

## ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO

### PREGÃO ELETRÔNICO Nº 009/2022

**Objeto:** contratação de empresa especializada em prestação de serviços contínuos de terceirização de mão de obra de Motorista (carteira B e D), Carregador de Cargas, Garçom e Arquivista para atender a demanda da Secretaria de Estado de Assistência Social e Cidadania – SETASC e suas unidades, de acordo com os termos e as especificações deste Termo de Referência e seus anexos.

**COSTA OESTE SERVIÇOS LTDA**, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº 07.192.414/0001-09, com sede na Rua Nossa Senhora do Rocio, 1901, centro, cidade e comarca de Toledo/PR, CEP: 85.900-180, neste ato representada por seu Procurador signatário, vem, respeitosamente, a presença de Vossa Senhoria, interpor **IMPUGNAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO**, com fulcro no art. 41, § 1º e 2º da Lei 8.666/1993, e no item 5 do instrumento convocatório, pelas razões de fato e de direito a seguir descritas.

### 1. DOS FATOS

A ora impugnante é prestadora dos serviços que se pretende contratar. Além de ser empresa especializada, possui larga experiência na atividade licitada. Ocorre que, ao formular sua proposta de preços e analisar detidamente o edital de licitação, notou irregularidades que carecem de reforma.

Esta impugnação permite a discussão e alinhamento das questões controvertidas e permite à Administração evitar graves problemas futuros quando da execução do objeto com a futura contratada.

Isto pois, conforme observado, o edital está irregular quanto aos **critérios de reajuste**, bem como **sequer menciona a possibilidade** de elaboração de laudo que verifique a possibilidade de **pagamento de insalubridade** aos postos contratados.

Por estes motivos, requer seja a presente **IMPUGNAÇÃO** ao edital recebida, a fim de ser processada na forma da lei, sendo ao final julgada totalmente procedente, com a consequente alteração e republicação do edital, na forma do art. 21, §4º da Lei 8.666/93.

É a síntese do essencial.

## 2. DO MÉRITO

### 2.1. DA NECESSIDADE DE INCLUIR CRITÉRIO QUE RETRATE A EFETIVA VARIÇÃO DO CUSTO DA MÃO DE OBRA, CONFORME ART. 40, XI DA LEI Nº 8.666/93.

Em um contrato de execução continuada, que na forma do art. 57, II da Lei nº 8.666/93 prevê a possibilidade de sucessivas renovações até o prazo de 60 (sessenta) meses, os **critérios de reajuste** para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato são essenciais.

Todavia, o edital não previu os critérios de reajuste e repactuação na forma da lei. A Constituição Federal de 1988 dispõe:

Art. 37. (...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, **mantidas 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.

A **Constituição Federal garante aos particulares que a efetividade da proposta contratada com o Poder Público será mantida durante toda a execução contratual**. A doutrina reconhece que se trata de uma forma de compensar as “cláusulas exorbitantes” da Administração Pública, nesse sentido **Celso Antônio Bandeira de Mello**, além de confirmar a premissa, cita grandes administrativistas na mesma linha de entendimento:

A existência das prerrogativas especiais ou das cláusulas assaz de vezes nominadas de “exorbitantes”, quer assim se qualifiquem por serem apenas insuetas no Direito Privado, quer assim se designem por serem, sobre incomuns, também inadmissíveis nas relações entre particulares, em absoluto representa aniquilamento ou minimização dos interesses do contratante no objeto de sua pretensão contratual.

**Pelo contrário:** a outra face do problema, contraposta às prerrogativas da Administração, **assiste precisamente no campo das garantias do particular ligado pelo acordo**. **Cabe-lhe integral proteção quanto às aspirações econômicas que ditaram seu ingresso no vínculo e se substanciaram, de direito, por ocasião da avença, consoante os termos ali estipulados.** Esta parte é absolutamente intangível e poder algum do contratante público, enquanto tal, pode reduzir-lhe a expressão, feri-la de algum modo, macular sua fisionomia ou enodoá-la com jaça, por pequena que seja. (grifei).

Daí outra peculiaridade do assim chamado contrato administrativo, conforme notação dos especialistas. **A contrapartida dos poderes da Administração é uma proteção excepcionalmente grande em proveito do particular, de modo que a desigualdade dantes**

**encarecida equilibra-se com o resguardo do objeto de lucro buscado pelo contratante privado** (grifei).<sup>1</sup>

### Jean Rivero:

As disposições relativas à remuneração escapam ao poder de modificação unilateral da Administração. Mas, além disto, o elemento de associação já assinalado se manifesta neste ponto com uma força particular: **é o princípio do equilíbrio econômico financeiro do contrato, que é uma das características essenciais do contrato administrativo e a contrapartida das prerrogativas da Administração.**<sup>2</sup>

Para atingir tal finalidade, o legislador determinou a inclusão dos critérios de revisão para recompor o equilíbrio em decorrência de fatos imprevisíveis, ou se previsíveis de consequência incalculáveis, força maior, fato do príncipe, etc., dispostos art. 65, II, “d” da Lei nº 8.666/93 que independem de previsão em edital – ao regulamentar a previsão constitucional, **o legislador determinou que a Administração inclua, de forma prévia, critério de reajuste que retrate a efetiva variação do custo**, nos termos seguintes:

Lei nº 8.666/93

Art. 40. O edital conterà no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

(...)

XI - critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela;

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

(...)

III - o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;

A contrassenso, assim estabeleceu o edital:

### 18.3. DO REEQUILÍBRIO DOS PREÇOS

#### 18.3.1. DO REAJUSTE DOS PREÇOS

##### 18.3.1.1. **Não se aplica por se tratar de um contrato por escopo.**

(...)

#### 18.3.3. DA REPACTUAÇÃO DOS PREÇOS

##### 18.3.3.1. **Não será possível repactuação em virtude da natureza do objeto.**

<sup>1</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo, 29ª Ed., 2012. p. 626.

<sup>2</sup> Apud. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, 29ª Ed., 2012, p. 655.

A própria minuta padrão de Projeto Básico<sup>3</sup> elaborado pela AGU contém dispositivo cuja redação contempla a possibilidade de prever o reajustamento do contrato, caso ele venha a ter sua duração prorrogada para além de um ano de vigência. Vejamos:

#### 17. REAJUSTE

17.1 Os preços são fixos e irremovíveis no prazo de um ano contado da data limite para a apresentação das propostas.

17.1.1 Dentro do prazo de vigência do contrato e mediante solicitação da contratada, **os preços contratados poderão sofrer reajuste após o interregno de um ano**, aplicando-se o índice XXXX exclusivamente para as obrigações iniciadas e concluídas **após a ocorrência da anualidade**. (grifo nosso)

A Nota Explicativa desse item da minuta de projeto básico padrão da AGU afirma que:

**Nota Explicativa:** Recomenda-se a previsão de critério de reajuste de preços **inclusive em contratos com prazo de vigência inicial inferior a doze meses**, como forma de contingência para o caso de, excepcionalmente, decorrer, ao longo da vigência do instrumento, o interregno de um ano contado a partir da data limite para a apresentação da proposta na respectiva licitação. Nesse sentido, o Tribunal de Contas da União, por meio do Acórdão nº 7184/2018 - Segunda Câmara (Relator Min. Augusto Nardes, Data da sessão: 07/08/2018), ratificou o entendimento da Corte acerca do assunto, invocando, para tanto, o Acórdão nº 2205/2016-TCU-Plenário, no qual restou assim assentado:

*"66. Entretanto, o estabelecimento dos critérios de reajuste dos preços, tanto no edital quanto no instrumento contratual, não constitui discricionariedade conferida ao gestor, mas sim verdadeira imposição, ante o disposto nos artigos 40, inciso XI, e 55, inciso III, da Lei 8.666/93. Assim, a sua ausência constitui irregularidade, tendo, inclusive, este Tribunal se manifestado acerca da matéria, por meio do Acórdão 2804/2010-Plenário, no qual julgou ilegal a ausência de cláusula neste sentido, por violar os dispositivos legais acima reproduzidos. Até em contratos com prazo de duração inferior a doze meses, o TCU determina que conste no edital cláusula que estabeleça o critério de reajustamento de preço (Acórdão 73/2010-Plenário, Acórdão 597/2008- Plenário e Acórdão 2715/2008-Plenário, entre outros)". (Acórdão nº 2205/2016-TCU-Plenário, Relatora: Min. Ana Arraes, Data da sessão: 24/08/2016) (grifo nosso)*

Outro não é o entendimento da abalizada doutrina de Marçal Justen Filho, que bem esclarece sobre a possibilidade de existência de cláusula de reajuste, em caráter preventivo, justamente para os casos de contratos que, a princípio, teriam prazo de duração menor do que um ano, mas que se estendem para além desse limite:

<sup>3</sup> Brasil. Advocacia-Geral da União.

projeto\_basico\_obras\_servicos\_engenharia\_convite\_tp\_concorrencia. disponível em:  
<[https://www.agu.gov.br/page/content/detail/or\\_conteudo/714623](https://www.agu.gov.br/page/content/detail/or_conteudo/714623)>. Acesso em: 18 set. 2019



Não há impedimento constitucional à existência de regra proibindo reajustes em prazo inferior a doze meses. Quanto a isso, os dispositivos relacionados com o Plano Real não são inconstitucionais. O que não se admite, em face da Constituição, é a proibição de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro. Ou seja, as regras do Plano Real não excluem o cabimento de recomposição de preços, ainda que condicionem a aplicação do reajuste. Essas regras também não proíbem a inserção de cláusulas de reajuste preventivas para contratos que inicialmente são firmados para períodos inferiores a doze meses.<sup>4</sup>

Conforme a lição do Egon Bockmann, “[s]eja qual for o prazo nominal fixado no contrato, o reajuste será necessário sempre o que o período entre a oferta da proposta (na licitação), ou do orçamento a que essa proposta se referir, e o adimplemento da parcela exceder a 12 meses. E aqui não se terá apenas uma faculdade da Administração, mas um direito subjetivo público do contratado – que tem como contrapartida um dever jurídico imposto à Administração.” (Licitação Pública, 2012, p. 171)

Nesse sentido, oportuno salientar que **no contrato administrativo, não há livre disposição de vontades**, como ocorre com o contrato entre particulares. O contrato administrativo é precedido de procedimentos que muitas vezes geram a defasagem do preço da proposta até a efetiva execução do seu objeto.

Assim, o reajustamento do contrato administrativo é, antes de tudo, um benefício para a própria Administração, e não uma punição para a Administração. É um **direito intangível da contratada**, mas ao mesmo tempo é previsto em benefício da Administração, que se livra da inclusão de expectativas inflacionárias embutidas nas propostas e, com isso, tende a pagar um preço muito mais justo em suas contratações. Isso de fato não ocorre quando se tem, ao mesmo tempo, estabilidade na economia e quando se vislumbra a possibilidade de reajustamento do contrato.

O Tribunal de Contas da União reforçou tal entendimento por meio do Informativo de Licitações e Contratos n.º 352:

**O estabelecimento do critério de reajuste de preços, tanto no edital quanto no contrato, não constitui discricionariedade conferida ao gestor, mas sim verdadeira imposição**, ante o disposto nos arts. 40, inciso XI, e 55, inciso III, da Lei 8.666/1993, **ainda que a vigência contratual prevista não supere doze meses**. Entretanto, eventual ausência de cláusula de reajuste de preços não constitui impedimento ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, sob pena de ofensa à garantia inserta no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, bem como de enriquecimento ilícito do erário e consequente violação ao princípio da boa-fé objetiva.

<sup>4</sup> FILHO, Marçal Justen. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 13. ed. - São Paulo: Dialética, 2009, p.532.)

É que em se tratando de terceirização de serviços por postos de trabalho com dedicação exclusiva, além dos insumos, há uma parcela expressiva de custo que ocorre da variação da mão-de-obra. **Em relação a remuneração destes trabalhadores o custo não varia de acordo com a inflação, mas sim, de acordo com instrumentos normativos próprios**, como a Convenção Coletiva de Trabalho (CCT), Acordo Coletivo de Trabalho (ACT) ou, caso haja dissídio coletivo, a sentença normativa editada pela Justiça do Trabalho. **E assim, não basta a mera aplicação de um índice setorial (restrito aos insumos), sob pena de não restar efetiva a proposta inicialmente contratada no decurso do tempo.**

Esse reajuste específico para a mão-de-obra, é a “repectuação de preços” que se baseia na variação analítica do custo da mão-de-obra. Nesse sentido ensina o membro do Ministério Público de Contas junto ao TCU, **Lucas Furtado Rocha**<sup>5</sup>:

[...] a repactuação é modalidade especial de reajustamento de contrato, aplicável tão-somente aos contratos de serviços contínuos, que **se destina a recuperar os valores contratados da defasagem provocada pela inflação e se vincula não a um índice específico de correção, mas à variação dos custos do contrato.**

Inclusive, a União, assim como diversos Estados e Municípios já alteraram seus editais prevendo a repactuação.

É que a variação do reajuste salarial da categoria profissional é muito diferente da variação prevista pelo índice setorial adotado para a totalidade do valor contratado, **e esta afirmação pode ser comprovada empiricamente.**

Ademais, conforme esclarece **Marçal Justen Filho**, além de garantia ao particular com fundamento em norma constitucional de ordem pública, **o reajuste a partir de critérios adequados confere vantagem à administração**, **isso porque permite ao particular reduzir seu preço na disputa ao máximo, não precisando se preocupar em incluir custos meramente possíveis, in verbis:**

A tutela ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos destina-se a beneficiar a própria Administração. **Se os particulares tivesse de arcar com as consequências de todos os eventos danosos possíveis, teriam de formular propostas mais onerosas. A Administração arcaria com os custos correspondentes a eventos meramente possíveis – mesmo quando incorressem, o particular seria remunerado por seus efeitos meramente potenciais. É muito mais vantajoso convidar os interessados a formular a menor proposta possível: aquela que poderá ser executada se não se verificar qualquer evento prejudicial ou oneroso posterior.** Concomitantemente, assegura-se ao particular que, se vier a ocorrer o infortúnio, o acréscimo de encargos será arcado pela Administração apenas responderá por eles se e quando efetivamente

<sup>5</sup> FURTADO, Lucas Rocha. Curso de Licitações e Contratos Administrativos, 3. ed. Brasília: Fórum, 2011, p. 80.

ocorrerem. Trata-se, então, de reduzir os custos de transação atinentes à contratação com a Administração Pública.<sup>6</sup>

Como se não bastasse, a ausência do critério adequado de reajuste traz insegurança jurídica para os contratos de empregos a serem firmados pelo contratado, de modo que a defasagem da proposta de preços pelo decurso do tempo certamente gerará passivos trabalhistas, porque o custo da remuneração da mão-de-obra não acompanhará o reajuste do preço dos serviços, malgrado a lei preveja expressamente que é dever da Administração Pública prever o critério que retrate a efetiva variação do custo. Podendo até mesmo gerar responsabilização subsidiária na forma da súmula 331/TST.

Portanto, é necessário que seja **incluída cláusula no edital prevendo o reajuste de preços com bases em índices de preços e de acordos coletivos**. Trata-se do instrumento que melhor atende ao comando constitucional de se manter a efetividade da proposta apresentada.

O marco inicial do interregno de 12 (doze) meses **deve ser contado data de apresentação da proposta no caso do reajuste por índice setorial** (combustível, EPI's, uniformes, máquinas, caminhões, ferramentas, desgaste de veículo, etc.), e **no caso da repactuação (ou reajuste strictu sensu sobre a mão-de-bra)**, o interregno mínimo deve ser contado a partir de 12 (doze) meses da alteração do orçamento-base a que a proposta de preços se referiu, isto é, da **convenção coletiva de trabalho da categoria profissional** ou instrumento equivalente, cujos valores foram tomados como parâmetro dos salários e encargos sociais.

Nesse sentido a Lei nº 10.192/2001 prevê:

Art. 3º Os contratos em que seja parte órgão ou entidade da Administração Pública direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, serão reajustados ou corrigidos monetariamente de acordo com as disposições desta Lei, e, no que com ela não conflitarem, da [Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993](#).

**§ 1º A periodicidade anual nos contratos de que trata o caput deste artigo será contada a partir da data limite para apresentação da proposta ou do orçamento a que essa se referir.**

A razão de ser da previsão legal é muito óbvia.

Quando se tratar da aplicação de um **ÍNDICE SETORIAL** este deve ser aplicado a cada 12 (doze) meses contados da data da apresentação da proposta inicial, já que para elaboração da proposta foram levados em conta os preços de mercado (preço do combustível, máquinas, caminhões, ferramentas, etc.) à época de sua apresentação. Assim deve ser aplicado um índice setorial a partir de 12 (doze) meses para manter a efetividade da proposta inicialmente apresentada na forma do art. 37, XXI da CRFB/88 e que vai se perdendo pelo

<sup>6</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 889.

desgaste inflacionário no curso do contrato. Ou seja, o fato gerador do desequilíbrio deve ser contado da data da proposta.

Quando se tratar de **REACTUAÇÃO** (ou reajuste *strictu sensu*), em que a proposta teve por referência não os preços de mercado de forma geral, mas, sim, um fato gerador específico, como é o caso da **CCT**, o **interregno mínimo de 12 (doze) meses deve ser contado da alteração desse orçamento a que a proposta se referiu**. Isso porque o desequilíbrio e a perda da efetividade da proposta tornam-se insuportáveis a partir de 12(doze) meses da alteração deste orçamento-base.

Nesse prisma, no caso da repactuação, a data da apresentação da proposta à administração é irrelevante, **já que é a partir da incidência dos novos salários e benefícios aos trabalhadores que ocorrerá o desequilíbrio da equação financeira do contrato**. Por isso, o legislador fez constar no art. 40, XI da Lei nº 8.666/93 e art. 3º, I da Lei nº 10.192/2011 a previsão “**ou do orçamento a que a proposta se referir**”. No mesmo sentido é o entendimento já consolidado do plenário do Tribunal de Contas da União (TCU):

9.1.3. no caso da primeira repactuação dos contratos de prestação de serviços de natureza contínua, o prazo mínimo de um ano a que se refere o item 8.1 da Decisão 457/1995 - **Plenário conta-se a partir da apresentação da proposta ou da data do orçamento a que a proposta se referir, sendo que, nessa última hipótese, considera-se como data do orçamento a data do acordo, convenção, dissídio coletivo de trabalho ou equivalente que estipular o salário vigente à época da apresentação da proposta**, vedada a inclusão, por ocasião da repactuação, de antecipações e de benefícios não previstos originariamente, nos termos do disposto no art. 5º do Decreto 2.271/97 e do item 7.2 da IN/Mare 18/97. (Acórdão nº 1563/2004-Plenário. Relator: Augusto Sherman. Processo: 001.912/2004-8. Data da sessão: 06/10/2004).

Portanto, a fim de manter a efetividade da proposta ao longo da execução contratual, **é de rigor que o instrumento convocatório inclua a repactuação de preços nas modalidades REACTUAÇÃO para os itens da proposta que se referem à remuneração da mão-de-obra, com data-base da anualidade contado a partir da última alteração da CCT (ou instrumento normativo equivalente), para cada uma das diferentes categorias profissionais utilizadas, e na modalidade REAJUSTE para os itens não afetos pela repactuação**, por índice setorial para os insumos com anualidade contada a partir da apresentação da proposta de preços, haja vista ser perfeitamente possível sua aplicação em contrato por escopo.

## **2.2. DA AUSÊNCIA DE PARÂMETROS PARA AFERIÇÃO DE ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. NECESSIDADE DE LAUDO TÉCNICO.**

Compulsando o edital, verificou-se que não há dentre as exigências para elaboração da proposta, a necessidade de constar percentuais a título de insalubridade/periculosidade para as funções a serem contratadas,



sendo que os trabalhadores poderão receber adicional de até 40% do salário mínimo, acarretando falsa percepção dos valores que serão despendidos com a futura contratação.

Deve-se verificar que o Adicional de Insalubridade está regulamentado pela Portaria 3.311/89, mais especificamente a Norma Regulamentadora (NR) nº 15, que estabelece os princípios norteadores do programa de desenvolvimento do Sistema Federal de Inspeção do Trabalho e dá outras providências (a qual estabelece a maneira correta de avaliar a exposição a agentes geradores de riscos ocupacionais - Atividades e Operações Insalubres).

O tema, todavia, é muito complexo. Isso porque cada proponente pode adotar uma forma diferente de executar o objeto, adquirir equipamentos de proteção que podem expor e maior ou menor grau os empregados, de **modo que nem o particular e nem a Administração podem aferir com segurança de forma antecipada, se o adicional será devido ou não, ou para quais empregados será devido.**

Exatamente por isso, a **lei e estabelecem o dever de realizar perícia técnica e aferir individualmente em cada caso, a partir de suas peculiaridades, se há a incidência do adicional:**

DECRETO-LEI Nº 5.452/1943 (CLT)

Art. 189 - Serão consideradas atividades ou operações insalubres aquelas que, por sua natureza, condições ou métodos de trabalho, exponham os empregados a agentes nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância

Art. 190 - O Ministério do Trabalho **aprovará o quadro das atividades e operações insalubres e adotará normas sobre os critérios de caracterização da insalubridade**, os limites de tolerância aos agentes agressivos, meios de proteção e o tempo máximo de exposição do empregado a esses agentes.

(...)

Art. 195 - A caracterização e a classificação da insalubridade e da periculosidade, segundo as normas do Ministério do Trabalho, **far-se-ão através de perícia a cargo de Médico do Trabalho ou Engenheiro do Trabalho, registrados no Ministério do Trabalho.**

Conforme os preceitos legais, a caracterização de Insalubridade para agentes biológicos é feita de forma qualitativa, mas não basta estar exposto a um agente biológico para ter direito ao adicional de insalubridade, é preciso que haja exposição ao agente biológico na forma da prevista na NR 15. Portanto, não é possível estabelecer *a priori* e abstratamente quem fará jus ao adicional, é necessário verificar cada caso, cada empregado, os EPI's utilizados, etc.

Neste aspecto, para o efetivo pagamento do Adicional e fixação do Grau de Insalubridade **é necessária sua apuração e comprovação, mediante elaboração de laudo técnico, no qual será necessária a realização de prova pericial feita por Engenheiro de Segurança do Trabalho e/ou Médico do Trabalho, que atestem os percentuais devidos segundo os critérios legais da Legislação de Segurança do Trabalho.** Além dos dispositivos da CLT acima citados, nesse sentido é a jurisprudência amplamente consolidada do **C. Tribunal Superior do Trabalho (TST)**, tal como se verifica da OJ nº 278:

**278. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. PERÍCIA. LOCAL DE TRABALHO DESATIVADO (DJ 11.08.2003)**

A realização de perícia é obrigatória para a verificação de insalubridade. Quando não for possível sua realização, como em caso de fechamento da empresa, poderá o julgador utilizar-se de outros meios de prova.

Outrossim, **sabe-se que é vedado à Administração Pública fixar nos atos convocatórios como devem ser os preços dos licitantes, inclusive é o que dispõe a Instrução Normativa nº 05/2017 do SEGES/MPOG:**

**2. Das vedações:**

**2.1. É vedado à Administração fixar nos atos convocatórios:**

(...)

b) os benefícios, ou seus valores, a serem concedidos pela contratada aos seus empregados, devendo adotar os benefícios e valores previstos em Acordo, Convenção ou Dissídio Coletivo de Trabalho, como mínimo obrigatório, quando houver;

(...)

i) quantitativos ou valores mínimos para custos variáveis decorrentes de eventos futuros e imprevisíveis, tais como o quantitativo de vale-transporte a ser fornecido pela eventual contratada aos seus trabalhadores, ficando a contratada com a responsabilidade de prover o quantitativo que for necessário, conforme dispõe o art. 63 desta Instrução Normativa. (grifamos)

Em situações como esta, o **Tribunal de Contas da União (TCU)** entende que a Administração deve **estabelecer em edital que em prazo razoável após a assinatura do contrato o licitante vencedor deverá elaborar laudo técnico que será analisado e aprovado pela Administração, e apenas nesta hipótese haverá o pagamento, assim não se incluem custos desnecessários e se confere isonomia entre os licitantes.** Confira-se o precedente:

Acórdão

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de representações formuladas pelas empresas EMIBM Engenharia e Comércio Ltda. e Walmetra Projetos e Construção Ltda. (TC-001.165/2009-9, apenso), com fundamento no art. 113, § 1º, da Lei nº 8.666/93, apontando possíveis irregularidades no Edital da Concorrência nº 003/2008, promovido pelo Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior - MDIC.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, diante das razões expostas pelo Relator, em:

9.1. conhecer das presentes representações, com fundamento no art. 237, inciso III, do Regimento Interno do TCU, c/c o art. 113, § 1º, da Lei 8.666/93, para, no mérito, considerá-las procedentes;

9.2. determinar ao Secretário-Executivo do Ministério do Desenvolvimento Indústria e Comércio Exterior – MDIC que:

(...)

**9.2.2.8. Inclua no edital, como obrigação da contratada, a realização de perícia, a ser realizada por profissional competente e devidamente registrado no Ministério do Trabalho e Emprego, atestando o grau de insalubridade (máximo, médio ou mínimo), quando for o caso, bem como se a atividade apontada como insalubre consta na relação da NR-15 do Ministério do Trabalho, nos termos do art. 192 da CLT e NR-15, aprovada pela Portaria 3.214/1978 do Ministério do Trabalho e Emprego, ficando o pagamento do adicional de insalubridade condicionado à realização da referida perícia. Estabeleça, no edital, o prazo para o início da prestação dos serviços, de forma a permitir à empresa vencedora da licitação a adoção dos procedimentos necessários para iniciar a execução contratual.**

(TCU. Acórdão 727/2009 Plenário. Relator: Raimundo Carreiro. Data da sessão: 15/04/2009).

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça reafirma a obrigatoriedade de Laudo Técnico para pagamento do Adicional de Insalubridade, vejamos assim a jurisprudência acerca do tema:

ADMINISTRATIVO. **SERVIDOR PÚBLICO.** AGENTES PENITENCIÁRIOS. CUMULAÇÃO DE GRATIFICAÇÃO DE COMPENSAÇÃO ORGÂNICA **COM ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. IMPOSSIBILIDADE. LAUDO PERICIAL. EFEITOS CONSTITUTIVOS.** 4. Tanto o adicional de insalubridade como a gratificação de compensação orgânica guardam a mesma natureza jurídica, uma vez que têm como escopo compensar o trabalhador em risco no desempenho de suas atividades. São rubricas cujo intuito do legislador foi de aumentar a remuneração do trabalhador para compensar o maior desgaste da saúde física (teoria da monetização da saúde do trabalhador). **5. A jurisprudência do STJ é no sentido de que o pagamento do pretendido adicional de insalubridade está condicionado ao laudo que prova efetivamente as condições insalubres a que estão submetidos os servidores,** assim, não cabe seu pagamento pelo período que antecedeu a perícia e a formalização do laudo comprobatório, devendo ser afastada a possibilidade de presumir-se insalubridade em épocas passadas, emprestando-se efeitos retroativos a laudo pericial atual. Recurso especial improvido. (REsp 1400637/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 24/11/2015) (grifamos)

Inclusive, tais valores devem ser exigidos e levados em consideração, sob pena de violação **o art. 7º, §2º, II da Lei nº 8.666/93**, que exige a discriminação de todos os custos unitários envolvidos, *in verbis*:

Art. 7º As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte seqüência:

I - projeto básico;

II - projeto executivo;

III - execução das obras e serviços.

(...)

**§ 2º As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando:**

I - houver projeto básico aprovado pela autoridade competente e disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório;

II - **existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários;**

Portanto, **o adicional de insalubridade poderá ser devidamente evidenciado através de laudo pericial, o qual será realizado às custas da empresa contratada quando do início dos serviços.**

Ocorre que **há ilegalidade manifesta** vez que **não há cláusulas no Edital que determine o pagamento deste adicional** ou mesmo que a **Contratada deverá elaborar o laudo técnico** para, se comprovado, realizar os devidos pagamentos aos trabalhadores que fizerem jus, ao mesmo tempo em que terá o direito da **atualização das planilhas de custos** com a inclusão do benefício. **Assim, temos que o Edital é omissivo e a Administração tem o dever de esclarecer de forma vinculante ou republicar o documento com cláusulas referente a insalubridade.**

Inclusive, esta é a orientação do conhecido periódico jurídico da Consultoria Zênite, disponível em seu blog<sup>7</sup>, e que tem sido adotada com sucesso por diversos órgãos e entidades, conferindo isonomia na formulação das propostas e segurança jurídica na contratação.

Veja estimada comissão. A não previsão de pagamento a título de insalubridade pode tornar o futuro contrato inexecutável, vez que a verba será paga sobre o valor do salário mínimo ou da remuneração do colaborador, logo, a não previsão desta rubrica poderá ensejar em dificuldades da futura contratada em cumprir com suas obrigações devido a alteração do valor da proposta, o que consequentemente acarretará ações trabalhistas, podendo responder a Administração de forma subsidiária.

Portanto, requer deve ser incluída cláusula no edital de licitação prevendo que a aferição de eventuais adicionais de insalubridade ou periculosidade, ocorrerá após o início da execução do contrato, mediante realização de perícia pelo contratado, atestando o grau de insalubridade (máximo, médio ou mínimo), quando for o caso, ficando o pagamento do adicional de insalubridade condicionado à realização da referida perícia e aprovação da Administração, hipótese em que será realizado aditivo contratual. **Sendo vedado incluir tais valores na proposta a ser apresentada na licitação.**

<sup>7</sup> Acessado em 30/janeiro/2022: <https://www.zenite.blog.br/como-disciplinar-a-cotacao-de-adicional-de-insalubridade-nas-contratacoes-de-prestacao-de-servicos-com-dedicacao-exclusiva-de-mao-de-obra/>



#### 4. DOS PEDIDOS

Ante os fundamentos expostos, requer a Vossa Senhoria:

a) que a presente impugnação seja **recebida e processada** na forma da lei (art. 41, §1º da Lei nº 8.666/93);

b) que, no mérito, seja apreciada e, ao final, julgada totalmente procedente, com a correção do edital de licitação na forma dos tópicos apontados.

Nestes termos, pede deferimento.

**COSTA OESTE SERVIÇOS LTDA**