

POSSIBILIDADE DE MANUTENÇÃO DE SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL EM REGIME REMOTO

A Apufsc-Sindical encaminha consulta jurídica acerca da possibilidade de manutenção do exercício de atividades docentes em regime remoto dos servidores que apresentem condições ou fatores de risco.

Pois bem.

No mês de outubro de 2021, a Secretaria de Gestão e Desempenho de Pessoal do Ministério da Economia editou a **INSTRUÇÃO NORMATIVA SGP/SEDGG/ME nº 90, de 28/09/2021**, com a finalidade de regulamentar o retorno às atividades presenciais dos órgãos, entidades e autarquias que compõem a administração pública federal.

A norma estabelece que, a partir de sua edição, todos os servidores públicos federais vinculados as referidas pessoas jurídicas de direito público “ficam elegíveis para fins de retorno ao trabalho presencial, observados os requisitos do art. 3º” (art. 2º).

A exceção à possibilidade de retorno recai sobre os servidores que se enquadrem no conceito de **grupo de risco**, situação prevista no **art. 4º** da Instrução Normativa SGP/SEDGG/ME nº 90:

Art. 4º Deverão permanecer em trabalho remoto, mediante autodeclaração, as seguintes situações abaixo:

I - servidores e empregados públicos que apresentem as condições ou fatores de risco descritos abaixo:

a) idade igual ou superior a 60 anos; b) tabagismo; c) obesidade; d) miocardiopatias de diferentes etiologias (insuficiência cardíaca, miocardiopatia isquêmica etc.); e) hipertensão arterial; f) doença cerebrovascular; g) pneumopatias graves ou descompensadas (asma moderada/grave, DPOC); h) imunodepressão e imunossupressão; i) doenças renais crônicas em estágio avançado (graus 3, 4 e 5); j) diabetes melito, conforme juízo clínico; k) doenças cromossômicas com estado de fragilidade imunológica; l) neoplasia maligna

(exceto câncer não melanótico de pele); m) cirrose hepática; n) doenças hematológicas (incluindo anemia falciforme e talassemia); e o) gestação.

II - servidores e empregados públicos na condição de pais, padrastos ou madrastas que possuam filhos ou responsáveis que tenham a guarda de menores em idade escolar ou inferior, nos locais onde ainda estiverem mantidas a suspensão das aulas presenciais ou dos serviços de creche, e que necessitem da assistência de um dos pais ou guardião, e que não possua cônjuge, companheiro ou outro familiar adulto na residência apto a prestar assistência.

§ 1º A comprovação das condições dos incisos I e II do caput ocorrerá mediante a forma da respectiva autodeclaração constante dos Anexos a esta Instrução Normativa, encaminhada para o e-mail institucional da chefia imediata, resguardadas as informações pessoais e sigilosas.

§ 2º A prestação de informação falsa sujeitará o servidor ou empregado público às sanções penais e administrativas previstas em Lei.

§ 3º O disposto nos incisos I e II do caput não se aplicam aos servidores e empregados públicos em atividades nas áreas de segurança, saúde ou de outras atividades consideradas essenciais pelo órgão ou entidade. [...]

Como se observa, o dispositivo legal acima transcrito permite ao servidor que apresentar alguma das condições ou fatores de risco listadas, continuar exercendo suas atividades de forma remota. Contudo, merece atenção a exceção prevista no §3º, que ressalva a aplicação dos incisos I e II do art. 4º da Instrução em relação aos servidores trabalham em “áreas de segurança, saúde ou de outras atividades consideradas essenciais pelo órgão ou entidade”.

Isto porque, salvo melhor juízo, a ressalva quanto à essencialidade do serviço, prevista no mencionado §3º, confere ao administrador público discricionariedade para convocar seus servidores do grupo de risco para retornar às atividades presenciais, **a depender do que o órgão ou entidade definir como atividade essencial, além das áreas de segurança ou saúde.**

E foi nesse contexto que a Universidade Federal de Santa Catarina publicou, dentre outros atos administrativos, a **Portaria Normativa nº 430/2022/GR**, de 15 de março de 2022, que não apenas autorizou a retomada total das atividades administrativas e acadêmicas da UFSC e do HU presencialmente a partir de **04/03/2022**, como determinou expressamente a natureza **essencial das atividades administrativas e acadêmicas**, conforme se verifica pela leitura do §1º do art. 1º da referida Portaria:

§ 1º Para o atendimento do contido nesta portaria normativa, fica estabelecido que as atividades administrativas e acadêmicas são atividades essenciais, nos termos do § 3º do art. 4º da Instrução Normativa nº 90, editada pelo Ministério da Economia. (Grifei).

Ou seja, a princípio, considerando à inclusão das atividades administrativas e acadêmicas como essenciais pela UFSC, os servidores que possuem alguma das condições de saúde listadas no rol do art. 4º, I e II, da Instrução Normativa nº 90 do ME, não podem permanecer em regime de trabalho remoto.

Todavia, em que pese a referida Instrução Normativa ter conferido poder discricionário a Administração Pública para estabelecer quais são as atividades consideradas essenciais, como visto, se faz indispensável analisar a matéria sob a perspectiva de sua legalidade.

Inicialmente, cumpre salientar que a Instrução Normativa acima mencionada trata-se **ato normativo infralegal** (lei *lato sensu*), com nítida função regulamentar determinada previsão legal ou decreto, jamais podendo **criar obrigações ou restrições de direitos que nem a Constituição Federal, nem a lei, preveem**. Ou seja, é um ato administrativo que deve estar subordinado e em consonância com o ordenamento jurídico.

No caso da Instrução Normativa nº 90 do Ministério da Economia, salvo melhor juízo, não há menção expressa no ato administrativo a respeito de qual lei ou decreto a fundamenta, de forma que se pode argumentar pela **existência de excesso de poder regulamentar** por parte do Ministério da Economia ao conferir aos órgãos públicos, entidades e autarquias, discricionariedade para definir o que deve ou não ser considerado atividade essencial.

Sob essa perspectiva, a inclusão das atividades administrativas e acadêmicas como essenciais pela UFSC pode, a princípio, se considerada ilegal, uma vez que somente a lei poderia realizar essa delimitação, o que pode ser entendido como uma ofensa ao Princípio da Legalidade, previsto no art. 37, *caput*, da Constituição Federal.

Não obstante, também é importante inserir o objeto em discussão quanto a possível ofensa ao direito constitucional à saúde e aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, previstos no art. 2º, caput, da Lei nº 9.784/1999, que devem ser observados pela Administração Pública.

Sobre o direito à saúde, a Constituição Federal o consagrou como princípio basilar do Estado Democrático de Direito, elevando-o à categoria de direito social, conforme preconiza o texto do artigo 6º da Carta Magna:

Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

No mesmo sentido, versa o art. 196 da Constituição Federal:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Assim sendo, pode-se sustentar que muito embora o cenário epidêmico tenha apresentado melhora em relação aos últimos meses, o retorno ao regime de trabalho presencial de servidores que possuem condições ou fatores de risco previstas no art. 4º da Instrução Normativa nº 90 do ME, pode efetivamente causar graves prejuízos à saúde desses professores e professoras e, portanto, violar o direito à saúde constitucionalmente positivado.

Por outro lado, ao falar sobre o princípio da razoabilidade, o jurista **Hely Lopes Meirelles** esclarece que:

Sem dúvida, pode ser chamado de princípio da proibição de excesso, que, em última análise, **objetiva aferir a compatibilidade entre os meios e os fins, de modo a evitar restrições desnecessárias ou abusivas por parte da Administração Pública, com lesão aos direitos fundamentais.** (in MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 86 – grifou-se)

Quanto ao princípio da razoabilidade, cabe invocar no presente caso a definição da jurista **Fernanda Marinela**:

O princípio da proporcionalidade **exige equilíbrio** entre os meios de que se utiliza a Administração e os fins que ela tem de alcançar, segundo os padrões comuns da sociedade em que se vive, analisando sempre cada caso concreto. **A atuação proporcional da autoridade pública exige também uma relação equilibrada entre o sacrifício imposto ao interesse de alguns e a vantagem geral obtida, de modo a não tornar a prestação excessivamente onerosa para uma parte.**” (MARINELA, Fernanda. Direito administrativo. 14 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 110, grifei).

Nesse contexto, considerando que no caso em apreço existe, de um lado, o interesse da Universidade em retornar à normalidade das atividades administrativas e acadêmicas em regime presencial, pretensamente visando a promoção do direito a educação e o desenvolvimento científico de excelência e, de outro, a inequívoca probabilidade prejuízos à saúde do servidor acometido por condições de risco pré-existentes, por conta da submissão ao regime de trabalho presencial, entende-se que é possível argumentar pela violação aos princípios acima mencionados.

Isto porque, ao exigir que esses servidores sejam expostos a um ambiente com maior probabilidade de infecção pelo Covid-19, pode-se aduzir que se trata uma obrigação excessiva e desnecessariamente gravosa para o docente, na medida em que o meio mais equilibrado e proporcional para preservar tanto a continuidade das atividades docentes, quanto a saúde dos servidores, é a manutenção do trabalho de forma remota.

Afinal, é possível preservar a qualidade do ensino e a saúde desses servidores sem a necessidade de submetê-los ao regime de trabalho presencial, no qual uma das partes estará mais vulnerável a adoecer.

Contudo, em relação ao entendimento jurisprudencial sobre a matéria abordada neste parecer, lamentavelmente, os precedentes judiciais localizados até o momento em que se escreve esta minuta não são favoráveis aos servidores públicos.

O **primeiro** deles é uma decisão proferida nos autos do Agravo de Instrumento nº 1039577-65.2021.4.01.0000, interposto pelo **SINDIFISCO NACIONAL – Sindicato Nacional dos Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil**, em trâmite perante o Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

A entidade se insurgiu contra o art. 1º do art. 1º da Portaria RFB nº 74, de 20/10/2021, que, revogando em parte a Instrução Normativa SGP-SEDGG-ME Nº 90, previa procedimentos para retorno parcial às atividades presenciais na Receita Federal do Brasil.

O Magistrado, contudo, não reconheceu a ilegalidade no dispositivo impugnado pelo Sindicato, justamente por conta da discricionariedade atribuída pelo citado §3º do art. 4, da Instrução Normativa nº 90 do ME. Segue abaixo trecho do voto proferido pelo desembargador:

[...] a própria norma, em seu parágrafo único, justifica o retorno por considerar que as “atividades da RFB são consideradas essenciais ao funcionamento do Estado, caso em que não se aplica o disposto nos incisos I e II do caput do art. 4º da Instrução Normativa SGP/SEDGG/ME nº 90, de 28 de setembro de 2021, nos termos do § 3º do art. 4º da retromencionada Instrução Normativa”.

[...] mesma norma tida por contrariada estabelece que o disposto nos incisos I e II "**não se aplicam aos servidores e empregados públicos em atividades nas áreas de segurança, saúde ou de outras atividades consideradas essenciais pelo órgão ou entidade**" (grifo nosso), como é o caso dos Auditores-Fiscais, que desempenham atividades essenciais de fiscalização tributária e aduaneira federal, assim reconhecida inclusive pelo Decreto n. 10.282, de 20 de março de 2020, que regulamenta a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para definir os serviços públicos e as atividades essenciais. [...]

Logo, a princípio, não se verifica qualquer ilegalidade apta a afastar a eficácia do Parágrafo único, do artigo 1º, da Portaria RFB nº 74, editada dentro da discricionariedade assegurada pelo § 3º. Pelo contrário: verifica-se que as normas trazidas a discussão estão em harmonia e devem ser entendidas como complementares.

(TRF1, AI - Agravo de Instrumento nº 1039577-65.2021.4.01.0000, DECISÃO MONOCRÁTICA, 2ª Turma, Rel. Desembargador Federal Rafael Paulo, data de julgamento 10/11/2021, data de publicação 24/11/2021, PJE 24/11/2021 PAG, grifamos)

O **segundo** precedente também se refere a uma decisão proferida em agravo de instrumento em trâmite no TRF-1, no qual um servidor da Receita Federal do Brasil requereu, em sede de tutela de urgência, o direito a ser mantido em regime de trabalho remoto por conta de suas condições de saúde.

O objetivo do servidor era afastar liminarmente a aplicação da Portaria RFB nº 74, de 20/10/2021, sob a justificativa de possuir quadro de “**Diabetes Mellitus tipo 1 crônica**”; bem como tendo em vista que “*vírus ainda continua circulando e fazendo vítimas fatais diariamente, mas em ritmo mais lento e com menor número de óbitos diários*”.

O recurso não foi julgado em definitivo, mas a desembargadora Relatora Maura Moraes Tayer já se manifestou pela legalidade da discricionariedade conferida aos órgãos públicos, entidades e autarquias para determinar quais atividades devem ser consideradas como essenciais:

Depreende-se, de início, que a IN SGP/SEDGG/ME nº 90/2021, ao tempo em que torna todos os servidores e empregados públicos pertencentes ao SIPEC elegíveis ao retorno presencial, excepciona a possibilidade de convocação para aqueles que porventura se enquadrem em algum grupo de risco.

O §3º da referida IN, entretanto, transfere à Administração a prerrogativa de aferir a aplicabilidade de tais exceções. É dizer, em atuação discricionária, incumbe ao órgão ou entidade integrante do SIPEC definir a política de gestão de pessoas e a possibilidade, ou não, de se estender o tratamento excepcional ali previsto.

Em análise inicial, não se pode reconhecer ilegalidade ou abuso de poder nas normas contidas na Portaria RFB nº 74, de 20/10/2021, em vista de a atividade tributária e aduaneira federal ter sido considerada essencial à luz do Decreto nº 10.282/2020, que regulamenta a Lei nº 13.979/2020.

Por outro lado, sem a produção de outras provas, não se pode afastar a constatação realizada pelas autoridades a respeito da melhora no cenário epidemiológico do País e que a Administração não tenha adotado diligências para atender as situações de vulnerabilidade daqueles servidores que integrem o chamado grupo de risco.

(TRF1, AI - Agravo de Instrumento nº 1043200-40.2021.4.01.0000, DECISÃO MONOCRÁTICA, 1ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Maura Moraes Tayer, data de julgamento 07/12/2021, data de publicação 07/12/2021, PJE 07/12/2021 PAG, grifou-se).

Como visto, as decisões colacionadas militam em desfavor do servidor público que busca ser mantido em regime remoto. Entretanto, cabe ressaltar que a controvérsia é recente, de modo que ainda não é possível ter clareza a respeito de qual entendimento será consolidado pelo Poder Judiciário. Sobretudo, em relação aos servidores do Magistério Superior Federal.

Ante o exposto, salvo melhor juízo, entende-se que existem argumentos possível a ensejar o reconhecimento judicial quanto a ilegalidade do retorno aos docentes que possuam alguma das condições ou fatores de risco previstas no art. 4º, I e II, da Instrução Normativa nº 90 do ME, com base na inclusão das atividades acadêmicas como essenciais pela UFSC.

No entanto, conforme demonstrado pelos precedentes judiciais localizados até o momento, a jurisprudência sobre o assunto não é favorável aos servidores, de forma que existe um risco considerável de improcedência de eventual demanda judicial sobre a controversa.

Assim sendo, e, limitado ao exposto, eis o parecer que submetemos à apreciação.

Florianópolis, 25 de março de 2022.

HERLON TEIXEIRA
OAB/SC 15.247

ESTEVÃO MACHADO PASSOS
OAB/SC 58.202

DAIANI DE SOUZA SEVERINO
Estagiária