

**PROCESSO:** TC-033.582/2015-7.

**NATUREZA:** Administrativo.

**ORIGEM:** Segedam.

**INTERESSADOS:** Palmácea Jardins Ltda. e Selip.

**SUMÁRIO:** Pedido de reequilíbrio econômico-financeiro. Contrato n. 36/2015. Aumento do valor de vale transporte. Impossibilidade de aplicação da teoria da imprevisão. Admissibilidade de repactuação de preços. Análise de minuta. Conformidade com a legislação pertinente, desde que promovida a alteração proposta. Remessa à Selip.

Trata-se de pedido de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato n. 36/2015, firmado pelo Tribunal de Contas da União e pela sociedade empresária Palmácea Jardins Ltda., destinado à prestação de serviços continuados de manutenção e limpeza de jardins e espelho d'água.

2. Os autos foram encaminhados a esta unidade por determinação da Secretária-Geral de Administração Substituta (doc. 25), para exame da minuta do primeiro termo aditivo (doc. 23), em atendimento ao disposto no parágrafo único do artigo 38 da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993.

3. Em respeito ao princípio da motivação, o pedido de reequilíbrio econômico-financeiro levou à constituição de processo administrativo devidamente autuado e protocolizado, no qual constam os seguintes elementos:

- 3.1. Cópia de carta da contratada (doc. 1), de 30/11/2015, em que consta pedido de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato n. 36/2010, acompanhado de planilhas de custos e formação de preços.
- 3.2. Edital do pregão eletrônico n. 70/2015 (doc. 2).
- 3.3. Proposta de preços da contratada, apresentada para o pregão eletrônico n. 70/2015 (doc. 3).
- 3.4. Cópia do termo de contrato n 36/2015 (doc. 4).
- 3.5. Cópia da publicação do Decreto n. 36.762, de 18/09/2015, do Governo do Distrito Federal, que fixou novos valores de tarifas para os modos rodoviário e metroviário do Serviço Básico do Sistema de Transporte Público Coletivo do Distrito Federal – STPC/DF.
- 3.6. Cópia de despacho do Secretário-Geral de Administração anexado aos autos do TC-003.885/2015-1 (doc. 6), que entende necessária a *“exigência de atualização do valor da garantia somente se a despesa decorrente do termo [aditivo] for superior a R\$ 80.000,00”*.

- 3.7. Certidão negativa de débitos trabalhistas em nome da contratada (doc. 7), com validade até 12/08/2016.
- 3.8. Extrato de consulta ao SicaF (doc. 8), em que se verifica a regularidade fiscal da contratada em 15/02/2016.
- 3.9. Comparativo entre a planilha de custos e formação de preços proposta e a elaborada pela Administração (doc. 9 e 10).
- 3.10. Minuta do primeiro termo de apostilamento ao contrato n. 36/2015 (doc. 11).
- 3.11. Análise do pedido de reequilíbrio econômico-financeiro da contratada, efetuada pelo Serviço de Instrução de Repactuações e Sanções Contratuais – SRS/Dicad/Selip (doc. 12), em que se conclui pelo deferimento parcial do requerimento e pela necessidade de correções na atual planilha de custos e formação de preços.
- 3.12. Extrato de mensagem eletrônica (doc. 14) em que a contratada manifesta estar de acordo com as alterações na planilha de custos e formação de preços, conforme a análise feita pela Dicad.
- 3.13. Despacho da Diretoria de Segurança e Suporte Operacional (doc. 15), em que consta a informação de que *“a contratada efetuou, a partir de 1º de outubro de 2015, a entrega dos valores correspondentes às novas tarifas vigentes”*.
- 3.14. Instrução do Serviço de Instrução de Repactuações e Sanções Contratuais – SRS/Dicad/Selip (doc. 16), em que, considerando que não houve repasse da atualização, que entende devida, do adicional de insalubridade para o posto que o exige, propõe a regularização do pagamento e a inclusão da devida comprovação nos autos.
- 3.15. Comprovante de pagamento do adicional de insalubridade (doc. 17).
- 3.16. Despacho da Diretoria de Segurança e Suporte Operacional (doc. 18), em que informa que a contratada efetuou o repasse da atualização do adicional de insalubridade para um dos postos de serviços de jardineiro.
- 3.17. Extrato de consulta ao SicaF (doc. 19), em que se verifica a regularidade fiscal da contratada em 01/04/2016.
- 3.18. Certidão negativa de débitos trabalhistas em nome da contratada (doc. 20), com validade até 27/09/2016.
- 3.19. Despacho da Secretária-Geral de Administração Substituta (doc. 22), em que manifesta o entendimento de que a revisão seja formalizada por termo aditivo.
- 3.20. Minuta do primeiro termo aditivo ao contrato n. 36/2015 (doc. 23).
- 3.21. Instrução do Serviço de Instrução de Repactuações e Sanções Contratuais – SRS/Dicad/Selip (doc. 16), em que apresenta, de forma sintética, o conteúdo dos autos, ressaltando também ser a despesa considerada irrelevante nos termos do inciso II do artigo 136 da vigente LDO.

3.22. Despacho da Secretário-Geral de Administração Substituta (doc. 25), em que autoriza o aditamento ao contrato n 36/2015 para revisão de preços.

4. Inicialmente, deve-se esclarecer que a análise dos aspectos técnicos do presente termo aditivo não se mostra tarefa afeta a esta unidade. Presume-se, então, que a conferência e cálculo de todos os valores da planilha de custos e formação de preços, bem como a existência de **aspectos econômicos determinantes para o deferimento do pedido de reequilíbrio econômico-financeiro, tenham sido regularmente apurados pela unidade competente e considerados, em sua decisão, pela autoridade responsável pela contratação**. Esses são assuntos que não estão dentro do âmbito de competência da Consultoria Jurídica, o que não é óbice para emissão de eventuais alertas à Administração sobre tais aspectos.

4.1. Os autos somente foram encaminhados a esta unidade após a cientificação da decisão administrativa à contratada e de sua anuência e apenas para a análise de formalização da revisão de preços deferida parcialmente, consubstanciada na minuta do primeiro termo aditivo.

4.2. A aprovação de minutas prevista no parágrafo único do artigo 38 da Lei n. 8.666/1993, depende, preliminarmente, da verificação de certos pressupostos legais relativos ao seu objeto, bem como da regularidade da constituição do processo que culminou com a decisão administrativa.

4.3. Portanto, em que pese a ocorrência de comunicação do deferimento parcial do pedido de reequilíbrio econômico-financeiro, é relevante expor algumas considerações acerca de seu fundamento.

5. O equilíbrio econômico-financeiro do contrato é assegurado no texto constitucional<sup>1</sup> e “*consiste na manutenção das condições de pagamento estabelecidas inicialmente no contrato, de maneira que se mantenha estável a relação entre as obrigações do contratado e a justa retribuição da Administração pelo fornecimento de bem, execução de obra ou prestação de serviço*”<sup>2</sup>.

5.1. De acordo com o entendimento de Marçal Justen Filho<sup>3</sup>, perfilhado por outros doutrinadores e pela jurisprudência deste Tribunal<sup>4</sup>, a equação econômico-financeira se estabelece no momento do oferecimento da proposta:

---

<sup>1</sup> Art. 37 A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

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 [...] (sem grifos no original).

<sup>2</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Licitações e contratos: orientações e jurisprudência do TCU/Tribunal de Contas da União*. 4. ed. Brasília: TCU, Secretaria-Geral da Presidência: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010, p. 811.

<sup>3</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 717.

<sup>4</sup> E.g, cf. Acórdão n. 865/2006 – Plenário, rel. Ministro Benjamin Zymler.

D:\ConvertePDF\in\_processados\TCU\_PRODUCAO\_instancia\_assinatura\_aecni\_7eac65c4-0de5-4045-b55b-463593df83e2.pdf.doc

A equação econômico-financeira delinea-se a partir da elaboração do ato convocatório. Porém, a equação se firma no instante em que a proposta é apresentada. Aceita a proposta pela Administração, está consagrada a equação econômico-financeira dela constante. A partir de então, essa equação está protegida e assegurada pelo Direito.

- 5.2. Celso Antônio Bandeira de Mello define o equilíbrio econômico-financeiro do contrato como “a relação de igualdade formada, de um lado, pelas obrigações assumidas pelo contratante no momento do ajuste e, de outro lado, pela compensação econômica que lhe corresponderá”<sup>5</sup>. Em princípio, para estabelecer a relação entre as obrigações, os riscos e os resultados esperados, o contratado fundamentaria sua previsão em fatores de mercado, ajustando-os a um período de tempo previamente definido.
- 5.3. No entanto, as expectativas do contratado podem ser frustradas por acontecimentos imprevisíveis ou previsíveis com consequências incalculáveis, rompendo o equilíbrio econômico-financeiro do acordo. Justamente por ser atribuída a fatos imprevisíveis na sua ocorrência ou nos seus efeitos, a revisão para manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato pode ocorrer a qualquer tempo, sem estar limitada a um período mínimo para o seu reconhecimento ou a sua concessão<sup>6</sup>.
- 5.4. O reequilíbrio econômico-financeiro baseado na teoria da imprevisão (**revisão**), encontra-se especificamente amparado no artigo 65, inciso II, alínea “d”<sup>7</sup>, da Lei n. 8.666/1993. Justifica-se pela ocorrência de: fato imprevisível ou previsível, porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do que foi contratado; caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, que configure álea econômica (probabilidade de perda concomitante à probabilidade de lucro) extraordinária e extracontratual.
- 5.5. Segundo Marçal Justen Filho<sup>8</sup>, a aplicação da teoria da imprevisão, além da ocorrência de fato superveniente (ao momento do estabelecimento da equação econômico-financeira), pressupõe a cumulação dos seguintes fatores: imprevisibilidade do evento (**álea extraordinária**), inimputabilidade do evento às partes, grave

<sup>5</sup>MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 619.

<sup>6</sup>A este respeito, cf. trecho do Acórdão n. 1.563/2004-Plenário: “O reequilíbrio econômico-financeiro pode se dar a qualquer tempo; conseqüentemente não há que se falar em periodicidade mínima para o seu reconhecimento e respectiva concessão. Com efeito, se decorre de eventos supervenientes imprevisíveis na ocorrência e (ou) nos efeitos, não faria sentido determinar tempo certo para a sua concessão. Na mesma linha de raciocínio, não pede previsão em edital ou contrato, visto que encontra respaldo na lei e na própria Constituição Federal, sendo devida desde que presentes os pressupostos. 25. Nesse sentido, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (Comentando as licitações públicas - Série: grandes nomes. Rio de Janeiro: Temas e Idéias, 2002, p. 185) ensina que ‘enquanto o reajuste e a repactuação têm prazo certo para ocorrer e periodicidade pré-definida, o reequilíbrio pode se dar a qualquer tempo (...)’.” (Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 1.563/2004-Plenário. Relator: Ministro Augusto Sherman Cavalcanti. Sessão de 6 de outubro de 2004).

<sup>7</sup> A legislação brasileira dispensa o mesmo tratamento para a teoria da imprevisão, fato do príncipe, fato da Administração e caso fortuito.

<sup>8</sup> JUSTEN FILHO, ob. cit., p. 720-721.

D:\ConvertePDF\in\_processados\TCU\_PRODUCAO\_instancia\_assinatura\_aecni\_7eac65c4-0de5-4045-b55b-463593df83e2.pdf.doc

modificação das condições do contrato, ausência de impedimento absoluto. No que se refere à diferença entre álea ordinária e álea extraordinária, o autor alerta para a impossibilidade de se estabelecer “um limite exato, em que certa situação deixaria de integrar uma categoria e passaria a compor a outra”.

6. *In casu*, a contratada alega que “*ocorreu desequilíbrio econômico e financeiro referente a vale-transporte dos funcionários, passando do valor de R\$ 3,00 para R\$ 4,00, totalizando aumento de 33,33%, a partir de outubro de 2015*” (doc. 1). Por isso, solicita o deferimento com efeitos retroativos a partir do dia 01/09/2015.

7. Na análise do pedido da contratada, o SRS/Dicad (doc. 21) observou o seguinte:

7.1. O Decreto n. 36.762/2015 elevou o valor das tarifas de transporte público coletivo local a partir do dia 20/09/2015. No entanto, o artigo 8º daquele normativo estipulou que os créditos de vale transporte adquiridos até a entrada em vigor do decreto teriam validade de 30 dias a partir de então. Ou seja, a validade foi estendida até 19/10/2015 e, portanto, o impacto financeiro no contrato ocorreu a partir de 20/10/2015.

7.2. A revisão solicitada é autorizada pelo § 5º do artigo 65 da Lei n.8.666/1993. Há presença dos pressupostos legais autorizadores da revisão solicitada.

7.3. Há necessidade de revisão de ofício do adicional de insalubridade relativo ao posto de serviços de jardineiro, uma vez que o artigo 192 da CLT indica como base de cálculo desse adicional o salário mínimo e este foi majorado, a partir de 1º/01/2016, por força do Decreto n. 8.618/2015.

7.4. Há diversas impropriedades nas planilhas apresentadas pela contratada por ocasião da licitação, que devem ser corrigidas.

7.4.1. Há equívoco no cálculo do grupo D, linha D.01, que se refere à incidência dos encargos do Grupo A (34,800%) sobre o Grupo B (23,482%). O correto é o percentual de 8,172% e não, o de 9,346% apresentado na proposta original.

7.4.2. Há erro no cálculo do Grupo F, linha F.01, que se refere à incidência dos encargos do Grupo A sobre os valores constantes da base de cálculo referente ao salário maternidade. A correta incidência corresponde a 0,251% e não, a 0,287%, como indicado na proposta.

7.4.3. Na planilha de custos do posto de engenheiro agrônomo, o valor correto da hora trabalhada, considerando a correção a ser efetuada nos preços, é R\$ 60,02, “*resultando em R\$ 120,04 o valor correspondente a duas horas de serviço (R\$ 60,02 x 2 = R\$ 120,04)*”. No entanto, a contratada “*cotou em sua proposta o valor da hora trabalhada em R\$ 62,19 e digitou incorretamente o valor para duas horas semanais de serviço (R\$ 124,39 – quando o correto seria R\$ 124,38)*”.

7.4.4. Foi identificado “erro no cálculo do lucro cotado na planilha de totalização (denominada RESUMO na proposta) – Grupo Lucro e Despesas Indiretas (LDI), item Lucro (10%)”. O erro “consistiu em não considerar, na base de cálculo do lucro, as despesas indiretas, resultando em valor inferior ao devido”. Os custos indiretos devem ser considerados no cálculo do lucro.

#### **Aumento do valor do vale transporte**

8. Para o deferimento do pedido da contratada, nos exatos termos solicitados, seria necessário o reconhecimento da ocorrência de um fator de desequilíbrio da equação econômico-financeira do contrato n. 36/2015 suficientemente apto a ensejar a aplicação da teoria da imprevisão.

9. Nesse passo, cumpre ressaltar a distinção entre reajuste (repactuação de preços e reajuste em sentido estrito) e revisão. Enquanto os mecanismos do reajuste e da repactuação de preços visam a recompor desequilíbrios oriundos de álea ordinária (fatos desfavoráveis, mas previsíveis e usuais do negócio *e.g.* aumento salarial, inflação), a revisão de preços destina-se a recompor equações que sofreram desequilíbrios decorrentes de álea extraordinária.

10. Por vezes, como observado pela doutrina<sup>9</sup>, no exame da situação fática, essa diferença entre as áleas não é nítida. Não é, portanto, qualquer aumento de custos do contrato que se enquadra na categoria extraordinária.

11. Em relação à variação do valor do vale transporte, observa-se a ausência de elementos, nestes autos, que contribuam para demonstrar a ocorrência de consequência incalculável de um fato sabidamente previsível.

12. No entanto, isso não obsta a possibilidade de admissão do requerimento da contratada (doc. 1) como um pedido de repactuação de preços, por se tratar de uma hipótese de álea econômica ordinária, assim entendida como um “risco relativo à possível ocorrência de um evento futuro desfavorável, mas previsível ou suportável, por ser usual no negócio efetivado”<sup>10</sup>. É o mecanismo que se revela possível neste caso, a fim de manter a intangibilidade da equação econômico-financeira do contrato.

13. Corrobora para este entendimento o disposto na Orientação Normativa SLTI n. 2, de 22/08/2014:

I - os órgãos e entidades da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional deverão observar, nos processos de repactuação referentes a serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra, quando envolver reajuste do vale transporte, as seguintes condições:

- a) a majoração da tarifa de transporte público gera a possibilidade de repactuação do item relativo aos valores pagos a título de vale-transporte;
- b) o início da contagem do prazo de um ano para a primeira repactuação deve tomar como referência a data do orçamento a que a proposta se refere, qual seja, a data do último reajuste de tarifa de transporte público;

<sup>9</sup> Cf. JUSTEN FILHO, ob. cit.

<sup>10</sup> DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 157.

D:\ConvertePDF\in\_processados\TCU\_PRODUCAO\_instancia\_assinatura\_aecni\_7eac65c4-0de5-4045-b55b-463593dfe83e2pdf.doc



c) os efeitos financeiros da repactuação contratual decorrente da majoração de tarifa de transporte público devem vigor a partir da efetiva modificação do valor de tarifa de transporte público; e

d) as regras de repactuação devem observar as disposições contidas nos arts. 37 a 41 da Instrução Normativa nº 2, de 30 de abril de 2008.

14. Deve-se acrescentar que a IN n. 2/2008 estabelece o seguinte:

Art. 37. A repactuação de preços, como espécie de reajuste contratual, deverá ser utilizada nas contratações de serviços continuados com 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, conforme estabelece o art. 5º do Decreto nº 2.271, de 1997.

§ 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 art. 37, inciso XXI da Constituição da República Federativa do Brasil, sendo assegurado ao prestador receber pagamento mantidas as condições efetivas da proposta.

§ 2º **A repactuação poderá ser dividida em tantas parcelas quanto forem necessárias** em respeito ao princípio da anualidade do reajuste dos preços da contratação, **podendo ser realizada em momentos distintos para discutir a variação de custos que tenham sua anualidade resultante em datas diferenciadas**, tais como os custos decorrentes da mão de obra e os custos decorrentes dos insumos necessários à execução do serviço.

[...]

15. A interpretação sistemática de ambos os normativos conduz à obrigatória conclusão de que a variação de valor de itens que estejam no grupo “insumos” da planilha de custos e formação de preços do contrato e que estejam vinculados a uma tarifa (preço público), como é o caso do vale transporte, podem ensejar repactuação de preços em momento distinto daquela baseada em aumento de custos relativos à mão de obra (vinculados à data-base da categoria profissional).

16. Desse modo, o interregno mínimo de um ano para a primeira repactuação, no caso do aumento de vale transporte, será contado do último reajuste realizado por determinação normativa (lei em sentido amplo). Recomenda-se à Administração a certificação da ocorrência desse lapso temporal.

17. Nessa mesma linha de intelecção, o parecer n. 032/2014/DECOR/CGU/AGU concluiu que:

A majoração da tarifa de transporte público gera a possibilidade de repactuação do item relativo aos valores pagos a título de vale-transporte nos contratos administrativos referentes a serviços continuados com dedicação exclusiva de mão-de obra”. Ademais, o art. 37, §2º da IN n. 02/2008, dispõe que “A repactuação poderá ser dividida em tantas parcelas quanto forem necessárias em respeito ao princípio da anualidade do reajuste dos preços da

contratação, podendo ser realizada em momentos distintos para discutir a variação de custos que tenham sua anualidade resultante em datas diferenciadas, tais como os custos decorrentes da mão de obra e os custos decorrentes dos insumos necessários à execução do serviço.

18. Portanto, esta consultoria entende possível o deferimento parcial do pleito da contratada, conforme exposto na análise técnica realizada pelo SRS/Dicad, mas por fundamento jurídico distinto.

19. O mecanismo a ser utilizado para recompor a equação econômico-financeira do contrato, no caso dos autos, é a repactuação de preços, motivo pelo qual a minuta de termo aditivo encaminhada para exame jurídico a esta unidade deverá ser adaptada.

20. Relativamente à repactuação de preços, sua possibilidade está prevista na cláusula décima primeira do contrato (doc. 4), em conformidade com o inciso III do artigo 55 da Lei n. 8.666/1993 combinado com o artigo 5º do Decreto n. 2.271/1997.

21. É relevante observar que a Portaria-TCU n. 128/2014, que dispõe sobre a licitação e a execução de contratos de serviços no âmbito da Secretaria do Tribunal de Contas da União, determina uma série de regras gerais a serem aplicadas no reajustamento de preços dos contratos de serviços continuados.

21.1. O artigo 28 do referido normativo discrimina a documentação que deverá acompanhar a solicitação da contratada a ser apresentada para a repactuação de preços:

Art. 28. Os reajustamentos de preços serão precedidos de solicitação da contratada, e acompanhados de:

I - no caso das repactuações:

- a) documentos indispensáveis à comprovação da alteração dos preços de mercado de cada um dos itens da planilha a serem alterados, quando for o caso;
- b) novo acordo ou convenção coletiva de trabalho, sentença normativa ou lei, que fundamentam o pedido de repactuação;
- c) demonstração da alteração dos custos, por meio de apresentação das planilhas analíticas de composição de custos e formação de preços; e
- d) documentos que comprovem que a contratada já arca com os custos decorrentes das disposições do novo acordo ou convenção coletiva.

[...]

22. Verifica-se que se encontram presentes os documentos necessários para a concessão da repactuação de preços do contrato n. 36/2015, inclusive, a certificação pela unidade fiscalizadora de que a contratada já arca com os custos decorrentes do aumento do valor do vale transporte (cf. doc. 15 e 18).

### **Adicional de insalubridade**

23. No que concerne à revisão do custo do adicional de insalubridade, realizada de ofício na análise do SRS/Dicad, cabem apenas alguns esclarecimentos.



24. De acordo com o artigo 192 da CLT<sup>11</sup>, com redação da Lei n. 6.514/1977, independentemente do grau, o adicional de insalubridade incidirá sobre o salário mínimo e não, sobre a remuneração.

25. Esse dispositivo legal não foi recepcionado pela CRFB/1988: o artigo 7º, inciso IV, do texto constitucional<sup>12</sup> garante aos trabalhadores o direito ao salário mínimo, mas veda sua vinculação como índice ou base de cálculo.

26. Foi com esse posicionamento que o Supremo Tribunal Federal editou a súmula vinculante n. 4:

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.

27. No entanto, o n. 228 da súmula de jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho continuava a assegurar o salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade. O enunciado foi alterado pelo TST após a edição da súmula vinculante n. 4 do STF, indicando o salário básico do empregado como nova base de cálculo.

28. Em 2009, o STF suspendeu a nova redação da súmula n. 228 do TST, entendendo que não é possível que o Poder Judiciário substitua o salário mínimo como indexador, o que somente seria possível por lei.

29. Atualmente, o posicionamento do TST é pela validade da utilização do salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. BASE DE CÁLCULO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. Agravo de instrumento a que se dá provimento, para determinar o processamento do recurso de revista, visto que demonstrada possível contrariedade à Súmula Vinculante nº 4 do STF. RECURSO DE REVISTA. BASE DE CÁLCULO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o RE-565.714-SP, sob o manto da repercussão geral da questão constitucional, referente à base de cálculo do adicional de insalubridade, editou a Súmula Vinculante nº 4, reconhecendo a inconstitucionalidade da utilização do salário mínimo como parâmetro, mas vedando a substituição deste por decisão judicial. Assim decidindo, a Suprema Corte adotou técnica decisória conhecida, no direito constitucional alemão, como -declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade-, ou seja, a norma, não obstante ser declarada inconstitucional, continua a reger as relações obrigacionais, em face da impossibilidade de o Poder Judiciário substituir o

<sup>11</sup> 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 classificarem nos graus máximo, médio e mínimo.

<sup>12</sup> Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;

D:\ConvertePDF\in\_processados\TCU\_PRODUCAO\_instancia\_assinatura\_aecni\_7eac65c4-0de5-4045-b55b-463593df83e2pdf.doc

legislador, a fim de definir critério diverso para a regulação da matéria. Portanto, ainda que reconhecida a inconstitucionalidade do artigo 192 da CLT, tem-se que a parte final da Súmula Vinculante nº 4 do STF não permite criar critério novo por decisão judicial, razão pela qual, até que se edite norma legal ou convencional estabelecendo base de cálculo, para o adicional de insalubridade, distinta do salário mínimo, continuará a ser aplicado esse critério para o cálculo do referido adicional. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento. (TST - RR: 12760920115080010 1276-09.2011.5.08.0010, Relator: Valdir Florindo, Data de Julgamento: 19/06/2013, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 21/06/2013)

30. Em síntese, as diversas decisões<sup>13</sup> do TST vêm frisando que, de acordo com o STF, *“não cabe ao Poder Judiciário substituir o salário mínimo como base de cálculo para o adicional de insalubridade, fixando-a sobre a remuneração, salário-base ou piso salarial (normativo ou legal), sob o risco de atuar como legislador positivo”*. Assim, *“enquanto não houver lei ou norma coletiva prevendo nova base, o salário mínimo é o parâmetro a ser adotado”*.

31. Por isso, esta consultoria entende que cabe endossar o entendimento do SRS/Dicad, no que se refere à obrigatoriedade de exigir da contratada o pagamento do valor atualizado do adicional de insalubridade, fazendo-se a ressalva, no entanto, de que em caso de repactuação, a iniciativa para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato deve ser sempre da contratada (cf. cláusula décima primeira do contrato n. 36/2015), conforme determina o artigo 28 da Portaria-TCU n. 128/2014.

32. Cabe à Administração a fiscalização do pagamento de todas as obrigações trabalhistas dos empregados alocados para a execução dos serviços (cf. cláusula nona do contrato n. 36/2015).

### **Incorreções da planilha apresentada na licitação**

33. Como exposto anteriormente (v. item 5 *supra*), o contrato baseia-se numa “determinada equação financeira (o valor em dinheiro dos encargos assumidos por um dos contraentes deve equivaler ao das vantagens prometidas pelo outro) e as relações contratuais têm de desenvolver-se na base do equilíbrio estabelecido no ato de estipulação”.<sup>14</sup>

34. Esse equilíbrio econômico-financeiro, na lição de Marçal Justen Filho<sup>15</sup>, reporta-se à relação original entre encargos e vantagens e “aceita a proposta pela Administração, está consagrada a equação econômico-financeira dela constante. A partir de então, essa equação está protegida e assegurada pelo Direito”.

34.1. O Tribunal de Contas da União, em diversas ocasiões, manifestou-se com o entendimento de que a equação econômico-financeira firma-se

<sup>13</sup> E.g. RR1144020105040231, data de publicação : 22/03/2016.

<sup>14</sup> CAETANO, Marcello. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 255-256. *Apud* MELLO, *ob. cit.*, p. 603.

<sup>15</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008, p.717.

D:\ConvertePDF\in\_processados\TCU\_PRODUCAO\_instancia\_assinatura\_aecni\_7eac65c4-0de5-4045-b55b-463593df83e2.pdf.doc

no instante em que a proposta é apresentada, sendo materializada com o contrato original (Acórdão n. 865/2006 – Plenário do TCU), como se verifica no trecho seguinte, retirado do Acórdão n. 2.337/2006-Plenário, de relatoria do Ministro Ubiratan Aguiar:

As alterações contratuais feitas com o intuito de restaurar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato encontram limite na equação econômico-financeira estabelecida no ato da apresentação da proposta pela empresa contratada, estando tais modificações impedidas de alterar o quociente inicialmente obtido a partir da ponderação entre encargos e remuneração acordados. [com grifos no original]

- 34.2. *In casu*, no edital do pregão eletrônico n. 70/2015 (doc. 2), o percentual total para o grupo A dos encargos sociais incidentes sobre a remuneração na planilha de custos e formação de preços nas planilhas do orçamento estimativo elaborado pela Administração corresponde a 39,80%. Isso porque no item A.08 (Riscos Ambientais do Trabalho – RAT x FAP), o percentual indicado é de 6,000%. O RAT utilizado foi de 3%, que é o destinado a “serviços de pulverização e controle de pragas agrícolas, de poda de árvores para lavouras, de preparação de terreno, cultivo e colheita”. O FAP foi considerado o de maior valor possível (2,0), conforme Decreto n. 6.957/2009. A estimativa desse fator foi feita em seu limite máximo, tendo em vista o disposto na condição 28.5 do edital: não seriam aceitas propostas com valor unitário ou global superior ao estimado. Quanto ao RAT e seu cálculo, nos termos do inciso II do artigo 22 da Lei n. 8.212/1991, ele é definido com base na atividade preponderante da empresa.
- 34.3. Além disso, como observação no edital, constou que a licitante deveria preencher o item A.08 com o valor de seu FAP, a ser comprovado no envio de sua proposta adequada ao lance vencedor, mediante apresentação da GFIP ou outro documento apto a fazê-lo.
- 34.4. O percentual total para o grupo A da planilha apresentada pela contratada na licitação (doc. 3) corresponde a 34,800%. No item A.08 foi indicado o percentual de 1,00% para o RAT x FAP. Conforme memória de cálculo por ela apresentada, o percentual para o RAT é de 1,00% (atividades paisagísticas – código 8130-3/00), presumindo-se ser essa sua atividade preponderante. E o percentual do FAT foi indicado como 1,00.
- 34.5. Como observado pelo SRS/Dicad (doc. 21), apesar de a contratada ter indicado o percentual total de 34,8% para o grupo A como o correspondente a sua realidade, em vários outros cálculos (e.g. encargos do grupo D), ela utilizou, de modo equivocado, o percentual de 39,80%, que é o relativo à planilha de orçamento estimativo elaborado pela Administração.
- 34.6. A não-detecção desses equívocos, pelo pregoeiro, no momento da apresentação das planilhas de custos e formação de preços não obsta a sua elisão de ofício pela Administração. Até mesmo porque se trata de

erro propagado por um item gerenciável (RAT x FAP) e que pode variar ao longo da execução contratual.

- 34.7. Portanto, o entendimento desta consultoria alinha-se com o proferido pelo SRS/Dicad no que se refere à obrigatoriedade de correção dos cálculos realizados de modo equivocado, gerados pela utilização de percentual para o grupo A distinto ao da realidade da contratada. Semelhantemente, entende admissível a correção do valor da hora trabalhada na planilha de custos do posto de serviços de engenheiro agrônomo.
- 34.8. Quanto à correção relativa ao lucro bruto (10,00%), entende-se que a base de cálculo realmente abrange o total dos custos e despesas (inclusive as administrativas), excluídas, apenas, as despesas fiscais sobre o faturamento. Por outro lado, é necessária a certificação de que a correção dessa base de cálculo não implica violação ao objetivo de obtenção da proposta mais vantajosa, o que não pode ser depreendido apenas das informações constantes dos autos. Também deve ser assegurado que a correção não fere a equação econômico-financeira fixada no momento da oferta na licitação. Cabia à contratada o dever de formular corretamente sua proposta. Recomenda-se verificar, após as correções devidas, ainda excluída a repactuação de preços relativa ao aumento do vale transporte e do adicional de insalubridade, se o valor total correto da proposta apresenta-se igual ou inferior ao indicado no momento da oferta. Somente nesta hipótese seria admissível tal correção.

### **Análise da minuta**

35. Após análise da minuta do primeiro termo aditivo ao contrato n. 36/2015 (doc. 25), verificou-se a necessidade de fazer as seguintes consignações:

- 35.1. **Adaptação da minuta ao mecanismo de repactuação de preços.** As cláusulas primeira (objeto) e segunda devem ser alteradas. O objeto do termo aditivo é a repactuação de preços relativa ao aumento do vale transporte e do adicional de insalubridade, conforme previsto na cláusula décima primeira do contrato n. 36/2015. Os valores indicados na planilha “resumo” da cláusula segunda, assim como os das planilhas de custos e formação de preços devem ser retificados, se necessário, considerando o disposto no item 34.8 deste parecer.
- 35.2. **Fundamentação legal.** O fundamento legal deve ser o usualmente utilizado para a repactuação de preços, e que vem sendo aprovado por esta consultoria.

36. Por oportuno, cabe ressaltar que, antes da assinatura do termo aditivo, a unidade interessada deverá verificar a manutenção de todas as condições de habilitação exigidas no certame licitatório.

Pelo exposto, considerando que, promovida a alteração recomendada no item 35 acima, a minuta encaminhada a esta Consultoria Jurídica passará a guardar conformidade com a legislação pertinente, encaminhamos os autos à Selip, para as devidas providências, com base no art. 5º da Portaria Conjur n. 1/2015<sup>16</sup>, para com a observância dos itens 4 a 34 e 36 deste parecer.

TCU/Consultoria Jurídica, 9 de maio de 2016.

PAULA TEIXEIRA MENDOZA  
TEFC

ALEMAR B. C. MOURÃO JR  
Diretor da 1ª Diretoria

---

<sup>16</sup>PORTARIA-CONJUR Nº 1, DE 5 DE JANEIRO DE 2015. “O CONSULTOR JURÍDICO, no uso de suas atribuições regulamentares, resolve: (...)Art. 5º Nos afastamentos do Consultor Jurídico, os diretores titulares possuem delegação plena.”  
D:\ConvertePDF\in\_processados\TCU\_PRODUCAO\_instancia\_assinatura\_aecni\_7eac65c4-0de5-4045-b55b-463593dfe83e.2pdf.doc