

Procuradoria
Geral do
Estado



ESTADO DE GOIÁS
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
GABINETE

PROCESSO: 202000010016704

INTERESSADO: NIVALDA ALVES DE SALES SILVA

ASSUNTO: SOLICITAÇÃO

DESPACHO Nº 1410/2020 - GAB

EMENTA:
CONSTITUCIONAL.
ADMINISTRATIVO.
MANDADO DE
INJUNÇÃO. SERVIDOR
PÚBLICO. ADICIONAL
NOTURNO. EFEITOS
SUBJETIVOS E
TEMPORAIS.
CUMPRIMENTO
VOLUNTÁRIO DA
DECISÃO.
PARÂMETROS. ELEIÇÃO
DO PRESENTE
DESPACHO COMO
REFERENCIAL PARA
FINS DE APLICAÇÃO
DA PORTARIA Nº 170-
GAB/2020-PGE.

1. Trata-se de pedido formulado pela ex-servidora aposentada no cargo de Auxiliar de Enfermagem, *Sra. Nivalda Alves de Sales Silva*, por intermédio de advogada, de pagamento de adicional noturno retroativo aos últimos 05 (cinco) anos, a partir da aplicação dos arts. 95, inciso IV, da Constituição do Estado da Goiás e 75 da Lei Federal nº 8.112/90, com alegado amparo em acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Goiás no Mandado de Injunção nº 118994-05.2016.8.09.0000 (000012919275).

2. A questão jurídica foi analisada pela **Procuradoria Setorial da Secretaria de Estado da Saúde**, por meio do minucioso **Parecer PROCSET nº 526/2020** (000014597845), do qual se extraem os seguintes assertos: **i)** no evento nº 000013085959, consta a informação sobre a aposentadoria da interessada em novembro de 2018; **ii)** a Gerência de Gestão e Desenvolvimento de Pessoas da Pasta, nos termos do **Memorando nº 411/2020 GGDP** (000013071050, processo SEI nº 202000010017676), solicitou a manifestação da "Procuradoria Setorial quanto aos diversos pleitos de servidores e ex-servidores de pagamento retroativo da verba em questão, protocolados por advogados"; **iii)** há irregularidade na representação da postulante, pois a procuração anexada ao requerimento outorga à advogada poderes específicos, mas para atuação em seara distinta, sendo o defeito, todavia, sanável; **iv)** o mandado de injunção nº 118994-05.2016.8.09.0000 foi impetrado pelo

Sindicato dos Policiais Civis do Estado de Goiás (SINPOL-GO) "e, no julgamento do feito, a ordem injuncional foi concedida exclusivamente aos servidores públicos representados pela entidade patrocinadora da ação. Logo, por força dos limites subjetivos da coisa julgada, os seus efeitos não se estendem a servidores públicos, potencial ou efetivamente, representados por outros sindicatos, como a ora requerente", conforme apontado no **Despacho n° 157/2020 GAB** (000011293241, processo SEI n° 202000007004122); **v)** todavia, nos autos do mandado de injunção n° 104627-44.2014.8.09.0000, impetrado pelo Sindicato dos Trabalhadores do Sistema Único de Saúde de Goiás (Sindsaúde-GO) em face do Governador do Estado, o Tribunal de Justiça local concedeu a ordem injuncional, declarando a omissão legislativa relativamente ao adicional noturno e determinando que, no prazo máximo de 180 (cento e oitenta dias), fosse "[...] finalizada a atividade legiferante a respeito do adendo discriminado no parágrafo anterior, sob pena de integral aplicação do art. 73, e seus parágrafos, da Consolidação das Leis do Trabalho, em benefício dos associados do SINDSAUDE/GO – SINDICATO DOS TRABALHADORES DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE DE GOIÁS"; **vi)** o cumprimento da decisão judicial foi orientado por meio do **Ofício n° 3507/2020 PGE** (000012645328), de 22/04/2020, expedido pela Procuradoria Judicial após a matéria restar orientada pelo **Despacho n° 370/2020 GAB** (000012153402, processo SEI n° 202000003003025), nos seguintes termos: "A) Pagamento de adicional noturno no percentual de 20% (vinte por cento) a todos os servidores da saúde que laborem no período compreendido entre 22:00 e 05:00, haja vista o disposto no artigo 73 da Consolidação das Leis do Trabalho; B) O pagamento de adicional noturno, por força da referida decisão judicial, deverá abarcar o período de 11.11.2019 (cento e oitenta dias após o trânsito em julgado) a 27.07.2020, data imediatamente anterior à entrada em vigor da Lei Estadual 20.756/2020 (que institui o novo regime jurídico dos servidores públicos civis do Estado de Goiás, das autarquias e fundações públicas e disciplinou a questão de forma diversa)"; **vii)** a natureza da ordem injuncional, em consonância com a teoria concretista intermediária, seguida pela Lei Federal n° 13.300, de 23 de junho de 2016, seria constitutiva, possuindo tais decisões, normalmente, eficácia *ex nunc*; **viii)** "o direito ao recebimento do adicional noturno pelos servidores da Pasta da Saúde, conforme explicitado na orientação de cumprimento de decisão judicial emitida pela Procuradoria Judicial da PGE (v. 000012645328), somente se tornou exigível a partir de 11/11/2019 (11/05/2019, data do trânsito em julgado da decisão, + 180 dias, prazo para regulamentação)"; **ix)** nos termos do art. 11, *caput*, da Lei Federal n° 13.300/2016, "[...] a norma regulamentadora superveniente opera efeitos *ex nunc*, para a frente, e apenas incidirá para os beneficiários da decisão definitiva de procedência do mandado de injunção, se for mais favorável"; **x)** conforme o disposto no arts. 5°, inciso XXXVI, da CF/88 e 6° da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei n° 4.657, de 04 de setembro de 1942), "[...] a norma jurídica é criada para valer para o futuro, não para o passado. Entretanto, eventualmente, pode uma determinada norma atingir também os fatos pretéritos"; e, **xi)** "a Lei estadual n° 20.756/2020, que introduziu o novo regime jurídico para os servidores públicos civis do Estado de Goiás e entrou em vigor, na esteira do seu art. 297, em 28/07/2020, no seu art. 125 regulamentou o adicional noturno. Contudo, não tem previsão expressa de efeitos retroativos e, por isso, não alcança acontecimentos passados". Ao final, opinou:

"[...] pelo indeferimento do pedido da ex-servidora, aposentada em 11/2018, de percepção retroativa do adicional noturno, uma vez que, em resumo: o acórdão do TJGO exarado no Mandado de Injunção impetrado pelo Sindsaúde-GO (Processo Judicial n° 104627-44.2014.8.09.0000), decisão judicial constitutiva, temporária e de eficácia prospectiva (para a frente), viabilizou o pagamento desse direito apenas a partir de 11/11/2019; ademais, a Lei estadual n° 20.756/2020, o novo Estatuto do funcionalismo público estadual, que entrou em vigor em 28/07/2020, regulamenta no art. 125 o adicional noturno para todos os servidores públicos estaduais e não tem efeitos retroativos."

3. Com o breve relato acima, segue pronunciamento.

4. Inicialmente, destaco que o acórdão proferido no Mandado de Injunção n° 104627-44.2014.8.09.0000 (Rel. Des. João Waldeck Felix de Souza) foi julgado em 09/09/2015, de modo que a análise jurídica dos efeitos da decisão judicial deve dialogar com a evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, bem como o disposto na Lei Federal n° 13.300/2016. Desde logo, transcrevo o dispositivo da decisão:

"EX POSITIS, no alinhamento do órgão de cúpula ministerial, concedo a ordem injuntiva encarecida.

Declaro a omissão legislativa relativamente ao adicional noturno, conforme preconizado no art. 7°, IX, c/c art. 39, §3°, ambos da CF/88 e art. 95, VI, da Constituição Federal.

Por conseguinte, determino que, no prazo máximo de 180 (cento e oitenta dias), seja finalizada a atividade legiferante a respeito do adendo discriminado no parágrafo anterior, sob pena de integral aplicação do art. 73, e seus parágrafos, da Consolidação das Leis do Trabalho, em benefício dos associados do SINDSAUDE/GO – SINDICATO DOS TRABALHADORES DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE DE GOLÁS.

Confiro eficácia erga omnes ao presente julgado para todos os servidores públicos estaduais vinculados ao Sistema Único de Saúde.

Sem honorários advocatícios (art. 25, da Lei 12.016/09, c/c art. 24, §único, da Lei 8.038/90, c/c art. 1º, da Lei 8.658/93)."

5. Acerca dos **efeitos temporais da decisão** em mandado de injunção é necessário analisar sua natureza jurídica, relacionando, igualmente, com seu conteúdo. Neste ponto, ressalto que o caráter constitutivo se verifica no plano da criação da norma e sua aplicação do caso concreto; enquanto o caráter mandamental se dá com a mera determinação à autoridade competente da expedição da norma regulamentadora¹.

6. Para além de discussões doutrinárias, a questão encontra reflexo na própria jurisprudência do Pretório Excelso, que evoluiu da mera ciência ao órgão omissio na regulamentação (QO no MI 107, rel. min. Moreira Alves, j. 23/11/89), passando a garantir reparação em perdas e danos após o transcurso do prazo (MI 283-5, rel. min. Sepúlveda Pertence, j. 20/03/91), até, enfim, assegurar o próprio direito ao término do prazo para regulação (MI 232-1, rel. min. Moreira Alves, j. 02/08/91).

7. Outrossim, é preciso observar que a decisão proferida no mandado de injunção nº 104627-44.2014.8.09.0000, ao adotar a *teoria concretista intermediária*, conferiu natureza dúplice à decisão, caracterizada pelo aspecto mandamental em razão da estipulação de prazo para regulamentação, bem como o caráter constitutivo ao definir a aplicação da norma jurídica, apenas no caso em que mantida a mora legislativa. Com isso, o **termo inicial** dos efeitos do "decisum" só ocorre a partir do transcurso do prazo para regulamentação, pois é a partir de então, com a incidência do caráter constitutivo - capaz de modificar a relação jurídica -, que o direito passou a integrar a órbita jurídica dos interessados.

8. Neste ponto, realço a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás colacionada no opinativo², exarada nos processos de cumprimento do acórdão proferido no julgamento do MI nº 118994-05.2016.8.09.0000³, situação em que também foi adotada a *teoria concretista intermediária*⁴, concluindo o Tribunal local que a exigibilidade do pagamento da parcela remuneratória só ocorreria após o transcurso do prazo conferido para a regulação da matéria.

9. Finalmente, com a edição da Lei Estadual nº 20.756/2020 (com vigência a partir de 28/07/2020⁵), regulamentando o adicional noturno nos termos de seu art. 125, a decisão do mandado de injunção deixa de produzir efeitos, por força do art. 9º da Lei nº 13.300/2016, destacando-se que a norma não contém previsão mais benéfica do que a aplicação do art. 73 da CLT, de forma que a lei estadual não produzirá efeitos retroativos (art. 11 da Lei Federal nº 13.300/2016).

10. Dessa forma, **reafirmo** a orientação contida no **Despacho nº 370/2020 GAB⁶**, **ressalvando**, tão somente, a existência de erro material na referida orientação quanto à fixação do termo inicial dos efeitos temporais da decisão judicial (**08/11/2019**, e não 11/11/2019), de modo a orientar que eventual cumprimento voluntário observe o interregno dos referidos efeitos temporais, **sendo exigível, portanto, apenas no período entre 08/11/2019 e 27/07/2020**.

11. Em relação aos **efeitos subjetivos da decisão**, destaco que, anteriormente à Lei nº 13.300/2016⁷, não havia estipulação expressa da questão, de modo que a sua definição era feita de maneira casuística, adotando o Supremo Tribunal Federal⁸, como regra geral, a produção de efeitos limitados às partes (*inter partes*), mas admitindo-se a possibilidade de conferir efeitos gerais (*erga omnes*), tal como ocorreu no MI nº 708, rel. min. Gilmar Mendes, j. 25/08/2007; e no MI nº 943, rel. min. Gilmar Mendes, j. 06/02/2013. Quanto ao ponto, saliento que a decisão ora analisada estipulou expressa produção de efeitos subjetivos *erga omnes*,

alcançando “*todos os servidores públicos estaduais vinculados ao Sistema Único de Saúde*”, de modo que não é necessário verificar se o servidor interessado é integrante da classe que figurou no polo ativo da impetração.

12. Ademais, saliento que a decisão do mandado de injunção assegurou a integração da lacuna normativa com a aplicação do art. 73 da Consolidação das Leis do Trabalho, disposição com conteúdo material diverso do art. 75 da Lei Federal nº 8.112/1990 - que assegura o acréscimo de 25% do valor-hora, em detrimento do acréscimo de 20%, do regime celetista. Portanto, eventual cumprimento voluntário deverá observar os estritos limites da decisão, cabendo o pagamento de valores em concordância com o art. 73 da CLT.

13. Por fim, observo que o cumprimento voluntário do mandado de injunção não é obstado por limitações financeiras, em consonância com orientação desta Casa, na qual se apontou que “*a concessão de vantagem ou adequação de remuneração decorrente de sentença judicial constitui uma exceção à vedação a criação de novas despesas pelo Poder que houver incorrido em excesso de gastos, conforme inteligência do art. 22, parágrafo único, inciso I, da LRF*” (**Despacho nº 1926/2019 GAB⁹**). Também, a mesma orientação é aplicável em face da Lei Complementar nº 173/2020, que contém exceção ao limite de aumento de gastos, quando derivado de sentença judicial transitada em julgado anterior à calamidade pública (art. 8º, inciso I).

14. Com as ponderações acima, **firmo como orientação referencial as conclusões dos itens 10 a 13**, e avanço nas soluções ao caso concreto.

15. Em relação à irregularidade na representação da interessada, acresço, tão somente, que na esteira do disposto no art. 3º, inciso IV, da Lei Estadual nº 13.800, de 18 de janeiro de 2001, o administrado tem o direito de se fazer assistir, **facultativamente**, por advogado, salvo quando obrigatória a representação, por força de lei. Dessa forma, **oriento** que tanto a parte quanto seu patrono sejam intimados, em conformidade com a legislação de regência, do teor da decisão administrativa referente ao pleito sob análise.

16. De outro giro, em se tratando de pedido formulado por servidora pública aposentada em novembro de 2018, para além da impossibilidade do pagamento retroativo dos últimos 5 (cinco) anos, vislumbro que o **indeferimento total** do pedido se impõe, tendo em vista que a decisão do mandado de injunção só veio a produzir efeitos constitutivos no momento em que a interessada já não mais integrava o serviço ativo.

17. Com os **acréscimos** e a **ressalva** acima, **aprovo o Parecer PROCSET nº 526/2020** (000014597845).

18. Orientada a matéria, encaminhem-se os presentes autos à **Secretaria de Estado da Saúde, via Procuradoria Setorial**, para conhecimento e adoção das medidas pertinentes. Antes, porém, cientifiquem-se do teor desta **orientação referencial** as **Chefias da Procuradoria Judicial**, das **Procuradorias Regionais**, das **Procuradorias Setoriais da Administração direta e indireta** e do **CEJUR** (este último, para os fins do art. 6º, § 2º, da Portaria nº 127/2018 GAB). Doravante, os Procuradores-Chefes de Procuradorias Setoriais deverão, diretamente, orientar administrativamente a matéria em feitos semelhantes, perfilhando as diretrizes deste Despacho referencial, conforme art. 2º da Portaria nº 170-GAB/2020-PGE¹⁰.

Juliana Pereira Diniz Prudente

Procuradora-Geral do Estado

¹ Nesse sentido: *BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise da jurisprudência. 8 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.*

2 “AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM EXECUÇÃO DE ACÓRDÃO NO MANDADO DE INJUNÇÃO. PAGAMENTO DE ADICIONAL NOTURNO. POLICIAIS CIVIS DO ESTADO DE GOIÁS. GARANTIA CONSTITUCIONAL. ARTS. 7º, INC. IX, E 39, §3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E ART. 95, INC. VI, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. TERMO INICIAL. ADOÇÃO DA TEORIA CONCRETISTA INTERMEDIÁRIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS. DESMEMBRAMENTO. INADMISSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS NOVOS. DECISÃO MANTIDA. 1. Em relação aos efeitos da decisão proferida no aludido mandado de injunção, foi adotada a posição concretista intermediária fixando prazo ao poder omissivo, para que este elaborasse a norma regulamentadora. Somente após decorrido o prazo estipulado e permanecendo a inércia do órgão, o autor passaria a ter o direito pleiteado. Destarte, o marco inicial da exigibilidade do pagamento do adicional noturno pleiteado será devido após o decurso do prazo concedido, de 180 (cento e oitenta) dias do trânsito em julgado do acórdão proferido nos autos originários, conforme restou consignado na decisão agravada. (...) (Processo nº 5573061-56.2019.8.09.0000 - Agravo Interno em Embargos de Declaração em Execução de Acórdão de Mandado de Injunção, ac. unân. do Órgão Especial, Pres.-Rel. Des. Walter Carlos Leme, j. em 27/05/2020, DJ de 03/06/2020) Em igual sentido, são os acórdãos proferidos nos Processos: nº 5570153-26.2019.8.09.0000, nº 5580540-03.2019.8.09.0000, nº 5569818-07.2019.8.09.0000; nº 5572923-89.2019.8.09.0000 e nº 5569488-10.2019.8.09.0000 (todos publicados no DJ de 03/06/2020).”

3 O posicionamento tem sido reiterado nos diversos casos de cumprimento daquele Acórdão, tal como se vê: AgIn ED MI nº 5619971-44.2019.8.09.0000, rel. des. Walter Carlos Lemes, j. 20/07/2020; AgIn ED MI nº 5573032-06.2019.8.09.0000, rel. des. Walter Carlos Lemes, j. 06/07/2020; AgIn ED MI nº 5644821-65.2019.8.09.0000, rel. des. Walter Carlos Lemes, j. 22/06/2020, entre outros.

4 Afirmação feita, no âmbito desta Casa, por meio do Despacho nº 1104/2019 GAB (processo nº 201900003003704).

5 Despacho nº 392/2020 GAB (processo nº 202011129001261).

6 Processo administrativo nº 202000003003025.

7 Atualmente, a questão é tratada no art. 9º da Lei nº 13.300/2016.

8 Mandado de injunção coletivo também já era admitido pelo STF: MI nº 361, rel. min. Sepúlveda Pertence.

9 Processo administrativo nº 201900003003704.

10 “Art. 2º Editado o despacho referencial a que alude o inciso I do art. 1º desta Portaria e o § 8º do art. 2º da Portaria nº 130/2018-GAB, incumbirá aos Procuradores-Chefes de Procuradorias Setoriais a fixação de orientação administrativa conclusiva em consultas, solicitações e medidas correlatas, na esteira da delegação outorgada pelo art. 5º, II, da Portaria nº 127/2018-GAB, desta Procuradoria-Geral.”

GABINETE DA PROCURADORA-GERAL DO ESTADO



Documento assinado eletronicamente por **JULIANA PEREIRA DINIZ PRUDENTE, Procurador (a) Geral do Estado**, em 26/08/2020, às 11:09, conforme art. 2º, § 2º, III, "b", da Lei 17.039/2010 e art. 3ºB, I, do Decreto nº 8.808/2016.



A autenticidade do documento pode ser conferida no site http://sei.go.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=1 informando o código verificador **000014853971** e o código CRC **9F2174B7**.

ASSESSORIA DE GABINETE

RUA 2 293 Qd.D-02 Lt.20 - Bairro SETOR OESTE - CEP 74110-130 - GOIANIA - GO - ESQ. COM A AVENIDA REPÚBLICA DO LÍBANO, ED. REPUBLICA TOWER (62)3252-8523



Referência: Processo nº 202000010016704



SEI 000014853971