

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Agravo Regimental no Recurso Extraordinário - Administrativo - Servidor público - Adicional de insalubridade - Lei Orgânica Municipal omissa - Base de cálculo - Incidência sobre a remuneração ou salário base do servidor - Impossibilidade - Acórdão recorrido em divergência com o entendimento desta Corte (RE nº 565.714-RG) - Súmula Vinculante nº 4 do Supremo Tribunal Federal

1. No julgamento do RE n. 565.714, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, *DJ* de 08.08.08, o Plenário do STF decidiu não ser legítimo o cálculo do adicional de insalubridade com base no valor da remuneração ou salário base percebido pelo servidor. Apesar de reconhecer a proibição constitucional da vinculação de qualquer vantagem ao salário mínimo, entendeu que o Judiciário não poderia substituir a base de cálculo do benefício, sob pena de atuar como legislador positivo (Precedentes: RE n. 675.551, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, *DJe* de 28.05.12; RE n. 674.967, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, *DJe* de 20.08.12; RE n. 672.687, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, *DJe* de 20.08.12; RE n. 561.869-AgR, Relator o Ministro Cezar Peluso, 2ª Turma, *DJ* de 21.11.08; Al n. 469.332-AgR, Relatora a Ministra Ellen Gracie, 2ª Turma, *DJe* de 09.01.09; Al n. 847.527-AgR, Relator o Ministro Luiz Fux, 1ª Turma, *DJe* de 23.04.12, entre outros).

2. A Súmula Vinculante nº 4 do STF tem o seguinte teor, *verbis*: “salvo os 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”.

3. *In casu*, o acórdão originariamente recorrido assentou: “Ementa: Apelação Cível. Servidora pública. Município de Ipatinga. Adicional de insalubridade. Lei Orgânica Municipal omissa. Base de cálculo. CLT. Inaplicabilidade. Incidência sobre o vencimento básico. Reflexos das parcelas que tenham por base de cálculo a remuneração. Férias e décimo terceiro salário. Correção monetária. Pagamento a menor. Juros. Citação. Sentença reformada. - Os servidores que trabalham com habitualidade em locais insalubres e perigosos fazem jus a adicional sobre o vencimento do cargo conforme estabelecido na Lei Orgânica do Município de Ipatinga. Contudo, se a norma não fixa a base de cálculo, o percentual incidirá sobre o vencimento básico do servidor, porque a relação estabelecida entre as partes não tem natureza celetista, e o artigo 37, XIV da CF veda o cômputo de acréscimos pecuniários percebidos para fins de concessão de acrés-

cimos superiores. O adicional de insalubridade incide sobre o vencimento básico, e gera reflexos em todas as parcelas que tenham este valor como base de cálculo”.

4. Agravo Regimental a que se nega provimento.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 706.357 - MG - Relator: MINISTRO LUIZ FUX

Agravante: Rita Carolina Soares da Silva. Advogados: Humberto Marcial Fonseca e outros - Agravado: Município de Ipatinga - Advogado: Elcio Reis.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 16 de outubro de 2012. - Luiz Fux - Relator.

Relatório

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Trata-se de agravo regimental interposto por Rita Carolina Soares da Silva em face de decisão de minha lavra, assim ementada:

Recurso Extraordinário. Administrativo. Servidor público. Adicional de insalubridade. Lei Orgânica Municipal omissa. Base de cálculo. Incidência sobre a remuneração ou salário base do servidor. Impossibilidade. Acórdão recorrido em divergência com o entendimento desta Corte (RE nº 565.714-RG). Súmula Vinculante nº 4 do STF. Recurso Extraordinário a que se dá provimento.

1. No julgamento do RE n. 565.714, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, *DJ* de 08.08.08, o Plenário do STF decidiu não ser legítimo o cálculo do adicional de insalubridade com base no valor da remuneração ou salário base percebido pelo servidor. Apesar de reconhecer a proibição constitucional da vinculação de qualquer vantagem ao salário mínimo, entendeu que o Judiciário não poderia substituir a base de cálculo do benefício, sob pena de atuar como legislador positivo. (Precedentes: RE n. 675.551, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, *DJe* de 28.05.12; RE n. 674.967, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, *DJe* de 20.08.12; RE n. 672.687, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, *DJe* de 20.08.12; RE n. 561.869-AgR, Relator o Ministro Cezar Peluso, 2ª Turma, *DJ* de 21.11.08; Al n. 469.332-AgR, Relatora a Ministra Ellen Gracie, 2ª Turma, *DJe* de 09.1.09; Al n. 847.527-AgR, Relator o Ministro Luiz Fux, 1ª Turma, *DJe* de 23.04.12).

2. A Súmula Vinculante nº 4 do STF tem o seguinte teor, *verbis*: “salvo os 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”.

3. *In casu*, o acórdão recorrido assentou:

‘Ementa: Apelação cível. Servidora pública. Município de Ipatinga. Adicional de insalubridade. Lei orgânica municipal omissa. Base de cálculo. CLT. Inaplicabilidade. Incidência sobre o vencimento básico. Reflexos das parcelas que tenham por base de cálculo a remuneração. Férias e décimo-terceiro salário. Correção monetária. Pagamento a menor. Juros. Citação. Sentença reformada’.

Os servidores que trabalham com habitualidade em locais insalubres e perigosos fazem jus a adicional sobre o vencimento do cargo conforme estabelecido na Lei Orgânica do Município de Ipatinga. Contudo, se a norma não fixa a base de cálculo, o percentual incidirá sobre o vencimento básico do servidor, porque a relação estabelecida entre as partes não tem natureza celetista, e o artigo 37, XIV da CF veda o cômputo de acréscimos pecuniários percebidos para fins de concessão de acréscimos ulteriores. O adicional de insalubridade incide sobre o vencimento básico, e gera reflexos em todas as parcelas que tenham este valor como base de cálculo’.

4. Recurso extraordinário provido.

Em suas razões de agravar, a agravante sustenta, em síntese, que “apesar de o Ente Público, qual seja o Município de Ipatinga, utilizar o salário mínimo como indexador da base de cálculo, não há nenhuma lei, convenção coletiva, sentença normativa, etc., determinando que esse salário mínimo deva ser a base de cálculo do adicional em questão. O referido município utiliza, indevidamente, o salário mínimo como indexador da base de cálculo do adicional de insalubridade” (f. 233e).

Ao final, requer a reconsideração da decisão hostilizada, com o consequente desprovimento do recurso extraordinário.

É o relatório.

Voto

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR): Não assiste razão à agravante.

Em suma, os fundamentos da decisão agravada restaram assim consignados:

Cuida-se de recurso extraordinário interposto pelo Município de Ipatinga, com fundamento no art. 102, III, ‘a’, da Constituição Federal de 1988, em face de v. acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, assim ementado:

‘Ementa: Apelação cível. Servidora pública. Município de Ipatinga. Adicional de insalubridade. Lei orgânica municipal omissa. Base de cálculo. CLT. Inaplicabilidade. Incidência sobre o vencimento básico. Reflexos das parcelas que tenham por base de cálculo a remuneração. Férias e décimo-terceiro salário. Correção monetária. Pagamento a menor. Juros. Citação. Sentença reformada.

Os servidores que trabalham com habitualidade em locais insalubres e perigosos fazem jus a adicional sobre o vencimento do cargo conforme estabelecido na Lei Orgânica do Município de Ipatinga. Contudo, se a norma não fixa a base de cálculo, o percentual incidirá sobre o vencimento básico do servidor, porque a relação estabelecida entre as partes não tem natureza celetista, e o artigo 37, XIV da CF veda o cômputo de acréscimos pecuniários percebidos para fins de concessão de acréscimos ulteriores. O adicional de insalubridade incide sobre o vencimento básico, e gera reflexos em todas as parcelas que tenham este valor como base de cálculo’.

Insalubridade incide sobre o vencimento básico, e gera reflexos em todas as parcelas que tenham este valor como base de cálculo’.

Opostos embargos de declaração, estes foram rejeitados (f. 129/134).

Nas razões do apelo extremo, o recorrente alega violação aos artigos 2º, 5º, II, e 37, *caput*, da Constituição Federal, sustentando em síntese que a impossibilidade de se utilizar o salário mínimo como indexador não assegura ao servidor municipal o direito à incidência da base de cálculo do adicional de insalubridade sobre seu vencimento básico, ainda mais quando inexistente no Município legislação que fixe a base de cálculo do referido adicional.

Foram apresentadas contrarrazões ao recurso extraordinário (f. 158/161).

É o relatório. Decido.

Assiste razão ao recorrente.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n. 565.714, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJ de 08.08.08, decidiu não ser legítimo o cálculo do adicional de insalubridade com base no valor da remuneração ou salário base percebido pelo servidor. Apesar de reconhecer a proibição constitucional da vinculação de qualquer vantagem ao salário mínimo, entendeu que o Judiciário não poderia substituir a base de cálculo do benefício, sob pena de atuar como legislador positivo. Eis a ementa do referido julgado:

‘Constitucional. Art. 7º, inc. IV, da Constituição da República. Não-recepção do art. 3º, § 1º, da Lei Complementar Paulista n. 432/1985 pela Constituição de 1988. Inconstitucionalidade de vinculação do adicional de insalubridade ao salário mínimo: Precedentes. Impossibilidade da modificação da base de cálculo do benefício por decisão judicial. Recurso extraordinário ao qual se nega provimento.

1. O sentido da vedação constante da parte final do inc. IV do art. 7º da Constituição impede que o salário-mínimo possa ser aproveitado como fator de indexação; essa utilização tolheria eventual aumento do salário-mínimo pela cadeia de aumentos que ensejaria se admitida essa vinculação (RE 217.700, Ministro Moreira Alves).

A norma constitucional tem o objetivo de impedir que aumento do salário-mínimo gere, indiretamente, peso maior do que aquele diretamente relacionado com o acréscimo. Essa circunstância pressionaria reajuste menor do salário-mínimo, o que significaria obstaculizar a implementação da política salarial prevista no art. 7º, inciso IV, da Constituição da República.

O aproveitamento do salário-mínimo para formação da base de cálculo de qualquer parcela remuneratória ou com qualquer outro objetivo pecuniário (indenizações, pensões, etc.) esbarra na vinculação vedada pela Constituição do Brasil.

Histórico e análise comparativa da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Declaração de não-recepção pela Constituição da República de 1988 do art. 3º, § 1º, da Lei Complementar nº 432/1985 do Estado de São Paulo.

2. Inexistência de regra constitucional autorizativa de concessão de adicional de insalubridade a servidores públicos (art. 39, § 1º, inc. III) ou a policiais militares (art. 42, § 1º, c/c 142, § 3º, inc. X).

3. Inviabilidade de invocação do art. 7º, inc. XXIII, da Constituição da República, pois, mesmo se a legislação local determina a sua incidência aos servidores públicos, a expressão adicional de remuneração contida na norma constitucional há de ser interpretada como adicional remuneratório, a saber, aquele que desenvolve atividades penosas, insalubres ou perigosas tem direito a adicional, a compor

a sua remuneração. Se a Constituição tivesse estabelecido remuneração do trabalhador como base de cálculo teria afirmado adicional sobre a remuneração, o que não fez.

4. Recurso extraordinário ao qual se nega provimento’.

No citado julgamento decidiu-se, ainda, por manter a utilização do salário mínimo como base de cálculo, até que uma legislação especial venha fixar os critérios de atualização. Eis o teor do voto do saudoso Ministro Menezes Direito:

‘Senhor Presidente, a matéria já está bastante discutida. Já examinamos sob todos os aspectos. Já vimos a parte inaugural com relação ao fenômeno da recepção, em que as Turmas do Supremo Tribunal Federal já se encaminharam para a evidente inconstitucionalidade, ou seja, não pode haver nenhuma vinculação com o salário mínimo.

Resta examinar a consequência diante de um recurso extraordinário. Temos, para examinar a consequência diante de um recurso extraordinário, de examinar a ação originária, porque, quando conhecemos do recurso para declarar a inconstitucionalidade ou a não-recepção de uma determinada lei, temos de julgar a causa e temos de nos reportar à ação originária.

Pelo que se verifica, a ação foi tentada com o objetivo de retirar a base de cálculo do salário mínimo e fazer com que a incidência se faça na remuneração desses servidores. O Tribunal julgou improcedente esse pedido, entendendo que não, que era válida a aplicação da base de cálculo sobre o salário mínimo, que estamos agora afastando.

Como disseram o Ministro Marco Aurélio e o Ministro Cezar Peluso, na realidade estamos fixando uma interpretação, sob o ângulo da repercussão geral, de que é inviável adotar-se como base de cálculo para a incidência do adicional de insalubridade o salário mínimo.

Agora, na técnica de julgamento da causa, nós não podemos, pura e simplesmente, fazer um congelamento desse pagamento ou abolir esse pagamento; temos de encontrar uma solução alternativa no julgamento da causa para evitar que isso ocorra.

Qual é a situação de fato hoje? A situação de fato é que, do ponto de vista objetivo, o que existe de inconstitucional não é o *caput*, porque o *caput*, evidentemente, pura e simplesmente determina que o adicional de insalubridade seja tomado naquele momento, sobre o salário mínimo, naqueles percentuais.

O que torna flagrante, indiscutível e inquestionável a inconstitucionalidade é o § 1º, que determina a vinculação sob o aspecto da atualização desses pagamentos. É isso que a Constituição efetivamente não pode admitir.

A meu sentir, concordando com a base de interpretação da Ministra Cármen Lúcia, parece mais prudente que nós adotemos a técnica habitual de desprover o recurso extraordinário, mas assegurar, porque estamos julgando a causa, a manutenção do pagamento dos adicionais, como tem sido feito, até que uma legislação especial venha a fixar os critérios de atualização. Porque, se nós não fizermos assim, juntando as duas questões, a proposta da Ministra Cármen Lúcia e a técnica de julgamento do recurso ordinário, vamos, por um lado, criar um sistema de reforma para pior, como disse o Ministro Marco Aurélio, porque vamos dar a possibilidade de interpretação pelo congelamento, ou, ao contrário, vamos admitir que é possível manter a aplicação do adicional de insalubridade sobre a base do salário mínimo.

Parece-me, portanto, que podem ser reunidas as duas propostas, adotada a técnica usual desta Corte no sentido de negar provimento ao extraordinário sob outro fundamento, porque nós estamos julgando a causa, estamos dizendo que é improcedente o pedido de transferir a base de cálculo do adicional de insalubridade do salário mínimo para a remuneração e, ao mesmo tempo, estamos dando um lastro de inter-

pretação para que seja continuado o pagamento, como de resto se compromete a Procuradoria do Estado de São Paulo, e providenciados, por meio de legislação especial, os critérios de atualização compatíveis.

Eu, portanto, voto nessa direção, Senhor Presidente’.

Por ocasião do supracitado julgamento foi aprovada a Súmula Vinculante nº 4, que tem o seguinte teor: ‘Salvo os 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’.

No mesmo sentido, entre outros, os seguintes julgados: RE n. 675.551, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 28.05.12; RE n. 674.967, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 20.08.12; RE n. 672.687, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, DJe de 20.08.12; RE n. 561.869-AgR, Relator o Ministro Cezar Peluso, 2ª Turma, DJ de 21.11.08; AI n. 469.332-AgR, Relatora a Ministra Ellen Gracie, 2ª Turma, DJe de 09.01.09; e o AI n. 847.527-AgR, de minha Relatoria, 1ª Turma, DJe de 23.04.12, cuja ementa transcrevo:

‘Ementa: Agravo Regimental no Agravo de Instrumento. Administrativo. Servidor público municipal. Adicional de insalubridade. Cálculo com base no salário mínimo. Acórdão impugnado que determinou a incidência sobre a remuneração do autor. Acórdão recorrido em dissonância com a jurisprudência da Corte Suprema. RE 565.714/SP. Súmula Vinculante n. 4. Decisão que se mantém por seus próprios fundamentos. 1. Impossibilidade do cálculo do adicional de insalubridade com base no valor da remuneração percebida pelo servidor. Apesar de reconhecer a proibição constitucional da vinculação de qualquer vantagem ao salário mínimo, entendeu o Supremo Tribunal Federal que o Judiciário não poderia substituir a base de cálculo do benefício, sob pena de atuar como legislador positivo. Precedente: RE 565.714/SP. 2. Súmula Vinculante n. 4: Salvo os 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. 3. O Tribunal *a quo*, ao proferir o acórdão impugnado, consignou, *verbis*: Processual Civil. Agravo de instrumento. Decisão que nega seguimento a recurso de apelação. Inteligência do art. 518, § 1º, do Código de Processo Civil. Hipótese em que a sentença subsume-se apenas em parte ao enunciado de Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal. O Município de Ipatinga adota o salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade, sendo aplicável ao caso a vedação imposta pela Súmula Vinculante nº 4 do STF. Deve ser reconhecido o recurso de apelação que discute outras questões que não aquelas cristalizadas na súmula vinculante nº 04, quais sejam o fato de ser a sentença, em parte, *ultra petita*; e, ainda, a incidência do adicional pleiteado sobre o vencimento básico da servidora, sem cômputo das demais vantagens. 4. Agravo regimental a que se nega provimento’.

Ex positis, dou provimento ao recurso extraordinário (art. 557, § 1º-A, do CPC). Invertidos, se houver, os ônus da sucumbência.

Em que pesem os argumentos expendidos nas razões de agravar, resta evidenciado das razões recursais que a agravante não trouxe nenhum argumento capaz de infirmar a decisão hostilizada, razão pela qual a mesma deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

Ex positis, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.

Extrato de ata

Decisão: A Turma negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator. Unânime. Não participou, justificadamente, deste julgamento, o Senhor Ministro Marco Aurélio. Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. 1ª Turma, 16.10.2012.

Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Luiz Fux e Rosa Weber.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot.

Carmen Lilian Oliveira de Souza - Secretária da Primeira Turma

(Publicado no DJe de 19.11.2012).

...

Habeas corpus - Penal - Processual penal - Crime de tráfico - Pena - Dosimetria - Exclusão de causa de aumento em segunda instância - Provimento de recurso especial para determinar sua inclusão - Decisão impugnada - Reexame de prova - Alegação de violação à Súmula 7 do STJ - Inocorrência - Ordem denegada

I - A sentença condenatória reconheceu que o crime foi praticado em recinto onde se realizam diversões de qualquer natureza, o que atrai a incidência da majorante prevista no art. 40, III, da Lei 11.343/2006.

II - No caso sob análise, o STJ não reexaminou matéria de prova ao julgar o recurso especial. Partiu, sim, das premissas fáticas assentadas no acórdão recorrido (o local em que praticado o crime - quadra de esportes) para entender que a quadra poliesportiva pode ser entendida como local em que ocorrem diversões de qualquer natureza, de forma que não há falar em violação à Súmula 7 daquela Corte.

III - Ordem denegada.

HABEAS CORPUS Nº 113.480 - MG - Relator: MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI

Paciente: Ronei Pereira dos Santos. Impetrante: Defensoria Pública da União. Procurador: Defensor Público-Geral Federal. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski, na conformidade da ata dos julgamentos

e das notas taquigráficas, por unanimidade, denegar a ordem, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 27 de novembro de 2012. - *Ministro Ricardo Lewandowski* - Presidente e Relator.

Relatório

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de medida liminar, impetrado pela Defensoria Pública da União, em favor de Ronei Pereira dos Santos, contra acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que deu provimento ao REsp 1.255.249/MG, Rel. Min. Gilson Dipp.

A impetrante narra, de início, que o paciente foi condenado pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, combinado com o art. 40, III, da Lei 11.343/2006 (tráfico de entorpecentes), à pena de 7 anos de reclusão e ao pagamento de 700 dias-multa.

Informa, em seguida, que, postulando a absolvição por deficiência de provas, a redução da pena-base e o decote da majorante do art. 40, III, da Lei de Drogas, a defesa apelou para o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que deu parcial provimento ao recurso, apenas para excluir a referida majorante do cálculo da reprimenda.

Diz, ainda, que, inconformado, o Ministério Público interpôs recurso especial, que foi conhecido e provido pelo Superior Tribunal de Justiça para restabelecer a sentença de primeiro grau.

É contra o acórdão da Corte Superior que se insurge a impetrante.

Sustenta, em síntese, que o STJ, ao examinar o feito e entender pela incidência da majorante questionada, apreciou o conjunto fático-probatório da causa, providência inviável em recurso especial, ante o disposto na Súmula 7 daquela Corte.

Destaca, para tanto, que o Tribunal de Justiça mineiro, ao decotar a causa de aumento prevista no art. 40, III, da Lei 11.343/2006, o fez diante da ausência de evidências que pudessem comprovar, *in casu*, a mercancia de entorpecentes praticada em entidade efetivamente utilizada para a prática de atividades esportivas e, portanto, em local onde se verifica aglomeração de pessoas, o que facilitaria, assim, a disseminação do vício.

Sustenta, ademais, que, para definir se o local do fato faz ou não incidir a majorante do art. 40, III, da Lei 11.343/2006, é necessário o revolvimento da matéria fático-probatória dos autos, o que, insiste, viola a Súmula 7 do STJ e enseja a nulidade da decisão atacada.

Assevera, outrossim, que não ficou comprovado nos autos que o local onde o paciente, em tese, comercializava a droga servia para aglomeração de pessoas, de modo que deve ser afastada a referida majorante.

Requer, ao final, liminarmente, a suspensão dos efeitos do acórdão objurgado até decisão final deste