acordo, Convenção ou Dissídio Coletivo de Trabalho que fundamenta a repactuação, conforme for a variação de custos objeto da repactuação.

§ 7º - As repactuações a que o contratado fizer jus e que não forem solicitadas durante a vigência do contrato serão objeto de preclusão com a assinatura da prorrogação contratual ou com o encerramento do contrato.

Dessa forma, o item 21.9 aponta que a Divisão de Contratos, conforme cenário acima exposto, irá resguardar o direito da contratada em seu direito à repactuação, caso esse procedimento

5. Da Decisão

Diante do exposto, após subsidiada pela equipe técnica da CAPES, esta Pregoeira decide acolher a presente peça por ser tempestiva, para, no mérito **julgá-la improcedente**.

Brasília, 1 de agosto de 2023.

CARLA SIMONE DA SILVA BARROS

Pregoeira - CAPES

**ILUSTRÍSSIMO(A) SENHOR(A) PREGOEIRO(A) DA COORDENAÇÃO DE
APERFEIÇOAMENTO DE PESSOAL DE NÍVEL SUPERIOR**

**REF.: PREGÃO ELETRÔNICO N° 6/2023
PROCESSO ADMINISTRATIVO N° 23038.019959/2020-49**

SERVISET TECNOLOGIA E FACILITIES LTDA., pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/MF sob n° 24.054.324/0001-70, com sede no SCN Qd. 05, Bloco A, Sala 118, Brasília Shopping and Towers, Asa Norte, Brasília/DF, CEP: 70.715-900, na qualidade de licitante interessada no presente Pregão, com fundamento na legislação vigente, vem apresentar sua

IMPUGNAÇÃO

aos termos do Edital, pelas razões de fato e de direito a seguir expostas.

I - OBJETO

1. Trata-se de licitação destinada à contratação de empresa especializada na prestação de serviços continuados de Assistente Administrativo e outros Serviços Auxiliares, com dedicação de mão de obra exclusiva, para o desempenho das atividades nas dependências da CAPES, conforme condições, quantidades e exigências estabelecidas no Edital e seus anexos.
2. Em que pese o extremo zelo desta Instituição ao elaborar o presente instrumento convocatório, há disposições editalícias que vão de encontro ao ordenamento jurídico e reclamam pronta correção, pois ferem princípios licitatórios.

II - DA TEMPESTIVIDADE

1. Conforme previsão editalícia qualquer pessoa poderá impugnar o Edital até 03 (três) dias úteis antes da data designada para abertura da sessão pública.
2. Considerando a contagem de prazo estabelecida no artigo 110 da Lei n.º 8.666/93 e prevista no item 21.1. do Edital, que se exclui o dia do início e se inclui o do vencimento, o prazo fatal para apresentação da peça impugnatória é dia 31.07.2023, o que torna estas considerações tempestivas e regulares para análise e consideração.

III - LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DA CONTRATADA AOS DANOS DIRETOS COMPROVADAMENTE CAUSADOS À CONTRATANTE

1. No Termo de Referência do Edital, há a seguinte obrigação da Contratada:

13.3. Responsabilizar-se pelos vícios e danos decorrentes da execução do objeto, bem como por todo e qualquer dano causado à União ou à entidade federal, devendo ressarcir imediatamente a Administração em sua integralidade, ficando a Contratante autorizada a descontar da garantia, caso exigida no edital, ou dos pagamentos devidos à Contratada, o valor correspondente aos danos sofridos;

2. Verifica-se, portanto, a previsão de que a Contratada deverá responder pelos danos causados à União ou à entidade federal, sem, contudo, mencionar acerca da apuração de culpa ou dolo, inclusive confrontando o item 22.2.2 do mesmo Termo de Referência, que prevê expressamente a necessidade da existência de culpa ou dolo.

3. A previsão é ilegal, pois estabelece que a Contratada deverá arcar com QUALQUER perda ou prejuízo sofrido pela Contratante, na integralidade, inclusive sem que tenha sido aberto o respectivo processo de apuração.

4. Segundo o ordenamento jurídico brasileiro, a Contratada somente deverá arcar com o ressarcimento no limite de sua responsabilidade, ou seja, caso o prejuízo ou dano seja decorrente diretamente de sua culpa ou dolo, após o devido processo legal, o que evidencia a ilegalidade dos itens em exame, nos termos do art. 70 da Lei n.º 8.666/93:

*Art. 70. O contratado é responsável pelos danos causados diretamente à Administração ou a terceiros, **decorrentes de sua culpa ou dolo** na execução do contrato, não excluindo ou reduzindo essa responsabilidade a fiscalização ou o acompanhamento pelo órgão interessado."*

5. Nesse sentido, cumpre colacionar o entendimento de Marçal Justen Filho acerca do tema:

*O particular responde civilmente pelos danos que acarretar à Administração ou a terceiros. O regime jurídico aplicável, porém, exige esclarecimento. De regra, a responsabilidade civil do particular perante a Administração sujeita-se aos princípios de direito privado. **Em qualquer caso, não basta o dano para surgir o dever de indenizar. A conduta do sujeito deve caracterizar-se como culposa, segundo os princípios de Direito Civil, inclusive no tocante a eventuais presunções de culpa. Se o dano foi produzido pela conduta do sujeito sem que concorresse dolo ou culpa, não surge o dever de indenizar. Essas regras são aplicáveis no relacionamento entre o particular e a Administração.**¹*

¹ Justen Filho, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 14 ed. São Paulo: Editora Dialética, 2010, p. 814.

6. No mesmo sentido, o entendimento do Tribunal de Contas da União:

Detectadas falhas em procedimento licitatório no qual não se apurou dano ao Erário, tampouco se vislumbrou dolo ou má-fé na atuação dos responsáveis, cumpre expedir determinações corretivas a entidade. (Acórdão n.º 2664/2007, Plenário)

7. Portanto, somente surgirá o dever de a Contratada indenizar se ficar comprovado que o dano foi causado diretamente (e não indiretamente – quando o prejuízo só se verifica como consequência posterior ao ato) à Administração, decorrentes de dolo ou culpa, e após comprovação em processo administrativo.

8. Diante do exposto, requer seja alterado o item editalício, de modo que a Contratada somente seja responsabilizada se, cumulativamente: a) for instaurado processo administrativo em que sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV, CF); b) o dano tenha sido comprovado pela Administração e c) tenha sido comprovado que a Contratada agiu diretamente com dolo ou culpa.

IV - REACTUAÇÃO

1. O Termo de Referência traz a seguinte disposição sobre reajustamento de preço:

21.9. Caso, na data da prorrogação contratual, ainda não tenha sido celebrado o novo acordo, dissídio ou convenção coletiva da categoria, ou ainda não tenha sido possível à Contratante ou à Contratada proceder aos cálculos devidos, deverá ser inserida cláusula no termo aditivo de prorrogação para resguardar o direito futuro à repactuação, a ser exercido tão logo se disponha dos valores reajustados, sob pena de preclusão.

2. A presente licitação trata de fornecimento de mão de obra, e a proposta deve contemplar os custos trabalhistas que incidam sobre a prestação dos serviços. Tanto é assim que é hipótese de desclassificação a inexecuibilidade da proposta que não abranger os custos fixados em instrumentos de caráter normativo obrigatório, tais como leis, medidas provisórias, acordo, dissídio ou convenção coletivas de trabalho.

3. É certo que não só no momento da apresentação da proposta, a licitante deverá observar tais normativos. O respeito às normas coletivas de trabalho deverá permanecer enquanto durar o contrato, sendo a Contratada obrigada a arcar com todos os custos decorrentes daquilo que nelas for fixado, inclusive sob pena de responsabilização subsidiária da Administração.

4. Nesse sentido, a cláusula acima viola o Princípio da Legalidade ao restringir o direito da Contratada à repactuação e ao reequilíbrio econômico-financeiro, condicionando-os à inserção de cláusula em aditivo contratual, sob pena de preclusão.

5. A restrição indicada viola o Princípio da Boa-Fé Contratual, uma vez que permite que a Contratante usufrua dos serviços sem efetuar a contraprestação devida, apenas em razão da ausência de uma cláusula em aditivo, que somente formalizaria uma situação fática real, existente e conhecida pelas partes (a majoração dos custos da Contratada em razão de vigência de novas normas coletivas de trabalho).

6. A Instrução Normativa SEGES/MPDG n.º 05/2017, no art. 54, §1º, estabelece que a repactuação será direito do contratado sempre que houver elevação dos custos da contratação, e sua inobservância viola inclusive o direito adquirido, previsto na Constituição Federal:

Art. 54. A repactuação de preços, como espécie de reajuste contratual, deverá ser utilizada nas contratações de serviços continuados com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, desde que seja observado o interregno mínimo de um ano das datas dos orçamentos aos quais a proposta se referir.

§1º A repactuação para fazer face à elevação dos custos da contratação, respeitada a anualidade disposta no caput, e que vier a ocorrer durante a vigência do contrato, é direito do contratado e não poderá alterar o equilíbrio econômico e financeiro dos contratos, conforme estabelece o inciso XXI do art. 37 da Constituição da República Federativa do Brasil, sendo assegurado ao prestador receber pagamento mantidas as condições efetivas da proposta.

(...)

§4º A repactuação para reajuste do contrato em razão de NOVO Acordo, Convenção ou Dissídio Coletivo de Trabalho deve repassar integralmente o aumento de custos da mão de obra decorrente desses instrumentos.

(...)

§ 7º As repactuações a que o contratado fizer jus e que não forem solicitadas durante a vigência do contrato serão objeto de preclusão com a assinatura da prorrogação contratual ou com o encerramento do contrato.

7. Note-se que a única hipótese de preclusão que a IN traz é aquela decorrente da ausência de solicitação do contratado durante a vigência do contrato. Assim, é ilegal a imposição de preclusão para garantir um direito já adquirido pela Contratada, condicionando-o à inclusão de uma cláusula específica em eventual Termo Aditivo.

8. Nesse cenário, a disposição do item 21.9 do Termo de Referência viola também os Princípios da Probidade, Legalidade e Moralidade, pois na verdade traduz uma possibilidade de enriquecimento ilícito às custas da Contratada, que cumprindo seu dever legal, terá observado e garantido aos seus empregados os direitos trabalhistas conferidos pelas normas coletivas então vigentes, capazes de onerar os custos da contratação.

9. Referido entendimento já é aplicado há tempos pelos Tribunais pátrios:

ADMINISTRATIVO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. RESTABELECIMENTO DE EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO. POSSIBILIDADE. CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO – HOMOLAÇÃO APÓS ASSINATURA DE TERMO ADITIVO – REPACTUAÇÃO CONTRATUAL – POSSIBILIDADE. PRINCÍPIOS CONTRATUAIS DE LEALDADE ENTRE AS PARTES E MANUTENÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO. **1. Na hipótese, a parte autora requereu repactuação do contrato após a assinatura do termo aditivo. Tendo a Convenção Coletiva de Trabalho sido homologada dias após essa assinatura, remanesce direito à parte contratada em ter seu pedido de repactuação aceito como tempestivo.** 2. Segundo o princípio da lealdade contratual, a nenhuma das partes cabe o direito de enriquecer sem causa. O princípio da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato se apresenta na equilibrada manutenção da relação dos encargos do particular com a remuneração prestada pelo Poder Público. (TRF-4 – AC: 50205551020154047200 SC 5020555-10.2015.404.7200, Relator: FERNANDO QUADROS DA SILVA, Data de Julgamento: 25/04/2017, TERCEIRA TURMA)

.....

ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO EM AÇÃO ORDINÁRIA. CONTRATO ADMINISTRATIVO. REPACTUAÇÃO. CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO. EFEITOS FINANCEIROS RETROATIVOS. POSSIBILIDADE. OBSERVÂNCIA DO PRAZO DE UM ANO PARA REPACTUAÇÃO. INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 02/2008. VEDAÇÃO DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DA ADMINISTRAÇÃO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MAJORAÇÃO. FIXAÇÃO DENTRO DA RAZOABILIDADE. APELOS IMPROVIDOS. **1. Apelações interpostas pelo particular e pelo Instituto Federal de Alagoas/IFAL em face da sentença que julgou procedente o pedido para que o ente federal se abstenha de exigir os valores por ele pagos em decorrência das repactuações realizadas em contratos administrativos com efeitos retroativos ao mês de janeiro de cada ano (2013 a 2016).** 2. **É consabido que nos contratos de prestação de serviços terceirizados envolvendo mão de obra em regime de exclusividade, o reajustamento do valor contratado, no que diz respeito às denominadas áleas ordinárias, ocorre por meio da repactuação relativamente aos componentes de custo de mão de obra; e via aplicação de índice financeiro quanto aos demais componentes, cuja formação do preço se dá de acordo com o preço praticado no mercado.** 3. Por outro lado, a anualidade para a aplicação da repactuação ou reajuste deve ser contada “a partir da data limite para apresentação da proposta ou do orçamento a que essa se referir”, conforme dispõe o § 1º do art. 3º da Lei nº 10.192/01. A data de apresentação da proposta, usualmente empregada para fins de incidência de índice financeiro (reajuste em sentido estrito), é considerada para os componentes de custo decorrentes do mercado, tais como materiais e insumos necessários à execução do serviço (art. 55, inc. I, da IN nº 05/17). **A repactuação, por sua vez, incidente sobre os componentes de custos decorrentes de mão de obra, tal anualidade será considerada a partir da data do orçamento a que a proposta se referir, assim entendida a data em que se iniciaram os efeitos do Acordo ou da Convenção Coletiva aplicável, vigente à época da apresentação da proposta (art. 55, inc. II, da IN nº 05/17). Assim, a partir da data em que passou a vigor as majorações**

salariais da categoria profissional que deu ensejo à revisão, a contratada passou a deter o direito à repactuação de preços. 4. Ao se vincular a possibilidade de conceder as repactuações subsequentes à data da última repactuação ou, ainda, à data do fato gerador que deu ensejo a esta última, cria-se a percepção de que a anualidade deve ser considerada tendo em vista a data do aditivo/apostila que concedeu a última repactuação ou, ainda, a data da assinatura/depósito da CCT, na medida em que, com isso, configurou-se o fato gerador à solicitação da repactuação. Ocorre que, a primeira data (do aditivo/apostila que concedeu a última repactuação) apenas formaliza propriamente a celebração da repactuação, e a segunda data (da assinatura/depósito da CCT) somente reflete o momento a partir do qual o contratado pode solicitar seu direito à repactuação e os seus efeitos financeiros. 5. Conforme destacado pelo magistrado sentenciante, os efeitos financeiros das repactuações ulteriores só se iniciaram antes de completado um ano do início dos efeitos financeiros da repactuação imediatamente anterior porque houve fato superveniente que implicou efeitos financeiros retroativos, fixando que o incremento salarial da categoria deveria ocorrer desde janeiro de cada ano. Ou seja, não houve duas repactuações oriundas do mesmo fato, mas sim de fatos diferentes (Convenções diversas), mesmo que seus efeitos financeiros tenham sido iniciados com intervalo inferior a um ano. 6. Com o aumento do piso salarial da categoria empregada pelo contratado (no caso, os trabalhadores em transportes rodoviários), foi elevado o custo do objeto do contrato, desequilibrando a relação de proporcionalidade entre este e o valor pago pela Administração ao particular. Logo, tornou-se mais onerosa a prestação cabível a este último no âmbito da execução da avença, em decorrência de fatos supervenientes que não poderiam ser previstos no momento da apresentação de sua proposta, porquanto não é previsível que o piso salarial de uma determinada categoria aumente em intervalo inferior a um ano. 7. **Importa destacar que a Instrução Normativa 02/2008 invocada pela recorrente para negar as repactuações e seus efeitos financeiros à data em que passou a vigor as majorações salariais da categoria profissional que deu ensejo à revisão, como ato normativo integrante da legislação regulamentar, não pode ser interpretado de forma a atingir objetivos distintos dos princípios que regem a atuação administrativa, em especial o princípio da vedação do enriquecimento sem justa causa pela Administração em detrimento do particular contratado. E, sendo a vedação ao enriquecimento sem causa um princípio de direito, deve ser observado pela Administração Pública, em especial na execução de seus contratos.** 8. É de se manter a sentença que reconheceu a impossibilidade de a Administração contratante anular as repactuações que formalizara junto ao contratado, uma vez aferida sua legalidade e sua inequívoca compatibilidade com o equilíbrio econômico-financeiro que deve reger os contratos em geral e os contratos administrativos em particular. 9. Não merece prosperar o apelo do particular para majoração dos honorários advocatícios, visto que se afigura razoável a condenação do réu ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa (este no valor de R\$ 104.453,80), nos termos do art. 85, §§ 2º e 3, do CPC/2015. 11. Apelações improvidas. Alp (TRF-5 – Ap: 08046504420174058000, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL RUBENS DE MENDONÇA CANUTO NETO, Data de Julgamento: 12/04/2022, 4ª TURMA)

10. Corroborando tais julgados, é oportuno registrar que o Brasil adota, em matéria de licitações, o chamado **Princípio do Formalismo Moderado**, devendo-se interpretar com cautela e parcimônia a utilização do instituto da preclusão em contratos administrativos. Eis o que a mais respeitada doutrina diz a respeito:

Deixando de lado o processo legislativo, que não é relevante para o tema ora tratado, não há dúvida de que existem semelhanças e diferenças entre o processo judicial e o administrativo.

Ambos são processos de aplicação da lei. Ambos estão sujeitos aos princípios da legalidade, do formalismo, da ampla defesa, do contraditório, do devido processo legal, da motivação, da publicidade, da economia processual, da segurança jurídica, este último servindo de fundamento às regras que impõem respeito aos direitos adquiridos, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, bem como aos prazos de prescrição e decadência, além das regras legais sobre preclusão. (...)

Assim é que o formalismo, presente nas duas modalidades de processo, é muito menos rigoroso nos processos administrativos, onde alguns falam em informalismo e outros preferem falar em formalismo moderado. (...)

Do mesmo modo que a coisa julgada e a prescrição, o instituto da preclusão – que ocorre quando uma das partes deixa de adotar alguma providência processual de sua alçada – foi transposto para o âmbito dos processos administrativos. No entanto, também não pode ter o mesmo rigor que no processo judicial.

A Administração Pública demonstra tendência de adotar os institutos do processo judicial com o mesmo rigor, muitas vezes em prejuízo dos direitos do administrado, do interesse público e até com maiores ônus para si própria e para o erário. Cabe aqui a indagação: qual a razão para essa transposição, pura e simples, de princípios do processo judicial para o processo administrativo? (...)

Duas grandes razões aconselham muita cautela na transposição de institutos próprios do processo judicial: (I) de um lado, a elaboração, no decurso do tempo, de determinados princípios específicos dos processos administrativos; é o caso dos princípios da oficialidade, do formalismo moderado (ou informalismo), da verdade material, do interesse público, da economia processual, dentre outros construídos e aplicados muito antes de existir no Brasil uma lei de processo administrativo (Lei nº 9.784, de 29-1-99); (II) de outro lado, o fato de que os atos da Administração Pública estão sempre sujeitos ao controle externo, seja pelo Legislativo, com auxílio do Tribunal de Contas, seja pelo Poder Judiciário; esta é uma grande diferença entre o processo administrativo e o processo judicial: neste, uma vez proferida a decisão final transitada em julgado, não há outro órgão superior que possa dizer que a decisão foi lícita ou ilícita, porque o Poder Judiciário exerce a chamada soberania em sentido jurídico, que compreende o poder de decidir em última instância; não é por outra razão que se diz que a coisa julgada encerra uma verdade legal, fazendo o negro parecer branco e o quadrado parecer redondo. No processo administrativo, as decisões administrativas mesmo as adotadas na última instância da escala hierárquica, são sempre passíveis de revisão pelos órgãos de controle. Não adianta o apego excessivo aos formalismos, aos prazos para apresentação de recursos ou juntada de

documentos, se, por falta de tais providências, a decisão administrativa resultar em ato ilícito que pode ser corrigido pelo Poder Judiciário.²

11. Assim é que não é possível considerar que a simples formalização de Termo Aditivo anteriormente a um pedido de reequilíbrio possa ser interpretada como razão suficiente, por si só, para permitir a invocação do instituto da preclusão lógica.

12. Isso porque a assinatura de um Termo Aditivo não necessariamente constitui novação, substituindo a obrigação anterior (equilíbrio contratual) por outra, podendo referir-se apenas a **adequações** no objeto contratado.

13. Tal discussão, inclusive, quando levada ao Poder Judiciário, é no sentido de possibilitar a repactuação mesmo que já assinado termo aditivo:

*ADMINISTRATIVO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. RESTABELECIMENTO DE EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO. POSSIBILIDADE. CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO - **HOMOLOGAÇÃO APÓS ASSINATURA DE TERMO ADITIVO - REPACTUAÇÃO CONTRATUAL - POSSIBILIDADE.** PRINCÍPIOS CONTRATUAIS DE LEALDADE ENTRE AS PARTES E MANUTENÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO. 1. **Na hipótese, a parte autora requereu repactuação do contrato após a assinatura do termo aditivo.** Tendo a Convenção Coletiva de Trabalho sido homologada dias após essa assinatura, remanesce direito à parte contratada em ter seu pedido de repactuação aceito como tempestivo. 2. **Segundo o princípio da lealdade contratual, a nenhuma das partes cabe o direito de enriquecer sem causa. O princípio da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato se apresenta na equilibrada manutenção da relação dos encargos do particular com a remuneração prestada pelo Poder Público.** (TRF4, Apelação Cível nº 5020555-10.2015.4.04.7200/SC, 3ª Turma, Rel. Des. Fernando Quadros da Silva, D.J. 25/04/2017).*

.....

*PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. DECURSO DA PERIODICIDADE ANUAL. **REAJUSTAMENTO DE PREÇOS. POSSIBILIDADE.** 1. **Trata-se de ação, julgada improcedente pelo juízo a quo, que objetivou a condenação da UFRN ao pagamento das diferenças do reajuste oriundo do contrato nº. 018/2011-UFRN, Licitação nº. 14/2010- DMP, modalidade concorrência, incidindo-se a variação do INPC sobre os pagamentos pertinentes às atividades realizadas após um ano, contado da data da proposta.** 2. **O direito à intangibilidade do equilíbrio econômico-financeiro contratual, nos contratos celebrados com a Administração Pública, constitui garantia assegurada ao contratado (art. 55, III da Lei 8.666/93). (...)** 5. **Não merece acolhimento a alegação da parte recorrida quanto à preclusão lógica do direito da empresa recorrente de obter reajustamento em razão de ela ter assinado os termos aditivos do contrato, vez que as referidas alterações, que passaram a***

² DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 31ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, pp. 1-3.

fazer parte do contrato original, não se mostram contraditórias com a pretensão de reajustamento após um ano contado da proposta. 6. Assim, mostra-se inquestionável o direito da recorrente ao reajustamento de preços dos serviços contratados pela Administração Pública, obedecendo, para isso, a fórmula de ajuste expressamente pactuada no contrato administrativo celebrado entre as partes, tudo com acréscimos de juros e correção monetária nos termos no Manual de Cálculos da Justiça Federal. 7. *Apelação provida.* (AC – Apelação Cível – 0803084-63.2013.4.05.8400, Desembargador Federal Gustavo de Paiva Gadelha, TRF5 – Terceira Turma, D.J 22/01/2015)

.....

ADMINISTRATIVO. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEI Nº 8.666/93. REPACTUAÇÃO. REAJUSTE SALARIAL. CLÁUSULAS ECONÔMICO-FINANCEIRAS. ALTERAÇÃO. ACORDO ENTRE AS PARTES. CONVENÇÕES COLETIVAS DE TRABALHO E ALTERAÇÕES DAS TARIFAS DE TRANSPORTE COLETIVO. BOA-FÉ DA ADMINISTRAÇÃO. 1. *Ao contrário das denominadas 'cláusulas exorbitantes', que podem ser modificadas unilateralmente pela Administração Pública, as denominadas 'cláusulas econômico-financeiras' poderão ser alteradas desde que exista acordo entre as partes que contrataram.* 2. *Hipótese em que houve um reajuste concedido pela Justiça do Trabalho, um acordo coletivo de 9,68%, que a parte pede que seja incorporado ao contrato. Ao que tudo indica, é legítimo o pedido, na medida em que o contrato tem de ser cumprido, preservada a proposta, sendo uma questão de boa-fé da Administração.* (TRF4, Apelação Cível nº 5039537-86.2012.404.7100/RS, 3ª Turma, Rel. Des. Federal Fernando Quadros da Silva, D.J. 08/10/2014)

.....

14. Na fundamentação do primeiro julgado, o Relator entendeu pela **não aplicação da preclusão lógica a pedido de repactuação**, o que se extrai do seguinte trecho do voto:

Ou seja, o TRT que tem o poder de 1) marcar a data para a assinatura de termos aditivos e 2) determinar em contrato quais documentos serão exigidos para repactuação nos termos, locupletou-se em fixar a data de assinatura de termo aditivo ANTES que a parte contratada tivesse acesso a documentos que poderiam alterar (e alteraram) os valores dos serviços a prestar nos próximos 12 meses e negar o requerimento da contratada em reajustar seus valores.

(...)

Ainda, há que se ter em conta a lealdade nos contratos administrativos. A nenhuma das partes cabe o direito de enriquecer sem causa. E, mantendo-se a negativa da Administração Pública, estar-se-á dando margem para que uma das partes (TRT) receba o serviço contratado sem a devida contraprestação. Há, também, o princípio da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, que se apresenta na equilibrada manutenção da relação dos encargos do particular com a remuneração prestada pelo Poder Público.

.....

15. No sistema jurídico nacional, é cada vez maior a aceitação da proteção da confiança legítima do cidadão/administrado, com o propósito de chegar-se ao que costuma ser chamado de “*ambiente de direito seguro*”.

16. Nessa esteira, ganham vulto princípios e institutos como a boa-fé objetiva, a proibição do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*), a *supressio* (*Verwirkung* no direito alemão) e do *estoppel* (dos sistemas de *commom law*), o que leva à assertiva de que “*no Direito Privado e, com mais razão, no Direito Público, a proteção da confiança das expectativas criadas e o respeito à lealdade transformam-se em importantes equivalentes funcionais ou em acopladores estruturantes e estabilizadores do sistema*”³.

17. Nesse sentido, se a Constituição prevê o equilíbrio econômico-financeiro como garantia fundamental do licitante no âmbito dos contratos administrativos, o uso radical do instituto da preclusão lógica para ilidir legítima pretensão do particular em face do Estado não se mostra razoável.

18. Em outras palavras, a aplicação do instituto da preclusão não pode ser realizada de forma a negar, de maneira absoluta, o direito ao equilíbrio econômico-financeiro, que, por sua relevância e sensibilidade, não pode ser afetado por outros eventos contratuais, tais como a formalização de Termos Aditivos que não configurem novação, mas mero ajuste na relação contratual, razões pelas quais requer a exclusão do item 21.9 do edital.

V - DO PEDIDO

Por todo exposto, e para garantir o atendimento aos princípios norteadores dos procedimentos licitatórios, requer que a presente impugnação seja conhecida e provida, promovendo as alterações necessárias no Edital e Termo de Referência, com sua consequente republicação e suspensão da data de realização do certame.

Que no caso de julgamento improcedente das razões apresentadas nesta peça, a remessa dos autos a Autoridade Superior deste Órgão, para apreciação do mérito.

Brasília/DF, 31 de julho de 2023.

MARCO ANTONIO BETTINI
GOMES:60294302115

Assinado de forma digital por MARCO ANTONIO BETTINI GOMES:60294302115
Dados: 2023.07.31 14:32:19 -03'00'

SERVISET TECNOLOGIA E FACILITIES LTDA.

Marco Antônio Bettini Gomes
Representante Legal

³ DERZI, Misabel Abreu Machado. *Mutações, Complexidade, Tipo e Conceito sob o signo da segurança e da proteção da confiança*. In: Tratado de Direito Constitucional Tributário. Estudos em Homenagem a Paulo de Barros Carvalho. São Paulo: Saraiva, 2005, pp. 245-284.