



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Espírito Santo
6ª Vara Federal Cível de Vitória

Av. Marechal Mascarenhas de Moraes, 1.877, 7º andar - Bairro: Monte Belo - CEP: 29053-245 - Fone: (27)3183-5234 -
www.jfes.jus.br - Email: 06vfci@jfes.jus.br

AÇÃO CIVIL PÚBLICA Nº 5011886-47.2020.4.02.5001/ES

AUTOR: SINDICATO DOS TRABALHADORES NA UNIV FED DO ESP SANTO

RÉU: UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPIRITO SANTO - UFES

RÉU: UNIÃO - ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO

SENTENÇA

I – RELATÓRIO:

Trata-se de **AÇÃO CIVIL PÚBLICA** proposta pelo **SINDICATO DOS TRABALHADORES NA UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO – SINTUFES** em face da **UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO – UFES** e da **UNIÃO FEDERAL**, na qual pleiteia a obtenção de provimento jurisdicional para: **1)** determinar que as requeridas abstenham-se de realizar qualquer desconto nas remunerações dos substituídos referentes às rubricas auxílio-transporte, adicional de insalubridade, adicional de irradiação ionizante, adicional de periculosidade e gratificação de raio-x, rubricas referentes a IN 28/2020, cujas importâncias foram pagas nos meses de março e abril de 2020, tendo em conta a boa-fé dos substituídos; **2)** Sucessivamente, seja julgada procedente a ação para determinar que as requeridas se abstenham de realizar quaisquer descontos nas remunerações dos substituídos sem a observância do devido processo legal; **3)** Sucessivamente, caso de entenda pela legalidade da reposição, seja julgada procedente a ação para determinar que as demandadas promovam o desconto no limite do patamar de 10% da remuneração mensal dos substituídos, sem incidência do percentual sobre o valor atinente aos descontos legais (PSS e IR) e que o ressarcimento limites e aos valores líquidos recebidos pelos servidores – abatidos os montantes já destinados ao PSSS e ao IRPF (PSS e IR); **4)** Seja julgada procedente a ação para determinar que as requeridas devolvam aos substituídos as importâncias eventualmente descontadas, se ocorridas, referentes às rubricas auxílio-transporte, adicional de insalubridade, adicional de irradiação ionizante, adicional de periculosidade e gratificação de raio-x, cujas importâncias foram pagas nos meses de março e abril de 2020 (17/03/2020 até 30/04/2020), com os acréscimos legais; **5)** Seja julgada procedente a ação para tornar sem efeito, relativamente aos substituídos, a aplicação dos dispositivos da IN 28/2020 relativamente ao adicional noturno (art. 4º), adicionais ocupacionais (art. 5º), mantendo-se intacto o pagamento dessas vantagens aos substituídos que as percebiam regularmente, bem como seja tornada sem efeito o artigo 6º relativamente à modificação de férias, ordenando-se que a parte demandada acate os pedidos administrativos apresentado pelos substituídos nessa situação; **6)** Como consequência de tal direito, seja a ré condenada a pagar em parcelas vencidas e vincendas as vantagens citadas no item acima a todos os substituídos que tiverem sido prejudicados por conta da aplicação da IN 28/2020, em valores corrigidos monetariamente e acrescidos de juros na forma da lei.



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Espírito Santo
6ª Vara Federal Cível de Vitória

Em síntese, a parte autora sustenta a existência de nulidade e ilegalidade do ato administrativo da Ré que determinou o desconto retroativo dos valores recebidos a título de adicionais ocupacionais de insalubridade, periculosidade, irradiação ionizante e gratificação por atividades com raios-x ou substâncias radioativas, auxílio-transporte, dos servidores que estão executando suas atividades remotamente durante o período de pandemia do novo coronavírus – COVID-19 (17/03/2020 a 30/04/2020), face a flagrante violação ao Devido Processo Legal, ao Contraditório e à Ampla Defesa, e a boa-fé dos substituídos.

Sustenta, ainda, a existência de ilegalidade do ato administrativo da Ré que determinou a suspensão do pagamento do adicional noturno, adicionais ocupacionais de insalubridade, periculosidade, irradiação ionizante e gratificação por atividades com Raios X ou substâncias radioativas, aos servidores públicos que estão executando suas atividades remotamente ou que estão afastados de suas atividades presenciais, em decorrência das medidas sanitárias adotadas decorrentes do coronavírus (COVID-19), previstas na Lei n. 13.979/20, mantendo os referidos pagamentos;

Outrossim, afirma a existência de ilegalidade de trechos da Instrução Normativa nº 28, de 25 de março de 2020, editada pelo Secretário de Gestão e Desempenho de Pessoal da Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia, bem como da Ocorrência nº 387, de 30 de março de 2020, emitida pela Secretaria de Gestão e Desempenho de Pessoal do Ministério da Economia.

Petição inicial instruída com procuração e documentos (Evento 1).

O processo foi, inicialmente, distribuído ao Juízo da 1.ª VFCEI, o qual se declarou impedido para julgar o feito (Evento 3), sendo, por isso, o processo redistribuído para esta 6.ª VFCEI.

Determinada a oitiva prévia das rés, a União apresentou manifestação e documentos (Evento 12), pugnando pelo indeferimento do pedido de liminar.

Contestação e documentos apresentados pela UFES (Evento 16), na qual suscita preliminar de conexão com o processo n.º 5009237-12.2020.4.02.5001, ajuizado pela ADUFES, perante a 2ª Vara Federal de Vitória, que possui pedido idêntico ao formulado nesta demanda, requerendo, no mérito, a improcedência do pedido autoral.

Decisão afastando a hipótese de conexão, tendo em vista que o processo apontado como conexo já foi julgado (Evento 36).

Réplica (Evento 46).

Manifestação do MPF informando não vislumbrar interesse e individual ou coletivo apto a justificar sua intervenção no feito (Evento 51).

É o relatório. Passo a decidir, fundamentadamente, na forma do art. 93, IX, da CF/88.

FUNDAMENTAÇÃO:

5011886-47.2020.4.02.5001

500000931080.V8



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Espírito Santo
6ª Vara Federal Cível de Vitória

Da Legitimidade Ativa da Entidade Sindical

De início, importa consignar a orientação jurisprudencial consolidada no âmbito no C. STJ, no sentido de reconhecer a legitimidade das entidades sindicais para a propositura de ação civil pública na hipótese de direitos individuais homogêneos, como é o caso dos autos, consoante se infere dos seguintes julgados:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEFESA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS DE SERVIDORES PÚBLICOS. CABIMENTO. LEGITIMIDADE DO SINDICATO. ISENÇÃO DE CUSTAS. APLICAÇÃO DO ART. 18 DA LEI N. 7.347/85. 1. É cabível o ajuizamento de ação civil pública em defesa de direitos individuais homogêneos não relacionados a consumidores, devendo ser reconhecida a legitimidade do Sindicato recorrente para propor a presente ação em defesa de interesses individuais homogêneos da categoria que representa. Com o processamento da presente demanda na forma de ação civil pública, plenamente incidente o art. 18 da lei n. 7.347/85, com a isenção de custas. 2. Embargos de divergência não providos. (REsp 1322166/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, CORTE ESPECIAL, julgado em 04/03/2015, DJe 23/03/2015)

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ASSOCIAÇÃO DE SERVIDORES PÚBLICOS. DEFESA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. LEGITIMIDADE. 1. A jurisprudência desta Corte sofreu acentuada evolução e, atualmente, considera que as modificações introduzidas no art. 21 da Lei nº 7.347/85 pela Lei nº 8.078/90 alargaram o alcance da ação civil pública, abrangendo a defesa de direitos individuais homogêneos não relacionados a direitos do consumidor. 2. Reconhecimento da legitimidade da associação de servidores públicos para a propositura de ação civil pública por meio da qual se almeja a proteção de direitos individuais homogêneos de seus membros. Precedente: REsp 1.199.611/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 28.10.10. 3. Recurso especial não provido. (REsp 1265463/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/03/2012, DJe 28/03/2012)

Desse modo, resta evidente a legitimação da entidade sindical para propositura da presente ação.

Da ilegitimidade passiva da União

No caso concreto, verifica-se que a União não possui pertinência subjetiva para figurar no polo passivo da presente demanda. Isto porque, conquanto que a Universidade-ré tenha dado cumprimento a uma norma editada pelo Ministério da Economia, não se está diante de hipótese de litisconsórcio passivo necessário, porquanto a União não será afetada pelas decisões proferidas neste processo.

Indubitável que eventual procedência da ação recairá unicamente sobre a esfera jurídico-patrimonial da UFES, que é Autarquia Federal e ostenta, portanto, personalidade jurídica própria, assim como patrimônio próprio.

Sendo assim, extingo o feito sem resolução do mérito, em relação à União, por ser parte ilegítima para causa, na forma do art. 485, VI, do CPC.

Mérito



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Espírito Santo
6ª Vara Federal Cível de Vitória

Analisando os autos, depreende-se que o cerne da discussão travada nos autos diz respeito à legalidade (ou não) da IN nº 28/2020 que alcança os servidores da Administração Pública Federal que executam suas atividades remotamente ou que estejam afastados de suas atividades presenciais, restringindo o pagamento de verbas e fruição de vantagens, a saber: auxílio-transporte, adicional de insalubridade, adicional de irradiação ionizante, adicional de periculosidade e gratificação de raio-x.

Conforme relatado, no caso em exame, a entidade sindical postula a declaração da ilegalidade do ato administrativo que determinou a suspensão do pagamento do adicional noturno, adicionais ocupacionais de insalubridade, periculosidade, irradiação ionizante e gratificação por atividades com Raios X ou substâncias radioativas, aos servidores públicos que estão executando suas atividades remotamente ou que estão afastados de suas atividades presenciais, em decorrência das medidas sanitárias adotadas decorrentes do coronavírus (COVID-19), previstas na Lei n. 13.979/20, com a consequente manutenção do direito dos substituídos à percepção dos adicionais/gratificações citadas, sob a alegação de ilegalidades em trechos da Instrução Normativa nº 28, de 25 de março de 2020, apontando a existência de flagrante violação ao Devido Processo Legal, ao Contraditório e à Ampla Defesa, e a boa-fé dos substituídos.

Inicialmente, faz-se mister tecer algumas considerações acerca da natureza jurídica das verbas percebidas pelos substituídos, cuja manutenção/restabelecimento se postula nesta ação.

No escólio do saudoso administrativista HELY LOPES MEIRELLES, em sua obra DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO, extrai-se que:

"[...]

Vantagens pecuniárias são acréscimos ao *vencimento* do servidor, concedidas a título definitivo ou transitório, pela decorrência do tempo de serviço (*ex facto temporis*), ou pelo desempenho de funções especiais (*ex facto officii*), ou em razão das condições anormais em que se realiza o serviço (*propter laborem*), ou, finalmente, em razão de condições pessoais do servidor (*propter personam*). As duas primeiras espécies constituem os *adicionais* (*adicionais de vencimento e adicionais de função*), as duas últimas formam a categoria das *gratificações* (*gratificações de serviço e gratificações pessoais*). Todas elas são espécie do gênero *retribuição pecuniária*, mas se apresentam com características próprias e efeitos peculiares em relação ao beneficiário e à Administração, constituindo os “demais componentes do sistema remuneratório” referidos pelo art. 39, §1.º, do CF. Somadas ao *vencimento* (padrão do cargo), resultam nos *vencimentos*, modalidade de remuneração.

Certas vantagens pecuniárias incorporam-se automaticamente ao *vencimento* (v.g. por tempo de serviço) e o acompanham em todas as suas mutações, inclusive quando se converte em proventos da inatividade (vantagens pessoais subjetivas); outras apenas são pagas com o *vencimento*, mas dele se desprendem quando cessa a atividade do servidor (vantagens de função ou de serviço); outras independem do exercício do cargo ou da função, bastando a existência da



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Espírito Santo
6ª Vara Federal Cível de Vitória

relação funcional entre o servidor e a Administração (v.g., salário-família), e, por isso, podem ser auferidas mesmo na disponibilidade ou na aposentadoria, desde que subsista o fato ou a situação que as gera (vantagens pessoais objetivas)

[...]

O que convém fixar é que as vantagens por tempo de serviço integram-se automaticamente no padrão de vencimento, desde que consumado o tempo estabelecido em lei, ao passo que as vantagens condicionais ou modais, mesmo que auferidas por longo tempo em razão do preenchimento dos requisitos exigidos para sua percepção, não se incorporam ao vencimento, a não ser quando essa integração for determinada por lei. E a razão dessa diferença de tratamento está em que as primeiras (por tempo de serviço) são vantagens pelo trabalho já feito (*pro labore facto*), ao passo que as outras (condicionais ou modais) são vantagens pelo trabalho que está sendo feito (*pro labore faciendo*), ou, por outras palavras, são *adicionais de função (ex facto officii)*, ou são *gratificações de serviço (propter laborem)*, ou, finalmente, são *gratificações em razão de condições pessoais do servidor (propter personam)*. Daí por que quando cessa o trabalho, ou quando desaparece o fato ou a situação que lhes dá causa, deve cessar o pagamento de tais vantagens, sejam elas *adicionais de função, gratificações de serviço ou gratificações em razão das condições pessoais do servidor*. [...]"

(MEIRELLES. Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, Ed. Malheiros, 42.^a ed., São Paulo, págs. 601/602)

Desse modo, tem-se que a **gratificação** tem natureza jurídica diversa de **vantagens**. Em que pese ambas sejam vantagens pecuniárias concedidas pela Administração, possuem, porém, finalidades diversas e concedidas por motivos diferentes.

O **adicional** é uma vantagem pecuniária que concedida ao servidor em razão do tempo de exercício ou em face da natureza peculiar da função, que exige conhecimento especializado ou um regime próprio de trabalho, de sorte que, por possuir natureza perene, em regra, **incorpora-se em definitivo ao patrimônio jurídico do servidor**, não podendo, por ser suprimido.

Já a gratificação é uma vantagem pecuniária atribuída em caráter precário e transitório ao servidor, em razão a execução de atividades específicas e em condições anormais de segurança, salubridade ou onerosidade, ou concedida como ajuda aos servidores para o exercício de determina função, nos termos da lei.

Vê-se, portanto, que as gratificações são concedidas aos servidores públicos em situações excepcionais (as chamadas gratificações *propter laborem*) ou em face de situações individuais do servidor (*propter personam*), diversamente dos adicionais, que são atribuídos em face do tempo de serviço (*ex facto officii*).



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Espírito Santo
6ª Vara Federal Cível de Vitória

O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento consolidado no sentido de que se a vantagem pecuniária tem natureza *propter laborem*, somente são pagas pela Administração àqueles servidores que efetivamente trabalharem sob as condições especiais que ensejaram a sua criação, conforme se infere dos arestos a seguir transcritos:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. GRATIFICAÇÃO POR SERVIÇOEXTRAORDINÁRIOS. NATUREZA PRO LABORE FACIENDO E PROPTER LABOREM.PAGAMENTO DURANTE LICENÇA-PRÊMIO. INEXIGIBILIDADE. RECURSO NÃOPROVIDO. 1. As gratificações de natureza pro labore faciendo e propter laborem são atreladas à consecução de atividades específicas, como são as de periculosidade, de insalubridade, de participação nos resultados e por horas-extras; estas gratificações, por sua natureza, somente são pagas pela Administração àqueles servidores que efetivamente trabalharem sob as condições especiais que ensejaram a sua criação. 2. Recurso ordinário a que se nega provimento. (STJ - RMS: 14210 PB 2001/0195354-1, órgão julgador: SEXTA TURMA, Relator: Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, Data de Julgamento: 26/04/2005, Data de Publicação: DJ 09/05/2005 p. 475)

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDORA PÚBLICA ESTADUAL. GRATIFICAÇÃO DE ENCARGOS ESPECIAIS. EXERCÍCIO DE FUNÇÃO DE AUDITORIA EM CONTAS MÉDICAS E ODONTOLÓGICAS. INCORPORAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. VANTAGEM DE NATUREZA PROPTER LABOREM E PRO LABORE FACIENDO. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. 1. A Gratificação cuja incorporação postula a Recorrente possui natureza propter laborem e pro labore faciendo, sendo concedida apenas pelo desempenho de determinadas atividades, e após valoração por órgão específico, razão pela qual não há direito líquido e certo a amparar o presente mandamus. 2. Inexistindo qualquer fundamento relevante que justifique a interposição de agravo regimental ou que venha a infirmar as razões consideradas no julgado agravado, deve ser mantida a decisão hostilizada por seus próprios fundamentos. 3. Agravo regimental desprovido (STJ - AgRg no RMS: 18837 MS 2004/0117675-4, órgão julgador: QUINTA TURMA, Relatora: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 15/02/2007, T5 Data de Publicação: DJ 12.03.2007 p. 260)

Assentadas tais premissas, passo à análise das vantagens pecuniárias (auxílio-transporte, adicional de insalubridade, adicional de irradiação ionizante, adicional de periculosidade e gratificação de raio-x), cujo pagamento a Entidade Sindical autora requer seja mantido em favor dos substituídos, em que pesem estes estejam executando suas atividades remotamente ou que estejam afastados de suas atividades presenciais, nos termos da orientação contida na Instrução Normativa nº 28, de 25/03/2020, editada pelo Secretário de Gestão e Desempenho de Pessoal do Ministério da Economia, em decorrência da Pandemia do COVID-19.

É consabido que a Instrução Normativa n.º 28, de 25 de Março de 2020, estabeleceu diretrizes quanto à autorização para o serviço extraordinário, à concessão do auxílio-transporte, do adicional noturno e dos adicionais ocupacionais aos servidores e empregados públicos que executam suas atividades remotamente ou que estejam afastados de suas atividades presenciais, nos termos da Instrução Normativa nº 19, de 12 de março de 2020, nos seguintes termos:

“O SECRETÁRIO DE GESTÃO E DESEMPENHO DE PESSOAL DA SECRETARIA ESPECIAL DE DESBUROCRATIZAÇÃO, GESTÃO E GOVERNO DIGITAL DO MINISTÉRIO DA ECONOMIA, no uso das atribuições que lhe confere o art. 138, inciso I, alínea "g", do



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Espírito Santo
6ª Vara Federal Cível de Vitória

Anexo I ao Decreto nº 9.745, de 8 de abril de 2019, e tendo em vista o disposto na Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, na Portaria nº 356/GM/MS, de 11 de março de 2020, e na Instrução Normativa nº 19, de 12 de março de 2020, resolve:

Objeto e âmbito de aplicação

Art. 1º Esta Instrução Normativa estabelece orientações aos órgãos e entidades do Sistema de Pessoal Civil da Administração Pública Federal - SIPEC, quanto à autorização para que os servidores e empregados públicos que executam suas atividades remotamente ou que estejam afastados de suas atividades presenciais, nos termos da Instrução Normativa nº 19, de 2020, prestem serviços extraordinários e recebam as seguintes vantagens:

I - auxílio-transporte, previsto na Medida Provisória nº 2.165-36, de 23 de agosto de 2001, e no Decreto nº 2.880, de 15 de dezembro de 1998;

II - adicional noturno, previstos na Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; e

III - adicionais de insalubridade, periculosidade, irradiação ionizante e gratificação por atividades com Raios X ou substâncias radioativas.

Serviço extraordinário

Art. 2º Fica vedado aos órgãos e entidades integrantes do SIPEC autorizar a prestação dos serviços extraordinários constantes dos art. 73 e art. 74 da Lei nº 8.112, de 1990, aos servidores e empregados públicos que executam suas atividades remotamente ou que estejam afastados de suas atividades presenciais pela aplicação do disposto na Instrução Normativa nº 19, de 2020.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos servidores e empregados públicos que exercem atividades nas áreas de segurança, saúde ou outras consideradas essenciais pelo órgão ou entidade, nos termos do Decreto 10.282, de 20 de março 2020.

Auxílio-transporte

Art. 3º Fica vedado o pagamento do auxílio-transporte aos servidores e empregados públicos que executam suas atividades remotamente ou que estejam afastados de suas atividades presenciais pela aplicação do disposto na Instrução Normativa nº 19, de 2020.

Adicional noturno

Art. 4º Fica vedado o pagamento de adicional noturno de que trata o art. 75 da Lei nº 8.112, de 1990, aos servidores e empregados públicos que executam suas atividades remotamente ou que estejam afastados de suas atividades presenciais pela aplicação do disposto na Instrução Normativa nº 19, de 2020.

Parágrafo único. Não se aplica o disposto no caput aos casos em que for possível a comprovação da atividade, ainda que remota, prestada em horário compreendido entre vinte e duas horas de um dia e cinco horas do dia seguinte, desde que autorizada pela chefia imediata.

Adicionais ocupacionais



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Espírito Santo
6ª Vara Federal Cível de Vitória

Art. 5º Fica vedado o pagamento de adicionais ocupacionais de insalubridade, periculosidade, irradiação ionizante e gratificação por atividades com Raios X ou substâncias radioativas para os servidores e empregados públicos que executam suas atividades remotamente ou que estejam afastados de suas atividades presenciais pela aplicação do disposto na Instrução Normativa nº 19, de 2020.

Das modificações de período de férias e jornada de trabalho

Art. 6º Fica vedado o cancelamento, a prorrogação ou a alteração dos períodos de férias já programadas para os servidores que exerçam suas atividades remotamente ou que estejam afastados de suas atividades presenciais por força da Instrução Normativa nº 19, de 2020.

§1º O disposto no caput poderá ser afastado mediante autorização justificada específica de titular de cargo em comissão ou função de confiança de nível igual ou superior a 5 do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS.

§2º A autorização de que trata o §1º é indelegável.

Da reversão da jornada reduzida

Art. 7 Fica vedada, durante o período de que trata o art. 9º, a reversão de jornada reduzida requerida nos termos do art. 5º da Medida Provisória nº 2.174-28, de 24 de agosto de 2001, e do art. 20 da Instrução Normativa nº 2, de 12 de setembro de 2018.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos servidores e empregados públicos que exercem atividades nas áreas de segurança, saúde ou outras consideradas essenciais pelo órgão ou entidade, nos termos do Decreto 10.282, de 20 de março 2020.

Disposições finais

Art. 8º Na hipótese de o servidor se encontrar submetido ao regime de turnos alternados de revezamento, aplica-se o disposto nesta Instrução Normativa em relação aos dias em que não houve deslocamento ao trabalho.

Parágrafo único. Para os fins dispostos nos arts. 6º e 7º sua aplicabilidade independe da condição dos servidores estarem ou não em jornadas de turnos alternados de revezamentos.

Art. 9º Esta Instrução Normativa vigorará enquanto perdurar o estado de emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (COVID-19), nos termos do art. 1º, §2º, da Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020.

Art. 10º Esta Instrução Normativa entra em vigor na data de sua publicação.” (g.n)

Dessa forma, da leitura do art. 5.º do mencionado ato normativo, constata-se a existência de vedação do pagamento de adicionais ocupacionais de insalubridade, periculosidade, irradiação ionizante e gratificação por atividades com Raios X ou substâncias radioativas para os servidores e empregados públicos que executam suas atividades remotamente ou que estejam afastados de suas atividades presenciais pela aplicação do disposto na Instrução Normativa nº 19, de 2020.

Sendo assim, verifica-se que o dispositivo supracitado, considerando a autorização anterior dada pela Administração para a prestação do serviço de forma remota (Instrução Normativa SGP/ME nº 19/2020), ao regular o pagamento dos adicionais de



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Espírito Santo
6ª Vara Federal Cível de Vitória

insalubridade, de periculosidade e de atividades penosas previstos no regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, obedeceu ao disposto no art. 68 e seguintes da Lei nº 8.112/90, notadamente diante da natureza transitória (*propter laborem*) das vantagens pecuniárias postuladas na exordial, as quais pressupõe o exercício das funções sob as condições especiais para justificar respectivo pagamento, senão vejamos:

“Art. 68. Os servidores que trabalhem com habitualidade em locais insalubres ou em contato permanente com substâncias tóxicas, radioativas ou com risco de vida, fazem jus a um adicional sobre o vencimento do cargo efetivo.

§ 1º. O servidor que fizer jus aos adicionais de insalubridade e de periculosidade deverá optar por um deles.

§ 2º. O direito ao adicional de insalubridade ou periculosidade cessa com a eliminação das condições ou dos riscos que deram causa a sua concessão.” (g.n)

Na mesma esteira, o Decreto nº 81.384/78, assim estabelece, no tocante à gratificação por atividades com raios-x ou substâncias radioativas, o Decreto nº 81.384/78:

“Art. 2º - Os direitos e vantagens de que trata este Decreto não serão aplicáveis:

I - Os servidores da União, que no exercício de tarefas acessórias ou auxiliares, fiquem expostos às irradiações, apenas em caráter esporádico e ocasional.

II - Aos servidores que estejam afastados de suas atribuições de operadores com raios-x e substâncias radioativas, exceto nas hipóteses de licenças para tratamento de saúde ou à gestante, ou quando comprovada a existência de moléstia adquirida no exercício daquelas atribuições.” (g.n)

Ainda quanto ao adicional de irradiação ionizante, o Decreto nº 877/93, assim dispõe:

“Art. 4º Sempre que houver alteração nas condições técnicas que justificaram a concessão, haverá revisão do percentual do adicional.

Parágrafo único. Se descaracterizadas as condições de que resultaram na concessão do adicional de que trata este decreto, cessará o direito a sua percepção.” (g.n)

Desse modo, reputo que assiste razão à parte ré, ao sustentar a ausência de amparo legal para a concessão dos adicionais ocupacionais, tendo em vista que o afastamento dos servidores das condições insalubres, perigosas ou penosas que justificam o pagamento das vantagens pecuniárias postuladas nesta ação.

Ademais, não vislumbro qualquer ilegalidade, tampouco inconstitucionalidade na IN 28/2020, eis que editada nos limites do Poder Regulamentar conferido à Administração Pública, não desbordando dos preceitos legais ao estabelecer vedação do pagamento dos adicionais para aqueles servidores que executam suas atividades remotamente ou que estejam



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Espírito Santo
6ª Vara Federal Cível de Vitória

afastados de suas atividades, haja vista que os dispositivos legais mencionados vedam, expressamente, o pagamento dessas vantagens pecuniárias quando cessadas as condições ou dos riscos que lhe deram causa.

Com efeito, em que pese o cenário de crise sanitária mundialmente experimentada seja uma situação de força maior e, portanto, esteja fora do âmbito volitivo dos servidores substituídos, tem-se por forçoso reconhecer a inexistência de amparo jurídico para o pagamento dos adicionais e gratificações precitadas, porquanto os diplomas legais que regulam a matéria prevêm que: (1) o direito à percepção de vantagens pecuniárias relacionadas a condições de trabalho adversas ou especiais (adicionais de insalubridade, periculosidade, irradiação ionizante e gratificação por atividades com Raios-X ou substâncias radioativas) cessa com a eliminação dos fatores ou riscos que deram ensejo à sua concessão, e (2) as verbas de caráter indenizatório destinam-se à compensação de prejuízos, o que pressupõe que estes efetivamente existam.

Além do mais, como já afirmando, não se depreende que a Administração tenha extrapolado o seu poder regulamentar ao editar a Instrução Normativa nº 28/2020, considerando a peculiaridade de instituição do trabalho remoto e a necessidade de disciplinar, inclusive, o pagamento dos indigitados adicionais, com respaldo no que está estabelecido nas normas que os criaram e regularam. Não se cuida de restrição de gozo de direitos, mas de mera aplicação dos efeitos ao que já consta disciplinado em lei.

Nesse sentido tem se manifestado a jurisprudência pátria:

Ementa DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALTERAÇÃO REMUNERATÓRIA DOS SERVIDORES. INSTRUÇÃO NORMATIVA N. 28. OFENSA AO PRINCÍPIO DA IRREDUTIBILIDADE SALARIAL. INEXISTENTE. 1. As diretrizes da Instrução Normativa nº 28/2020 não inovam, obstando apenas o pagamento de auxílios e adicionais de caráter provisório, inerentes à efetiva prestação de serviço in loco. 2. Não cabe ao Poder Judiciário reapreciar os critérios adotados pela Administração Pública, salvo quando eivados de vício de legalidade, o que, a priori, não parece ter ocorrido no presente caso. Tal prerrogativa insere-se no mérito administrativo, que corresponde à atividade discricionária da Administração Pública, quando a lei lhe confere espaços para atuar de acordo com os critérios de conveniência e oportunidade, atendendo sempre aos princípios da legalidade, publicidade, moralidade administrativa, impessoalidade. Enfim, todos aqueles expressos e implícitos no art. 37 da CF/88, e demais diplomas concernentes à atividade administrativa. (Classe: AG - AGRAVO DE INSTRUMENTO. Processo: 5037482-44.2020.4.04.0000. Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA. Data da Decisão: 15/12/2020. Relatora: Desembargador Federal VÂNIA HACK DE ALMEIDA) (g.n)

Ementa ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SERVIDOR. TRABALHO REMOTO. ADICIONAIS OCUPACIONAIS. SUSPENSÃO. POSSIBILIDADE. 1. Sempre que cessadas as condições que deram causa à percepção do adicional ocupacional, como o afastamento das condições insalubres, perigosas ou penosas, é devida a cessação do pagamento do respectivo adicional ocupacional. 2. Necessidade de análise caso a caso dos profissionais que não estão em atividade integralmente remota. 3. Não cabe ao Poder Judiciário reapreciar os critérios adotados pela Administração Pública, salvo quando eivados de vício de legalidade, o que, a priori, não parece ter ocorrido no presente caso. (Classe: AG - AGRAVO DE INSTRUMENTO. Processo: 5040562-16.2020.4.04.0000. Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA. Data da Decisão: 10/11/2020. Relatora: Desembargadora Federal VÂNIA HACK DE ALMEIDA)



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Espírito Santo
6ª Vara Federal Cível de Vitória

Quanto à alegação de ilegalidade do art. 6.º, da IN 28/2020, igualmente, entendo que não assiste razão à parte autora, haja vista que o cancelamento, a prorrogação ou a alteração dos períodos de férias já programadas, inserem-se no **juízo de oportunidade e conveniência**, inerentes à administração pública, à luz do disposto no art. 77, §3º, da Lei nº 8.112/90, cabendo a UFES, no interesse da administração, avaliar, discricionariamente, as melhores condições de trabalho imposta pela situação de pandemia.

Consoante posição jurisprudencial do C. STJ, apesar do gozo anual de férias constituir direito dos servidores, o momento para fruição é determinado de acordo com a conveniência da administração, não segundo interesse particular e individual do servidor, confira-se:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. FÉRIAS. É possibilitado à Administração que, no exercício da sua competência discricionária, defina, com análise da conveniência e oportunidade, a época de se conferir ao servidor o gozo das suas férias. O indeferimento de pleito nesse sentido, calcado na necessidade de continuação do serviço público, não caracteriza qualquer ilegalidade. Recurso desprovido. (RMS 11.656/MT, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 28/08/2001, DJ 24/09/2001, p. 322)

Aliás, não cabe ao Juiz imiscuir nos critérios adotados pela Administração Pública, concernentes ao mérito administrativo, salvo quando eivados de vício de legalidade, o que não se vislumbra na hipótese dos autos.

Logo, reputo que improcede a pretensão autoral para tornar sem efeito, relativamente aos substituídos, a aplicação dos dispositivos da IN 28/2020 relativamente ao adicional noturno (art. 4º), adicionais ocupacionais (art. 5º), mantendo-se intacto o pagamento dessas vantagens aos substituídos que as recebiam regularmente, bem como seja tornada sem efeito o artigo 6º relativamente à modificação de férias, ordenando-se que a parte demandada acate os pedidos administrativos apresentado pelos substituídos nessa situação.

Por outro lado, entendo que merece ser acolhido o pleito subsidiário, no sentido de que as parcelas percebidas pelos servidores até a determinação da ré quanto à implantação da Instrução Normativa não devem ser restituídas.

Isto porque, não há dúvidas de que houve clara mudança de interpretação da instituição de ensino ao pretender suprimir a parcela e buscar a restituição do pagamento indevido.

É de se destacar que, no que tange à restituição dos valores pagos indevidamente ao servidor público pelo ente público, ressalte-se que o E. Superior Tribunal de Justiça, em sede de julgamento de Recurso Especial Repetitivo, já teve a oportunidade de definir que os pagamentos indevidos, decorrentes de equivocada interpretação legal pela Administração, não devem ser repetidos. Vide RE 1.244.182/PB, de relatoria do Ministro Benedito Gonçalves:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. ART. 46, CAPUT, DA LEI N. 8.112/90 VALORES RECEBIDOS INDEVIDAMENTE POR INTERPRETAÇÃO ERRÔNEA DE LEI. IMPOSSIBILIDADE DE RESTITUIÇÃO. BOA-FÉ DO ADMINISTRADO. RECURSO SUBMETIDO AO REGIME PREVISTO NO ARTIGO 543-C DO CPC.I. A discussão dos autos



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Espírito Santo
6ª Vara Federal Cível de Vitória

visa definir a possibilidade de devolução ao erário dos valores recebidos de boa-fé pelo servidor público, quando pagos indevidamente pela Administração Pública, em função de interpretação equivocada de lei. 2. O art. 46, caput, da Lei n. 8.112/90 deve ser interpretado com alguns temperamentos, mormente em decorrência de princípios gerais do direito, como a boa-fé. 3. Com base nisso, quando a Administração Pública interpreta erroneamente uma lei, resultando em pagamento indevido ao servidor, cria-se uma falsa expectativa de que os valores recebidos são legais e definitivos, impedindo, assim, que ocorra desconto dos mesmos, ante a boa-fé do servidor público. 4. Recurso afetado à Seção, por ser representativo de controvérsia, submetido a regime do artigo 543-C do CPC e da Resolução 8/STJ. 5. Recurso especial não provido. (REsp 1244182/PB, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/10/2012, DJe 19/10/2012)

Ocorre que, inobstante a distinção doutrinária e administrativa inicialmente feita entre equivocada interpretação legal e erro material, o que gerou, inclusive, a edição da Súmula nº 249 do Egrégio Tribunal de Contas da União, o fato é que, recentemente, a jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça evoluiu para compreender que a distinção não se justificaria. Veja-se:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973. APLICABILIDADE. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. BENEFÍCIO RECEBIDO INDEVIDAMENTE POR ERRO DA ADMINISTRAÇÃO. BOA-FÉ. VERBA DE CARÁTER ALIMENTAR. RESTITUIÇÃO DE VALORES. IMPOSSIBILIDADE. I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Assim sendo, in casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 1973. II - Por força do princípio da irrepetibilidade dos alimentos, e, sobretudo, em razão da diretriz da boa-fé objetiva do segurado, não cabe a devolução de valores recebidos, a título de benefício previdenciário, por força de interpretação equivocada, má aplicação da lei ou erro da Administração. III - Recurso Especial não provido. (Resp 1550569/SC, DJ: 18.05.2016)

Frise-se que de tal entendimento não destoam os Tribunais Regionais Federais, o que pode ser verificado por meio do acórdão adiante colacionado:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. SERVIDOR PÚBLICO. SUPRESSÃO OU REDUÇÃO DA VANTAGEM DENOMINADA "PLANO BRESSER - INCORPORAÇÃO JUDICIAL". DECADÊNCIA ADMINISTRATIVA. ART. 54 DA LEI 9.784/99. NÃO CONFIGURADA. REPOSIÇÃO AO ERÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. VERBA DE NATUREZA ALIMENTAR. BOA-FÉ. PAGAMENTO PARCELAS PRETÉRITAS. RECONHECIMENTO ADMINISTRATIVO. INTERESSE DE AGIR. APELAÇÃO DO AUTOR PARCIALMENTE PROVIDA. APELAÇÃO DA UFMG E REMESSA OFICIAL DESPROVIDAS. 1. É pacífica a orientação jurisprudencial, e há orientação administrativa no mesmo sentido, cf. Súmula n. 106-TCU e Súmula n. 34-AGU, de que não é cabível a efetivação de descontos em folha de pagamento para fim de reposição ao erário, seja nos vencimentos ou proventos do servidor, quando se tratar de verba remuneratória por ele percebida de boa-fé, mesmo que seja indevida ou tenha sido paga a maior, por erro da Administração ou interpretação errônea ou aplicação equivocada da lei. 2. O Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial n. 1.244.182/PB, admitido como representativo de controvérsia, nos termos do art. 543-C do CPC, definiu que a interpretação errônea da Administração que resulte em um pagamento indevido ao servidor acaba por criar-lhe uma falsa expectativa de que os valores por ele recebidos são legais e definitivos, daí não ser devido qualquer ressarcimento. 3. No Mandado de Segurança n. 256.641/DF, declinou a Suprema Corte situações em que se tem por insuscetível de devolução a percepção de vantagem indevidamente paga pela Administração ao servidor: I - presença de boa-fé do servidor; II - ausência, por parte do servidor, de influência ou interferência para a concessão da vantagem impugnada; III - existência de dúvida plausível sobre a interpretação,



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Espírito Santo
6ª Vara Federal Cível de Vitória

validade ou incidência da norma infringida, no momento da edição do ato que autorizou o pagamento da vantagem impugnada; IV - interpretação razoável, embora errônea, da lei pela Administração (relator Ministro Eros Grau, DJU de 22/02/2008). 4. Na hipótese dos autos, houve a manutenção da rubrica "DECISÃO JUDICIAL TRANS JUG APO" na aposentadoria da autora, decorrente de decisão judicial consolidada sob o regime celetista. A supressão da parcela caracterizou ato de revisão da aposentadoria levada a efeito pelo TCU, em consonância com orientação da Corte de Contas relativamente à regularidade das parcelas que integram os proventos da autora. No entanto, não há que se falar em devolução dos valores recebidos de boa-fé pela parte autora nos termos da fundamentação supracitada. 5. A despeito de ter havido o reconhecimento pela UFMG dos valores devidos à parte autora e pagos a menor no período de 2005 a 2007, não houve o pagamento pela via administrativa, de modo que persiste o seu interesse em receber os valores por meio desta ação. 6. Quanto à ausência de dotação orçamentária, o argumento não merece prosperar. Ora, o direito da autora, já reconhecido por meio de decisão administrativa, não pode ficar submetido à discricionariedade do administrador, cabendo à Administração diligenciar para a inclusão da despesa na previsão orçamentária do exercício financeiro seguinte, sob pena de se chancelar a postergação indefinida a satisfação da dívida. 7. Apelação da parte autora parcialmente provida. Apelação da UFMG e remessa oficial desprovidas. TRF-1 AC 00541269520114013800 (23.06.2016)

ADMINISTRATIVO. IRREPETIBILIDADE DAS PARCELAS RECEBIDAS DE BOA-FÉ. IMPOSSIBILIDADE DE RESTITUIÇÃO. VERBA ALIMENTAR. INEXIGIBILIDADE DE REPOSIÇÃO AO ERÁRIO. 3,17 % - O STJ vem decidindo de forma reiterada que verbas de caráter alimentar pagas a maior em face de conduta errônea da Administração ou da má- interpretação legal não devem ser devolvidas quando recebidas de boa-fé pelo beneficiário, inclusive em sede de recurso repetitivo. - Quando a Administração Pública interpreta erroneamente uma lei, resultando em pagamento indevido ao servidor, cria-se uma falsa expectativa de que os valores recebidos são legais e definitivos, impedindo, assim, que ocorra desconto dos mesmos, ante a boa-fé do servidor público. - São três as situações que envolvem a possibilidade de repetição ou não de valores pagos indevidamente pela autarquia previdenciária: (i) os valores pagos indevidamente em decorrência de má-fé do segurado serão sempre restituídos ao erário; (ii) os valores pagos indevidamente por força de decisão judicial precária, ainda que recebidos de boa-fé, deverão ser restituídos ao erário; e, (iii) os valores pagos indevidamente, em caráter definitivo, em decorrência de erro da administração, desde que recebidos de boa-fé pelo segurado, são irrepetíveis. A última hipótese espelha o caso concreto. (TRF4, AC 5024669-21.2017.4.04.7200, QUARTA TURMA, Relator RICARDO TEIXEIRA DO VALLE PEREIRA, juntado aos autos em 13/03/2020)

Perceba-se que, na verdade, o caso em comento versa sobre a vedação, imposta aos sujeitos de direito em geral, e à Administração Pública em específico, de praticarem comportamentos contraditórios (*venire contra factum proprium*). Nesta linha, o *venire contra factum proprium*, no caso, significa a impossibilidade de que a Administração Pública adote condutas contraditórias que possam vir a quebrar a boa-fé objetiva, que deve pautar as atuações sociais, nos termos daquilo que se deflui do art. 422 do Código Civil. Nesse sentido, consideram-se elementos componentes do *venire contra factum proprium* (a) o comportamento; (b) a geração de expectativa; (c) investimento na expectativa gerada e (d) o próprio comportamento contraditório.

Assim, a parte demandada praticou comportamento (a) consistente no adimplemento das verbas à parte autora sem que esta tenha dado qualquer contribuição ao equívoco. É dizer: a demandada simplesmente pagou, e a parte demandante simplesmente percebeu as ditas verbas, crendo, é claro que estas se encontravam sendo pagas corretamente.



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Espírito Santo
6ª Vara Federal Cível de Vitória

Assim, gerou uma expectativa (b) na parte autora de que os valores estavam adequados, fazendo com que esta os percebesse e integralizasse-os ao seu patrimônio (investimento na expectativa gerada – c).

Logo, há que se reconhecer que não é possível à demandada pretender a devolução dos valores recebidos pelos substituídos, sob pena de praticar comportamento contraditório (d) e contrário, portanto, ao princípio da boa-fé objetiva, que deflui da norma do art. 422 do Código Civil.

Com efeito, à luz de tudo quanto foi exposto, seja pela percepção das verbas terem se dado de boa-fé, seja pelos servidores substituídos não terem contribuído para o equívoco da ré, seja, ainda, por estes valores deterem caráter alimentar, faz-se inviável a sua devolução ao Erário.

Por fim, ressalte-se que, no que tange à devolução de eventuais valores já descontados a título de ressarcimento ao erário, considerando os argumentos já esposados, com destaque para a boa-fé e para o fato da parte autora não ter dado causa ao pagamento indevido, reconheço como devida a restituição de tais valores aos servidores substituídos, se for o caso.

DA TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA

A verossimilhança do direito alegado, consubstanciada na evidência do direito afirmado, já foi aqui examinada em juízo de cognição exauriente, o que, com mais razão, justifica o deferimento da tutela de urgência.

A par disso, presente o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, tendo em vista que, por se tratar de verba de natureza alimentar, a demora do provimento jurisdicional poderá acarretar danos irreparáveis aos substituídos.

Por tais motivos, cabível a tutela de urgência, para cumprimento da obrigação de fazer pela parte ré.

III – DISPOSITIVO:

Ante o exposto, **extingo o feito sem resolução do mérito, em relação à União, por ser parte ilegítima para causa, na forma do art. 485, VI, do CPC, e JULGO PROCEDENTE EM PARTE O PEDIDO e RESOLVO O MÉRITO**, na forma do artigo 487, I do CPC, para determinar que a parte ré (UFES) se abstenha de realizar descontos nas remunerações dos substituídos referentes às verbas recebidas de boa-fé a título de auxílio-transporte, adicional de insalubridade, adicional de irradiação ionizante, adicional de periculosidade e gratificação de raio-x, pagas nos meses de março e abril de 2020, bem como a restituir eventuais valores descontados a tal título, nos termos da fundamentação supra.

Defiro a TUTELA DE URGÊNCIA, para determinar que a UFES cumpra a obrigação de fazer no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da intimação desta decisão.



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Espírito Santo
6ª Vara Federal Cível de Vitória

Sem condenação em custas e honorários advocatícios, consoante o art. 18 da Lei nº 7.347/85 (STJ. Corte Especial. EAREsp 962250/SP, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 15/08/2018).

Após o trânsito em julgado, nada sendo requerido, dê-se baixa e arquivem-se os autos.

P.R.I.

Documento eletrônico assinado por **CRISTIANE CONDE CHMATALIK, Juíza Federal**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 2ª Região nº 17, de 26 de março de 2018. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://eproc.jfes.jus.br>, mediante o preenchimento do código verificador **500000931080v8** e do código CRC **e006a256**.

Informações adicionais da assinatura:
Signatário (a): CRISTIANE CONDE CHMATALIK
Data e Hora: 30/12/2020, às 18:32:35

5011886-47.2020.4.02.5001

500000931080.V8