

Nota técnica

Brasília, 30 de março de 2020.

Ementa: Administrativo. Servidor Público. Coronavírus. IN 28/2020. Afastamento por motivo de doença. Teletrabalho. Horas extras. Adicional noturno. Supressão. Ausência de ilegalidade. Adicionais ocupacionais. Auxílio Transporte. Supressão. Ilegalidade. Efetivo exercício. Manutenção do pagamento.

A análise que segue se detém sobre a legalidade da Instrução Normativa nº 28, de 25 de março de 2020, do Secretário de Gestão e Desempenho de Pessoal da Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia, que regulamentou o recebimento de parcelas remuneratórias durante teletrabalho ou afastamento em razão da pandemia do Coronavírus (Covid-19).

Em suma, a norma: **veda** o (i) pagamento de auxílio transporte, (ii) adicionais ocupacionais, (iii) alteração de férias já programadas e (iv) reversão de jornada de trabalho reduzida em tais situações; e deixa **ao critério dos gestores** a autorização prévia para a realização (e pagamento) de (v) serviços extraordinários ou (vi) noturnos.

Eis o inteiro teor:

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

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.

Para operacionalizar a imediata suspensão dos pagamentos (com a proporcionalização para a folha de abril de 2020), foi lançada comunicação para os Dirigentes de Recursos Humanos vinculados à Coordenação-Geral de Modernização dos Processos da Folha – Ministério da Economia:

ASSUNTO: Ocorrência 387 - Trabalho Remoto Coronavírus (COVID-19)

TEXTO

Senhores Dirigentes de Recursos Humanos,

Considerando o disposto na Instrução Normativa nº 28, de 25 de março de 2020, que estabelece orientações aos órgãos e entidades do Sistema de Pessoal Civil da Administração Pública Federal ? SIPEC, quanto à autorização para serviço extraordinário, e ao pagamento do adicional noturno, dos adicionais ocupacionais e do auxílio-transporte 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, informamos que foi cadastrada na tabela de afastamento do SIAPENET a ocorrência "387 ? Trabalho Remoto Coronavírus (COVID-19)".

Este código possibilitará o correto registro da ocorrência de afastamento de que trata a citada IN, em virtude do trabalho remoto, no cadastro do servidor.

A referida ocorrência tem por objetivo, além daquele já expresso em sua denominação, suspender de forma automática os pagamentos das rubricas de serviço extraordinário, auxílio-transporte e os adicionais noturno e ocupacionais, e também ser a referência para o controle gerencial e levantamento de informações de servidores que estão em trabalho remoto, nos termos da IN nº 19, de 12 de março de 2020. O registro é obrigatório para todos os casos de trabalho remoto contemplados na referida Instrução Normativa. [...]

Para a folha a folha de pagamento do mês de abril de 2020, os cálculos serão efetuados de forma proporcional ao início das atividades remotas ou do afastamento, caso o referido código 387 esteja lançado devidamente para o servidor, ou seja, a data de início registrada deve corresponder à data real do afastamento das atividades presenciais, a contar da data da publicação da IN nº 19 - 12 de março de 2020.

Para os casos previstos no art. 8º, de servidores que se encontram submetidos ao regime de turnos alternados de revezamento, o órgão deverá providenciar o lançamento do desconto das parcelas acima citadas, proporcionalmente ao número de dias não trabalhados presencialmente.

Diante desse contexto em que, por motivos de força maior, os servidores são impossibilitados de exercerem suas atividades, o principal questionamento que surge é sobre a justiça na suspensão dos pagamentos das horas extras e adicional noturno, do auxílio-transporte e dos adicionais ocupacionais, pois lhes causará perdas salariais significativas¹.

Em relação ao pagamento dos adicionais por serviços extraordinários e noturno (artigos 73 ao 75 da Lei 8.112, de 1990²), em que pese a redação da

¹ Por não envolverem a mesma preocupação com sustento alimentar para os servidores, não será abordada a (i)legalidade da proibição de alteração de férias e jornada de trabalho.

² Lei 8.112/1990: 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

Instrução Normativa 28, de 2020, em verdade, não há alteração substancial nas rotinas para a concessão, vez que reafirma a necessidade de autorização prévia dos gestores para a sua realização³. Até mesmo porque eventual realização autorizada desses serviços sem o respectivo pagamento importaria em trabalho gratuito, vedado pelo artigo 4º da Lei 8.112, de 1990⁴.

O ponto que necessita de maior reflexão é o que se relaciona com os adicionais ocupacionais, pois não é evidente a violação direta ao princípio da irredutibilidade remuneratória⁵ pelo fato de que as parcelas tratadas pela Instrução Normativa 28, de 2020, são *propter laborem* ou episódicas⁶, o que, a princípio, legitimaria o corte⁷.

No entanto, por não se tratarem de simples parcelas indenizatórias, também como forma de reconhecer a necessidade de certa estabilidade salarial para os que recebem tais gratificações, o Decreto 97.458, de 1989, confirma a possibilidade de adicionais ocupacionais serem pagos em hipóteses de efetivo exercício, portanto, mesmo quando os servidores forem temporariamente distanciados dos agentes garantidores de tais parcelas:

atender a situações excepcionais e temporárias, respeitado o limite máximo de 2 (duas) horas por jornada. Art. 75. O serviço noturno, prestado em horário compreendido entre 22 (vinte e duas) horas de um dia e 5 (cinco) horas do dia seguinte, terá o valor-hora acrescido de 25% (vinte e cinco por cento), computando-se cada hora como cinqüenta e dois minutos e trinta segundos. Parágrafo único. Em se tratando de serviço extraordinário, o acréscimo de que trata este artigo incidirá sobre a remuneração prevista no art. 73.

³ E tal necessidade está em conformidade com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: “[...] Consoante a jurisprudência desta Corte, somente é devido o pagamento pela realização de serviço extraordinário quando, além de efetivamente trabalhado, seja autorizado pela Administração”. (AgInt no REsp 1737318/RS, Rel. Ministro Francisco Falcão, 2ª Turma, j. 12/03/2019, DJe 18/03/2019)

⁴ Lei 8.112/1990: Art. 4º É proibida a prestação de serviços gratuitos, salvo os casos previstos em lei.

⁵ Constituição da República: Art. 37 [...] XV - o subsídio e os vencimentos dos ocupantes de cargos e empregos públicos são irredutíveis, ressalvado o disposto nos incisos XI e XIV deste artigo e nos arts. 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I;

⁶ Segundo a doutrina: “[...] 16. *Gratificações* são vantagens pecuniárias atribuídas precariamente aos funcionários que estão prestando serviços comuns da função em condições anormais de segurança, salubridade ou onerosidade (*gratificações de serviço*), ou concedidas como ajuda aos servidores que apresentem os encargos pessoais que a lei especifica (*gratificações pessoais*) [...] Na feliz expressão de Mendes de Almeida “são partes contingentes, isto é, partes que jamais se incorporam aos proventos, porque pagas episodicamente ou em razão de circunstâncias momentâneas”. [...] 17. *Gratificação de serviço (propter laborem)* é aquela que a administração institui para recompensar riscos ou ônus decorrentes de trabalhos normais executados em condições anormais de perigo ou de encargos para o funcionário, tais como os serviços realizados com risco de vida e saúde, ou prestados fora do expediente, da sede ou das atribuições ordinárias do cargo. [...] **Essas gratificações só devem ser percebidas enquanto o funcionário está prestando o serviço que as ensejam, porque são retribuições pecuniárias pro labore faciendo e propter laborem. Cessado o trabalho que lhes dá causa, ou desaparecidos os motivos excepcionais e transitórios que as justificam, extingue-se a razão de seu pagamento.** Daí porque não se incorporam automaticamente ao vencimento, nem são auferidas na disponibilidade e na aposentadoria, salvo quando a lei expressamente o determina, por liberalidade do legislador”. (MEIRELLES, H. L. Vencimentos e vantagens dos servidores públicos. In. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: FGV, 1964, pp. 26 e ss)

⁷ Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: EMENTA Direito adquirido. Gratificação extraordinária. Incorporação. Servidora estatutária. 1. Cessada a atividade que deu origem à gratificação extraordinária, cessa igualmente a gratificação, não havendo falar em direito adquirido, tampouco, em princípio da irredutibilidade dos vencimentos. 2. Recurso extraordinário a que se nega provimento. (RE 338436, Rel. Min. Menezes Direito, 1ª Turma, j. 02/09/2008, DJe-222 d. 20/11/2008 p. 21/11/2008)

Art. 7º Consideram-se como de efetivo exercício, para o pagamento dos adicionais de que trata este Decreto, os afastamentos nas situações previstas no parágrafo único do art. 4º do Decreto-Lei nº 1.873, de 1981.

A remissão ao Decreto-Lei 1.873, de 1981, em especial aos incisos IV e V do artigo 4º, revela a ilegalidade da suspensão dos adicionais ocupacionais:

Art 4º - A gratificação de que trata este Decreto-lei será concedida aos servidores que se encontrarem em efetivo exercício em cidades do interior do País.

Parágrafo único - Considerar-se-ão como de efetivo exercício, para os efeitos deste Decreto-lei, exclusivamente, os afastamentos em virtude de:

I - férias;

II - casamento;

III - luto;

IV - licenças para tratamento da própria saúde, a gestante ou em decorrência de acidente em serviço;

V - prestação eventual de serviço por prazo inferior a 30 (trinta) dias, em localidade não abrangida por este Decreto-lei.

Primeiramente porque, a despeito do inciso IV do artigo 4º do Decreto-Lei 1.873, de 1981, os servidores que estão compulsoriamente afastados por força de suspeitas de contágio pelo Coronavírus estão, com a inteligência da alínea “b” do inciso VIII do artigo 102 da Lei 8.112, de 1990, estão licenciados para tratamento da própria saúde:

Art. 102. Além das ausências ao serviço previstas no art. 97, são considerados como de efetivo exercício os afastamentos em virtude de: [...]

VIII - licença: [...]

b) para tratamento da própria saúde, até o limite de vinte e quatro meses, cumulativo ao longo do tempo de serviço público prestado à União, em cargo de provimento efetivo;

Aliás, é o que reconhece a própria Instrução Normativa 19, de 12 de março de 2020, do Secretário de Gestão e Desempenho de Pessoal – Ministério da Economia, cuja Instrução Normativa 28 faz remissão:

Art. 6º Os órgãos e entidades integrantes do SIPEC poderão receber, no formato digital, **atestados de afastamento gerados por motivo de saúde enquanto perdurar o estado de emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (COVID-19).**

Depois porque é preciso considerar a incidência de toda a legislação trabalhista relativa aos adicionais ocupacionais, por força da remissão feita pelo artigo 12 da Lei 8.270, de 1991⁸, para os que estão em regime de teletrabalho, o que

⁸ Lei 8.270/1991: Art. 12. Os servidores civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais perceberão adicionais de insalubridade e de periculosidade, **nos termos das normas legais e regulamentares pertinentes aos trabalhadores em geral** e calculados com base nos seguintes percentuais:

permitirá uma leitura mais adequada do inciso V do artigo 4º do Decreto-Lei 1.873, de 1981.

Com efeito, o artigo 142 da Consolidação das Leis do Trabalho ressalta o caráter remuneratório dos adicionais ocupacionais, por assegurar o seu pagamento em períodos nos quais o trabalhador se ausenta temporariamente das condições que lhes asseguram o pagamento⁹, o que levou o Supremo Tribunal Federal (RE 672551 AgR-ED) e o Superior Tribunal de Justiça (REsp 1149071/SC) a reconhecer sua incidência sobre o vencimento básico, para todos os fins.

E justamente por conta desse caráter remuneratório, o que demanda a maior estabilidade possível como proteção decorrente da garantia constitucional dos servidores¹⁰, infirma-se a premissa da Instrução Normativa 28 de que seria automática a retirada dos adicionais ocupacionais, pois a inteligência da Súmula TST 47 advoga que o “caráter intermitente, não afasta, só por essa circunstância, o direito à percepção do respectivo adicional”.

Assim, considerando que o teletrabalho é uma condição provisória, portanto, intermitente, imposta aos servidores por motivo de força maior, deve ser assegurada a manutenção dos adicionais ocupacionais dado o seu caráter remuneratório, com base no disposto no inciso V do artigo 4º do Decreto-Lei 1.873, de 1981, no mínimo por 30 dias.

Igualmente, considerando-se que as normas sanitárias locais têm se renovado diuturnamente para fixar os períodos de “quarentena” por força do Covid-19, é razoável sustentar a renovação da garantia do inciso V do artigo 4º do Decreto-Lei 1.873, de 1981, caso ultrapassados os 30 dias iniciais, vez que permanece o efetivo exercício deslocado da sede por motivo de força maior.

No que concerne ao auxílio-transporte, mesmo se tratando de verba indenizatória instituída pela Medida Provisória nº 2.165-36, de 2001¹¹, para custear o

⁹ CLT: Art. 142 - O empregado perceberá, durante as férias, a remuneração que lhe for devida na data da sua concessão. [...] § 5º - Os adicionais por trabalho extraordinário, noturno, insalubre ou perigoso serão computados no salário que servirá de base ao cálculo da remuneração das férias.

¹⁰ Não se está a falar em irredutibilidade apenas, mas sim um dever de se manter estáveis os salários dos servidores o máximo possível, ainda que não se admita direito adquirido à regime jurídico, por decorrência da proteção do artigo 41 da Constituição da República: Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público.

¹¹ Medida Provisória nº 2.165-36, de 2001: 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. § 1º É vedada a incorporação do auxílio a que se refere este artigo aos vencimentos, à remuneração, ao provento ou à pensão. [...] 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 residênci-

deslocamento casa-trabalho, o mesmo raciocínio sobre os efeitos do efetivo exercício se aplica à parcela.

É que, para os ausentes por conta da suspeita de contágio, como se disse, devem ser considerados abarcados pela alínea “b” do inciso VIII do artigo 102 da Lei 8.112, de 1990, fato que, segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, “por não fazer a Lei 8.112/90 nenhuma exclusão em relação ao pagamento do auxílio-alimentação e vale-transporte nos períodos de férias ou de licença, tais verbas devem ser pagas durante os afastamentos previstos no art. 102 do referido diploma legal” (REsp 614.433).

Para os que estão em teletrabalho o raciocínio é mais evidente, pois, se a jurisprudência assegura o pagamento do auxílio-transporte ante as hipóteses fictas de exercício (artigo 102 da Lei 8.112), com muito mais razão deve ser mantido o pagamento àqueles que estão em teletrabalho, cujo efetivo exercício é real.

Ante o exposto, conclui-se que:

(a) a Instrução Normativa nº 28, de 25 de março de 2020, não veda o pagamento de adicional por serviços extraordinários e noturno pelos respectivos serviços que vierem a ser prestados no período, desde que haja prévia autorização das chefias;

(b) é possível questionar administrativa ou judicialmente eventual supressão dos adicionais ocupacionais e do auxílio-transporte que for feita pelos Dirigentes de Recursos Humanos de cada órgão, a pretexto do cumprimento da Instrução Normativa nº 28, de 25 de março de 2020, e da circular da Coordenação-Geral de Modernização dos Processos da Folha – Ministério da Economia, em favor dos afastados por suspeita de contaminação ou dos que realizam teletrabalho, especialmente com base nos incisos IV e V do artigo 4º do Decreto-Lei 1.873, de 1981, e no artigo 102 da Lei 8.112, de 1990;

(c) eventual impetração de mandado de segurança sobre o item “b” deverá fixar como litisconsortes passivos o responsável pela folha de pagamento de cada órgão, responsável pelo registro da “Ocorrência 387 - Trabalho Remoto Coronavírus (COVID-19)”, e o Coordenador-Geral de Modernização dos Processos da Folha – Ministério da Economia;

É a opinião.

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:



Aracéli A. Rodrigues
OAB/DF 26.720

Jean P. Ruzzarin
OAB/DF 21.006

Marcos Joel dos Santos
OAB/DF 21.203

Rudi Cassel
OAB/DF 22.256