

Ofício Nº 222/2021-CCConst-PGJ

Ref. Procedimento Administrativo nº **MPMG-0024.19.002304-4**

INTEPAL

Belo Horizonte, 14 de junho de 2021.

719

25.06.21

HORA: 16:28

Exmo(a) Senhor(a) Presidente,

Com os cumprimentos da Procuradoria-Geral de Justiça, registra-se que tramita, nesta Coordenadoria de Controle da Constitucionalidade, o procedimento administrativo em epígrafe.

Objetivando o exercício do poder de autocontrole da constitucionalidade, confere-se ciência do teor da presente recomendação exarada nos autos do expediente.

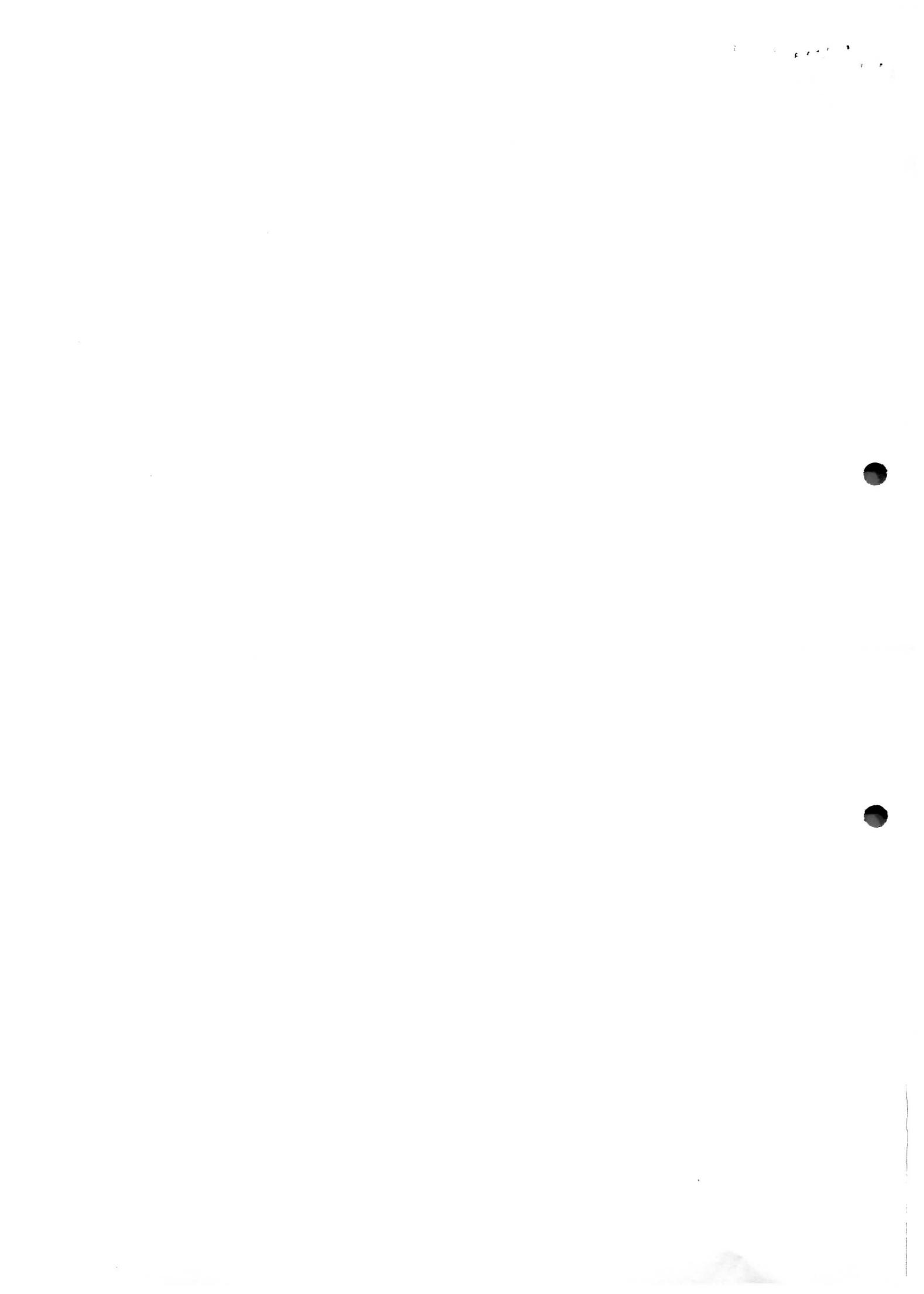
Em obediência aos arts. 26, I, "b" e 27, parágrafo único, IV, da Lei Federal nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, são **requisitadas** neste ato, a **resposta escrita** sobre o posicionamento jurídico da municipalidade acerca da recomendação, bem como **certidão de vigência** da legislação questionada.

Finalmente, em havendo o decurso do prazo sem a manifestação da municipalidade considerar-se-á exaurida a etapa pré-processual.

Cordialmente,


RENATO FRANCO DE ALMEIDA
Procurador de Justiça
ASSESSOR ESPECIAL DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA JUNTO À
COORDENADORIA DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

**Excelentíssimo Senhor
Presidente da Câmara Municipal
Praça Coronel Pacheco de Medeiros, S/N - Centro
Muriaé - MG - 36880-000**



Procedimento Administrativo n.º MPMG-0024.19.002304-4

Representado: Município de Muriaé

Representante: Susan Kennea de Melo

Objeto: §2º do Art. 85-B da Lei municipal n.º 4.628/2013

Espécie: Recomendação (que se expede)

Lei Municipal. Adicional de insalubridade e de periculosidade. Incorporação como verba permanente. Inconstitucionalidade material.

EXCELENTÍSSIMO PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL,

PREAMBULO

A Promotora de Justiça Susan Kennea de Melo, no uso de suas atribuições na 2ª Promotoria de Justiça de Muriaé, representou a esta Coordenadoria de Controle da Constitucionalidade para análise de inconstitucionalidade da Lei municipal n.º 4.628/2013, do Município de Muriaé, que alterou os artigos 82 e seguintes da Lei n.º 3.824/2009, “*para considerar os adicionais de periculosidade e insalubridade como verbas pecuniárias permanentes, incidindo, então, contribuições previdenciárias que repercutirão no cálculo dos proventos de aposentadoria*”(fl. 04).

Analizando o dispositivo fustigado, constatou-se vícios de inconstitucionalidade material.

Assim, esta Coordenadoria de Controle da Constitucionalidade, antes de utilizar a via do controle concentrado e abstrato da constitucionalidade das leis e atos normativos perante o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, resolve expedir a presente recomendação a Vossa Excelência, objetivando, com isso, que o próprio Poder idealizador das normas impugnadas dê solução ao caso, exercendo seu poder de autocontrole da constitucionalidade, tudo nos termos a seguir.

FUNDAMENTAÇÃO

Dispositivos Legais Questionados

Eis o teor das normas eivadas de inconstitucionalidade:

Art. 85-B. O município, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias contados da publicação desta lei, encaminhará projeto de lei à Câmara Municipal para o fim de promover a indicação dos cargos efetivos da Administração Pública direta, indireta e autárquica, que possuem natureza, condições ou métodos de trabalho que exponham os seus titulares a agentes insalubres ou perigosos de forma permanente, a fim de se incorporar os adicionais de periculosidade e insalubridade.
(...)

§2º A partir da indicação de quais cargos receberão a inherência de insalubres e perigosos, os adicionais de insalubridade e de periculosidade passarão a constituir verbas pecuniárias permanentes, sendo inerentes aos respectivos cargos.

Lei Municipal que considera adicionais de periculosidade e insalubridade como verbas pecuniárias permanentes. Inconstitucionalidade material. Precedentes Supremo Tribunal Federal e do TJMG.

Inicialmente, impende esclarecer que, em consulta ao Sistema de Registro Único-SRU, constatou-se a existência do Procedimento Administrativo n.º 0024.19.006531-8, que teve como objeto a análise de inconstitucionalidade da Lei Complementar n.º 5.027/2015, e que culminou no ajuizamento, pelo Procurador-Geral de Justiça, da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.0000.20.585.987-9/000, ainda não julgada.

Assim, o presente expediente cuidará tão somente da análise da Lei municipal n.º 4.628/2013, consoante a representação.

Pois bem.

Os adicionais no Direito brasileiro, assim como as gratificações, consistem em vantagens pecuniárias que integram a remuneração global e devem ser instituídas por lei. Em relação à distinção entre adicionais e gratificações, Hely Lopes Meirelles preleciona:

O que caracteriza o adicional e o distingue da gratificação é ser aquele uma recompensa ao tempo de serviço do servidor, ou uma retribuição pelo desempenho de funções especiais que refogem da rotina burocrática, e esta, uma compensação por serviços comuns executados em condições anormais para o servidor, ou uma ajuda pessoal em face de certas situações que agravam o orçamento do servidor. (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 405).

A respeito da diferença estabelecida entre gratificação e adicional, o posicionamento de José dos Santos Carvalho Filho é no sentido de que, atualmente, tal distinção não possui tanta relevância, pois o que realmente importa é a existência do fato que gera o direito à percepção da vantagem. Veja-se:

A despeito da distinção, a verdade é que, na prática, não tem sido ela adotada nos infinitos diplomas que tratam da matéria. De fato, seria razoável distinguir essas vantagens considerando que os adicionais se referem à especificidade da função, ao passo que as gratificações têm relação com a especificidade da situação fática de exercício da função. Entendemos, não obstante, que atualmente não mais prevalece a distinção, razão por que nos parece que **o fator mais importante é o que leva em conta que as vantagens pecuniárias pressupõem sempre a ocorrência de um suporte fático específico para gerar o direito a sua percepção**. Será, pois, irrelevante que a vantagem relativa ao tempo de serviço seja denominada de adicional de tempo de serviço ou de gratificação de tempo de serviço; de adicional de insalubridade ou de gratificação de insalubridade; de adicional ou de gratificação de nível universitário. **O que vai importar é a verificação, na norma pertinente, do fato que gera o direito à percepção da vantagem.** Se o fato gerador for inverídico, a vantagem nele fundada tem vício de legalidade. Como exemplo, o adicional de férias para inativos. (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 29. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2016. p. 915).

No tocante aos pressupostos para a concessão de gratificações e adicionais, no sistema remuneratório brasileiro, o ilustre doutrinador esclarece:

No caótico sistema remuneratório que reina na maioria das Administrações, é comum encontrar-se, ao lado do vencimento-base do cargo, parcela da remuneração global com a nomenclatura de gratificação ou de adicional, que, na verdade, nada mais constitui do que parcela de acréscimo do vencimento, estabelecida de modo simulado. **As verdadeiras gratificações e adicionais caracterizam-se por terem pressupostos certos e específicos e, por isso mesmo, são pagas somente aos servidores que os preenchem.** As demais são vencimentos disfarçados sob a capa de vantagens pecuniárias. É o caso

da gratificação de encargos especiais, que, no Estado do Rio de Janeiro, é paga com o caráter de generalidade e nasceu realmente para elevar vencimentos. A respeito dessa gratificação, decidiu o TJ-RJ que tal vantagem, *"dada a sua feição genérica e indefinida, e a destinação vinculada à reposição de perdas inflacionárias, constitui verdadeiro reajuste salarial e, como tal, deve aproveitar a todos os servidores do ente público em referência, tanto os ativos quanto os aposentados"*. Idêntica posição adotou o STF no que tange à gratificação de incentivo, de caráter genérico e impessoal, criada por lei do Estado de Pernambuco. Em outras palavras, cuida-se de vantagens pecuniárias que têm o título de gratificação, mas, na verdade, retratam parcelas incluídas no próprio vencimento do cargo. Imaginem-se tais distorções nas milhares de entidades componentes de nossa federação. (ob. cit., p. 916/917).

Tratando especificamente sobre os adicionais de periculosidade e insalubridade, sabe-se que tais verbas têm natureza transitória e *propter laborem*, sendo devidas ao servidor apenas quando este efetivamente for exposto aos agentes nocivos à saúde. Em outras palavras, a percepção financeira encontra-se condicionada ao exercício das funções em especiais circunstâncias pelo trabalhador. Desse modo, uma vez cessada tal especificidade, deixa de subsistir o substrato normativo para o pagamento da benesse.

Nos termos do *caput* do art. 85 da Lei n.º 4.628/2013, os adicionais de insalubridade e de periculosidade deverão ser incorporados à remuneração por lei a ser encaminhada à Câmara Municipal pelo Município de Muriaé em 180 dias. O §2º, ainda, reforça que, após indicação dos cargos cujas condições de trabalho exponham os titulares a agentes nocivos à saúde, os aludidos adicionais *"passarão a constituir verbas pecuniárias permanentes, sendo inerentes aos respectivos cargos."*

Importante, esclarecer, neste ponto, que a não edição da legislação regulamentadora mencionada nos dispositivos ora questionados não tem o condão de

afastar os vícios de inconstitucionalidade, até porque é justamente a manutenção do art. 85-B, *caput* e §2º no ordenamento jurídico que permite a elaboração de eventual lei que regulamente a incorporação dos adicionais à remuneração dos servidores municipais.

Ocorre que, conforme forte construção jurisprudencial, os adicionais de insalubridade e periculosidade não constituem parcelas incorporáveis à remuneração, porque constituem **verbas indenizatórias**, de natureza transitória.

Sendo assim, ao prever a incorporação dos adicionais à remuneração dos servidores, a Lei n.º 4.628/2013 ofende a diretriz fundamental de boa governança ou de boa administração da qual decorrem os princípios da isonomia, da impessoalidade e da moralidade administrativa, previstos na Constituição da República (art. 37), bem como na Constituição do Estado (art. 13), *in verbis*:

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 de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
(...).

Art. 13. A atividade de administração pública dos Poderes do Estado e a de entidade descentralizada se sujeitarão aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência e razoabilidade.

A propósito, o e. Órgão Especial do Tribunal de Justiça de Minas Gerais já reconheceu não ser constitucional a incorporação de tais adicionais à remuneração. Observemos:

Ação direta de inconstitucionalidade. Regime de previdência municipal. Contribuição previdenciária. Base de cálculo. Verbas de natureza indenizatória. Não incidência. Inconstitucionalidade presente. Pretensão acolhida. 1. A Constituição da República prevê como base de cálculo dos proventos de aposentadoria dos funcionários públicos, por ocasião de sua concessão, a contribuição previdenciária efetuada. 2. Somente a renda habitual do funcionário público será utilizada como base de cálculo da contribuição previdenciária. 3. Os adicionais de insalubridade e periculosidade, as horas extras, as horas noturnas e o adicional constitucional de férias, em razão de sua natureza indenizatória, não se incorporam à remuneração do funcionário público e, portanto, excluídas da incidência de contribuição previdenciária. 4. É inconstitucional o dispositivo de lei municipal que define os referidos adicionais como sendo parcelas de natureza remuneratória para efeito de base de cálculo da contribuição, em desconformidade com o ordenamento constitucional. 5. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente para declarar inconstitucional o §2º do art. 1º da Lei Complementar municipal nº 10, de 20.12.2007, do Município de Além Paraíba. (TJMG - Ação Direta Inconst 1.0000.10.026287-2/000, Relator(a): Des.(a) Caetano Levi Lopes, ÓRGÃO ESPECIAL, julgamento em 11/02/2011, publicação da súmula em 27/05/2011, grifo nosso).

Desse modo, não resta dúvida de que a previsão da concessão de adicional de periculosidade e de insalubridade aos servidores, como verba remuneratória, é manifestamente contrária aos princípios da igualdade, da impessoalidade e da moralidade, explicitamente consignados no art. 13 da Constituição do Estado de Minas Gerais, motivo pelo qual a expressão “a fim de se incorporar os adicionais de periculosidade e insalubridade” do *caput* do art. 85-B e a integralidade do §2º do art. 85-B, do Município de Muriaé, são inconstitucionais.

Vale consignar, por derradeiro, que o Supremo Tribunal Federal também já se manifestou recentemente, nesse sentido, sobre a matéria:

Ementa: Direito previdenciário. Recurso Extraordinário com repercussão geral. Regime próprio dos Servidores públicos. Não incidência de contribuições previdenciárias sobre parcelas não incorporáveis à aposentadoria. 1. O regime previdenciário próprio, aplicável aos servidores públicos, rege-se pelas normas expressas do art. 40 da Constituição, e por dois vetores sistêmicos: (a) o caráter contributivo; e (b) o princípio da solidariedade. 2. A leitura dos §§ 3º e 12 do art. 40, c/c o § 11 do art. 201 da CF, deixa claro que somente devem figurar como base de cálculo da contribuição previdenciária as remunerações/ganhos habituais que tenham “repercussão em benefícios”. Como consequência, ficam excluídas as verbas que não se incorporam à aposentadoria. 3. Ademais, a dimensão contributiva do sistema é incompatível com a cobrança de contribuição previdenciária sem que se confira ao segurado qualquer benefício, efetivo ou potencial. 4. Por fim, não é possível invocar o princípio da solidariedade para inovar no tocante à regra que estabelece a base econômica do tributo. 5. À luz das premissas estabelecidas, é fixada em repercussão geral a seguinte tese: **“Não incide contribuição previdenciária sobre verba não incorporável aos proventos de aposentadoria do servidor público, tais como ‘terço de férias’, ‘serviços extraordinários’, ‘adicional noturno’ e ‘adicional de insalubridade.”** 6. Provimento parcial do recurso extraordinário, para determinar a restituição das parcelas não prescritas.

(STF. RE 593068, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 11/10/2018, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-056 DIVULG 21-03-2019 PUBLIC 22-03-2019, grifo nosso).

Por todo o exposto, os artigos supramencionados da Lei n.º 4.628/2013, do Município de Muriaé, ao determinar a incorporação dos adicionais à remuneração dos servidores, acabou por violar o entendimento exarado pelo Supremo Tribunal Federal no RE n.º 593.068, ferindo, ainda, os princípios constitucionais da Administração Pública, previstos no art. 13 da Constituição do Estado de Minas Gerais.

CONCLUSÃO

Esta Coordenadoria de Controle de Constitucionalidade, considerando a inconstitucionalidade da legislação da Câmara Municipal;

Considerando, outrossim, que ao Ministério Públco incumbe a defesa da ordem jurídica e do regime democrático, sendo que para tanto é seu dever constitucional o combate às leis e atos normativos inconstitucionais, consoante se extrai do art. 129, IV, da Constituição da República/88; art. 120, IV, da Constituição do Estado de Minas Gerais; art. 25, I, da Lei federal n.º 8.625/93 e, ainda, dos artigos 66, I e 69, II, da Lei Complementar estadual n.º 34/94;

Considerando, também, a possibilidade do autocontrole da constitucionalidade pelo próprio Poder Legiferante, na sua condição de canal legítimo para a adequação do sistema infraconstitucional aos ditames constitucionais;

Considerando, por fim, que a *recomendação* é um dos mais úteis instrumentos de atuação do Ministério Públco, nos termos do art. 27, I, parágrafo único, e IV da Lei federal n.º 8.625/93;

RECOMENDA a Vossa Excelência a adoção de medidas tendentes à revogação da expressão "*a fim de se incorporar os adicionais de periculosidade e insalubridade*" do *caput* do art. 85-B e da integralidade do §2º do art. 85-B.

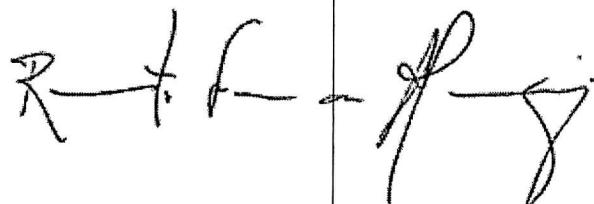
Em obediência ao inciso IV, parágrafo único, do art. 27, da Lei federal n.º 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, estipula-se o prazo de 100 (cem) dias, a contar da

data do recebimento desta, para que Vossa Excelência adote as medidas sugeridas, em sendo esse o entendimento, nos termos da disposição anterior.

Na ocasião, também nos termos do disposto no inciso IV, parágrafo único, do art. 27, da Lei Federal n.º 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, requisita-se a Vossa Excelência:

1. Divulgação adequada da presente recomendação.
2. Informações por escrito, no prazo de 10 (dez) dias, contados a partir do vencimento do prazo de 100 (cem) dias acima fixado, sobre o **posicionamento jurídico** da municipalidade acerca da recomendação, que busca, de forma consensual, o exercício democrático do autocontrole de constitucionalidade e o consequente aperfeiçoamento legislativo.

Belo Horizonte, 31 de maio de 2021.



RENATO FRANCO DE ALMEIDA
Procurador de Justiça
COORDENADORIA DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

