

Nota Técnica WAA/SMA n. 11/2020.

Instrução Normativa n. 109/2020. Autorização para o retorno dos servidores e empregados públicos às atividades presenciais. Revogação da IN n. 19/2020 relativizando o trabalho remoto em razão da COVID-19. Revogação a IN n. 28/2020. Análise.

Trata-se de análise acerca do conteúdo da Instrução Normativa n. 109, de 29 de outubro de 2020, da Secretaria de Gestão e Desempenho Pessoal do Ministério da Economia, que *“estabelece orientações aos órgãos e entidades do Sistema de Pessoal Civil da Administração Pública Federal – SIPEC para o retorno gradual e seguro ao trabalho presencial”*, bem como revoga as Instruções Normativas n. 19, de 12 de março de 2020, e n. 28, de 25 de março de 2020, incluídas as suas posteriores alterações.

Passa-se, então, às considerações sobre a matéria.

1. Do contexto no qual está inserida a IN 109/2020

A fim de contextualizar o objeto da análise, cumpre rememorar que, desde dezembro de 2019, o mundo enfrenta a maior pandemia¹ do último século: a COVID-19, doença infectocontagiosa causada pelo coronavírus SARS-CoV-2.

Tratando-se de novo agente viral em relação ao qual ainda não há protocolo com eficácia atestada para fins de enfrentamento preventivo ou curativo, a COVID-19 registra como números oficiais no Brasil – isto é, que refletem os casos testados – mais de 5.566.049 de pessoas infectadas e de 160.496 pessoas que perderam a vida².

A realidade mundialmente experimentada passou, assim, a ser orientada pelo contexto de emergência sanitária³, impondo a adoção de diferentes medidas para o fim de desacelerar a disseminação da COVID-19; sendo que apenas as medidas de isolamento e de distanciamento social é que se revelaram suficientemente eficazes para o enfrentamento da doença e evitar o colapso dos sistemas de saúde e funerário.

Posto o contexto da emergência sanitária, destaca-se alguns dos atos normativos federais destinados ao enfrentamento da COVID-19, quais sejam:

¹ A Organização Mundial da Saúde declarou o *status* de pandemia em razão da COVID-19 em 11/03/2020. Disponível em: <<https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/question-and-answers-hub/q-a-detail/q-a-coronaviruses>>. Acesso em: 04/11/2020.

² Conforme as informações disponibilizadas em: <<https://covid.saude.gov.br/>>. Acesso em: 04/11/2020.

³ A Organização Mundial da Saúde declarou o *status* de Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional em razão da COVID-19 em 04/11/2020. Trata-se do mais alto nível de alerta da entidade. Disponível em: <https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875>. Acesso em: 04/11/2020.

- A Portaria n. 188, de 3 de fevereiro de 2020, do Ministério da Saúde, que “*declara Emergência em Saúde Pública de importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção Humana pelo novo Coronavírus (2019-nCoV)*”⁴;

- A Lei n. 13.979, de 06 de fevereiro de 2020, que “*dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019*”; e

- O Decreto Legislativo n. 6, de 20 de março de 2020, que “*reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem n. 93, de 18 de março de 2020*”.

Especificamente no âmbito da Administração Pública federal, tem-se que o Ministério da Economia editou atos normativos destinados a orientar os órgãos e as entidades do Sistema de Pessoal Civil, o que fez de forma demasiado extemporânea e tímida em relação à gravidade da situação, senão vejamos:

- Instrução Normativa n. 19, de 12 de março de 2020⁵.

De forma muito ingênua, a IN n. 19 teve-se a orientar a realização de campanhas de conscientização sobre os riscos e medidas de prevenção; a reavaliação da necessidade de eventos, reuniões e viagens internacionais; autorizar o trabalho remoto para aqueles que retornassem de viagens internacionais com sintomas da COVID-19; e autorizar o recebimento virtual de atestados gerados por motivo de saúde; por fim, destacou cumprir aos dirigentes de gestão de pessoas a preservação e o funcionamento dos serviços considerados essenciais ou estratégicos.

- Instrução Normativa n. 20, de 13 de março de 2020⁶.

A IN n. 20 alterou a IN n. 19 para determinar que aqueles que retornassem de viagens ao exterior, apresentando ou não os sintomas da COVID-19, deveriam executar suas atividades remotamente até o sétimo dia contado da data do seu retorno ao país; prazo evidentemente ínfimo se considerado que apenas o período de transmissão infecciosa do SARS-CoV-2 pode se estender a quatorze dias⁷.

- Instrução Normativa n. 21, de 16 de março de 2020⁸.

Apenas a partir da IN n. 21 é que a IN n. 19 passou a determinar a suspensão de eventos, reuniões e viagens internacionais e a realização de avaliação sobre a necessidade de realização de viagens domésticas durante o estado de emergência de saúde. Determinou, ainda, que passassem a executar as atividades remotamente os trabalhadores: com 60 anos ou mais, imunodeficientes ou com doenças preexistentes

⁴ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Portaria/Portaria-188-20-ms.htm>. Acesso em: 04/11/2020.

⁵ Disponível em: <<http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/instrucao-normativa-n-19-de-12-de-marco-de-2020-247802008>>. Acesso em: 04/11/2020.

⁶ Disponível em: <<http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/instrucao-normativa-n-20-de-13-de-marco-de-2020-247887393>>. Acesso em: 04/11/2020.

⁷ Disponível em: <<https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/question-and-answers-hub/q-a-detail/q-a-coronaviruses>>. Acesso 04/11/2020.

⁸ Disponível em: <<http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/instrucao-normativa-n-21-de-16-de-marco-de-2020-248328867>>. Acesso em: 04/11/2020.

crônicas ou graves, responsáveis pelos cuidados de pessoa suspeita ou diagnosticada com COVID-19 se coabitantes e as trabalhadoras gestantes ou lactantes. Nas localidades onde há a suspensão oficial das aulas, facultou-se a adoção do trabalho remoto.

Ainda, foram estabelecidas “*medidas gerais de prevenção, cautela e redução da transmissibilidade*” que, antes fossem obrigatórias, trataram-se de faculdades conferidas aos Ministro de Estado e as autoridades máximas das entidades. Ratificou-se, ainda, cumprir-lhes assegurar a preservação e o funcionamento das atividades administrativas e dos serviços considerados essenciais ou estratégicos.

- Instrução Normativa n. 27, de 25 de março de 2020⁹.

A IN n. 27 estende a aplicação da IN n. 19 aos trabalhadores temporários e aos estagiários, bem como inclui a existência de sinais e sintomas gripais, comprovados via autodeclaração, entre as hipóteses que autorizam o trabalho remoto.

Considerando o conteúdo supra sumarizado, é impositiva a conclusão no sentido de a atuação do Ministério da Economia caracteriza uma política omissa de proteção aos direitos fundamentais à vida, à saúde e à redução de riscos no ambiente de trabalho ao permitir, tardiamente, que apenas parte dos servidores públicos exercesse as suas atribuições trabalhando de forma remota¹⁰.

Consequentemente, tem-se que o Governo Bolsonaro não apenas não se desincumbiu de sua responsabilidade em relação à proteção dos trabalhadores federais como, deliberadamente, transferiu-as aos demais gestores através do argumento de ter-lhes facultado a decisão sobre a extensão do trabalho remoto nos casos não autorizados ao mesmo tempo que fez notar, de forma reiterada, a possibilidade de responsabilização de quem profere tais decisões.

Paralelamente, foi editada a Instrução Normativa n. 28, de 25 de março de 2020, estabelecendo orientações aos órgãos e entidades do Sistema de Pessoal Civil quanto à necessidade de imposição de restrições financeiras aos servidores e aos empregados públicos cujas atribuições estivessem sendo desempenhadas de forma remota e àqueles que estivessem afastados das suas atividades presenciais.

Em face de tais instruções normativas, registre-se, há inúmeras ações judiciais destinadas à preservação dos direitos do funcionalismo público.

Ocorre que, a despeito da existência de consenso sobre as consequências nefastas da disseminação exponencial da COVID-19, cuja alta demanda acarreta o colapso do sistema de saúde e funerário, e sobre os esforços científicos para a disponibilização de tratamentos preventivos e curativos, com ênfase para a existência de diferentes vacinas em fase final de testes e, concomitantemente, em processo de produção e organização para a distribuição, edita-se nova Instrução Normativa para autorizar o retorno dos servidores e dos empregados públicos ao trabalho presencial.

⁹ Disponível em: <<http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/instrucao-normativa-n-27-de-25-de-marco-de-2020-249807664>>. Acesso em: 04/11/2020.

¹⁰ Disponível em: <<https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/noticias/2020/maio/balanco-registra-51-dos-servidores-em-trabalho-remoto-e-1-218-casos-confirmados>>. Acesso em: 04/11/2020.

2. Do retorno “gradual e seguro” ao trabalho presencial

Destinada aos órgãos e entidades do sistema de Pessoal Civil da Administração Pública Federal – SIPEC, a IN n. 109 tem como objeto o “*retorno gradual e seguro ao trabalho em modo presencial dos servidores e empregados públicos*”.

Assim, em suas disposições gerais, a normativa estabelece que, se “*constatadas as condições sanitárias e de atendimento de saúde pública que a viabilizem, fica autorizada a retomada das atividades presenciais de forma gradual e segura, a partir do dia 3 de novembro de 2020, na forma desta Instrução Normativa*”.

Acerca desta previsão, que consta no caput do art. 2º da IN n. 109, faz-se imprescindível notar que a normativa faz uso de expressão demasiado abstrata, com alto potencial lesivo à estrita legalidade, quando não indica quais seriam as condições sanitárias e de atendimento de saúde pública hábeis a autorizar a medida de retomada da atividade presencial, tampouco os critérios para a sua apuração e, por fim, a quem cumpre a competência para tanto.

Sobre tal constatação, frisa-se, inclusive, que a técnica de redação utilizada na IN n. 109 abusa de expressões que relativizam o objeto e a finalidade da normativa – qual seja: o retorno seguro às atividades presenciais –, a exemplo da locução “sempre que possível”; soma-se a esta característica, ainda, o uso indiscriminado de sujeitos indeterminados na Portaria n. 2.789, de 14 de outubro de 2020, do Ministério da Saúde¹¹, que impõe obrigações sem a indicação expressa dos destinatários e cuja aplicação é indicada em complemento à IN n. 109.

Posteriormente, a IN n. 109 delega à autoridade máxima de cada órgão ou entidade do Sistema de Pessoal Civil a fixação dos critérios através dos quais dar-se-á o retorno às atividades presenciais, desde que observada a capacidade física limitada a 50% do local e o distanciamento mínimo de um metro (ou, se previsto distanciamento mínimo maior em norma distrital, estadual ou municipal, o padrão ali determinado).

Ainda sobre o distanciamento mínimo de um metro, tem-se que este deve ser igualmente observado nas atribuições que envolverem o atendimento ao cidadão “*com a utilização dos devidos elementos de proteção ou barreiras, de maneira a evitar aglomerações e, sempre que possível, estabelecer sistema de agendamento prévio*”.

Concomitantemente, a IN n. 109 também altera a natureza de medidas gerais de prevenção, cautela e redução da transmissibilidade antes facultadas às autoridades máximas dos órgãos e entidades nos termos da IN n. 21, tornando-as espécies de requisitos mínimos a serem observados para o retorno presencial, quais sejam:

I - melhor distribuição física da força de trabalho presencial, com o objetivo de evitar a concentração e a proximidade de pessoas no ambiente de trabalho;

II - flexibilização dos horários de início e término da jornada de

¹¹ Disponível em: <<https://www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-n-2.789-de-14-de-outubro-de-2020-284007012>>. Acesso em 05/11/2020.

trabalho, inclusive dos intervalos intrajornada, mantida a carga horária diária e semanal prevista em Lei para cada caso; e

III - observância dos protocolos e medidas de segurança recomendados pelas autoridades sanitárias e locais.

Para os órgãos que adotaram o Programa de Gestão de que trata a IN n. 65¹² (isto é, o regime no qual servidores se voluntariam ao teletrabalho), a retomada do trabalho presencial deve observar, *prioritariamente*, os servidores que ocupam cargos em comissão e os servidores que não se qualificam para o trabalho remoto (o qual é composto por servidores do grupo de risco para a COVID-19, que possuem menores em idade escolar sob a sua tutela ou que convivem com membro de grupo de risco).

Quanto a esta orientação, faz-se necessário esclarecer que o Programa de Gestão que autoriza a prática do teletrabalho nos termos da IN n. 65, e que é permanentemente facultado aos servidores, **não se confunde** com o regime de trabalho remoto implementado em razão da emergência sanitária decorrente da disseminação da COVID-19 posto que, neste caso, o afastamento das atividades presenciais é uma medida temporária e não facultativa destinada à preservação da vida e da saúde.

Por fim, a IN n. 109 determina a observância à Portaria n. 2.789, de 14 de outubro de 2020, do Ministério da Saúde¹³ no dispõe sobre:

- I) Orientações gerais;
- II) Triagem e controle de acesso às unidades;
- III) Medidas ambientais;
 - Troca e renovação do ar
 - Limpeza e desinfecção
- IV) Medidas de distanciamento social;
- V) Medidas de cuidado e proteção individual;
 - Medidas de higiene pessoal
 - Uso de máscara de proteção facial
 - Atitudes no ambiente de trabalho.
- VI) Organização do trabalho;
 - Medidas gerais de organização do trabalho
 - Trabalho remoto
 - Registro de frequência
 - Afastamento por motivo de saúde
- VI) Medidas em relação aos casos suspeitos e confirmados de COVID-19.

Com maior grau de detalhamento sobre as medidas sanitárias a serem adotadas para a preservação dos direitos fundamentais à vida, à saúde e ao meio

¹² Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/instrucao-normativa-n-65-de-30-de-julho-de-2020-269669395>>. Acesso em: 05/11/2020.

¹³ Disponível em: <<https://www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-n-2.789-de-14-de-outubro-de-2020-284007012>>. Acesso em: 04/11/2020.

ambiente de trabalho seguro, portanto, a Portaria n. 2.789 do Ministério da Saúde trata-se de importante normativa a ser consultada. Reitera-se, quanto a este ato administrativo, apenas a crítica relacionada ao alto teor de dispositivos que versam sobre obrigações sem sujeito determinado e, portanto, a toda a coletividade de servidores públicos.

Conclusivamente, portanto, ao delegar para as autoridades máximas dos órgãos e entidades do SIPEC a competência para a definição dos critérios pelos quais dar-se-á o retorno às atividades presenciais, a IN n. 109 transfere para as mesmas o dever de estabelecer os protocolos sanitários destinados a assegurar os direitos sociais fundamentais dos servidores e dos usuários dos serviços públicos à vida, à saúde e à ausência de riscos no meio ambiente de trabalho.

Conseqüentemente, eventuais ilegalidades (omissivas ou comissivas) devem ser verificadas em cada um dos atos administrativos emanados destas autoridades, que versar sobre o retorno dos servidores públicos às atividades presenciais.

3. Do trabalho remoto e da revogação da IN n. 19/2020

Consoante exposto, o afastamento temporário e compulsivo de servidores públicos em razão da emergência sanitária decorrente da COVID-19 trata-se de medida implementada pela Administração Pública federal a partir das alterações praticadas pela IN n. 21, de 16 de março de 2020, na IN n. 19, de 12 de março de 2020.

A partir da IN n. 21, portanto, tornou-se **obrigatório** o exercício das atribuições em trabalho remoto nas seguintes hipóteses:

Art. 4º-B. Deverão executar suas atividades remotamente enquanto perdurar o estado de emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (COVID-19):

I - os servidores e empregados públicos:

- a) com sessenta anos ou mais;
- b) imunodeficientes ou com doenças preexistentes crônicas ou graves; e
- c) responsáveis pelo cuidado de uma ou mais pessoas com suspeita ou confirmação de diagnóstico de infecção por COVID-19, desde que haja coabitação; e

II - as servidoras e empregadas públicas gestantes ou lactantes.

(...)

Ocorre que, ao permitir o retorno “*gradual e seguro*” ao trabalho em modo presencial, a IN n. 109 altera o caráter **obrigatório** do trabalho remoto, tornando-o “**prioritário**” para os servidores que se enquadrem nas seguintes situações:

Art. 7º. Deverão ser priorizados para a execução de trabalho remoto,

mediante autodeclaração, as seguintes situações abaixo constantes da Portaria nº 2.789, de 2020, do Ministério da Saúde:

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

- a) Idade igual ou superior a sessenta anos;
- b) Cardiopatias graves ou descompensadas (insuficiência cardíaca, infartados, revascularizados, portadores de arritmias, hipertensão arterial sistêmica descompensada) e miocardiopatias de diferentes etiologias (insuficiência cardíaca, miocardiopatia isquêmica);
- c) Pneumopatias graves ou descompensadas (dependentes de oxigênio, asma moderada/grave, DPOC);
- d) Imunodepressão e imunossupressão;
- e) Doenças renais crônicas em estágio avançado (graus 3, 4 e 5);
- f) Doenças cromossômicas com estado de fragilidade imunológica;
- g) Neoplasia maligna (exceto câncer não melanótico de pele);
- h) Doenças hematológicas (incluindo anemia falciforme e talassemia);
- e
- i) Gestantes e lactantes.

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.

III - servidores e empregados públicos que coabitem com idosos ou pessoas com deficiência e integrantes do grupo de risco para a COVID-19.

(...)

Ainda que haja um melhor detalhamento do item relacionado às imunodeficiências e às doenças preexistentes crônicas ou graves na nova normativa, **tem-se inequívoco que os servidores públicos mais vulneráveis às consequências mais graves da COVID-19 possuem apenas o direito de prioridade ao exercício das suas atribuições em trabalho remoto a partir da publicação da IN n. 109.**

Consequentemente, se houver um quantitativo superior a 50% de servidores que preencha alguma das hipóteses listadas no art. 7º e que esteja lotado em um mesmo espaço físico, a IN n. 109 permite aos órgãos e às entidades da Administração Pública que determinem o retorno destes servidores às atividades presenciais mesmo que apresentem alto risco de vida se contraírem a COVID-19.

Outra inovação da IN n. 109 diz respeito à possibilidade de que, a qualquer tempo e “de acordo com a necessidade de serviço”, ser solicitado o retorno ao trabalho presencial de todos os servidores que exercem as suas atribuições em trabalho remoto em razão do alto risco de exposição à COVID-19.

Em ambas as situações, a determinação de retorno ao trabalho presencial para servidores que se enquadrem em uma das hipóteses em relação às quais a exposição ao contágio pelo novo coronavírus representa alto risco tratar-se-á de situação absolutamente temerária que pode ser judicializada ante a primazia dos direitos sociais fundamentais à vida e à saúde.

Complementarmente, destaca-se ainda que a IN n. 109 mantém a possibilidade de comprovação das hipóteses versadas no art. 7º mediante autodeclaração a ser encaminhada via e-mail institucional para a chefia imediata e que a prestação de informação falsa sujeita o servidor às sanções penais e administrativas previstas em lei.

a. Das medidas gerais de prevenção, cautela e redução de transmissibilidade durante o retorno das atividades presenciais

Outra importante alteração promovida pela IN n. 109 em relação ao conteúdo consolidado da IN 19 diz respeito às medidas gerais de prevenção, cautela e redução da transmissibilidade. Isso porque, anteriormente, facultava-se a adoção de uma ou mais medidas de prevenção entre as seguintes alternativas:

Art. 6º-A. Sem prejuízo do disposto nesta Instrução Normativa, o Ministro de Estado ou autoridade máxima da entidade poderá adotar uma ou mais das seguintes medidas de prevenção, cautela e redução da transmissibilidade:

I - adoção de regime de jornada em:

a) turnos alternados de revezamento; e

b) trabalho remoto, que abranja a totalidade ou percentual das atividades desenvolvidas pelos servidores ou empregados públicos do órgão ou entidade;

II - melhor distribuição física da força de trabalho presencial, com o objetivo de evitar a concentração e a proximidade de pessoas no ambiente de trabalho; e

III - flexibilização dos horários de início e término da jornada de trabalho, inclusive dos intervalos intrajornada, mantida a carga horária diária e semanal prevista em Lei para cada caso.

(...)

A partir da IN n. 109, há uma substituição da hipótese versada na alínea “b” do art. 6º-A. Isto é, deixa de ser possível a adoção do trabalho remoto que abranja a totalidade ou percentual das atividades desenvolvidas e passa a ser possível tão somente a adoção do regime do teletrabalho instituído enquanto Programa de Gestão nos termos da IN n. 65, senão vejamos do teor do inciso II do art. 9º *in verbis*:

Art. 9º. Sem prejuízo do disposto nesta Instrução Normativa, o Ministro de Estado ou autoridade máxima do órgão ou entidade poderá adotar uma ou mais das seguintes medidas de prevenção, cautela e redução da transmissibilidade:

I - regime de jornada em turnos alternados de revezamento; e

II - regime de jornada previsto na Instrução Normativa nº 65, de 2020, que abranja a totalidade ou percentual das atividades desenvolvidas pelos servidores ou empregados públicos do órgão ou entidade.

§1º A adoção de medida prevista no inciso I do caput ocorrerá sem a necessidade de compensação de jornada e sem prejuízo da remuneração.

§2º O disposto no caput não se aplica aos servidores e empregados públicos em atividades nas áreas de segurança, saúde, ou em outras atividades consideradas essenciais pelo órgão ou entidade.

Há que se frisar, contudo, que há impropriedade na afirmação de que o Ministro de Estado ou a autoridade máxima pode adotar o Programa de Gestão enquanto medida de prevenção, cautela e redução da transmissibilidade da COVID-19.

Isso porque a situação de emergência sanitária experimentada em razão da disseminação da COVID-19 e que impõe a adoção de medidas como o trabalho remoto para fins de preservação da vida e da saúde dos servidores, sem ônus para estes, não guarda nenhuma relação de pertinência com o Programa de Gestão versado na IN n. 65, eis que este é estruturado como ferramenta de gestão e, por destinar-se ao “*exercício de atividades em que os resultados possam ser efetivamente mensurados*”, possui restrições quanto à abrangência e espécies de ônus que devem ser expressamente aceitos pelos servidores.

Consequência lógica, portanto, é que não se faz lícito impor aos servidores públicos, como única espécie de medida voltada à proteção dos seus direitos à vida e à saúde durante a emergência de saúde pública decorrente da COVID-19, a submissão ao Programa de Gestão versado na IN n. 65 e aos seus consequentes ônus.

b. Do registro em folha ponto

De modo geral, os servidores que exercerem suas atribuições em trabalho remoto devem ter sua frequência registrada sob o Código 00387 – Trabalho Remoto – COVID-19.

Para os servidores que se enquadrem em hipótese versada no art. 7º e cujas atribuições não permitam o exercício remoto, a IN n. 109 determina que a frequência seja abonada sob o código 00388 – Afastamento – COVID-19; inovando, contudo, ao dispor que cumpre à chefia imediata avaliar a incompatibilidade entre a natureza das atividades desempenhadas e o regime de trabalho remoto.

c. Das viagens internacionais e domésticas

As viagens internacionais permanecem suspensas. As exceções devem ser individualmente justificadas pela autoridade máxima da entidade.

As viagens domésticas não são recomendadas.

d. Dos eventos e reuniões

Os eventos e as reuniões com elevado número de participantes permanecem suspensos enquanto perdurar o estado de emergência de saúde pública e devem, quando possível, ser realizados por meios eletrônicos como as videoconferências.

Havendo necessidade de realização de reunião ou de evento presencial, esta deve ser precedida de autorização mediante justificativa individualizada fornecida pelo Ministro de Estado ou pela autoridade máxima da entidade.

e. Dos atestados em formato digital

Os órgãos e as entidades integrantes do Sistema de Pessoal Civil permanecem autorizados a receber atestados de afastamento gerados por motivo de saúde no formato digital enquanto perdurar o estado de emergência de saúde pública.

O servidor deve encaminhar o atestado no formato digital em prazo de até cinco dias contados da sua emissão para o canal único de recebimento ofertado pelo órgão ou entidade, resguardado o direito ao sigilo das informações pessoais.

O atestado original deve ser preservado para a apresentação em caso de perícia oficial ou quando solicitado pelo dirigente de gestão de pessoas.

4. Do pagamento de parcelas *propter laborem* e da revogação da IN n. 28/2020

Por fim, mas absolutamente relevante, tem-se que a IN n. 109 revoga e substitui ao teor da IN n. 28¹⁴ quando passa a orientar sobre *“as concessões e os pagamentos de serviço extraordinário, auxílio-transporte, adicional noturno e adicionais ocupacionais, para os servidores e empregados públicos que executam suas atividades remotamente ou que estejam afastados de suas atividades presenciais”*.

Quanto ao ponto, o primeiro destaque que se faz necessário é o que diz respeito à insubsistência das vedações à modificação de período de férias e jornada de trabalho (art. 6º da IN n. 28) e à reversão da jornada reduzida (art. 7º da IN n. 28). Logo, deixa de existir esta espécie de óbice às referidas pretensões.

Quanto às demais vedações que subsistem no teor da IN n. 109, ratifica-se as considerações promovidas por ocasião da edição da IN n. 28 no sentido de que a excepcionalidade da situação que decorre da pandemia COVID-19, bem como a necessidade da adoção do trabalho remoto para a preservação da vida e da saúde dos servidores públicos, consubstanciam elementos suficientes a caracterizar a situação de efetivo exercício. Equivalente, em análise sistemática quanto à finalidade das disposições, às situações excepcionais sobre as quais versam o art. 44, parágrafo único, e o art. 102, ambos da Lei n. 8.112/90:

¹⁴ Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/instrucao-normativa-n-28-de-25-de-marco-de-2020-249807751>>. Acesso em: 06/11/2020.

Art. 44. O servidor perderá:

(...)

Parágrafo único. As faltas justificadas decorrentes de caso fortuito ou de força maior poderão ser compensadas a critério da chefia imediata, sendo assim consideradas como efetivo exercício. (Incluído pela Lei n. 9.527, de 10.12.97)

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

I - férias;

(...)

IV - participação em programa de treinamento regularmente instituído ou em programa de pós-graduação stricto sensu no País, conforme dispuser o regulamento; (Redação dada pela Lei n. 11.907, de 2009)

(...)

VII - missão ou estudo no exterior, quando autorizado o afastamento, conforme dispuser o regulamento; (Redação dada pela Lei n. 9.527, de 10.12.97)

VIII - licença:

a) à gestante, à adotante e à paternidade;

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; (Redação dada pela Lei n. 9.527, de 10.12.97)

(...)

d) por motivo de acidente em serviço ou doença profissional;

e) para capacitação, conforme dispuser o regulamento; (Redação dada pela Lei n. 9.527, de 10.12.97)

(...)

No mesmo sentido é o teor da Lei n. 13.979/20, que dispõe sobre as medidas para o enfrentamento da emergência de saúde decorrente da COVID-19:

Art. 3º. Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, dentre outras, as seguintes medidas: (Redação dada pela Medida Provisória n. 926, de 2020)

I - isolamento;

II - quarentena;

(...)

§ 3º Será considerado falta justificada ao serviço público ou à atividade laboral privada o período de ausência decorrente das medidas previstas neste artigo.

§ 4º As pessoas deverão sujeitar-se ao cumprimento das medidas previstas neste artigo, e o descumprimento delas acarretará responsabilização, nos termos previstos em lei.

É indubitável que a crise sanitária ora experimentada ocorre à revelia da vontade dos servidores que auferem as parcelas cuja percepção é vedada pela IN n. 109 em sequência à IN n. 28, especialmente das parcelas referentes aos adicionais ocupacionais e ao adicional noturno.

Trata-se, desse modo, de situação absolutamente *sui generis* na qual os servidores públicos permanecem no exercício das suas atribuições, mas impossibilitados de cumprir a totalidade dos requisitos autorizadores da concessão das parcelas.

Sobre a possibilidade da manutenção das parcelas ora debatidas em razão de situações *sui generis*, nas quais não se admite o prejuízo da remuneração dos servidores, destaca-se o entendimento jurisprudencial favorável:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. LICENÇA. CURSO DE APERFEIÇOAMENTO. AUXÍLIO-ALIMENTAÇÃO DEVIDO. ART. 102 DA LEI 8.112/90. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E IMPROVIDO. **1. É devido o pagamento do auxílio-alimentação e vale-transporte durante os afastamentos previstos no art. 102 da Lei 8.112/90. Precedentes.** 2. Recurso especial conhecido e improvido.
(STJ, REsp 614.433/RJ, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 03/04/2007, DJ 07/05/2007, p. 351)

ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. LICENCIAMENTO PARA PARTICIPAÇÃO EM CURSO DE DOUTORADO. DIREITO ÀS FÉRIAS E À GRATIFICAÇÃO NATALINA CORRESPONDENTE. AGRAVO INTERNO DO INSTITUTO DESPROVIDO. 1. O cerne da questão encontra-se na existência ou não de direito às férias e à gratificação natalina de Servidor Público licenciado para realização de curso de aperfeiçoamento (Doutorado). **2. O entendimento do Tribunal de origem encontra amparo na jurisprudência do STJ, quando orienta que os períodos de afastamento do Servidor para participação em programa de pós-graduação stricto sensu são considerados como de efetivo exercício, nos termos do art. 102, IV e VIII da Lei 8.112/1990, fazendo jus o Servidor a todas as vantagens no período correspondente. Precedentes: REsp. 1.399.952/AL, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJe 24.10.2013; AgRg no REsp. 1.377.925/AL, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 28.6.2013; e REsp. 1.370.581/AL, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 9.5.2013.** 3. Agravo Interno do Instituto desprovido.
(STJ, AgInt no REsp 1542754/RN, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 23/09/2019, DJe 30/09/2019)

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR CIVIL. LICENÇA À GESTANTE. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. MANUTENÇÃO. **A impetrante tem direito à manutenção do recebimento da parcela relativa ao**

adicional de insalubridade no período de licença à gestante por expressa determinação constitucional e legal.

(TRF4, AC 5001389-58.2016.4.04.7102, Quarta Turma, Relator Cândido Alfredo Silva Leal Junior, juntado aos autos em 28/10/2016)

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. EXISTÊNCIA. ADICIONAIS NOTURNO, PERICULOSIDADE E INSALUBRIDADE. PAGAMENTO NOS PERÍODOS DE AFASTAMENTOS COM FULCRO NO ART. 102 DA LEI Nº 8.112/90. POSSIBILIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PROVIDOS. 1. Processo que retornou do Superior Tribunal de Justiça com a finalidade de se proceder ao julgamento completo dos embargos de declaração interpostos pela União contra acórdão prolatado pela C. Segunda Turma, relatado pelo Desembargador Federal Edilson Nobre, que, por unanimidade, negou provimento à apelação e à remessa oficial. 2. Analisando os autos observa-se que o acórdão deste E. Tribunal analisou apenas a percepção do auxílio-alimentação, omitindo-se acerca do recebimento do adicional noturno, adicional de periculosidade e insalubridade durante o afastamento para o gozo de férias, licença-prêmio, licença para capacitação, licença para tratamento de saúde e demais afastamentos considerados como tempo de serviço. **3. O auxílio-alimentação, o adicional noturno, o adicional de insalubridade e o de periculosidade devem ser pagos ao servidor que se acha na fruição de férias, licenças e quaisquer outras situações de afastamentos temporários do exercício funcional, porque são períodos que se integram legalmente (art. 102 da Lei 8.112/90) no cômputo do tempo de serviço.** 4. **Precedentes: AMS 200305000187450, Desembargador Federal Ubaldo Ataíde Cavalcante, TRF5 - Primeira Turma, DJ - Data::28/02/2008 - Página::1381 - Nº::40; REO 200081000110172, Desembargador Federal Francisco Wildo, TRF5 - Primeira Turma, DJ - Data::17/02/2004 - Página::505 - Nº::33.** 5. Embargos de declaração providos para suprimindo a omissão apontada, reconhecer que os adicionais noturnos, de insalubridade e periculosidade devem ser pagos a todos os servidores ativos que estiverem no efetivo exercício de suas funções, inclusive nos afastamentos decorrentes de férias, licença para capacitação ou tratamento de saúde, e demais afastamentos previstos no art. 102 da Lei nº. 8.112/90. (TRF5, Processo 20008100002602101, EDAMS 84014/01, Desembargador Federal Francisco Barros Dias, Segunda Turma, julgamento: 04/12/2012, DJE - Data:13/12/2012 - Página:268)

ADMINISTRATIVO. ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. PERCEPÇÃO DURANTE LICENÇA E AFASTAMENTOS CONSIDERADOS COMO EFETIVO EXERCÍCIO.

1. Os adicionais de insalubridade e periculosidade têm como finalidade remunerar uma determinada condição mais gravosa ao servidor. Por se tratar de um acréscimo que incide sobre o vencimento, integram a remuneração do cargo ocupado pelo servidor, devendo ser pagos durante as licenças e afastamentos considerados como de efetivo exercício (art. 165, da LC 840/2011).

2. Recurso conhecido e provido.

(TJDFT, Acórdão 855983, 20130111394559APC, Relator: Hector

Valverde, Revisor: JAIR SOARES, 6ª Turma Cível, data de julgamento: 18/3/2015, publicado no DJE: 24/3/2015. Pág.: 293)

Tais situações agravam-se se considerarmos o fato de que o pagamento das vantagens ora debatidas se dá forma reiterada, isto é, com habitualidade suficiente a concluir pela previsibilidade do pagamento. Desse modo, resta reforçada a compreensão pela arbitrariedade da supressão ratificada nos termos da IN n. 109.

Conseqüentemente, a aplicação da IN n. 109 não acarreta apenas o decesso remuneratório em um contexto no qual há o aumento das despesas afetas ao orçamento doméstico pelo desempenho do trabalho remoto (tais como os insumos eletrônicos adequados, a energia elétrica, água, telefone, etc.), mas, impacta de forma negativa, igualmente, em toda a cadeia econômica.

Ademais, a economia que o trabalho remoto proporciona aos cofres públicos ocorre, necessariamente, em oposição ao aumento das despesas dos servidores públicos federais. Assim, além de contrariar o ordenamento vigente, a IN n. 109 concede de benefício sem causa à Administração Pública, o que é expressamente repudiado pelo art. 884 do Código Civil.

Conclusões

Considerando o exposto, faz-se pertinente concluir:

- Quanto ao “*retorno gradual*” e seguro dos servidores públicos ao trabalho presencial, a IN n. 109, a princípio, não possui ilegalidade flagrante.

Contudo, é preciso estar atento à real existência de suporte fático para a sua aplicação, tanto no que diz com a existência de “*condições sanitárias e de atendimento de saúde pública*”, quanto à adequação dos critérios de retorno aos protocolos e medidas de segurança recomendadas pelas autoridades sanitárias e locais.

Imprescindível, também, estar atento ao conteúdo do ato da autoridade máxima do órgão ou entidade do SIPEC que disponha sobre os critérios de retorno, uma vez que é este o ato administrativo no qual devem constar os protocolos e as medidas de segurança responsáveis por resguardar os direitos fundamentais à vida, à saúde e ao meio ambiente de trabalho livre de riscos sobre os quais versam o art. 1º, inciso III; art. 5º, *caput*; art. 6º; art. 7º, inciso XXII; art. 39, § 3º; art. 196; todos da Constituição Federal.

- Quanto ao exercício do trabalho remoto e à revogação da IN n. 19 e suas modificações posteriores, observa-se que há alteração substancial em relação à natureza do implemento do trabalho remoto. Isso porque, originalmente, todos os servidores que preenchessem os requisitos para uma das hipóteses específicas de trabalho remoto deveriam ter acesso a essa modalidade de prestação de serviço. Diferentemente, a partir da IN n. 109, tais servidores possuem “*prioridade*” para fins de trabalho remoto.

Também a partir da IN n. 109 é possível que, a qualquer tempo e de acordo com a necessidade de serviço, seja solicitado o retorno ao trabalho presencial

de todos os servidores em trabalho remoto.

Em ambas as situações, a discussão da determinação pode ser judicializada uma vez que os direitos sociais fundamentais à vida e à saúde se sobrepõem aos interesses da Administração Pública, que não suporta qualquer espécie de prejuízo à medida o trabalho permanece sendo desempenhado remotamente.

Neste ponto, destaca-se, ainda, que a adoção do Regime de Gestão sobre a qual versa a IN n. 65, o teletrabalho, não consubstancia medida hábil a ser adotada enquanto “*medida geral de prevenção, cautela e redução da transmissibilidade durante o retorno das atividades presenciais*” porquanto possui finalidade específica e voltada à entrega de resultados pelos servidores públicos que se voluntariam para tanto.

O Regime de Gestão, portanto, não se confunde com a necessária profilaxia à disseminação da COVID-19 e tampouco pode ser imposto aos servidores públicos como único meio hábil para fins de proteção aos seus direitos sociais fundamentais à vida e à saúde.

- Quanto às concessões e pagamentos e a revogação da IN n. 28, reitera-se a ilegalidade das vedações promovidas mediante ato infralegal, bem como a recomendação no sentido de que os servidores e os empregados públicos cujos direitos sejam restringidos sob o fundamento da aplicação da ON n. 109 procurem as assessorias jurídicas locais para que estas promovam a análise da situação individual e, desse modo, adotem as medidas necessárias à sua restituição.

É o que temos a anotar, s.m.j.

Santa Maria, 06 de novembro de 2020.

José Luis Wagner
OAB/DF 17.183

Luciana Inês Rambo
OAB/RS 52.887