

Brasília, 14 de agosto de 2020,

Prezada Maria Cristina de Sá Oliveira Matos Brito,
 Diretora Executiva da **Associação dos Servidores da Agência Nacional de Águas**

REF: Análise da Instrução Normativa nº 65, de 30 de julho de 2020, da Secretaria de Gestão e Desempenho Pessoal. Regulamentação do teletrabalho na Administração Pública Federal, por meio dos programas de gestão. Análise de aspectos de legalidade e constitucionalidade.

Vimos, por intermédio da presente Nota Técnica, em atenção à solicitação feita a esta assessoria jurídica, apresentar análise do teor da Instrução Normativa nº. 65, de 30 de julho de 2020, que dispõe sobre a implementação do Programa de Gestão.

A Instrução Normativa em questão promove, na prática, uma regulamentação do regime de teletrabalho no âmbito da Administração Pública Federal, apenas adotando a nomenclatura de “programa de gestão” para definir a ferramenta de gestão utilizada pelos órgãos do Poder Executivo na opção pelas modalidades de teletrabalho.

De início, então, importante mencionar que a própria norma administrativa traz duas opções de regimes de execução dos serviços no modelo de teletrabalho: parcial e integral. Naturalmente, a primeira hipótese é aplicável quando o teletrabalho abrange apenas parte da jornada de trabalho do servidor,

enquanto a segunda se aplica quando a totalidade da jornada for exercida de modo remoto.

Há, no normativo, a indicação das hipóteses preferenciais nas quais serão autorizados os regimes de teletrabalho, com a vedação expressa da sua adoção nas atividades que exijam a presença física do servidor no próprio órgão ou em demandas externas, bem como quando se observar que o número de servidores em trabalho remoto afete a capacidade de atendimento do público interno e externo.

São estabelecidos, ainda, os objetivos do programa de gestão e a especificação de que a sua adoção depende da conveniência e do interesse do serviço, de modo que não se configura como um direito do participante.

Para a implementação, será necessária a autorização pelo Ministro de Estado ao qual o órgão esteja vinculado, bem como a elaboração de procedimentos e a constante execução e avaliação do programa, com a finalidade de observar a sua efetividade.

A Instrução Normativa expõe, com detalhamento, as etapas relacionadas à formatação do programa. É interessante observar, nesse tocante, que a previsão é a de que o regime de teletrabalho não seja deferido ao servidor após mera solicitação. De modo contrário, será necessária, após adoção formal do programa de gestão pelo órgão, a seleção dos participantes habilitados ao regime pelo dirigente da unidade, com base em alguns elementos objetivos que, em verdade, abrem bastante margem para decisões subjetivas. Há, porém, previsão de priorização de servidores que se enquadrem em hipótese específicas.

O formato proposto levanta uma primeira preocupação, justamente por deixar muito aberta a decisão do dirigente da unidade, o que tem o condão de permitir eventuais decisões persecutórias, garantindo ao subjetivismo do dirigente na definição daqueles que possam realizar o teletrabalho. A priorização de servidores prevista na norma, aliás, acaba figurando como uma mera sugestão, abrindo espaço para que servidores com horário especial, gestantes e lactantes ou

aqueles com mobilidade reduzida acabem sendo preteridos, sem que isso configure uma violação ao normativo.

O normativo avança na previsão de especificidades sobre o plano de trabalho a ser observado pelo servidor e sobre o formato de entregas dos trabalhos a serem executados, apontando que as metas semanais estabelecidas não podem superar o quantitativo de horas da jornada semanal de trabalho do participante. Tal dispositivo tem relação com um tópico a ser analisado mais à frente, relativo ao serviço extraordinário, ficando desde logo clara a intenção da norma de vedar tal hipótese.

Fica estabelecido, ainda, que o programa de gestão deverá passar por acompanhamento e eventual revisão a após seis meses de implementação, bem como por um monitoramento quantitativo e qualitativo, para análise dos resultados obtidos pelos órgãos.

Conforme o texto regulamentar, é possível o estabelecimento de hipóteses de vedação à participação de servidores no programa de gestão, que não são esclarecidas no próprio texto, além de serem delimitadas as hipóteses de eventual desligamento do servidor do programa. O programa de gestão pode, ainda, ser suspenso por determinação do Ministro de Estado, por razões de conveniência e oportunidade, com notificação prévia dos servidores, num prazo mínimo de 10 dias.

Tópico relevante a ser abordado surge, porém, no espaço normativo destinado às atribuições e responsabilidades do servidor que adote o regime de teletrabalho. Há algumas previsões mais procedimentais, como a de manter-se em disponibilidade no horário de funcionamento do seu órgão ou a de checar diariamente a sua caixa postal, mas há as disposições mais preocupantes do art. 23.

O mencionado artigo prevê que é responsabilidade do participante providenciar a estrutura física e tecnológica necessária ao trabalho, bem como a responsabilidade pelos custos de internet, telefone, energia elétrica e demais despesas decorrentes dos exercícios das atribuições.

Há, nessa determinação regulamentar, uma indevida transferência das responsabilidades pela Administração da coisa pública ao servidor, num movimento que se apresenta efetivamente inconstitucional. Observa-se, assim, inconstitucionalidade formal devido à usurpação de competência do Presidente da República por parte do Secretário de Gestão e Desempenho Pessoal, já que a organização e funcionamento da administração federal são competências privativas do Presidente da República, em conformidade com o art. 84, VI, "a", da Constituição Federal.

De modo mais relevante, porém, observa-se uma inconstitucionalidade material, eis que a organização e o funcionamento da administração federal são atribuições exclusivas do Poder Executivo, que não pode transferi-las aos seus servidores. Eventual adoção do regime de teletrabalho tem o condão de estender o espaço de trabalho e, portanto, o espaço da Administração para dentro da casa do servidor, de modo que naturalmente também se estendem as obrigações administrativas.

Não há qualquer razoabilidade em transferir para o servidor a responsabilidade pela adequação de equipamentos e mobiliário para o trabalho, por exemplo, sem qualquer contrapartida da Administração. É de se ressaltar que, tendo em vista que é a Administração Pública a responsável pelo servidor em seu período de trabalho, ainda que ele esteja em trabalho remoto, eventuais questões de saúde relacionadas à má disposição do espaço de trabalho em casa – como doenças ocupacionais ou acidentes de trabalho – recaem, naturalmente, sobre a Administração.

O adequado, em verdade, é a verificação da estrutura de trabalho do servidor, por parte da Administração, com a disponibilização de eventuais elementos que se façam necessários para garantir ao servidor o espaço de trabalho adequado. Justamente por esse motivo, então, é que não se mostra razoável a imposição dos custos adicionais com internet, energia elétrica e telefone que o servidor venha a ter em razão do teletrabalho.

Com o teletrabalho, a Administração tem uma natural redução de custos com todas essas funcionalidades nos seus espaços físicos, de modo que a

transferência dos custos adicionais do servidor na sua casa aponta um verdadeiro enriquecimento ilícito por parte da Administração, ao buscar se utilizar da relação de trabalho por ela sugerida para economizar às custas do servidor.

No mesmo sentido de distribuir atribuições da Administração segue, também, o disposto no art. 13, "d", da Instrução Normativa nº. 65, que aponta ser dever do servidor em teletrabalho a manutenção de infraestrutura relacionada à segurança da informação. Ora, o interesse pela garantia da segurança da informação é do servidor, mas, primordialmente, é da Administração Pública.

A infraestrutura tecnológica do servidor, em sua casa, apenas atende aos seus interesses pessoais, que não envolvem a segurança de informações que ele trata regularmente em ambiente seguro da Administração. Por óbvio, portanto, que a exigência em questão transborda também os limites constitucionais, ao buscar eventualmente responsabilizar o servidor por uma inação da Administração Pública, que sequer quer ser responsável pela garantia da segurança da informação.

A instrução normativa nº. 65 segue, então, apontando as competências dos dirigentes das unidades com relação ao programa de gestão, apontando, ainda, as competências da chefia imediata. Dispõe, ainda, sobre a necessidade de criação de um sistema informatizado de apoio ao regime de teletrabalho, cujos custos de implementação ficarão a cargo dos órgãos que decidirem optar pelo programa.

Parte-se, então, para uma sequência de dispositivos controversos, que tratam das indenizações e vantagens devidas aos servidores em regime de teletrabalho. O primeiro deles tem relação com os serviços extraordinários, que são vedados na modalidade de teletrabalho – mesmo quando haja o cumprimento de metas superiores às previamente estabelecidas.

De fato, na adoção de um regime remoto de trabalho, há maior dificuldade de controle da frequência dos servidores – que, aliás, é dispensada no regime de execução integral previsto na Instrução Normativa -, o que abre espaço para as discussões sobre o serviço extraordinário.

Há que se observar, porém, que a vedação ao regime extraordinário não pode ser realizada por meio de regulamento. Há, assim, clara ilegalidade da Instrução quanto ao tópico, eis que há verdadeira restrição de um direito com esteio constitucional por meio de uma norma regulamentar, que sequer promove a regulamentação de uma legislação específica.

Assim, eventual adoção da medida como regra pode atrair o natural questionamento judicial do regulamento, eis que transborda o poder regulamentar e busca criar uma vedação inexistente no ordenamento jurídico. A prestação e remuneração do serviço extraordinário tem como fundamento o art. 7º, XVI, c/c art. 39, § 3º, da Constituição Federal, sendo que há apenas algumas hipóteses previstas em lei que justificam a supressão do regime de trabalho extraordinário.

O regime de teletrabalho não é hipótese legalmente prevista de desconsideração da jornada extraordinária, até mesmo porque a discussão encontra pontos de questionamento relevantes. Ora, se o servidor possui uma jornada de trabalho especificada em lei, o simples fato de estar em teletrabalho não faz sumir tal previsão. Eventual não remuneração do seu trabalho extraordinário o coloca em desigualdade com os seus colegas que exercem a mesma jornada no espaço físico da Administração, admitindo-se que servidores do mesmo cargo, que exercem as mesmas atribuições e que estejam realizando serviço extraordinário tenham tratamento diferenciado.

Do mesmo modo não parece razoável o disposto no art. 30, da IN 65, que estabelece que o servidor perde direito ao banco de horas. O banco de horas é um formato de ultrapassar a obrigatoriedade de remuneração da hora extraordinária, de modo que permanece a discussão quanto à realização de serviço extraordinário com penalização do servidor, pela mera opção pelo teletrabalho.

Não parece razoável, também, que o servidor seja obrigado a compensar as horas existentes no seu banco de horas, anteriormente à migração para o programa de gestão, diante da possibilidade de que o programa seja suspenso a qualquer momento. Mais uma vez, ainda, o normativo esbarra nos

limites do poder regulamentar, ao prever hipótese que não tem previsão legislativa prévia.

As disposições sobre ajuda de custo, pagamento de passagens e diárias e auxílio-transporte, porém, encontram-se nos estreitos limites do que dispõe a legislação, garantindo-se o seu pagamento nas hipóteses previstas em lei.

O mesmo não ocorre, contudo, com relação ao auxílio-moradia, previsto no art. 34, da Instrução Normativa. O raciocínio que parece aplicado é o de que o servidor que esteja em regime de execução integral tem a possibilidade de exercer o seu cargo de qualquer lugar, de modo que poderia, por exemplo, retornar ao local em que seja proprietário de algum imóvel.

Há, porém, mais uma vez uma ultrapassagem dos limites regulamentares pela norma, que desconsidera outros aspectos. Ora, o regime de execução integral do teletrabalho não é previsto na legislação como uma vedação à percepção do auxílio-moradia – vide art. 60-B, da Lei nº. 8.112/90 – e, para além disso, há outros elementos a serem observados.

O primeiro deles é o de que o regime de teletrabalho pode ser alterado a qualquer momento, no interesse da Administração. Desse modo, não há segurança alguma dada ao servidor de que possa se afastar em caráter permanente da localidade na qual está localizada o seu órgão de lotação. De outro lado, por estar num regime de teletrabalho que não é permanente, o servidor não terá direito a ajuda de custo para a sua movimentação de saída e de retorno ao seu local de lotação, pela própria disposição do art. 31, da IN 65.

Fica evidente, portanto, que permanecem as condições previstas na legislação como regras para a manutenção do auxílio-moradia, não se aplicando de forma imediata a restrição prevista na Instrução Normativa, a qual é efetivamente ilegal.

No tocante aos adicionais noturno, de insalubridade, de periculosidade, de radiação ionizante e de gratificação por atividades com Raios-

X, observa-se que a norma administrativa promove regular previsão quanto às suas hipóteses de pagamento, que cessam a partir do momento em que o servidor não esteja mais submetido às situações que autorizam o pagamento de tais adicionais. Quanto ao adicional noturno há, inclusive, hipótese prevista de sua manutenção, quando for possível a comprovação do trabalho no período mencionado.

O que há de ser observado em todos os casos, contudo, é que a norma busca vedar os pagamentos em quaisquer dos regimes de teletrabalho, o que se mostra irregular. Ora, no regime de execução parcial, no qual o servidor continua submetido ao espaço físico da Administração, é bastante provável que permaneça exposto, apenas em menor quantidade de tempo, aos mesmos agentes a que estava quando no regime de trabalho no espaço físico.

Nessa hipótese, portanto, os adicionais devem ser mantidos regularmente, tendo em vista que a exposição não terá cessado. A mera diminuição da exposição não é hipótese para a retirada do pagamento dos adicionais mencionados, de modo que, no regime de teletrabalho de execução parcial, será obrigatória a manutenção do pagamento dos adicionais, nos percentuais que vinham sendo praticados, diante da expressa disposição legal.

A Instrução Normativa finaliza, em seu art. 37, impondo a regra de que, para que o trabalho remoto seja considerado regular em determinado órgão, há a necessidade de validação dos procedimentos por ele adotados junto ao órgão central do SIPEC. Há, inclusive, a previsão de que eventual não validação continuará obrigando o controle de frequência, como se o servidor permanecesse em regime de trabalho nas dependências do órgão.

Acerca do mencionado dispositivo, é importante apontar, inicialmente, que manutenção do controle de frequência em regimes de teletrabalho ainda não validados, pelo simples fato da não validação, não soa de todo razoável. Há que se observar, nesses casos, como vinha sendo o funcionamento do órgão, quando adotava o teletrabalho, mantendo-se o controle de frequência apenas caso esta fosse a prática administrativa até ali observada. Caso contrário, o que parece mais adequada é a manutenção das mesmas

condições anteriores, ainda que pendente a validação do programa de gestão junto ao SIPEC.

Isso se deve ao fato de que tal validação é um requisito meramente formal ora estabelecido, que tem relação direta com a adequação dos órgãos, mas não do servidor. Eventual demora na validação terá relação com o formato apresentado pelo órgão, de modo que ao servidor deve ser assegurada a manutenção do formato anterior a que estava submetido, até a regularização do órgão junto ao SIPEC.

Outro ponto fundamental a ser observado é o de que, pelo disposto no art. 37, não parece estar autorizada a hipótese de migração do sistema de teletrabalho implementado em meio à pandemia para o programa de gestão. O normativo parece tratar daqueles casos em que já havia regulamentação interna sobre teletrabalho, nos mais diversos órgãos, num momento de regularidade.

O teletrabalho surgiu, no período de pandemia, como uma solução de ajuste que não pode ser configurado como um “programa de gestão constituído”. Desse modo, se não havia programa de gestão regularmente instituído em determinado órgão, não há autorização na IN 65 para que o período de trabalho remoto adotado na pandemia seja aproveitado, justamente por faltar um requisito fundamental: um programa de gestão constituído.

Como apontamentos finais acerca do teor do normativo analisado, é importante mencionar que o regime de teletrabalho, quando instituído em determinada unidade, é previsto como alternativa à concessão de remoção do servidor, nos casos previstos nas alíneas “a” e “b”, do inciso III, do art. 36, da Lei nº. 8.112, bem como à concessão da lotação provisória prevista no art. 84, da Lei nº. 8.112. Tal medida parece racionalizar o uso do instituto da remoção, num movimento que, a princípio, não gera prejuízos aos servidores.

De modo geral, a Instrução Normativa nº. 65 apresenta muitos elementos de organização e gestão que, do ponto de vista regulamentar, se enquadram no poder concedido à Administração. Há no texto, porém, uma abertura para subjetividades na escolha dos servidores que possam fazer uso do

regime de teletrabalho, o que atrai uma maior possibilidade de atitudes persecutórias ou que acabem privilegiando uma efetiva desigualdade dentro das unidades.

A falta de elementos para controle dessa subjetividade levanta um ponto de preocupação, em especial, com o uso do regime de teletrabalho para fortalecer espaços de assédio dos subordinados, diante do amplo poder dado às chefias. Há, ainda, uma preocupação com a falta de mecanismos previstos na norma para lidar com potenciais assédios ocorridos mesmo em ambiente remoto, o que passa a ser um ponto de necessário esclarecimento dos servidores, diante da maior dificuldade de comprovação de eventuais episódios.

De outro lado, a Instrução Normativa não apresenta preocupações com o necessário treinamento dos servidores para a utilização das ferramentas necessárias à viabilização do trabalho em formato remoto, numa continuidade de transferência de responsabilidades que se mostra inadequada. É importante, assim, que haja maior foco sobre o treinamento dos servidores, em eventuais regulamentações internas em cada órgão da Administração, como forma de superar a limitação do texto normativo produzido pela Secretaria de Gestão e Desempenho pessoal nesse sentido.

Em conclusão, há que se estabelecer que o regime de teletrabalho, uma vez instituído, deve ser visto como um direito à disposição do servidor, não como um efetivo dever. Abre-se, no texto, a possibilidade de ampla migração de áreas para o trabalho remoto, o que parece uma busca por tornar o teletrabalho não uma opção, mas uma regra.

É fundamental que se tenha em mente, portanto, que o servidor público atualmente em exercício na Administração Pública prestou concurso para cargos a serem exercidos presencialmente junto aos órgãos. Eventual imposição de que o servidor adote o regime de teletrabalho deve ser afastada, principalmente num cenário em que a Administração busca regulamentar tal modalidade de trabalho apenas com vistas a garantir maiores cortes orçamentários e com pouca preocupação efetiva com os direitos dos próprios servidores.

Alino da Costa Monteiro (in memoriam) • Mauro de Azevedo Menezes • Gustavo Ramos • Monya Tavares
 Marcelise Azevedo • Renata Fleury • João Gabriel Lopes • Erica Coutinho • Denise Arantes
 Cíntia Roberta Fernandes • Moacir Martins • Leandro Madureira • Rodrigo Torelly • Raquel Rieger
 Andréa Magnani • Laís Pinto • Paulo Lemgruber • Rodrigo Castro • Verônica Irazabal • Pedro Mahin
 Rafaela Posserra • Milena Pinheiro • Roberto Drawanz • Renata Oliveira • Isadora Caldas • Hugo Moraes • Anne Motta
 Ana Carla Farias • Marcelly Badaró • Luana Albuquerque • Amir Khodr • Andreia Mendes • Juliana Cazé • Bruna Costa
 Sílvia Santos • Hugo Fonseca • Danilo Prudente • Raquel de Castilho • Julia Araujo • Raquel Santana • Karen Couto
 Camila Gomes • Tainã Gois • Fernanda Figueredo • Jaqueline Almeida • Everton Figueiredo • Manuela Fleury
 Anna Clara Balzachi • Grauther Sobrinho • Maria Eduarda Gomes • Francine Vilhena

Sendo o que tínhamos para o momento, colocamo-nos à disposição para quaisquer esclarecimentos que se façam necessários.

Atenciosamente,

Leandro Madureira Silva
 OAB/DF nº 24.298
 Assessoria Jurídica Nacional

Danilo Prudente Lima
 OAB/DF nº 42.790
 Assessoria Jurídica Nacional