

PARECER JURÍDICO 01/2021

(19 de maio de 2021)

Trabalho remoto decorrente da implantação do Programa de Gestão de que trata a Instrução Normativa nº 65, de 30 de julho de 2020, da Secretaria de Gestão e Desempenho de Pessoal do Ministério da Economia. Proposta de regulamentação interna por parte do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia Catarinense – IFC. Análise jurídica.

1. A CONSULTA

O Sindicato Nacional dos Servidores Federais da Educação Básica e Profissional – SINASEFE – Seção Sindical Litoral, através do Ofício nº 01/2021-DSS, solicita análise jurídica acerca da regulamentação do teletrabalho no âmbito do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia Catarinense – IFC. O objetivo é que o parecer venha a subsidiar a intervenção da entidade, na qualidade de representante da categoria profissional que representa, no grupo de trabalho instituído pela Reitoria do IFC para estudar a viabilidade da implantação do teletrabalho na instituição, a partir do que dispõe a Instrução Normativa nº 65, de 30 de julho de 2020, da Secretaria de Gestão e Desempenho de Pessoal do Ministério da Economia.

Afirma a entidade consulente que os últimos trabalhos desse GT estariam concentrados na elaboração da minuta de regulamentação do teletrabalho e que “o

documento tem como texto base a, já em vias de implementação, resolução do Programa de Gestão do Instituto Federal de Minas Gerais (IFMG), com as devidas adaptações para a realidade da instituição catarinense”.

Complementa dizendo que, a despeito da falta de regulamentação interna, o teletrabalho acabou se impondo como uma realidade no IFC – assim como no mundo em geral - desde março de 2020, em razão da pandemia do coronavírus (COVID-19).

Contextualiza afirmando que nesse período a Seção Sindical realizou diversos encontros com a base com o intuito de debater essa nova e não planejada forma de trabalho e que desses debates resultou o artigo *“Trabalho remoto: um olhar dos servidores e servidoras do Instituto Federal Catarinense¹”* (RAQUEL, R. ; MIGLIORINI, G. ; LEAL, M. ; ROSA, H. I. ; FRAINER, D. E. S. ; FRUNEAUX, S. C. ; BRAZ, F. J. ; SILVA, J. V. B. M. e, *Potemkin*, v. 1, p. 40-51, 2020).

Diante desses elementos formula objetivamente os seguintes questionamentos:

1. O programa de gestão inova em propor um sistema de avaliação de desempenho diferente daqueles previstos em lei. Trata-se de avaliação qualitativa das entregas na modalidade de teletrabalho, realizada unilateralmente pela chefia imediata, e publicamente divulgada. Há competência do órgão superior para esse tipo de inovação que supera o estatuto legal?

2. O Plano de Trabalho, Metas e Resultados pode configurar excesso, humilhação, constrangimento e/ou assédio moral ao estabelecer

a. avaliação subjetiva e unilateral do “perfil do servidor” (cf. art. 10º, inciso XII e alíneas)?

¹ Disponível em: <https://www.potemkin.sinasefe-ifc.org/wp-content/uploads/2020/12/potemkin3-04-Trabalho-remoto-um-olhar-dos-servidores-e-servidoras.pdf>

b. redefinição unilateral pela chefia das metas anteriormente pactuadas (cf. art. 14, §2º)?

c. corriqueira e nominal exposição pública de avaliação da qualidade das atividades desenvolvidas pelo servidor (notas de 0 a 10 por atividade desenvolvida) (cf. art. 38, §1º e incisos)?

d. não aceite (recebimento) das atividades desenvolvidas que receberam nota inferior à 5 (cf. art. 15, §2º)?

e. exclusão sumária do regime de teletrabalho do servidor que tiver atribuído mal desempenho, não dispor de condições de infraestrutura para a execução do trabalho, entre outras (cf. art. 28, III e VIII)?

3. A exigência de que “a produtividade dos servidores participantes do teletrabalho deverá ser superior à prevista para as mesmas atividades em execução presencial nas dependências da unidade” (cf. art. 17, §3º), constitui quebra de isonomia, equiparação e imparcialidade?

4. Ao determinar que “o programa de gestão, na modalidade teletrabalho, poderá ser alternativa aos servidores que atendam aos requisitos para concessão da licença por motivo de afastamento do cônjuge ou companheiro prevista no art. 84 da Lei nº 8.112, de 1990 [...]” (cf. art. 22), há ilegalidade diante de supressão de direito estatutário de competência federal?

5. Em detrimento do estatuto jurídico federal e do edital público institucional pelo qual o servidor ingressou na instituição, é lícito que todas as condições e despesas para realização das atividades (cf. art. 31, inciso XI) sejam

transferidas exclusivamente para o servidor sem direito à compensação financeira?

6. Diante da possibilidade de transferir-se para o servidor todas as condições materiais, tecnológicas e infraestrutura para a execução das atividades (cf. art. 31, inciso XI), qual seria a responsabilidade institucional acerca das questões relativas à saúde, segurança e qualidade de vida no trabalho, considerando, por exemplo, condições de ergonomia, doenças ocupacionais, acidentes de trabalho, etc.?

Delineada a consulta, passemos à análise da matéria para na sequência responder aos questionamentos feitos.

2. A ANÁLISE

Preliminarmente, consignamos que no último dia 30 de abril de 2021 o Ministério da Educação editou a Portaria nº 267 (DOU 03/05/2021) autorizando a implementação, pelas unidades vinculadas ao ministério, do Programa de Gestão objeto da consulta em análise, fixando em seu art. 2º *“Que as unidades deverão observar as disposições da Instrução Normativa SGP/ME nº 65, de 2020, garantindo seu integral cumprimento”*.

O programa foi instituído pela IN nº 65/2020, da Secretaria de Gestão e Desempenho de Pessoal do Ministério da Economia, onde estão estabelecidos os critérios e procedimentos gerais a serem observados pelos órgãos e entidades federais que a ele pretendam aderir.

Portanto, em que pese o poder conferido aos Institutos e Universidades Federais de deliberarem pela adesão ou não ao programa, e de regulamentarem internamente a matéria, força é compreender que, na essência, a regulamentação interna não poderá fugir daquilo que a IN nº 65/2020 fixou como de observância

obrigatória tanto pelas instituições, quanto pelos servidores que aderirem ao programa.

Outra informação de relevo para presente análise é que no âmbito do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Minas Gerais – IFMG a discussão sobre a regulamentação do chamado “Programa de Gestão” está suspensa, e que após consulta a diferentes entidades sindicais representativas dos técnicos administrativos e docentes das instituições federais de ensino revelou-se que apenas a Universidade Federal Rural do Semi-Árido – UFERSA teria manifestado efetivo interesse em aderir ao programa².

Por tudo isso, a presente análise se concentrará, sobretudo, na IN nº 65/2020, posto que qualquer regulamentação interna acerca da matéria em qualquer instituição federal não poderar dela se distanciar, o que não deve prejudicar em nada as conclusões que serão apresentadas ao final.

Pois bem, o programa é definido no art. 3º, I, da IN nº 65/2010, como uma *“ferramenta de gestão autorizada em ato normativo de Ministro de Estado e respaldada pela norma de procedimentos gerais, que disciplina o exercício de atividades em que os resultados possam ser efetivamente mensurados, cuja execução possa ser realizada pelos participantes”*.

Seus objetivos estão fixados no art. 6º da mesma instrução normativa:

Art. 6º São objetivos do programa de gestão:

- I - promover a gestão da produtividade e da qualidade das entregas dos participantes;
- II - contribuir com a redução de custos no poder público;
- III - atrair e manter novos talentos;
- IV - contribuir para a motivação e o comprometimento dos participantes com os objetivos da Instituição;

² Por meio do Ofício nº 28/2021-REITORIA (11.01), de 02/02/2021, Protocolado sob nº 23091.001423/2021-81, a Reitoria da UFERSA solicitou autorização ao MEC para implantação do programa;

V - estimular o desenvolvimento do trabalho criativo, da inovação e da cultura de governo digital;

VI - melhorar a qualidade de vida dos participantes;

VII - gerar e implementar mecanismos de avaliação e alocação de recursos; e

VIII - promover a cultura orientada a resultados, com foco no incremento da eficiência e da efetividade dos serviços prestados à sociedade.

O IFC, aparentemente, pretende aderir ao programa. E esse, aliás, é um dos primeiros pontos a serem abordados, qual seja, o de que a adesão ao Programa de Gestão não é obrigatória³. É o que se depreende de vários dispositivos da IN nº 65/2020, dentre eles o art. 7º, segundo o qual “*A implementação de programa de gestão é facultativa à Administração Pública e ocorrerá em função da conveniência e do interesse do serviço, não se constituindo direito do participante*”.

Outras disposições da IN nº 65/2020 que sugerem essa faculdade de adesão ao programa são os arts. 8º, I, e 9º, *caput*, os quais preveem que a implantação dependerá de autorização do Ministro de Estado a que estiver vinculado o órgão ou a entidade, mediante provocação motivada que demonstre o cumprimento das exigências estabelecidas.

O art. 11, *caput*, também confirma a tese ao estabelecer que “*O dirigente da unidade dará conhecimento aos seus subordinados do teor do ato normativo de que trata o art. 10 e do interesse da unidade na implementação do programa de gestão*”.

³ A Portaria MEC nº 267, de 30 de abril de 2021, é uma mera autorização para a implementação do programa pelas unidades vinculadas ao ministério;

Ora, se depende da manifestação de interesse da parte interessada (art. 11, *caput*), provocação (art. 9º, *caput*) e posterior aprovação do Ministério (art. 8º, I), é evidente que não estamos falando de um instrumento obrigatório.

E nem se recorra ao art. 10º, § 7º, da IN nº 65/2020 para defender o contrário. É que as normas precisam ser analisadas também a partir da sua localização topográfica, e, no caso, o *caput* do citado art. 10º refere-se ao dirigente da unidade. Logo, o parágrafo 7º ao prever que “*A iniciativa de implantar o programa de gestão na unidade poderá ocorrer de ofício ou mediante provocação*” não quer dizer outra coisa senão que o dirigente da instituição pode requerer de ofício a autorização para a implantação do Programa de Gestão, ou depois de ser instado a fazê-lo, por exemplo, pelos servidores subordinados.

A situação dos servidores públicos no referido Programa de Gestão, aliás, é outro ponto crucial de ser abordado, devendo ser dito, desde já, que também em relação a eles a adesão ao programa é facultativa. A conclusão pode ser extraída do parágrafo único do art. 11º da ora estudada IN nº 65/2020 que prevê a obrigatoriedade do dirigente da unidade definir e divulgar os critérios técnicos necessários para “**adesão dos interessados**” ao programa de gestão.

E uma vez tendo aderido ao programa, o servidor pode dele desligar-se voluntariamente, desde que solicite o desligamento com antecedência mínima de 10 dias, conforme garante o inciso I do art. 19 da IN nº 65/2020. Ressalte-se aqui, que a norma ao mesmo tempo em que não exige que o pedido de desligamento seja acompanhado de qualquer justificativa, afirma que uma vez recebido o pedido o dirigente “**deverá desligar o participante do programa de gestão**”, deixando claro tratar-se, o desligamento, de um direito subjetivo do servidor. Em outras palavras: não pode o dirigente indeferir-lo.

Por outro lado, se é verdade que o desligamento do programa constitui um direito do servidor, também é verdade o servidor não tem direito adquirido de manter-se indefinidamente no programa. Aliás, não há garantia sequer para o seu ingresso (art. 7º, parte final).

Com efeito, a normativa emanada do Ministério da Economia conferiu aos dirigentes das unidades excessiva e perigosa discricionariedade para decidir tanto em relação ao ingresso quanto em relação à manutenção do servidor no programa.

No que diz respeito ao ingresso no programa, um exemplo é o art. 12, seus parágrafos e respectivos incisos, *in verbis*:

Art. 12. Quando houver limitação de vagas, o dirigente da unidade **selecionará**, entre os interessados, aqueles que participarão do programa de gestão, fundamentando sua decisão.

§ 1º A seleção pelo dirigente da unidade será feita a partir da avaliação de compatibilidade entre as atividades a serem desempenhadas e o conhecimento técnico dos interessados.

§ 2º **Sempre que** o total de candidatos habilitados **exceder o total de vagas e houver igualdade de habilidades e características entre os habilitados**, o dirigente da unidade observará, dentre outros, os seguintes critérios, na priorização dos participantes:

I - com horário especial, nos termos dos §§ 1º a 3º do art. 98 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990;

II - gestantes e lactantes, durante o período de gestação e amamentação;

III - com mobilidade reduzida, nos termos da Lei nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000;

IV - com melhor resultado no último processo de avaliação de desempenho individual;

V - com maior tempo de exercício na unidade, ainda que descontínuo; ou

VI - com vínculo efetivo. (destaques não constam do original)

Ora, considerando os princípios da moralidade, da impessoalidade e da isonomia - de onde se extrai, aliás, a ideia de igualdade de oportunidades que rege os concursos públicos -, o mínimo que se poderia esperar é que, havendo um número de interessados superior ao número de vagas, a norma exigisse a realização de processo seletivo com regras claras previamente definidas em edital.

Na contramão de tudo isso, porém, o art. 12 confere ao dirigente da unidade o poder de selecionar, entre os interessados, aqueles que participarão do programa, fazendo uma única exigência que é o dever de fundamentação da decisão de escolha. Nem mesmo a exigência feita no parágrafo 1º de que a seleção seja feita a partir da avaliação de *“compatibilidade entre as atividades a serem desempenhadas e o conhecimento técnico dos interessados”* é capaz de mitigar o alto poder de discricionariedade conferido ao dirigente, dada a absoluta imprecisão e amplitude dos conceitos de *compatibilidade* e *conhecimento técnico*.

Crítica ainda maior merece o parágrafo 2º do citado art. 12 ao prever critérios objetivos – parte deles relacionados à situações de vulnerabilidade ou de preferência definidas por lei – a serem observados em caso de igualdade de *“habilidades e características dos habilitados”*. Ora, como já dito, o direito administrativo não comporta a realização de processos de seleção a partir de critérios subjetivos, e a dicção do parágrafo 2º sugere que o dirigente primeiro enxergue um empate entre candidatos nas habilidades e características pessoais, para só então exigir a aplicação de critérios objetivos na escolha.

Convenhamos, é evidente que antes de chegar nos critérios objetivos o dirigente já realizou a sua escolha, de modo que a regra neste caso escapa totalmente da razoabilidade (art. 2º, *caput*, Lei nº 9.784/99).

O mesmo pode ser dito em relação às hipóteses de vedação e desligamento do servidor do programa. Eis o que dispõem os arts. 18 e 19 da IN nº 65/2020:

Art. 18. O dirigente da unidade poderá, **por razões técnicas devidamente fundamentadas**, estabelecer hipóteses de vedação à participação no programa de gestão.

Art. 19. O dirigente da unidade deverá desligar o participante do programa de gestão:

I - por solicitação do participante, observada antecedência mínima de dez dias;

II - no interesse da Administração, **por razão de conveniência**, necessidade ou redimensionamento da força de trabalho, devidamente justificada, observada antecedência mínima de dez dias;

III - **pelo descumprimento das metas e obrigações previstas no plano de trabalho a que se refere o art. 13** e do termo de ciência e responsabilidade;

IV - pelo decurso de prazo de participação no programa de gestão, quando houver, salvo se deferida a prorrogação do prazo;

V - em virtude de remoção, com alteração da unidade de exercício;

VI - em virtude de aprovação do participante para a execução de outra atividade não abrangida pelo programa de gestão, salvo nas acumulações lícitas de cargos quando comprovada a compatibilidade de horários;

VII - pela superveniência das hipóteses de vedação previstas na norma de procedimentos gerais da unidade, quando houver; e

VIII - pelo descumprimento das atribuições e responsabilidades previstas no art. 22 desta Instrução Normativa.
(destaques não constam do original)

Dessarte, também quando trata das hipóteses de vedação e desligamento do servidor do programa, a norma confere demasiada discricionariedade ao dirigente, e ainda que exija, na maior parte dos casos, que as decisões sejam fundamentadas, não é capaz de evitar arbitrariedades.

Chama a atenção, por exemplo, o desligamento pelo descumprimento de metas constantes do plano de trabalho (inciso III do art. 19), uma vez que o

parágrafo 2º do art. 13 expressamente autoriza a chefia a redefinir unilateralmente as metas do participante.

Na mesma linha vai o art. 14, senão vejamos:

Art. 14. O plano de trabalho deverá prever a aferição das entregas realizadas, mediante análise fundamentada da chefia imediata, em até quarenta dias, quanto ao atingimento ou não das metas estipuladas.

§ 1º A aferição que trata o caput deve ser registrada em um valor que varia de 0 a 10, onde 0 é a menor nota e 10 a maior nota.

§ 2º Somente serão consideradas aceitas as entregas cuja nota atribuída pela chefia imediata seja igual ou superior a 5. (destaques não constam do original)

Ora, a despeito de princípios como o da impessoabilidade, sabe-se que não são raros os casos de favorecimento, perseguição e assédio na administração pública. E a instituição de sistemas de avaliação em que pese encontre justificativas em um outro princípio, o da eficiência, infelizmente acaba potencializando a ocorrência desses casos.

Não por acaso vêm crescendo os números de absenteísmo e aposentadoria por invalidez no serviço público, sendo certo que o trabalho remoto - experimentado, sobretudo, durante a pandemia – tem contribuído enormemente para isso, conforme comprovam os dados colhidos no IFC em pesquisa publicada no já mencionado artigo *“Trabalho remoto: um olhar dos servidores e servidoras do Instituto Federal Catarinense”* (RAQUEL, R. ; MIGLIORINI, G. ; LEAL, M. ; ROSA, H. I. ; FRAINER, D. E. S. ; FRUNEAUX, S. C. ; BRAZ, F. J. ; SILVA, J. V. B. M. e, *Potemkin*, v. 1, p. 40-51, 2020).

Nesse sentido, compatibilizar o princípio da eficiência com o dever de proteção a saúde e a segurança do servidor é um valoroso exercício que não deve ser deixado de lado na implantação do teletrabalho.

Ao menos formalmente, o Programa de Gestão instituído pela IN nº 65/2020 contempla essa preocupação, senão vejamos ao analisar o que prevê o art. 6º da normativa, cuja íntegra pedimos vênias para novamente transcrever:

Art. 6º São objetivos do programa de gestão:

I - **promover a gestão da produtividade e da qualidade das entregas dos participantes;**

II - contribuir com a redução de custos no poder público;

III - atrair e manter novos talentos;

IV - contribuir para a motivação e o comprometimento dos participantes com os objetivos da Instituição;

V - estimular o desenvolvimento do trabalho criativo, da inovação e da cultura de governo digital;

VI - melhorar a qualidade de vida dos participantes;

VII - gerar e implementar mecanismos de avaliação e alocação de recursos; e

VIII - promover a cultura orientada a resultados, com foco no incremento da eficiência e da efetividade dos serviços prestados à sociedade. (destaques não constam do original)

O mesmo verificamos no art. 17 quando a instrução normativa trata do monitoramento dos resultados dos programas:

Art. 17. Com a finalidade de conhecer os benefícios e resultados advindos da implementação de programa de gestão, os órgãos e entidades participantes deverão elaborar relatório gerencial contendo, no mínimo, as seguintes informações:

I - de natureza quantitativa, para análise estatística dos resultados alcançados:

a) total de participantes e percentual em relação ao quadro de pessoal;

b) variação de gastos, quando houver, em valores absolutos e percentuais;

c) variação de produtividade, quando houver, em valores absolutos e percentuais;

d) variação de agentes públicos por unidade após adesão ao programa de gestão;

e) variação no absenteísmo, em valores absolutos e percentuais; e

f) variação na rotatividade da força de trabalho, em valores absolutos e percentuais.

Parágrafo único. O órgão providenciará o encaminhamento do relatório de que trata o caput ao órgão central do SIPEC, para fins de informações gerenciais, na forma do art. 28, anualmente, até 30 de novembro. (destaques não constam do original)

Ocorre que quando vamos à execução propriamente dita do programa verificamos situações como as referidas alhures, quando falamos da discricionariedade do dirigente da unidade de definir quem entra e quem sai do programa, e quando abordamos o poder conferido às chefias para alterar unilateralmente as metas individuais de seus subordinados.

Mas infelizmente não para por aí!

Ao prever em seu art. 10 que o órgão ou entidade, por ato do seu dirigente máximo, poderá estabelecer percentual mínimo de produtividade adicional dos participantes em teletrabalho em relação às atividades presenciais, acaba por

permitir o tratamento anti-isonômico entre os que realizarão o teletrabalho e aqueles que permanecerão no trabalho presencial. Ora, todos sabemos que um ambiente de desigualdades é o espaço propício para o adoecimento.

A respeito disso é oportuno destacar que a Constituição Federal assegura aos servidores públicos o direito ao ambiente do trabalho seguro, sendo dever da Administração adotar todas as medidas necessárias e suficientes à eliminação de riscos à saúde dos seus servidores. (princípio do risco mínimo regressivo, art. 7º, XXII, c/c art. 39, § 3º, da CF)

Saindo um pouco da questão relacionada à saúde, mas ainda no plano dos direitos dos servidores, destacamos na instrução normativa editada pelo Ministério da Economia alguns dispositivos que merecem atenção especial. O primeiro é que estabelece ser *“dever do participante de manter a infraestrutura necessária para o exercício de suas atribuições, inclusive aquelas relacionadas à segurança da informação, quando executar o programa de gestão na modalidade teletrabalho”*. (art. 13, III, “d”)

Outro, na mesma toada, é o disposto no art. 23, abaixo transcrito:

Art. 23. Quando estiver em teletrabalho, caberá ao participante providenciar as estruturas física e tecnológica necessárias, mediante a utilização de equipamentos e mobiliários adequados e ergonômicos, assumindo, inclusive, os custos referentes à conexão à internet, à energia elétrica e ao telefone, entre outras despesas decorrentes do exercício de suas atribuições.

Ora, a aspiração pela *“redução de custos no poder público”* (art. 6, II, IN nº 65/2020) é tanto louvável quanto desejada, inclusive – para não dizer principalmente – pelos próprios administrados. Contudo, não é possível admitir que a economia de recursos se dê às custas do servidor.

O ordenamento jurídico pátrio veda o enriquecimento sem causa. A previsão está no art. 884 do Código Civil, que reza: *“Aquele que, sem justa causa, se*

enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários”.

E embora o regramento seja encontrado no Código Civil seja originalmente destinado aos particulares, exemplos não faltam da sua aplicação no direito administrativo. A Lei nº. 8.666/93, que trata dos contratos administrativos, por exemplo, determina que *“Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado”.*

Na jurisprudência dos nossos tribunais a proibição do enriquecimento sem causa da administração também é matéria pacífica, senão vejamos:

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO ADMINISTRATIVO. DIREITO DO TRABALHO. JUIZ CLASSISTA. AFASTAMENTO LIMINAR DO EXERCÍCIO DE SUAS FUNÇÕES PELO RELATOR DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. POSSIBILIDADE. PODER GERAL DE CAUTELA. ART. 61, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI N. 9.784/99. INTERPRETAÇÃO EM CONJUNTO COM O PRECEITO DO ART. 663, § 2º, DA CLT. DIREITO DO TRABALHO. EQUIPARAÇÃO DOS JUÍZES CLASSISTAS AOS MAGISTRADOS TOGADOS. IMPOSSIBILIDADE. MÁ-FÉ. CONFIGURAÇÃO. DEVOLUÇÃO DOS VALORES PERCEBIDOS ENQUANTO INVESTIDO DAS FUNÇÕES DE MAGISTRADO CLASSISTA. IMPOSSIBILIDADE. VALOR SOCIAL DO TRABALHO. ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DA ADMINISTRAÇÃO. ART. 1º, IV, E ART. 170, DA CB/88. DECISÃO EXTRA PETITA. NULIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. [...] 4. **O trabalho consubstancia valor social constitucionalmente protegido [art. 1º, IV e 170, da CB/88], que sobreleva o direito do recorrente a perceber remuneração pelos serviços prestados até o seu afastamento liminar. Entendimento**

contrário implica sufragar o enriquecimento ilícito da Administração. 5. A decisão judicial extra petita gera nulidade da ordem no ponto em que excede o pedido deduzido pela parte. 6. Recurso ordinário parcialmente provido, para tornar inexigível a ordem do Tribunal Superior do Trabalho - TST no ponto em que determina a devolução dos valores recebidos pelo recorrente a título de remuneração pelo exercício da função de magistrado classista entre 04.05.98 e 08.08.2000. (RMS 25104, Relator(a): EROS GRAU, Primeira Turma, julgado em 21/02/2006, DJ 31-03-2006 PP-00019 EMENT VOL-02227-01 PP-00211 – os destaques não constam do original)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. ADMINISTRATIVO. FÉRIAS VENCIDAS E NÃO GOZADAS. **VEDAÇÃO AO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.** INDENIZAÇÃO DEVIDA A SERVIDORES ATIVOS E INATIVOS. PRECEDENTES DO STF. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Conforme a orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, o servidor público tem direito à indenização por férias não gozadas independentemente dele estar em atividade ou aposentado.

2. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 827.300/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/03/2016, DJe 10/03/2016 – os destaques não constam do original)

Portanto, não guardam consonância com o nosso ordenamento jurídico as disposições que impõem ao servidor os custos relativos à execução do seu trabalho, sem a devida compensação ou ressarcimento.

Nesse sentido, e certos de que nenhuma mobilização, por mais forte que seja, dos trabalhadores do IFC irá resultar na aprovação de regulamento interno que contrarie as disposições ora criticadas da IN nº 65/2020, recomendamos

que os servidores que tiverem tais despesas, guardem todas as provas a fim de instruírem eventuais ações judiciais de cobrança futuramente.

Do já mencionado art. 13, III, “d”, resulta, ainda, uma outra preocupação: a responsabilidade atribuída ao servidor integrante do programa pelas despesas relacionadas à segurança da informação.

A preocupação se justificada não apenas pelas questões relativas ao custeio da despesa, já manifestada acima, mas pela imposição do dever de o servidor em zelar pelas informações que acessar, física e eletronicamente.

Vejamos:

Art. 13. O candidato selecionado pelo dirigente da unidade para participar do programa de gestão deverá assinar o plano de trabalho, que conterá:

[...]

III - o termo de ciência e responsabilidade contendo, no mínimo:

[...]

h) a declaração de que está ciente quanto:

1. ao dever de observar as disposições constantes da Lei nº 13.709, de 14 e agosto de 2018, Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), no que couber; e

[...]

Art. 22. Constituem atribuições e responsabilidades do participante de programa de gestão:

[...]

IX - zelar pelas informações acessadas de forma remota, mediante observância às normas internas e externas de **segurança da informação; e**

X - retirar processos e demais documentos das dependências da unidade, quando necessários à realização das atividades, observando os procedimentos relacionados **à segurança da informação** e à guarda documental, constantes de regulamentação própria, quando houver, e mediante termo de recebimento e responsabilidade. (destaques não constam do original)

Ora, de um lado a administração se exime da responsabilidade e do ônus financeiro de fornecer ao servidor os instrumentos tecnológicos (equipamentos, software antivírus, etc) para que ele desempenhe suas atribuições, e, de outro, em caso de eventual ataque cibernético, poderá responsabilizar o servidor por eventuais falhas na segurança cibernética que resultem em algum dano.

A preocupação se torna ainda mais pertinente quando lembramos que instituições governamentais foram alvos de ataques recentes de chamados *malwares*, destacando-se, entre elas, o Ministério da Saúde, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal⁴.

Portanto, também acerca deste ponto é necessária especial atenção e reflexão da categoria quanto à regulamentação do teletrabalho, cientes, desde já, que as regras neste caso também estão disciplinadas na IN nº 65/2020, portanto, sem possibilidade, ao menos em tese, de serem modificadas na regulamentação interna.

Por fim, ainda com relação aos direitos dos servidores frente à IN nº 65/2020, insta mencionar que em nosso ordenamento somente a lei em sentido estrito pode limitar ou retirar direitos, jamais os atos regulamentares, como decretos e instruções normativas.

Nesse sentido, não será legal o ato administrativo que, lastreado no art. 12, § 4º, da IN nº 65/2020, indefira o pedido do servidor para exercício do direito à

⁴ Vide: <https://canaltech.com.br/seguranca/stj-e-alvo-de-ataque-cibernetico-confira-tudo-o-que-sabemos-ate- agora-174162/>

remoção ou à licença referidos no citado dispositivo. Eis o que dispõem os dispositivos em debate:

IN nº 65/2020

Art. 12 [...]

§ 4º O programa de gestão, quando instituído na unidade, poderá ser alternativa aos servidores que atendam aos requisitos para remoção nos termos das alíneas "a" e "b" do inciso III do caput do art. 36, da Lei nº 8.112, de 1990, e para concessão da licença por motivo de afastamento do cônjuge ou companheiro prevista no art. 84 da Lei nº 8.112, de 1990, desde que para o exercício de atividade compatível com o seu cargo e sem prejuízo para a Administração.

Lei nº 8.112/90

Art. 36. Remoção é o deslocamento do servidor, a pedido ou de ofício, no âmbito do mesmo quadro, com ou sem mudança de sede.

Parágrafo único. Para fins do disposto neste artigo, entende-se por modalidades de remoção: (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)

I - de ofício, no interesse da Administração; (Incluído pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)

II - a pedido, a critério da Administração; (Incluído pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)

III - a pedido, para outra localidade, independentemente do interesse da Administração: (Incluído pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)

a) para acompanhar cônjuge ou companheiro, também servidor público civil ou militar, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que foi deslocado no interesse da Administração; (Incluído pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)

b) por motivo de saúde do servidor, cônjuge, companheiro ou dependente que viva às suas expensas e conste do seu assentamento funcional, condicionada à comprovação por junta médica oficial; (Incluído pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)

c) em virtude de processo seletivo promovido, na hipótese em que o número de interessados for superior ao número de vagas, de acordo com normas preestabelecidas pelo órgão ou entidade em que aqueles estejam lotados. (Incluído pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)

[...]

Art. 84. Poderá ser concedida licença ao servidor para acompanhar cônjuge ou companheiro que foi deslocado para outro ponto do território nacional, para o exterior ou para o exercício de mandato eletivo dos Poderes Executivo e Legislativo.

É que tanto a remoção de trata o art. 36, III, "a", "b" e "c", quanto a licença de que trata o art. 84, ambos da Lei nº 8.112/90, são consideradas direito subjetivo do servidor. O ato administrativo neste caso é tido como vinculado, isto é, uma vez preenchidos os requisitos previstos na lei, deve a administração deferir o pedido.

Eis alguns precedentes judiciais nessa direção:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. SERVIDOR PÚBLICO. AUDITOR FISCAL DA RECEITA FEDERAL. CONCURSO DE REMOÇÃO. INTERESSE PÚBLICO. ACOMPANHAMENTO DE CÔNJUGE. ART. 36 DA LEI 8.112/90.

1. Consoante o disposto no art. 36, inciso III, "a", da Lei 8.112/90, a remoção para o acompanhamento do cônjuge, também servidor público civil ou militar, deslocado no interesse da Administração, **é direito subjetivo do servidor, independente do interesse da Administração e da existência de vaga.**

2. Segundo a jurisprudência deste Tribunal: "A Administração, ao oferecer vaga a ser ocupada por critério de remoção, acaba revelando que tal preenchimento é de interesse público, pois tem por objetivo adequar o quantitativo de servidores às necessidades dos órgãos e unidades administrativas". Precedente do STJ.

3. Agravo regimental não provido.
(AgRg no REsp 1247360/RJ, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/09/2013, DJe 07/10/2013 – destaques não constam do original)

ADMINISTRATIVO. SERVIDORA PÚBLICA. LICENÇA PARA ACOMPANHAR CÔNJUGE NO EXTERIOR. ARTIGO 84 DA LEI 8.112/90. PODER-DEVER DA ADMINISTRAÇÃO. AUSÊNCIA DE DISCRICIONARIEDADE. INEXISTÊNCIA DE INTERESSE PÚBLICO. FACE A AUSÊNCIA DE REMUNERAÇÃO. PREENCHIDOS OS REQUISITOS A LICENÇA DEVE SER CONCEDIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. I - O requisito fulcral para a concessão da licença pleiteada é tão somente o deslocamento do cônjuge para outro ponto do território nacional ou exterior, ou ainda, para exercício de mandato eletivo dos Poderes Executivo e Legislativo. II - Ônus algum recai sobre o Erário, vez que o parágrafo 1º do dispositivo em discussão prevê a ausência de remuneração durante todo o período da licença. Assim, a interpretação dada ao art. 84 da Lei nº 8.112/90 não deve ser a mesma do art. 36 do Estatuto. III - **Ademais, o art. 84 do Estatuto dos Servidores está situado em seu Título III, qual seja "Dos Direitos e Vantagens". A norma contida em todos os demais dispositivos que se encontram nesse mesmo título diz respeito a direitos dos servidores, sobre os quais a Administração possui pouco ou nenhum poder discricionário. O legislador, pelo menos no capítulo em que tratou de concessão de licenças, quando quis empregar caráter discricionário, o fez expressamente, como no art. 91 do mesmo Diploma Legal. IV - O art. 84 da Lei nº 8.112/90 contém norma permissiva, cuja interpretação mais adequada é a de que carrega um poder-dever por parte da Administração. Logo, preenchendo-se os requisitos, o requerente faz jus à licença requerida.** V - Recurso especial conhecido e desprovido. (REsp 422437/MG, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 15/03/2005, DJ 04/04/2005 p. 335 – destaques não constam do original)

Dito isso, passemos, no próximo ponto, às respostas aos questionamentos formulados pela consulente, não sem antes registrar, mais uma

vez, que embora a análise tenha até aqui se concentrado nos critérios e procedimentos gerais fixados pela IN nº 65/2020, as respostas que serão apresentadas na sequência levaram em consideração os dispositivos específicos da minuta de regulamentação encaminhada para análise, isto é, a resolução que estava em construção no IFMG, que vem servindo de base para as discussões no IFC.

3. CONCLUSÃO

Por todo o exposto, é possível concluir o seguinte quanto aos questionamentos apresentados pela consulente:

1. O programa de gestão inova em propor um sistema de avaliação de desempenho diferente daqueles previstos em lei. Trata-se de avaliação qualitativa das entregas na modalidade de teletrabalho, realizada unilateralmente pela chefia imediata, e publicamente divulgada. Há competência do órgão superior para esse tipo de inovação que supera o estatuto legal?

Resposta: Como exaustivamente explorado na análise, a adesão ao Programa de Gestão é facultativa, tanto pelos órgãos ou entidades federais, quanto pelos servidores a elas vinculados. Dessa forma, é perfeitamente admissível que, para os que optarem pelo programa, a norma os submeta a um regramento específico.

No caso das avaliações de desempenho e da sua regulamentação através de ato normativo interno é preciso lembrar que isso não é propriamente uma novidade. Com efeito, no âmbito das instituições federais de ensino os docentes são avaliados por seus desempenhos acadêmicos a partir do que dispõem as resoluções dos respectivos conselhos universitários ou superiores.

Ademais, a instituição de um sistema de metas e avaliação no caso do Programa de Gestão em comento parece atender ao princípio não apenas da eficiência, mas também ao da razoabilidade, sobretudo pelo fato de ser dispensado

o controle de frequência (art. 3º VII, IN nº 65/2020), o que torna justificável que a administração adote formas alternativas de controle do trabalho de seus servidores.

2. O Plano de Trabalho, Metas e Resultados pode configurar excesso, humilhação, constrangimento e/ou assédio moral ao estabelecer

a. avaliação subjetiva e unilateral do “perfil do servidor” (cf. art. 10º, inciso XII e alíneas)?

b. redefinição unilateral pela chefia das metas anteriormente pactuadas (cf. art. 14, §2º)?

c. corriqueira e nominal exposição pública de avaliação da qualidade das atividades desenvolvidas pelo servidor (notas de 0 a 10 por atividade desenvolvida) (cf. art. 38, §1º e incisos)?

d. não aceite (recebimento) das atividades desenvolvidas que receberam nota inferior à 5 (cf. art. 15, §2º)?

e. exclusão sumária do regime de teletrabalho do servidor que tiver atribuído mal desempenho, não dispor de condições de infraestrutura para a execução do trabalho, entre outras (cf. art. 28, III e VIII)?

Resposta: Os questionamentos deste item 2 podem ser resumidos no seguinte: excessos decorrentes do Plano de Gestão podem configurar excesso, humilhação, constrangimento e/ou assédio moral?

A resposta a esse questionamento não pode deixar de considerar que a percepção do que pode parecer excesso, humilhação ou constrangimento, é muito individual e poderá variar de acordo com as circunstâncias momentâneas, experiências e vivências do indivíduo, entre outros fatores de cunho pessoal.

É dizer, o que pode configurar excesso para alguém pode ser considerado absolutamente dentro dos padrões para outrem. Ou, ainda, aquilo que pode ser recebido como um constrangimento para determinado indivíduo hoje, pode ser encarado com naturalidade por esse mesmo indivíduo num outro momento da sua vida.

Isso não quer dizer que não se possa tecer alguns comentários acerca das questões colocadas pela consulente nos subitens acima, como, aliás, já fizemos quando da análise dos critérios gerais e procedimentos gerais estabelecidos pela IN nº 65/2020.

No caso, a mera existência de regras que permitam a avaliação subjetiva e unilateral do perfil do servil; a redefinição unilateral das metas pela chefia; a exposição pública da avaliação de qualidade; o não aceite das atividades pontuadas com nota inferior a 5; a exclusão sumária do servidor do teletrabalho, por si só não geram dano, pelo menos numa primeira análise.

É certo, porém, que todas elas constituem instrumentos dotados de elevado potencial intimidatório, constrangedor, notadamente se considerarmos que estão colocadas à disposição de quem tem poder de mando, no caso o dirigente máximo e o chefe imediato.

Obviamente, se da má utilização dessas ferramentas resultarem danos, responsabilidades haverão de ser apuradas.

3. A exigência de que “a produtividade dos servidores participantes do teletrabalho deverá ser superior à prevista para as mesmas atividades em execução presencial nas dependências da unidade” (cf. art. 17, §3º), constitui quebra de isonomia, equiparação e imparcialidade?

Resposta: Sim, conforme abordado na análise da IN nº 65/2020 acima, cujas conclusões se aplicam igualmente à proposta de regulamentação

encaminhada para consulta, fere o princípio da isonomia estabelecer metas diferentes para servidores em teletrabalho e para servidores em trabalho presencial.

4. Ao determinar que “o programa de gestão, na modalidade teletrabalho, poderá ser alternativa aos servidores que atendam aos requisitos para concessão da licença por motivo de afastamento do cônjuge ou companheiro prevista no art. 84 da Lei nº 8.112, de 1990 [...]” (cf. art. 22), há ilegalidade diante de supressão de direito estatutário de competência federal?

Resposta: Sim, é ilegal a supressão, pela via de atos normativos infralegais, de direitos fixados por lei. Ademais, tanto as remoções baseadas no inciso III do art. 36, § único, III, da Lei nº 8.112/90, quanto à licença de que trata o art. 84 da Lei nº 8.112/90, independem de interesse da administração.

5. Em detrimento do estatuto jurídico federal e do edital público institucional pelo qual o servidor ingressou na instituição, é lícito que todas as condições e despesas para realização das atividades (cf. art. 31, inciso XI) sejam transferidas exclusivamente para o servidor sem direito à compensação financeira?

Resposta: Não, a prática descrita caracteriza enriquecimento sem causa da administração e nosso ordenamento jurídico veda esta prática.

6. Diante da possibilidade de transferir-se para o servidor todas as condições materiais, tecnológicas e infraestrutura para a execução das atividades (cf. art. 31, inciso XI), qual seria a responsabilidade institucional acerca das questões relativas à saúde, segurança e qualidade de vida no trabalho,

considerando, por exemplo, condições de ergonomia, doenças ocupacionais, acidentes de trabalho, etc.?

Resposta: O art. 7º, XXII, da nossa Constituição Federal assegura aos trabalhadores urbanos e rurais “a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”.

Dessa norma resulta a responsabilidade do empregador garantir um ambiente salubre e seguro para seus trabalhadores, fornecendo equipamentos de proteção individual, espaços, ferramentas e insumos de trabalho que atendam os requisitos de saúde e proteção do trabalhador. Qualquer dano ocasionado ao trabalhador no trabalho ou em decorrência dele é passível de indenização a partir desta mesma norma.

Tudo isso é aplicável aos servidores públicos por conta do que determina o art. 39, § 3º, da CF.

SMJ, é como opinamos.

Florianópolis, 19 de maio de 2021.

EMMANUEL MARTINS
OAB/SC 23080

RIVERA DA SILVA RODRIGUEZ VIEIRA
OAB/SC 41213-A