

AÇÃO CIVIL PÚBLICA Nº 5029287-13.2020.4.04.7100/RS

AUTOR: SIND TEC-ADM EDUC INST FED ENS VINC MINIST EDUC CULT PORTO ALEGRE
CANOAS OSORIO TRAMANDAI IMBE ROLANTE ELDORADO DO SUL GUAIBA VIAMAO E
ALVORADA

RÉU: FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE CIÊNCIAS DA SAÚDE DE PORTO ALEGRE -
UFCSPA

DESPACHO/DECISÃO

Trata-se de ação civil pública proposta pelo SINDICATO DOS TÉCNICO-ADMINISTRATIVOS EM EDUCAÇÃO DAS INSTITUIÇÕES FEDERAIS DE ENSINO VINCULADAS AO MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO E CULTURA DE PORTO ALEGRE, CANOAS, OSÓRIO, TRAMANDAÍ, IMBÉ, ROLANTE, ELDORADO DO SUL, GUAÍBA, VIAMÃO e ALVORADA contra a FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE CIÊNCIAS DA SAÚDE DE PORTO ALEGRE - UFCSPA.

Narra que, dentre as medidas adotadas para o enfrentamento da pandemia do coronavírus, o Governo Federal, por meio do Ministério da Economia, publicou a Instrução Normativa nº 21, de 16/03/2020, estabelecendo autorizações específicas para a realização de trabalho remoto por parte dos servidores públicos federais. Posteriormente, sobreveio a Instrução Normativa nº 28, de 25/03/2020, a qual previu, para aqueles que estivessem sob o regime de trabalho remoto ou de turnos alternados de revezamento, a vedação à realização de serviço extraordinário, de percepção de auxílio-transporte, adicional noturno, adicionais ocupacionais de insalubridade, periculosidade, irradiação ionizante e gratificação por atividades com raios-X ou substâncias radioativas, bem como a impossibilidade de modificação do período de férias já programado e de reversão da jornada reduzida prevista no art. 5º da Medida Provisória nº 2174- 28. Aduz que, no caso específico da ré, a Portaria nº 06/2020/PROGESP instituiu o trabalho remoto como medida profilática para a redução de risco de contaminação pelo novo coronavírus. Ressalta que os servidores não são responsáveis pela decisão de exercer as suas atribuições em modalidade diferente da presencial, sendo esta resultado de uma estratégia de combate à transmissibilidade do novo coronavírus. Pontua que não se trata de opção livre e desimpedida do servidor, cujo ônus deva ser suportado unicamente pelo agente tomador da decisão. Refere que a Instrução Normativa nº 28/2020, ao restringir o direito de acesso do servidor a adicionais *propter laborem*, o faz como se houvessem cessado as condições de trabalho que autorizam o pagamento das parcelas em um momento de normalidade. Alega que a Instrução Normativa nº 28/2020 extrapola os seus limites regulamentares, tentando extinguir direitos sem fundamento legal. Reporta-se ao disposto nos arts. 3, §§ 3º e 4º, da Lei nº. 13.979/20 e 44 da Lei nº 8.112/90, destacando que, segundo a legislação aplicável, especificamente ao momento atual, eventual ausência ao trabalho será considerada falta justificada, a qual, por ser decorrente de caso fortuito ou força maior, o que atrairia a imediata aplicação do art. 44 do RJU. Sublinha que os adicionais em

questão respondem por percentual relevante da renda dos servidores, assinalando que a Instrução Normativa nº 28/2020 causa impacto em toda a cadeia de produção e serviços, afetando toda a sociedade em cascata. De outro vértice, no que concerne à impossibilidade, determinada no normativo, de modificação do período de férias dos servidores que já as tivessem programado para o período atual de isolamento forçado, sustentou que representa afronta ao disposto nos arts 7º, inciso XVII, e 39, § 3º, da Constituição Federal. Argumenta que o período de isolamento social não se enquadra, sob nenhuma perspectiva, no conceito de férias. Assevera, ademais, que o art. 6º da Instrução Normativa nº 28/2020, para além de desarrazoado, incorreria em violação ao princípio da legalidade, ao restringir direito sem qualquer respaldo na legislação. Invoca o disposto no art. 80 da Lei nº 8.112/90. De outro lado, argui a ilegalidade do art. 7º da Instrução Normativa nº 28/2020, o qual veda a reversão de jornada prevista no art. 5º da Medida Provisória nº 2.174-28/01. Por fim, aduz que tal medida provisória foi expressa a autorizar, de acordo com o juízo de conveniência e oportunidade da Administração, a reversão da jornada eventualmente reduzida pelo servidor, pelo que se estaria diante de verdadeira regulamentação *contra legem*.

Afirma que, no caso de o Juízo não acolher o pedido principal, os valores já recebidos não devem ser devolvidos, uma vez que constituem parcelas de natureza alimentar recebidas de boa-fé.

Requer tutela de urgência, para o fim de que se suspenda a aplicação do art. 5º da IN 28/2020, com a manutenção dos pagamentos relativos às vantagens em questão, e, sucessivamente, para que se suspenda qualquer medida tendente a cobrar reposição ao erário, relativamente aos valores já recebidos a título de adicionais.

Intimada, a ré se manifestou previamente (evento 9).

O MPF limitou-se a requerer o regular prosseguimento do feito (evento 7).

Vieram os autos conclusos.

Decido.

Preliminarmente

Legitimidade Passiva da UFCSPA e Litisconsórcio Passivo com a União

Em regra, possui legitimidade para figurar como réu aquele que pratica o ato comissivo ou omissivo de que se busca a reforma ou a desconstituição. No caso em apreço, a UFCSPA, autarquia federal, possui autonomia administrativa e financeira, cabendo-lhe efetuar o enquadramento de

seus servidores, bem como o pagamento das diferenças remuneratórias correspondentes, sendo desnecessária a composição do polo passivo pela União.

Vedação Legal à Concessão de Liminares

Cumpra afastar a alegação da ré de que o provimento antecipatório pretendido encontra óbice no que dispõe a Lei nº 9.494/97, porquanto tal vedação não é irrestrita.

Observe-se, nesse particular, que o Supremo Tribunal Federal, através da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 04, reconheceu a constitucionalidade do art. 1º da Lei nº 9.494/97, que estabelece restrições à concessão de medidas liminares contra a Fazenda Pública (*Tribunal Pleno, DJE de 15/10/2008*).

Nos autos daquela ação, a Corte firmou entendimento de que, ressalvadas medidas liminares amparadas em orientação firmada no âmbito de sua própria jurisprudência (*Rcl 4628 AgR, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 27/11/2008*), é indevida, nos termos do que restou decidido na ADC 04, a concessão de liminar contra a Fazenda Pública em cinco situações:

"(a) reclassificação ou equiparação de servidores públicos; (b) concessão de aumento ou extensão de vantagens pecuniárias; (c) outorga ou acréscimo de vencimentos; (d) pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias a servidor público ou (e) esgotamento, total ou parcial, do objeto da ação, desde que refira-se, exclusivamente, a qualquer das matérias acima referidas (...)" (Rcl 6093 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 26/06/2008)." (Grifou-se)

Contudo, a situação dos autos não se subsume a nenhuma das hipóteses retratadas acima, não possuindo, a pretensão versada na exordial, caráter satisfativo e irreversível.

Rejeito, portanto, a preliminar.

Valor da Causa

Consoante é cediço, o valor atribuído à causa deve corresponder ao do seu conteúdo econômico, assim considerado aquele referente ao benefício que se pretende obter com a demanda, conforme os ditames dos artigos 291 e 292 do CPC, **não sendo cabível a sua fixação de forma aleatória.**

Em se tratando de ações coletivas, há de ser considerando, para tanto, segundo entendimento jurisprudencial assente, a soma das pretensões individuais dos substituídos, **ainda que de forma aproximada.** Nesse sentido:

*Processual civil. Recurso especial. Ação coletiva proposta por sindicato. Direitos individuais de massa. Valor da causa. Valor próximo do conteúdo econômico almejado. Possibilidade de atribuição. Alegações de omissão e nulidade no acórdão. - Rejeitam-se os embargos de declaração quando ausente omissão, contradição ou obscuridade a ser sanada. - A adoção, pelo Tribunal de origem, de posicionamento diverso da tese defendida pela parte, não dá ensejo ao reconhecimento de omissão no julgado. - Não é considerada nula a decisão fundamentadas sucintamente, desde que contenha o essencial. - Não restando comprovado dano ou prejuízo à parte, prejudicada está a decretação de nulidade processual. - **As ações coletivas não devem, a pretexto de alargarem o acesso à prestação jurisdicional, mitigar as regras processuais que fixam os parâmetros de atribuição de valor certo à causa.** - Em caso de hipossuficiência econômica para o processo, a parte não deve atribuir valor ínfimo à causa como garantia de acesso à justiça, mas sim, pleitear o deferimento dos benefícios da assistência judiciária gratuita. - **Considerando-se os pedidos formulados, deve-se atribuir um valor à causa que mais se aproxime do conteúdo econômico das pretensões deduzidas. Recurso especial não conhecido.** (REsp 659.622/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/09/2007, DJ 15/10/2007, p. 255) (grifou-se)*

*TRIBUTÁRIO. PROCEDIMENTO COMUM. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO COLETIVA. SINDICATO EM SUBSTITUIÇÃO A SERVIDORES PÚBLICOS. VALOR DA CAUSA. PROVEITO ECONÔMICO. 1. **O valor da causa deve refletir o conteúdo econômico da demanda, o que em ações promovidas por Sindicato em substituição a seus associados importa na soma do valor pleiteado por cada substituído.** Precedentes do STJ. 2. A decisão recorrida está apoiada em precedentes do Superior Tribunal de Justiça e do TRF-4ªR. (TRF4, AG 5028446-46.2018.4.04.0000, PRIMEIRA TURMA, Relator MARCELO DE NARDI, juntado aos autos em 30/01/2019)*

*AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CABIMENTO. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS DE SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS. ISENÇÃO DE ADIANTAMENTO DE CUSTAS. VALOR DA CAUSA. **É cabível o ajuizamento de ação civil pública para defender direitos individuais homogêneos de servidores públicos federais.** Precedentes desta Turma. Ante a possibilidade de processar a ação pelo rito da ação civil pública, impõe-se a aplicação da regra de isenção do adiantamento das custas processuais, tal como determina o art. 18 da Lei nº 7.347/85. **O valor atribuído à causa não pode ser aleatório ou arbitrário, devendo ser fixado pelo autor de modo a corresponder, o mais aproximadamente possível, ao proveito econômico buscado com a ação.** O controle do valor atribuído à causa pode ser realizado, por meio de impugnação da parte contrária ou por decisão, ex officio, do juiz. Agravo de instrumento parcialmente provido para confirmar a decisão inicial que determinou o processamento da ação originária como ação civil pública e reconheceu que a parte autora não está obrigada ao adiantamento das custas, por força do art. 18 da Lei nº 7.347/85. (TRF4, AG 5026660-69.2015.4.04.0000, QUARTA TURMA, Relator CÂNDIDO ALFREDO SILVA LEAL JUNIOR, juntado aos autos em 04/09/2015)*

Assim, deverá a parte autora proceder na readequação do valor da causa.

Tutela de Urgência

Para a concessão da tutela provisória de urgência, o legislador exige a concorrência de dois pressupostos - *a probabilidade do direito* e *o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo* (art. 300 do CPC) -, de molde que a simples ausência de um tem o condão de prejudicar, por inteiro, a concessão da medida.

No caso, não constato a probabilidade do direito invocado pela parte autora, pelo menos em sede de cognição sumária.

Adicional de Serviço Extraordinário

Esta é a redação do art. 2º da IN 28/2020:

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.

Nos termos do artigo 19, *caput*, da Lei nº 8.112/1990 o servidor público federal está submetido à jornada de 40 (quarenta) horas semanais, observados os limites mínimo e máximo de 6 horas e 8 horas diárias, respectivamente e o serviço extraordinário (artigo 74) só é permitido para atender a situações excepcionais e temporárias, limitado a 2 (duas) horas por jornada.

O adicional por serviço extraordinário a servidor público está previsto nos artigos 73 e 74 da Lei nº 8.112/1990, que assim dispõe:

Art. 73. O serviço extraordinário será remunerado com acréscimo de 50% (cinquenta por cento) em relação à hora normal de trabalho.

Art. 74. Somente será permitido serviço extraordinário para atender a situações excepcionais e temporárias, respeitado o limite máximo de 2 (duas) horas por jornada.

Assim, justifica-se a permissão para o exercício de horas extraordinárias *para o atendimento de situações excepcionais e temporárias, as*

quais estão expressamente vedadas no período em que o servidor estiver realizando atividade remota ou estiver afastado de suas atividades presenciais, haja vista que dependem de autorização prévia e expressa da autoridade competente, em razão da necessidade de previsão orçamentária para o correspondente pagamento.

In casu, é justamente essa autorização que foi suprimida, com respaldo legal.

Portanto, a tutela requerida em relação à suspensão da aplicação do art. 2º da IN 28/2020 é de ser indeferida.

Adicionais Ocupacionais

A Instrução Normativa nº 28/2020, assim dispõe quanto à matéria:

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.

O § 2º do art. 68 da L 8.112/1990 dispõe, de modo expresso, que o fato de o servidor não estar sob as condições que dão causa ao percebimento do adicional faz cessar o pagamento:

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.

Apenas nos casos excepcionais em que a própria lei prevê o pagamento das verbas em questão, sem o desempenho da atividade, é que se pode cogitar a preservação da rubrica em contracheque. Nos demais casos, segue-se o regramento do § 2º do art. 68 da Lei nº 8.112/1990, como se afigura a presente circunstância.

Note-se que, no caso, não há necessidade de que seja realizado laudo técnico com a finalidade de averiguar as condições gerais relacionadas ao local de trabalho, nos contextos em que se faz manifesta e evidente a não exposição aos fatores que ensejam o pagamento dos adicionais em questão.

De todo modo, cabe frisar que o regramento geral acima referido e que constou do Comunicado PROGESP (evento 1, OUT5) não obsta que situações específicas, nas quais o servidor mantenha-se, de algum forma, exposto, a despeito do regime de trabalho remoto decorrente do enfrentamento ao coronavírus (Covid-19), sejam discutidos em ação própria.

Assim, o pedido de suspensão da aplicação do art. 5º da IN 28/2020 é de ser indeferido.

Adicional Noturno

O pagamento do adicional noturno resta suspenso, pois o gestor público não tem controle sobre a carga horária exercida, tendo o servidor público autonomia e liberalidade para tanto. Em razão da impossibilidade de fiscalização do horário e carga horária exercida, não há como acolher a tese de ilegalidade veiculada na inicial quanto à supressão de tal rubrica.

Auxílio-Transporte

A verba em debate tem fundamento legal na Medida Provisória nº 2.165-36, de 23/8/2001, que assim disciplina a matéria:

Art. 1º. Fica instituído o Auxílio-Transporte em pecúnia, pago pela União, de natureza jurídica indenizatória, destinado ao custeio parcial das despesas realizadas com transporte coletivo municipal, intermunicipal ou interestadual pelos militares, servidores e empregados públicos da Administração Federal direta, autárquica e fundacional da União, nos deslocamentos de suas residências para os locais de trabalho e vice-versa, excetuadas aquelas realizadas nos deslocamentos em intervalos para repouso ou alimentação, durante a jornada de trabalho, e aquelas efetuadas com transportes seletivos ou especiais.

(...)

Art. 2º O valor mensal do Auxílio-Transporte será apurado a partir da diferença entre as despesas realizadas com transporte coletivo, nos termos do art. 1o, e o desconto de seis por cento do:

I - soldo do militar;

II - vencimento do cargo efetivo ou emprego ocupado pelo servidor ou empregado, ainda que ocupante de cargo em comissão ou de natureza especial;

III - vencimento do cargo em comissão ou de natureza especial, quando se tratar de servidor ou empregado que não ocupe cargo efetivo ou emprego.

§ 1º Para fins do desconto, considerar-se-á como base de cálculo o valor do soldo ou vencimento proporcional a vinte e dois dias.

(...)

Art. 4º Farão jus ao Auxílio-Transporte os militares, os servidores ou empregados que estiverem no efetivo desempenho das atribuições do cargo ou emprego, vedado o seu pagamento quando o órgão ou a entidade proporcionar aos seus militares, servidores ou empregados o deslocamento residência-trabalho e vice-versa, por meios próprios ou contratados com fundamento nas exceções previstas em regulamento, bem como nas ausências e nos afastamentos considerados em lei como de efetivo exercício, ressalvados aqueles concedidos em virtude de:

I - cessão em que o ônus da remuneração seja do órgão ou da entidade cedente;

II - participação em programa de treinamento regularmente instituído, conforme dispuser o regulamento;

III - júri e outros serviços obrigatórios por lei.'

Consoante se constata, o auxílio-transporte tem por finalidade recompor parte das despesas do servidor com o deslocamento entre a residência e o local do trabalho.

Os servidores que passaram a desempenhar suas atividades laborativas remotamente em decorrência da situação de pandemia do COVID-19 não terão tais dispêndios, notadamente, durante o período correspondente.

Logo, diante da natureza indenizatória do auxílio-transporte, não se vislumbra qualquer ilegalidade na suspensão de seu pagamento aos docentes que não precisarem se deslocar ao trabalho enquanto perdurar o estado de calamidade pública.

Férias

Outrossim, a vedação às alterações de períodos de férias igualmente não subsiste, sendo prerrogativa da Administração, no interesse administrativo de conveniência e oportunidade (art. 217 do RJU) sobre o desempenho de suas atividades, deliberar sobre a pertinência dos períodos de fruição pelos servidores públicos.

Quanto ao requerimento sucessivo, no sentido de suspender eventual devolução dos valores já pagos pela Administração em relação às verbas *sub judice*, me parece razoável o deferimento do pleito, pois o contrário representaria

um decréscimo a mais na remuneração dos servidores. A devolução das rubricas, contudo, será examinada quando do retorno dos servidores às atividades presenciais.

Ante o exposto, DEFIRO EM PARTE o pedido de tutela de urgência, tão somente para suspender eventual devolução dos valores já pagos pela Administração em relação às verbas aqui discutidas, cujo exame fica postergado à volta do trabalho presencial.

Intimem-se. A parte autora, inclusive, para que proceda na readequação do valor da causa ao seu conteúdo econômico, sob pena de indeferimento da inicial, com fulcro no art. 321, do CPC.

Prazo: 15 dias.

Em face da natureza pública do direito controvertido nesta ação e da sabida ausência de possibilidade ou interesse da pessoa jurídica de direito público em transigir logo no início da relação jurídico-processual, deixo de designar a audiência de conciliação/mediação prevista no art. 334 do CPC.

Ademais, caso as partes manifestem a possibilidade de conciliação no curso do processo, não há impedimento para a designação de audiência com essa finalidade a qualquer tempo.

Cite-se a ré para contestar em 30 dias e indicar especificamente as provas que pretende produzir, com os respectivos pontos controvertidos, de forma detalhada e em tópicos.

Com a vinda da contestação, intime-se a parte autora para se manifestar, no prazo de 15 dias, inclusive para indicar eventuais novas provas e para falar sobre matérias de ordem pública, tais como legitimidade, interesse, prescrição e decadência.