



Acórdão 01792/2019-5 - 2ª Câmara

Processos: 09624/2018-8, 05176/2019-2

Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Representação

UG: CETURB-GV - Companhia de Transportes Urbanos da Grande Vitória

Relator: Sérgio Manoel Nader Borges

Representante: SERVIMAR SERVICOS E CONSERVACAO EIRELI

Responsável: ALEX MARIANO, NEILA JOELMA SCALSER COIMBRA, RAPHAEL TRES DA HORA

Procuradores: MARIANGELA LOSS DA SILVA (OAB: 28876-ES), MAYCON VICENTE DA SILVA (OAB: 23073-ES)

**REPRESENTAÇÃO – JURISDICIONADO:
COMPANHIA ESTADUAL DE TRANSPORTE
COLETIVOS DE PASSAGEIROS DO ESTADO DO
ESPIRITO SANTO – CETURB-ES - CONHECER –
IMPROCEDENCIA – RECOMENDAR – ARQUIVAR.**

O EXMO. SR. CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES:

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Representação com pedido de medida cautelar formulada pela sociedade Servimar Serviços e Conservação Ltda. ME, alegando existência de irregularidades presentes no Edital de Pregão Eletrônico nº 16/2018, da **Companhia Estadual de Transportes Coletivos de Passageiros do Estado do Espírito Santo – Ceturb-ES**, cujo objeto é a contratação de empresa prestadora de serviços de

conservação, limpeza e copeiragem, para os terminais e sede da Ceturb-ES, conforme edital.

Conforme apontado no Documento Eletrônico (evento 02 - Petição Inicial 00430/2018), a representante aduz que a planilha de custos do edital não prevê o adicional de 20% de insalubridade em grau médio pago, em seu entender, a todos os funcionários que exercem função de auxiliar de serviços gerais, tomando como base a Convenção Coletiva do Trabalho da categoria.

Por meio da Decisão Monocrática 1909/2018, este relator determinou a notificação dos responsáveis para que prestassem informações sobre os termos da representação.

Devidamente notificados, os responsáveis apresentaram suas justificativas/defesa, (evento 13) e peças complementares (evento 14 a 19).

Em seguida, foram os autos encaminhados a Secretaria de Controle Externo de Fiscalização Não Especializadas - SecexMeios, que elaborou Manifestação Técnica 326/2019, na qual opinou pelo conhecimento da representação; indeferimento da medida cautelar pleiteada; e seguir sob o rito ordinário com a notificação para oitiva das partes.

Em Decisão da 2ª Câmara 00565/2019, a unanimidade, acompanhou a posição da área técnica.

Após a juntada das defesas, seguiram os autos a área técnica deste tribunal, que elaborou Instrução Técnica Conclusiva ITC 02211/2019, propondo que seja considerado improcedente o pleito inicial na forma do art. 178, I, do RITCEES.

Remetido ao Ministério Público de Contas, este por meio da 2ª Procuradoria Especial de Contas, anui os argumentos fáticos e jurídicos delineados na Instrução Técnica Conclusiva ITC 02211/2019.

REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE

Inicialmente destarte salientar a existência dos pressupostos regimentares de admissibilidade da representação, de acordo com o art. 94, 99, 100 e 101 da Lei Complementar Estadual nº. 621/2012 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas), in verbis:

“...Art. 94. São requisitos de admissibilidade de denúncia sobre matéria de competência do Tribunal:

I - ser redigida com clareza;

II - conter informações sobre o fato, a autoria, as circunstâncias e os elementos de convicção;

III - estar acompanhada de indício de prova;

IV - se pessoa natural, conter o nome completo, qualificação e endereço do denunciante;

V - se pessoa jurídica, prova de sua existência e comprovação de que os signatários têm habilitação para representá-la.

§ 1º A denúncia não será conhecida quando não observados os requisitos de admissibilidade previstos neste artigo.

...

Art. 99.

§ 2º Aplicam-se à representação, no que couber, as normas relativas à denúncia. ...”

Art. 100. O exercício do controle externo decorrente da fiscalização de ato licitatório, contrato administrativo e demais instrumentos congêneres, inclusive no caso de contratação direta, será realizado sob o rito sumário, nos termos do Regimento Interno. Parágrafo único. Os órgãos e entidades da administração são responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e de sua execução.

Art. 101. Qualquer licitante, contratado, pessoa física ou jurídica poderá representar ao Tribunal de Contas irregularidades na aplicação da legislação que regule licitações e contratos administrativos.

Parágrafo único: Aplicam-se à representação prevista nesta subseção, no que couber, as normas relativas à denúncia.

Na mesma linha a Resolução TC nº. 261/2013, versa a respeito dos requisitos, especificamente em seu artigo 183 e seguintes, cujo teor assim dispõe:

Art. 183. O exercício do controle externo decorrente da fiscalização de ato licitatório, contrato administrativo e demais instrumentos congêneres, inclusive no caso de contratação direta, observará o disposto nesta subseção. (Redação dada pela Emenda Regimental nº 001, de 27.8.2013).

Art. 183. O exercício do controle externo decorrente da fiscalização de ato licitatório, contrato administrativo e demais instrumentos congêneres, inclusive no caso de contratação direta. Parágrafo único. Havendo fundado receio de grave lesão ao erário ou a direito alheio e de risco de ineficácia da decisão de mérito será imposto rito sumário à representação, nos termos deste Regimento.

Art. 184. Qualquer licitante, contratado, pessoa física ou jurídica poderá representar ao Tribunal irregularidades na aplicação da legislação que regule licitações e contratos administrativos.

Art. 185. Após a apreciação dos requisitos de admissibilidade, o Relator, entendendo pertinente acolher a representação e sem prejuízo da adoção das medidas cautelares, encaminhará proposta de fiscalização ao Plenário para deliberação.

Art. 186. Aplicam-se às representações previstas nesta subseção, no que couber, as normas relativas à denúncia.

Conforme se observa, o rol de legitimados previsto na Lei Complementar nº. 621/2012 e Resolução TC nº. 261/2013 a representar perante as Cortes de Contas é idêntico àquele estipulado pela Lei 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos) que assim dispõem:

Lei de Licitações e Contratos Administrativos

Art. 113. [...]

§ 1º Qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica poderá representar ao Tribunal de Contas ou aos órgãos integrantes do sistema de controle interno contra irregularidades na aplicação desta Lei, para os fins do disposto neste artigo.

No presente caso, vê-se que a representação é oferecida por sociedade empresária participante do procedimento licitatório em questão, portanto, amparada nos artigos supratranscritos.

Além disso, a petição inicial está redigida com clareza e apresenta informações sobre o fato (ainda que em sede indiciária) e indica a provável autoria, além de apontar circunstâncias e elementos de convicção, cumprindo, por isso, um dos requisitos aplicáveis às denúncias e representações.

A peça inicial se fez acompanhar de documentos variados, entre eles, peças do processo administrativo por meio do qual transcorre o Edital de Pregão Eletrônico nº. 016/2018.

Constata-se, por fim, que a representação narra fatos que, a princípio, e devidamente acompanhado de parte dos documentos que integram os autos do Processo Administrativo, podem restar evidenciadas irregularidades ocorridas em

matéria afeta à competência desta Corte, estando, portanto, atendidos os demais requisitos de admissibilidade.

Estando satisfeitas as exigências legais e regulamentares para que seja admitida, conheço a presente representação, no exercício da competência monocrática assegurada de forma subsidiária pelo art. 94, §2º, da LC 621/2012 e art. 177, §2º, do RITCEES.

Conforme Lei 8.666 de 21 de junho de 1993, em seu artigo 113, § 1º, expressa que o controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei será feito pelo Tribunal de Contas competente, na forma da legislação pertinente, ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução, nos termos da Constituição e sem prejuízo do sistema de controle interno nela previsto. E que qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica poderá representar ao Tribunal de Contas ou aos órgãos integrantes do sistema de controle interno contra irregularidades na aplicação desta Lei.

Diante do exposto acima, entendo cabível a representação, devendo ser processada.

FUNDAMENTAÇÃO

Na análise feita pela área técnica deste Tribunal, verificou-se **que quanto ao questionamento da representante, que é o fato** da CETURB não ter provisionado em sua planilha de custos e resumo referente ao pregão em destaque, o adicional de 20% de insalubridade em grau médio a ser pago a todos os funcionários que exercem as funções de auxiliar de serviços gerais, descumprindo, no seu entendimento, a cláusula décima da Convenção Coletiva de Trabalho da Categoria Asseio e Conservação – CCT/2018, que assegura a todos os trabalhadores Auxiliares de Serviços Gerais o recebimento de tal adicional.

Ao analisar os autos, verifica-se que uma abordagem minuciosa e precisa encontra-se estampada na Instrução Técnica Conclusiva ITC 02211/2019, de modo que as faço parte integrante deste Voto, reproduzindo-as logo abaixo:

[...]

No presente caso, o cerne da questão envolve o adicional de insalubridade instituída por meio da CCT 2015/2016 e repetida na CCT 2017/2018, que assim dispôs:

Artigo 10 [...]

Parágrafo 1º - **Em contratos comerciais de prestação de serviços haverá pagamento de adicional de insalubridade pelo percentual de 20% (vinte por cento), a todos os Auxiliares de Serviços Gerais de Limpeza predial de contratos, sendo pago da seguinte maneira:** fica convencionado que as empresas abrangidas por esta Convenção, continuarão a realizar o pagamento do adicional de insalubridade de 20% (vinte por cento) sobre o piso da categoria, sendo que a partir do dia 01 de janeiro de 2018 o benefício será calculado com base no piso mínimo da categoria que é de R\$ 1.060,00 (um mil e sessenta reais), respeitando a jornada laborada, para a função dos auxiliares de serviços gerais de limpeza predial já enquadrados no caput desta cláusula.

No que tange ao adicional de insalubridade, é preciso ter em mente que a própria legislação trabalhista prevê expressamente que a qualificação das atividades insalubres será realizada por ato normativo do Ministério do Trabalho, dependendo, ainda, da confecção de perícia técnica a cargo de médico do trabalho ou engenheiro do trabalho, senão vejamos:

CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO

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.

As atividades e operações insalubres foram, por sua vez, discriminadas pelo Ministério do Trabalho através da NR -15 da Portaria nº 3.214/1978 cujas disposições revelam claramente a necessidade de perícia para determinar a incidência ou não de insalubridade, de modo que o simples exercício de atividade de auxiliar de serviços não implica, necessariamente, a exposição do trabalhador a agentes ou condições insalubres.

Percebe-se, portanto, que dois são os requisitos para que seja concedido o direito ao adicional de insalubridade: a classificação pelo Ministério do Trabalho e a realização da perícia.

No que tange à realização de perícia, extrai-se dos autos que a CETURB contratou a confecção de um Laudo Técnico das Condições Ambientais de Trabalho – LTCAT, de onde se extrai a avaliação técnica de que a atividade realizada pelos auxiliares de serviços gerais, **do setor de limpeza e coleta de lixo em banheiro público**, é contemplada como prejudicial à saúde do trabalhador (evento eletrônico 37, pág 49).

Em se tratando de atividades de limpeza em locais de uso público ou coletivo de grande circulação, a Súmula 448, II, do TST, entende que elas se equiparam a um dos casos mencionados no anexo 14 R-15 da Portaria nº 3.214/78, senão vejamos:

- Súmula nº 448 do TST

ATIVIDADE INSALUBRE. CARACTERIZAÇÃO. PREVISÃO NA NORMA REGULAMENTADORA Nº 15 DA PORTARIA DO MINISTÉRIO DO TRABALHO Nº 3.214/78. INSTALAÇÕES SANITÁRIAS. (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 4 da SBDI-1 com nova redação do item II) – Res. 194/2014, DEJT divulgado em 21, 22 e 23.05.2014.

I - Não basta a constatação da insalubridade por meio de laudo pericial para que o empregado tenha direito ao respectivo adicional, sendo necessária a classificação da atividade insalubre na relação oficial elaborada pelo Ministério do Trabalho.

II – **A higienização de instalações sanitárias de uso público ou coletivo de grande circulação, e a respectiva coleta de lixo, por não se equiparar à limpeza em residências e escritórios, enseja o pagamento de adicional de insalubridade em grau máximo, incidindo o disposto no Anexo 14 da NR-15 da Portaria do MTE nº 3.214/78 quanto à coleta e industrialização de lixo urbano.**

Em razão disso, conforme devidamente justificado pela CETURB (evento eletrônico 37, pág 41 c/c pág 43) foi inserido o adicional de insalubridade, em grau máximo de 40% para os **auxiliares de serviços gerais que lavam os banheiros do terminais**, pois esses foram enquadrados como insalubres pelo Laudo Técnico das Condições Ambientais de Trabalho – LTCAT.

Verifica-se, portanto, que o edital seguiu os regramentos legais que o caso reclama, sendo que a incidência do adicional de insalubridade a todos os auxiliares de serviços gerais, tal qual como requer o Representante, com base na CCT 2017/2018 afronta os dispositivos legais supramencionados. Mais, ainda, quando se quer impor tal incidência às licitações públicas para prestação de serviços de limpeza.

Nesse sentido, imperioso destacarmos que conforme consulta ao sítio eletrônico www.compra.es.gov.br¹, verificamos que a SEGER emitiu um novo comunicado, através de e-mail enviado em 26 de outubro de 2018, aos órgãos e entidades da Administração Pública Estadual.

De acordo com o comunicado, a SEGER, até ulterior deliberação, **ratifica a orientação aos órgãos e entidades da Administração Pública Estadual, que não incluam em seus editais para contratação dos serviços de limpeza predial o adicional de insalubridade, no percentual de 20%, previsto na CCT da categoria.**

Isso porque, foi proferida o acórdão referente ao recurso de apelação cível interposto por SEACES – SINDICATO DAS EMPRESAS DE ASSEIO E CONSERVAÇÃO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO, em face da sentença proferida nos autos da Ação Ordinária de Ação Ordinária de nº 0039221-60.2016.8.08.0024².

Assim, o juízo manteve o entendimento da sentença hostilizada e entendeu *descabida a pretensão de imposição geral, incondicionada e abstrata à Administração Pública de inclusão do adicional de insalubridade devido aos Auxiliares de Serviços Gerais em todos os contratos licitados para prestação de serviço de limpeza, sem que haja norma leal estrita prevendo tal obrigação, sobretudo com dispensa da realização de perícia técnica, e sem que se observe as competências normativas expressamente estabelecidas na legislação de regência para dispor sobre a matéria.*

¹ Acesso em 12/06/2019

² Disponível em: <http://www.tjes.jus.br/consultaprocessual> Acesso em 12/06/2019

Nesse sentido, destaca-se os trechos do recurso de apelação cível, diante da relevância dos seus fundamentos que se coadunam com os esclarecimentos prestados pelos notificados:

APELAÇÃO CÍVEL Nº 00391221-60.2016.8.08.0024
APELANTE: SEACES – SINDICATO DAS EMPRESAS DE ASSEIO E CONSERVAÇÃO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
APELADO: ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
RELATOR: DES. SUBST. JÚLIO CÉSAR COSTA DE OLIVEIRA

(...)

Denota-se, portanto, que a legislação de regência condiciona o pagamento de adicional de insalubridade à identificação de circunstâncias expressamente previstas na legislação e concretamente comprovadas por perícia realizada por órgão competente.

Não obstante a expressa dicção legal, a Convenção Coletiva 2015/2016 (e subsequente a 2017/2018) dispuseram previsão de incidência de adicional de insalubridade de forma automática, sem necessidade de perícia ou mesmo da observância de qualificação por parte do órgão competente.

(...)

Infere-se, portanto, que a convenção coletiva foi além da própria legislação ordinária, contrariando competência normativa expressamente atribuída ao Ministério do Trabalho e a exigência de procedimento adequado (perícia técnica) para a averiguação do preenchimento das condições estabelecidas em lei.

(..)

Reconhecer que as convenções coletivas possam inovar no ordenamento jurídico, suplantando a própria legislação ordinária a qual está vinculado o Poder Público, implicaria em uma indesejável e inadmissível subversão do próprio regime jurídico de direito público, pois sujeitaria a Administração Pública à observância de acordos de vontade realizados por particulares, em seus exclusivos interesses. Ou seja, estaríamos diante de uma situação insólita, em que se verificaria a prevalência do interesse privado sobre o interesse público e, sobretudo, sobre a legalidade estrita.

(...)

Deste modo a meu ver, revela-se descabida a imposição geral, incondicionada e abstrata à Administração Pública de inclusão do adicional de insalubridade em todos os contratos, indistintamente, sem que haja norma legal estrita prevendo tal obrigação.

(...)

Por tais razões, trilho na mesma linha de raciocínio da acertada conclusão a que chegou o erudito MMº. Juiz de Direito Dr. Maria da Silva Nunes Neto ao julgar improcedente a pretensão autoral, revelando-se irretocável a sentença hostilizada"

Ressalta-se que, em análise a situação análoga a destes autos, em que houve representação perante esta Corte pela ausência de previsão de insalubridade de 20% a todos os ASG's (Auxiliares de Serviços Gerais), este Tribunal entendeu pela improcedência da representação, conforme se extrai do Acórdão TC 01165/2018, referente ao processo TC 6485/2017 (apenso processo TC 6487/2017 que trata de representação do Sindicato dos Trabalhadores das Empresas de Asseio e Conservação do Estado do Espírito Santo - SINDILIMPE, versando sobre o mesmo

procedimento licitatório e suscitando questionamentos idênticos aos tratados no TC 6485/2017)

Portanto entendo que não há razão quanto a suposta irregularidade, e acompanho o posicionamento técnico no sentido de considerar improcedente a presente representação.

Porém em razão da possibilidade, da empresa vencedora do certame requerer a CETURB-ES que se efetue o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato fundada na premissa da obrigação patronal constante em convenção coletiva de arcar com o percentual de 20% de insalubridade, proponho a expedição de recomendação a CETURB-ES que denegue eventual requerimento dessa natureza, em face da previsibilidade de tal despesa para a contratada, devendo essa arcar com tal ônus por não ser fato superveniente e ter suas consequências calculáveis.

Isso porque é indispensável que se observe a regra prevista no art. 65, II, "d", da Lei 8.666/1993, que disciplina a aplicação da teoria da imprevisão aos contratos administrativos.

Somente se admite a recomposição de preço quando o desequilíbrio decorre de fato: superveniente; imprevisível, ou previsível, mas de consequências incalculáveis; alheio à vontade das partes; e que provoque grande desequilíbrio ao contrato.

Ante todo o exposto, acompanhando o entendimento da área técnica cuja fundamentação integra este voto independente de transcrição e do Ministério Público de Contas, VOTO para que seja adotada a deliberação que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

Sérgio Manoel Nader Borges

Conselheiro Relator

1. ACÓRDÃO

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Srs. Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em Sessão da **Segunda Câmara**, ante as razões expostas pelo Relator, em:

1.1. Pela **improcedência da Representação**, na forma do art. 178, I, do RITCEES, tendo em vista a não constatação de irregularidade.

1.2. Recomendar a CETURB-ES que não efetue reequilíbrios econômico-financeiro no contrato, **fundado em fato previsível e de consequência calculável**, em especial quanto ao adicional de 20% de insalubridade **previamente previsto** em convenção coletiva.

1.3. Sejam os representados informados acerca desta decisão;

1.4. Cientificar o Representante do teor da decisão final a ser proferida, conforme art. 307, §7º do RITCEES;

1.5. Após certificado o trânsito em julgado administrativo, **arquivem-se os autos**, ante o preconizado no art. 330, inciso IV do RITCEES.

1.6. Posteriormente à confecção do acórdão deste julgamento, **remetam-se os autos ao ilustre representante do Ministério Público de Contas** nos termos do art. 62, parágrafo único da Lei Complementar 621/2012.

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 11/12/2019 - 43ª Sessão Ordinária da 2ª Câmara.

4. Especificação do quórum:

4.1. Conselheiros: Sérgio Manoel Nader Borges (presidente/relator), Domingos Augusto Taufner e Rodrigo Coelho do Carmo.

CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

Presidente

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

CONSELHEIRO RODRIGO COELHO DO CARMO

Fui presente:

PROCURADOR DE CONTAS LUIS HENRIQUE ANASTÁCIO DA SILVA

Em substituição ao procurador-geral

MICHELA MORALE

Secretária-adjunta das sessões em substituição