



JUSTIÇA ELEITORAL
TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DO RIO GRANDE DO SUL

Administração - Contratação de Serviços - 0004094-92.2019.6.21.8000

Despacho SA - doc. SEI n. 0114042.

**APRECIÇÃO DO RECURSO DA EMPRESA ONDREPSB RS LIMPEZA E SERVIÇOS ESPECIAIS
LTDA. REFERENTE AO PREGÃO N. 18/2019 - PROCESSO SEI N. 0004094-92.2019.6.21.8000.**

A pregoeira designada pela Portaria DG n. 25/2019 de 19-3-2019, servidora Rosana Brose Adolfo, procedeu à apreciação do recurso interposto pelo licitante **ONDREPSB RS LIMPEZA E SERVIÇOS ESPECIAIS LTDA.**, doravante denominado recorrente, contra o resultado proferido na sessão pública do Pregão n. 18/2019 (Prestação de serviços continuados de limpeza das dependências dos Cartórios Eleitorais localizados no interior do Estado do Rio Grande do Sul, com fornecimento de todos os equipamentos e materiais necessários) que declarou vencedora a proposta do licitante **PLANSERVICE TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS – EIRELI**, doravante denominado recorrido.

RAZÕES E CONTRARRAZÕES RECURSAIS

A íntegra das razões e das contrarrazões encontra-se no documento que faz parte do processo SEI n. **0004094-92.2019.6.21.8000** (doc. n.0114033), bem como nos campos próprios do Sistema Comprasnet.

APRECIÇÃO E DECISÃO DA PREGOEIRA

Preliminarmente, cabe esclarecer que este Tribunal, por meio de seus pregoeiros e equipe de apoio, sempre busca o fim público, respeitando os princípios basilares da licitação, em especial, os da legalidade, impessoalidade, igualdade, razoabilidade, publicidade, moralidade, vinculação ao edital e transparência. A condução do certame tem como objetivo a preservação do caráter competitivo para alcançar a solução mais benéfica para a Administração Pública.

Pelo cotejo das razões recursais, verifica-se, modo sucinto, que a irrisignação do recorrente orbita acerca da forma de cálculo do adicional de insalubridade. Em linhas gerais, seu entendimento é de que o adicional de insalubridade deve ser calculado sobre o salário de cada tipo de posto, de forma proporcional. A Secretaria de Orçamentos e Finanças- SOF, por ocasião da análise da planilha de custos e formação de preços (item 7.16.6 do edital), solicitou algumas adequações das planilhas que foram atendidas, com exceção daquela que versou sobre cálculo da insalubridade. O entendimento deste Tribunal é no sentido de que o cálculo da insalubridade deve ser projetado levando em conta o salário integral da categoria.

Por oportuno, transcreve-se a manifestação da SOF acerca da análise das planilhas do recorrente, na fase de julgamento de proposta:

Informe que a licitante Ondrepsb Sistemas de Segurança Ltda, após demanda encaminhada no dia 20.05.2019, reapresentou planilhas de custos com quase todas as alterações solicitadas, excetuando o valor do adicional de insalubridade calculado sobre o salário normativo integral e a alíquota do ISSQN no percentual de 5% conforme praticado nas contratações vigentes.

Juntamente às planilhas, encaminhou documentos para justificar seu entendimento na aplicação da jornada proporcional como base de cálculo do adicional de insalubridade.

Após diligência junto à Assessoria Jurídica do TRE/RS, no dia 24.05.2019, reiteramos a solicitação da aplicação da base de cálculo do salário normativo integral para apuração do adicional de insalubridade, bem como a utilização da alíquota de 5,00% para o ISSQN.

Em resposta, a licitante enviou nova planilha de custos, alterando a alíquota do ISSQN conforme solicitado, porém, com relação ao adicional de insalubridade, alegou não ser possível atender a solicitação deste Tribunal.

O licitante, em e-mail enviado a este Tribunal, informou o que segue:

“Por fim, cumpre-nos informar que uma vez mantida a exigência de cálculo do adicional de insalubridade sobre o piso integral da categoria (R\$ 1.083,96), torna-se impossível manter o preço final ofertado, pois implicaria em expressivo aumento dos custos, o que tornaria a proposta absolutamente inexequível.”

Diante da manifestação da área técnica, outra não poderia ser a conduta da pregoeira a não ser a de recusar a proposta do recorrente forte ao disposto no item 7.16.6 do edital que informa: *Eventuais erros de preenchimento não serão considerados motivadores de desclassificação da proposta, quando essa puder ser ajustada sem a necessidade de majoração do preço ofertado.*

Em sede de recurso, novamente, a Secretaria de Orçamento e Finanças foi instada a se manifestar acerca das razões e contrarrazões recursais apresentando a seguinte informação:

Informo que, pertinente à análise das planilhas de custos apresentadas, utilizamos o entendimento vigente para o cálculo do adicional de insalubridade, qual seja, considerando o salário normativo em sua integralidade. Não obstante, a forma de cálculo encontra-se estabelecida no edital licitatório, inclusive em nota explicativa na planilha de custos anexada.

Sinale-se que o licitante, quando da formulação da proposta (entenda-se essa como sendo a registrada no sistema ou a modificada em função de lances) deve, obrigatoriamente, levar em consideração a totalidade das disposições constantes no instrumento convocatório. Forçoso concluir que o envio de proposta deve ocorrer após avaliação criteriosa das disposições editalícias e anuência em relação a esses termos.

Nesse ínterim, cabe transcrever algumas disposições editalícias que demonstram o comprometimento do licitante com a Administração quando da apresentação de sua proposta:

5.4. Os licitantes deverão incluir na proposta, todos e quaisquer tributos, despesas, custos e encargos previstos de incidência para formulação do preço dos serviços a serem prestados, em conformidade com o item 1 deste edital, minuta de contrato e Termo de Referência anexos, de acordo com a legislação que rege a matéria.

(...)

5.12. O simples envio da proposta será interpretado como concordância com os termos deste edital, minuta de contrato e demais anexos, com o estipulado na Lei n. 10.520, de 17 de julho de 2002, Decreto n. 5.450, de 31 de maio de 2005, subsidiariamente, pela Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, e suas alterações posteriores, bem como com as regras e condições estabelecidas, no que couber, na Lei Complementar n. 123, de 14 de dezembro de 2006 e Lei n. 11.488, de 15 de junho de 2007.

Além disso, o item 3.2 do edital dispõe que o licitante deverá efetivar todas as declarações exigidas no âmbito do Sistema. Uma das declarações tem o teor transcrito a seguir: “Declaro que estou ciente e concordo com as condições contidas no edital e seus anexos, bem como de que cumpro plenamente os requisitos

de habilitação definidos no edital, referentes ao pregão nº 18/2019 da UASG 70021 - TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DO RIO G. DO SUL .”

Mesmo que, hipoteticamente, o licitante não tenha atentado para a íntegra das disposições editalícias quando do registro de sua proposta, não poderia ficar alheio à mensagem consignada pela pregoeira, no início da sessão pública, alertando para a necessidade de oferta de preços que levassem em consideração a totalidade das exigências editalícias:

ATENÇÃO: Salientamos a importância de que os preços ofertados, principalmente em relação aos lances, sejam compatíveis com os serviços licitados, bem como com todas as exigências e condições constantes no edital e seus anexos, em especial quanto à garantia (item 2.5 do edital e cláusula 16 da minuta de contrato) e retenção de provisões de encargos trabalhistas e previdenciários (item 2.3 do edital e cláusula 11 da minuta de contrato).

Ocorre que o licitante não pode abstrair o fato de que nos Anexos **X a XIV** da minuta de contrato, que correspondem às planilhas de custos e formação de preços, consta expressamente a seguinte observação:

Nota (4): O cálculo da insalubridade deve ser feito sobre o valor do salário normativo da função para a prestação laboral de 220 horas mensais, conforme CCT/2019, cláusula 55ª, mesmo quando em jornada reduzida.

Trata-se, pois, de regra cristalinamente posta no bojo do Pregão n. 18/2019 e de pleno conhecimento daqueles interessados em participar da licitação.

Causa estranheza o fato de o recorrente ter preenchido suas planilhas de forma diversa daquela estipulada, considerando que não houve previamente nenhum pedido de esclarecimento/ insurgência quanto à menção constante no anexo do edital.

Caso o entendimento do recorrente fosse pela alteração da regra, deveria ter solicitado esclarecimento ou ter procedido à impugnação editalícia. Não o fez na fase própria da licitação, aparentemente, entendendo como pertinente o conjunto de regras constantes no instrumento convocatório.

Marçal Justen Filho traz a seguinte lição:

Ou seja, a questão não reside na pura e simples omissão de impugnar as condições do edital, mas na participação no certame, sem ressalvas. Somam-se as duas condutas distintas: ausência de impugnação (atuação omissiva) e participação do certame (atuação ativa), **permitindo-se extrair-se a inferência de que o sujeito manifestara sua concordância com as condições estabelecidas e a renúncia a discordâncias.**

Assim, a renúncia é ato de disposição de direito subjetivo individual, mas não afeta os valores protegidos pelo Direito. **Logo a ausência de impugnação ao edital (acompanhado da participação no certame) configura renúncia a direito subjetivo e impede que o sujeito invoque os instrumentos de tutela correspondente.** Não caberá impetrar mandado de segurança nem pleitear provimento jurisdicional orientado a suprimir lesão individual. (Marçal Justen Filho. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 11ª Ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 667)

Seguem decisões judiciais nesse sentido:

A partir da publicação do edital de licitação, nasce o direito de impugná-lo, direito que se esvai com aceitação das regras do certame, consumando-se a decadência

(STJ-RMS n. 15.051/RS, 2ª t., Rel. Min. Eliana Calmon, em 01-10-2002, DJ de 18-11-2002, p. 166)

APELAÇÕES CÍVEIS. LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO ADMINISTRATIVO. PREGÃO ELETRÔNICO N. 069/2016. DESCABIMENTO. VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO. **AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO AO EDITAL. NÃO DEMONSTRADO PROVEITO ECONÔMICO NA PRESENTE AÇÃO. ADEQUADO O VALOR DE ALÇADA AO CASO CONCRETO.**

A Administração não pode descumprir as normas do edital, ao qual se acha estritamente vinculada por expressa determinação legal (art. 41, “caput”, da Lei 8.666).

Todavia, a qualquer cidadão é dado impugnar o edital de licitação por irregularidade na aplicação da Lei, devendo protocolar o pedido até 05 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes.

Também aos licitantes é garantido o direito de impugnar os termos do edital perante a Administração até o segundo dia que anteceder a abertura dos envelopes, para ficar no caso. Tais disposições encontram-se claramente previstas nos parágrafos 1º e 2º do art. 41 da Lei de Licitações.

Hipótese em que a licitante deixou transcorrer “in albis” o prazo para impugnar o edital, direito expressamente garantido na Lei 8.666 (Lei de Licitações), e do qual abriu mão ao deixar de apresentar a insurgência no momento oportuno. Deste modo, decaiu do direito de impugnar os termos do edital de licitação perante a Administração.

(...)

(TJ-RS- A. 70077776359-RS, Relatora: Lúcia De Fátima Cerveira. Data do Julgamento: 26-6-2018, Segunda Câmara Cível. Data da Publicação: Diário da Justiça do dia 5-7-2018).

O fato é que não houve impugnação do edital e todos estão vinculados às disposições editalícias. Isso não significa, no entanto, que a Administração deva compactuar com ilegalidade, devendo atuar de ofício caso a verifique. Não é este o caso. Não se verifica nenhuma ilegalidade, o que ficará comprovado ao fim desta apreciação.

Relativamente ao julgamento realizado, cabe lembrar que o pregoeiro que conduz a licitação está legalmente obrigado a selecionar a proposta mais vantajosa para Administração, mas em absoluta compatibilidade com os critérios de aceitabilidade e demais disposições consignadas no edital.

Esse é o mote do artigo 3º da Lei n. 8.666/1993:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração 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.

Não é demais enfatizar que, no procedimento licitatório, o edital é o ato pelo qual se realiza a publicidade e se fixam as condições em que se efetivará o certame. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

Pelo princípio da vinculação ao edital, somente pode ser exigido dos licitantes aquilo que tenha sido expressamente consignado em edital. O edital licitatório não pode dar margem a dúvidas, omissões ou regras implícitas.

O edital é a lei interna da licitação. Não faz sentido que a Administração fixe um determinado procedimento e forma no edital e que, na hora da análise, quer da documentação, quer da proposta venha a criar regras que não estavam originalmente escritas no instrumento de convocação.

Salienta-se, por oportuno, que em licitação, todo e qualquer julgamento deve ser objetivo. Conforme consta no art. 44, § 1º da Lei n. 8.666/93, *é vedada a utilização de qualquer elemento, critério ou fator sigiloso, secreto, subjetivo ou reservado que possa ainda que indiretamente elidir o princípio da igualdade entre os licitantes.*

Vale dizer que os critérios que ensejam a desclassificação/ inabilitação de licitante devem sempre ter suas razões fundadas em critérios objetivos do instrumento convocatório, nunca na obscuridade.

Não há, portanto, espaço para discricionariedade durante a condução do procedimento licitatório. O pregoeiro tem dever de ater-se ao disposto no edital de licitação, ao qual está vinculado até o final do certame, garantindo a imparcialidade da Administração e a isonomia entre os licitantes, descartando, assim, subjetivismos em todas as suas fases.

Marçal Justen Filho, assim se posicionou acerca do tema:

Essa competência discricionária exercita-se no momento preparatório e inicial da licitação. Uma vez realizadas essas escolhas, exaure-se a discricionariedade e não mais pode ser invocada – ou, mais corretamente, se a Administração pretender renovar o exercício dessa faculdade, estará sujeita a refazer toda a licitação. Assim, a **Administração tem liberdade para escolher as condições sobre o contrato futuro. Porém, deverá valer-se dessa liberdade com antecedência, indicando exaustivamente suas escolhas.** Tais escolhas serão consignadas no ato convocatório da licitação, que passará a reger a conduta futura do administrador. Além da lei, o instrumento convocatório da licitação determina as condições a serem observadas pelos envolvidos na licitação. A vinculação ao instrumento convocatório complementa a vinculação à lei. (JUSTEN FILHO, 2009, p. 70)

Hely Lopes Meirelles assim se manifestou sobre o princípio da vinculação:

A vinculação ao edital significa que a Administração e os licitantes ficam **sempre adstritos aos termos do pedido ou do permitido no instrumento convocatório da licitação, quer quanto ao procedimento, quer quanto à documentação, às propostas, ao julgamento e ao contrato.** (Licitação e Contrato Administrativo, Ed. Revista dos Tribunais, 10ª edição, 1991, São Paulo, p. 29).

Vinculação ao edital: a vinculação ao edital é princípio básico de toda licitação. **Nem se compreenderia que a Administração fixasse no edital a forma e o modo de participação dos licitantes e no decorrer do procedimento ou na realização do julgamento se afastasse do estabelecido, ou admitisse documentação e propostas em desacordo com o solicitado.** O edital é a lei interna da licitação, e, como tal, vincula aos seus termos tanto os licitantes como a Administração que o expediu. (Direito Administrativo Brasileiro, 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000)

Em obra de Jessé Torres consta a seguinte passagem:

(d) o [princípio] da vinculação ao instrumento convocatório faz do edital ou do convite a lei interna de cada licitação, impondo-se a observância de suas regras à Administração Pública e aos licitantes, estes em face dela e em face uns dos outros, **nada podendo ser exigido, aceito ou permitido além ou aquém de suas cláusulas e condições;** o art. 41 da Lei nº 8.666/93 ilustra a extensão do princípio ao declarar que ‘A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada’ (...);

(e) o [princípio] do julgamento objetivo atrela a Administração, na apreciação das propostas, aos critérios de aferição previamente definidos no edital ou carta-convite, **com o fim de evitar que o julgamento se faça segundo critérios desconhecidos dos licitantes, ao alvedrio da subjetividade pessoal do julgador;** (Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública, 5ª ed., Renovar, 2002, pag. 55)

Decisão judicial no mesmo sentido:

O princípio da vinculação ao edital presente no procedimento licitatório obriga os licitantes, como também a administração, ao julgamento das propostas pautadas **exclusivamente nos critérios objetivos definidos no edital, com a devida observância ao tratamento isonômico entre os licitantes** (TJSC - ACMS n. , de Blumenau, Rel. Des. Luiz César Medeiros, julgada em 24/04/2007).

Por ocasião de licitação para este mesmo objeto (Pregão 55/2016), ocorrida em final de 2016, este Tribunal deparou-se com questão relacionada com a forma de cálculo de insalubridade. Na oportunidade, houve inclusive anulação da licitação, mas firmou-se entendimento quanto ao pagamento integral do adicional de insalubridade, independentemente de a jornada ser reduzida. Transcrevem-se, por oportuno, alguns trechos do Parecer AJ/TRE-RS n. 79/2017:

(...)

De fato, o tema é controverso.

O problema enfrentado por ambas as empresas é fruto da insegurança jurídica ocasionada pela legislação que não previu a hipótese em tela, e da jurisprudência vacilante, ao menos nos Juízos singulares e Tribunais Regionais, o que deixa margem a interpretações dúbias e a ocorrência de situações, tais como as narradas pelas licitantes, de possuírem contratos com preços calculados de forma diversa, a depender da tese adotada pelo órgão contratante.

Exemplificando, há várias decisões não unânimes no Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região¹, que apontam para a tese do cálculo proporcional da insalubridade, mas cujos votos divergentes são embasados na jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, que vem se consolidado em sentido contrário, qual seja, o de que o artigo 192² da Lei n. 5.452, de 1.943 (Consolidação das Lei do Trabalho), que trata do adicional de insalubridade, não opõe exceção ao labor em jornada reduzida, logo, o trabalhador exposto a ambiente nocivo faz jus ao adicional calculado com base no valor integral do salário-mínimo.

Encontra-se, ainda, na mesma Corte Regional, decisões unânimes alinhadas com a tendência jurisprudencial do c. TST, como a proferida pela 10ª Turma, no Acórdão n. 001432-46.2011.5.04.0741, julgado em 27.3.2014, no qual o eminente Relator, Desembargador Wilson Carvalho Dias, assim se manifestou:

Segundo entendo, [...] o adicional de insalubridade deve ser calculado sobre o salário integral, independentemente de o trabalhador cumprir carga horária reduzida, já que a vantagem não é paga de acordo com o número de horas trabalhadas em condições insalubres, ou seja, uma vez constatada a exposição ao agente insalubre, o adicional é devido por inteiro. A situação é semelhante àquela contemplada na Súmula 361 do TST, relativa ao adicional de periculosidade, pois o contato intermitente com o agente de risco ou insalubre enseja o pagamento integral do adicional respectivo.

No mesmo sentido é o Acórdão n. 0020376-69.2013.5.04.0404, da 3ª Turma, do TRT4, cujo eminente Relator, Desembargador Gilberto Souza dos Santos consignou em seu voto o seguinte excerto (j. 21.5.2015):

[...] observo que o TST é pacífico quanto à impossibilidade de percepção do referido adicional na forma proporcional. Havendo o labor em condições insalubres, a parte trabalhadora é merecedora do adicional integralmente porquanto o artigo 192 da CLT não previu exceção ou proporção na forma de pagamento em razão da jornada.

Conforme extrai-se dessas últimas decisões, a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho vem se consolidando nesse sentido. De acordo com os julgados mais recentes, os principais argumentos nos quais a Corte Superior embasa esse entendimento, são os seguintes:

- a) O adicional é devido pelo fato de o trabalhador estar exposto a condições insalubres, independentemente das horas trabalhadas.
- b) A legislação não prevê o pagamento do adicional proporcional ao tempo de trabalho, tampouco ao tempo de exposição ao agente insalubre.

Vários acórdãos concluem nesse sentido utilizando-se, por analogia, do tratamento destinado pela Súmula n. 361 do TST ao adicional de periculosidade, segundo a qual:

O trabalho exercido em condições perigosas, embora de forma intermitente, dá direito ao empregado a receber o adicional de periculosidade de forma integral,

porque a Lei nº 7.369, de 20.09.1985, não estabeleceu nenhuma proporcionalidade em relação ao seu pagamento.

Na mesma esteira, mantendo a coerência na argumentação, em novembro de 2011 foi cancelado o item II da Súmula n. 364, cuja redação era a seguinte:

A fixação do adicional de periculosidade, em percentual inferior ao legal e proporcional ao tempo de exposição ao risco, deve ser respeitada, desde que pactuada em acordos ou convenções coletivos.

O eminente Ministro Relator do Acórdão TST n. 2198-75.2010.5.02.0067, julgado em 4.3.2015, abordou a matéria:

O enunciado do art. 192 da CLT não discrimina nenhuma possibilidade de se proporcionalizar o salário mínimo em razão da jornada reduzida de trabalho para o pagamento, também proporcional, do adicional de insalubridade. A regra também é enfática quanto à utilização daquele referencial, sem aludir à jornada prestada pelo trabalhador. Da mesma forma, o adicional de insalubridade não é pago em valor proporcional ao tempo de exposição, pois inexistente na legislação qualquer autorização para tal sistema de pagamento. Por isso, este Tribunal sedimentou posicionamento quanto à impossibilidade de pagamento proporcional do adicional de periculosidade, Súmula nº 361, baseado no mesmo raciocínio aqui exposto quanto à insalubridade. Nessa mesma senda, em novembro de 2011, cancelou o item II da Súmula nº 364, no qual se admitia o pagamento do adicional de periculosidade proporcional ao tempo de exposição, mediante acordos ou convenções coletivas. Portanto, não há no ordenamento jurídico vigente nenhuma autorização legal para a relativização da forma de pagamento do adicional de insalubridade, que deve ser efetuado integralmente, não se acertado a sua proporcionalização de acordo com a jornada de trabalho ou o período de exposição ao risco. Recurso de revista conhecido e provido. No Acórdão TST n. 7980.7/2001.1, da 1ª Turma, julgado em 17.10.2007, o relator acrescentou que “A regra é enfática quanto à utilização daquele referencial de forma plena [salário-mínimo], sem aludir à jornada prestada pelo trabalhador. Contrário senso estaríamos a prestigiar a proporcionalidade nefasta, quando a incidência dos riscos à saúde do trabalhador o atingirá no decorrer da totalidade da jornada [...]”

Recentemente, por meio da Resolução n. 209/2016, o TST acrescentou novo item II à Súmula n. 364, afastando quaisquer dúvidas acerca da matéria. O dispositivo ganhou a seguinte redação:

ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. EXPOSIÇÃO EVENTUAL, PERMANENTE E INTERMITENTE.

I - [...].

II - Não é válida a cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho fixando o adicional de periculosidade em percentual inferior ao estabelecido em lei e proporcional ao tempo de exposição ao risco, pois tal parcela constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantida por norma de ordem pública (arts. 7º, XXII e XXIII, da CF e 193, §1º, da CLT).

c) Na interpretação da lei deve-se considerar o princípio da proteção, segundo o qual é inadmissível flexibilização de direitos trabalhistas fora das hipóteses previstas expressamente pela Constituição da República e pelas leis.

No Acórdão TST n. 2774-97.2012.5.02.0067, julgado em 29.4.2015, o Relator, ao verificar que a Corte Regional havia decidido pela proporcionalidade do cálculo da insalubridade, manifestou-se da seguinte forma:

2.3. Assim, a interpretação conferida pela Corte Regional ao art. 192 da CLT rompe com direcionamento jurisprudencial conferido pelo E. STF relativamente à possibilidade de interpretação criativa da mencionada norma e o faz ignorando o princípio juslaboral da proteção, segundo o qual não é possível flexibilização de direitos trabalhistas fora das hipóteses expressamente previstas pela Constituição e pela lei.

d) A Súmula Vinculante n. 4³, do Supremo Tribunal Federal, vedou o cálculo de parcelas trabalhistas com base no salário-mínimo, mas o manteve para o adicional de insalubridade (conforme Reclamação nº 6.830 MC/PR - Paraná, publicada no DJE nº 217, em 21/10/2008), enquanto não houver lei federal superveniente ou norma coletiva que disciplinem a matéria.

De acordo com o Acórdão n. 69611-2012.5.04.0121, este entendimento é seguido pela colenda Corte Superior em observância ao artigo 103-A da Constituição. Vejamos:

O STF vedou a utilização do salário-mínimo como base de cálculo de parcela trabalhista (Súmula Vinculante nº 4), mas o manteve como base de cálculo do

adicional de insalubridade, nos termos do art. 192 da CLT, enquanto não houver lei federal superveniente ou norma coletiva que disciplinem a matéria (Reclamação nº 6.830 MC/PR - Paraná, publicada no DJE nº 217, em 21/10/2008). Esse entendimento é seguido pelo TST, nos termos do art. 103-A, caput, da CF/88, segundo o qual "O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na Imprensa Oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei". No caso dos autos, o Tribunal Regional, soberano na análise dos fatos e provas, consignou em seu acórdão a existência de norma coletiva que prevê o pagamento do adicional de insalubridade calculado sobre o salário base da empresa apenas para os trabalhadores sujeitos à jornada de 220 horas, o que não corresponde ao caso dos autos em que fora registrado que a reclamante estava sujeita à jornada inferior a regulamentada pela norma coletiva. **Assim, diante da ausência de previsão normativa específica que regule a base de cálculo do adicional de insalubridade para os trabalhadores sujeitos a jornada inferior a 220 horas, em conformidade com o julgamento do STF, e diante da impossibilidade de fixação de qualquer outra base de cálculo pela via judicial, já que a matéria está sujeita à disposição de lei ou ajuste coletivo, prevalece o entendimento desta Corte de que a parcela seja calculada com base no salário-mínimo até que sobrevenha lei ou convenção normativa que regule especificamente a matéria.** Recurso de revista de que não se conhece. [Grifamos].

e) Em virtude da referida Súmula Vinculante n. 4, o TST aprovou a Súmula n. 228⁴ segundo o qual "o adicional de insalubridade será calculado sobre o salário básico, salvo critério mais vantajoso fixado em instrumento coletivo."

Posteriormente, o Ministro Gilmar Mendes deferiu liminar em Medida Cautelar proposta pela Confederação Nacional da Indústria⁵, suspendendo a aplicação da referida súmula, afirmando que "[...] o adicional de insalubridade deve continuar sendo calculado com base no salário mínimo, enquanto não superada a inconstitucionalidade por meio de lei ou de convenção coletiva."

O Tribunal Superior do Trabalho passou a adotar o entendimento de que o Poder Judiciário não tem competência para determinar base de cálculo diversa da fixada em lei ou norma coletiva.

É nesse diapasão, o seguinte excerto extraído do Acórdão n. 2774-97.2012.5.02.0067, de relatoria do Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, julgado em 29.4.2015:

O certo é que, conforme a jurisprudência remansosa do STF, mesmo havendo inconsistências de ordem lógica – ou mesmo constitucional – no art. 192 da CLT, não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, determinar base de cálculo diversa daquela expressamente referida na mencionada regra ou fixada em norma coletiva.

Acerca desse tema, o Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região publicou a Súmula n. 62 com o seguinte enunciado: "A base de cálculo do adicional de insalubridade permanece sendo o salário mínimo nacional enquanto não sobrevier lei disposta de forma diversa, salvo disposição contratual ou normativa prevendo base de cálculo mais benéfica ao trabalhador."

Por fim, cumpre salientar que o Tribunal Superior do Trabalho possui inúmeros julgados no mesmo sentido, baseados nas razões aqui elencadas, como, por exemplo: Acórdão n. 2582-2013.5.09.0001, 8ª Turma, Rel. Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, j. 5.8.2015; Acórdão n. 87371-2010.5.02.0065, 2ª Turma. Rel. Min. Renato de Lacerda Paiva, j. 9.12.2015; Acórdão n. 1296-34.2014.5.12.0058, 7ª Turma, Rel. Min. Douglas Alencar Rodrigues, j. 16.9.2016.

Conquanto seja possível verificar entendimentos dissonantes nas instâncias inferiores, não se pode negar que a colenda Corte Superior do Trabalho vem pacificando a questão, sob sólidos fundamentos jurídicos, fazendo prevalecer a proteção à saúde, higiene e segurança do trabalhador.

Considerando ser a Justiça Trabalhista o fórum de discussão da matéria e sendo o Tribunal Superior do Trabalho o detentor da palavra final no âmbito infraconstitucional, esta Assessoria posiciona-se por alinhar entendimento com a colenda Corte, manifestando-se, s.m.j., pela impossibilidade de pagamento do adicional de insalubridade proporcionalmente à carga horária contratada, de acordo

com o lastro jurisprudencial aqui elencado, o qual é embasado em relevantes fundamentos jurídicos.

Por conseguinte, no caso concreto, independentemente da jornada reduzida contratada, o trabalhador terá direito ao adicional de insalubridade, calculado com base no valor integral do salário-mínimo (CLT, art. 192) ou do salário normativo da respectiva função para a prestação laboral de 220 horas, de acordo com a Convenção Coletiva de Trabalho vigente. O que lhe for mais benéfico e enquanto não sobrevier lei dispondo de forma diversa (Súmula TRT4 n. 62).

(...)

3. CONCLUSÕES

Por todo o exposto, esta Assessoria conclui, s.m.j., no seguinte sentido:

a) o adicional de insalubridade deverá ser calculado com base no valor integral do salário-mínimo (CLT, art. 192) ou de acordo com a Convenção Coletiva de Trabalho vigente, independentemente da jornada contratada, o que for mais benéfico ao trabalhador e enquanto não sobrevier lei dispondo de forma diversa (Súmula TRT 4 n. 62);

(...)

A manifestação da Assessoria Jurídica naquela oportunidade, ao que tudo indica, continua aderente à recente jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho.

O decurso do tempo entre a manifestação da Assessoria Jurídica e a presente licitação não alterou o cenário do entendimento do TST. Muito pelo contrário. Verifica-se que o Órgão Superior continuou consolidando a jurisprudência no sentido contrário do que é preconizado pelo recorrente, ou seja, no sentido de que, caracterizada a existência de condições insalubres, mesmo em jornadas reduzidas, tem direito o trabalhador ao adicional respectivo, de forma integral, sendo irrelevante o tempo de exposição ao agente.

Vejamos algumas decisões produzidas durante o lapso temporal acima mencionado:

RECURSO DE REVISTA. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE PROPORCIONAL AOS DIAS TRABALHADOS. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. O Regional reformou a sentença para determinar que os valores referentes ao adicional de insalubridade fossem apurados de acordo com os dias efetivamente trabalhados, conforme registrados nos cartões de ponto, excluindo-se do cálculo os dias de afastamento relativos às férias, licenças e ausências injustificadas da reclamante. Ocorre que o art. 192 da CLT prevê apenas que o cálculo do adicional de insalubridade será feito segundo a correspondência entre o percentual do salário mínimo e a classificação das condições insalubres nos graus máximo, médio e mínimo. Não há, portanto, nenhuma previsão legal que determine o pagamento da parcela de forma proporcional aos dias efetivamente trabalhados, sendo indevida tal limitação. Recurso de revista conhecido e provido. (Processo RR 810003920125130026, 8ª Turma, julgado em 29/03/2017, Relator: Dora Maria da Costa).

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. PAGAMENTO PROPORCIONAL À JORNADA DE TRABALHO REDUZIDA. IMPOSSIBILIDADE.

Cinge-se a controvérsia em estabelecer se o pagamento do adicional de insalubridade pode ou não ser licitamente feito de forma proporcional à jornada menor que a normal efetivamente trabalhada pelo empregado. O entendimento do Tribunal Regional foi de que o artigo 192 da CLT não proíbe o adimplemento do adicional de insalubridade em relação às horas trabalhadas, mas estabelece observância a sua base de cálculo que é o salário mínimo. Dispõe o artigo 192 da CLT, *in verbis*: "O exercício de trabalho em condições insalubres, acima dos limites de tolerância estabelecidos pelo Ministério do Trabalho, assegura a percepção de adicional respectivamente de 40% (quarenta por cento), 20% (vinte por cento) e 10% (dez por cento) do salário-mínimo da região, segundo se classifiquem nos graus máximo, médio e mínimo. Verifica-se que artigo em comento determina os percentuais devidos e a base de cálculo para a apuração do adicional, todavia não é possível extrair do referido dispositivo a previsão de pagamento do adicional de forma proporcional à jornada de trabalho praticada. O Tribunal Regional, ao admitir o pagamento do adicional de insalubridade proporcional à jornada, acabou por

desrespeitar o disposto no artigo 192 da CLT. Portanto, uma vez caracterizada a existência de condições insalubres, mesmo em jornadas reduzidas, tem direito o trabalhador ao adicional respectivo, de forma integral, sendo irrelevante o tempo de exposição ao agente. Recurso de revista **conhecido e provido**. (Processo TST: RR – 1654-86.2015.5.02.0043 Data de Julgamento:25/10/2017, Relator: José Roberto Freire Pimenta , 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 27/10/2017).

Transcreveremos, por oportuno, trechos deste recurso por conter outras decisões acerca do tema:

(...)

Nesse sentido, os seguintes precedentes desta Corte:

“ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. PAGAMENTO PROPORCIONAL À JORNADA DE TRABALHO REDUZIDA. IMPOSSIBILIDADE. Cinge-se a controvérsia em estabelecer se o pagamento do adicional de insalubridade pode ou não ser lícitamente feito de forma proporcional à jornada menor que a normal efetivamente trabalhada pelo empregado. Extraí-se do acórdão regional que o autor trabalhava para o Hospital das Clínicas da FMUSP e, em razão de convênio firmado, passou a prestar serviços para a reclamada, Fundação Faculdade de Medicina, a fim de complementar a sua jornada em mais duas horas. Ficou consignado, no acórdão recorrido, que o reclamante recebeu de forma integral o adicional de insalubridade, em grau máximo, calculado sobre o salário mínimo, pago pelo Hospital das Clínicas e, com relação ao trabalho prestado para a reclamada, recebeu apenas o valor referente ao adicional de insalubridade proporcional ao número de horas trabalhadas. Com efeito, verifica-se que o Tribunal Regional, ao admitir o pagamento do adicional de insalubridade proporcional à jornada, acabou por desrespeitar o disposto no artigo 192 da CLT, o qual determina que esse adicional deve ser calculado com base no salário mínimo, independentemente da jornada de trabalho. Cabe destacar que, uma vez caracterizada a existência de condições insalubres, mesmo em jornadas reduzidas, não se admite o cálculo do adicional proporcional ao horário de trabalho, por ausência de previsão legal. O trabalho desenvolvido em situação insalubre concede ao trabalhador o direito ao adicional respectivo, de forma integral, sendo irrelevante o tempo de exposição ao agente (precedentes). Recurso de revista conhecido e provido”. (Processo: RR - 2825-28.2014.5.02.0071 Data de Julgamento: 23/08/2017, Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 1º/09/2017).

"RECURSO DE REVISTA - ADICIONAL DE INSALUBRIDADE - BASE DE CÁLCULO. O art. 192 da CLT não discrimina nenhuma possibilidade de se proporcionalizar o salário mínimo, em razão da jornada contratada de seis horas, para o pagamento, também proporcional, do adicional de insalubridade. A regra é enfática quanto à utilização daquele referencial de forma plena, sem aludir à jornada prestada pelo trabalhador. Contrário senso estaríamos a prestigiar a proporcionalidade nefasta, quando a incidência dos riscos à saúde do trabalhador o atingirá no decorrer da totalidade da jornada. Recurso de revista conhecido e provido. HORAS EXTRAORDINÁRIAS - BASE DE CÁLCULO - INCIDÊNCIA DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. Consoante a diretriz perfilhada na Orientação Jurisprudencial nº 47 da Subseção I da Seção Especializada em Dissídios Individuais, a base de cálculo da hora extraordinária consiste na soma do salário contratual mais o adicional de insalubridade, sendo esse calculado sobre o salário mínimo. Recurso de revista conhecido e provido."(RR-798027/2001.1, data de julgamento: 17/10/2007, Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, 1ª Turma, data de publicação: DJ 9/11/2007)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA - ADICIONAL DE INSALUBRIDADE - PROPORCIONALIDADE - JORNADA REDUZIDA O recurso de revista, de natureza extraordinária, somente é admissível na hipótese em que, além dos pressupostos comuns, a parte demonstre divergência jurisprudencial e/ou violação literal a lei, a teor do art. 896 da CLT. Assim, mantém-se a decisão que denega seguimento, se o apelo não satisfaz o juízo de admissibilidade. Agravo de instrumento a que se nega provimento.” (AIRR - 35340-52.1999.5.04.0018, Relator Juiz Convocado: Douglas Alencar Rodrigues, data de julgamento: 30/9/2009, 6ª Turma, data de publicação: DEJT 9/10/2009).

Ademais, aplica-se, de forma analógica, o disposto na Súmula nº 364, segundo a qual “tem direito ao adicional de periculosidade o empregado exposto permanentemente ou que, de forma intermitente, sujeita-se a condições de risco. Indevido, apenas, quando o contato dá-se de forma eventual, assim considerado o fortuito, ou o que, sendo habitual, dá-se por tempo extremamente reduzido”. Assim, conheço do recurso de revista por violação do artigo 192 da CLT.

A decisão aplicou analogicamente o conteúdo da Súmula 364 do TST, que garante o pagamento integral do adicional de periculosidade mesmo quando a jornada é reduzida, observa-se:

ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. EXPOSIÇÃO EVENTUAL, PERMANENTE E INTERMITENTE (inserido o item II) - Res. 209/2016, DEJT divulgado em 01, 02 e 03.06.2016

I - Tem direito ao adicional de periculosidade o empregado exposto permanentemente ou que, de forma intermitente, sujeita-se a condições de risco. Indevido, apenas, quando o contato dá-se de forma eventual, assim considerado o fortuito, ou o que, sendo habitual, dá-se por tempo extremamente reduzido. (ex-Ojs da SBDI-1 nºs 05 - inserida em 14.03.1994 - e 280 - DJ 11.08.2003)

II - Não é válida a cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho fixando o adicional de periculosidade em percentual inferior ao estabelecido em lei e proporcional ao tempo de exposição ao risco, pois tal parcela constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantida por norma de ordem pública (arts. 7º, XXII e XXIII, da CF e 193, § 1º, da CLT).

Para encerrar a discussão, colaciona-se jurisprudência de março deste ano, demonstrando que o TST continua no firme desiderato de reputar como ilegal pagamento proporcional de insalubridade em caso de jornada reduzida:

RECURSO DE REVISTA.

LEI Nº 13.015/2014. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. PAGAMENTO PROPORCIONAL À JORNADA DE TRABALHO REDUZIDA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. 1. O art. 192 da CLT apenas estabelece os percentuais devidos a título de adicional de insalubridade e a respectiva base de cálculo para a apuração do referido adicional. Assim, na hipótese de o trabalhador exercer suas atividades em condições insalubres, mesmo em jornadas reduzidas, tem direito a perceber o adicional respectivo, de forma integral, independentemente da jornada de trabalho do empregado. A matéria já foi examinada no âmbito desta Corte e a conclusão é no sentido de que o artigo 192 da CLT veda o pagamento proporcional do adicional de insalubridade em face das horas trabalhadas em jornadas reduzidas, sendo irrelevante o tempo de exposição ao agente insalubre. Violação do art. 192 da CLT caracterizada. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento. (Processo: RR – 1540-12.2015.5.02.0088. Data de Julgamento: 27/03/2019, Relator Desembargador Convocado: Roberto Nóbrega de Almeida Filho, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 29/03/2019).

Conforme consta no sítio da instituição, o Tribunal Superior do Trabalho - TST, com sede em Brasília-DF e jurisdição em todo o território nacional, **é órgão de cúpula da Justiça do Trabalho**, nos termos do artigo 111, inciso I, da Constituição da República, **cuja função precípua consiste em uniformizar a jurisprudência trabalhista brasileira.**

Diante do exposto, ao que parece, as alegações constantes nas razões recursais de que “incorreta seria a alteração na forma do cálculo do adicional de insalubridade, por questão de ordem legal!” e de que “esta empresa teria que alterar completamente a Política de cargos e salários que afeta todos os colaboradores da empresa, a fim de se adaptar exclusivamente à interpretação equivocada, data maxima venia, desse respeitado Tribunal Regional Eleitoral” notadamente precisam ser revistas pelo recorrido.

1P. Ex. Acórdão n. 0001074-02.2014.5.04.0701. Rel. Des. Joe Ernando Deszuta. 4ª Turma. j. 18.5.2016. Acórdão n. 0020220-32.2015.5.04.0333. Rel. Desa. Tânia rosa Maciel de Oliveira. 2ª Turma. j. 26.10.2015. Acórdão n. 0000225-34.2014.5.04.0732. Rel. Des. George Achutti. 4ª Turma. j. 6.4.2016.

2 Art. 192. O exercício de trabalho em condições insalubres, acima dos limites de tolerância estabelecidos pelo Ministério do Trabalho, assegura a percepção de adicional respectivamente de 40% (quarenta por cento), 20% (vinte por cento) e 10% (dez por cento) do salário-mínimo da região, segundo se classifiquem nos graus máximo, médio e mínimo.

3 Salvo nos casos previstos na Constituição, o salário-mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial.

4 Súmula n. 228 do TST: A partir de 9 de maio de 2008, data da publicação da Súmula Vinculante nº 4 do Supremo Tribunal Federal, o adicional de insalubridade será calculado sobre o salário básico, salvo critério mais vantajoso fixado em instrumento coletivo.

5 Medida Cautelar em Reclamação Constitucional n. 6.266/DF.

CONCLUSÃO

Dessa forma, resta informar que não assiste razão ao recorrente em relação à completude das alegações constantes em suas razões recursais.

Pelo exposto, a pregoeira **mantém** a decisão que declarou vencedora do certame o licitante **PLANSERVICE TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS – EIRELI**, na sessão pública do Pregão n. 18/2019, submetendo o recurso à decisão superior.

Porto Alegre, 11 de junho de 2019.

Rosana Brose Adolfo,
Pregoeira.



Documento assinado eletronicamente por **Rosana Brose Adolfo, Chefe de Seção**, em 11/06/2019, às 15:36, conforme art. 1º, § 2º, III, "b", da Lei 11.419/2006.



A autenticidade do documento pode ser conferida no site https://sei.tre-rs.jus.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0 informando o código verificador **0114042** e o código CRC **18C9AD0A**.