



Número: **1018115-86.2020.4.01.0000**

Classe: **AGRAVO DE INSTRUMENTO**

Órgão julgador colegiado: **1ª Turma**

Órgão julgador: **Gab. 01 - DESEMBARGADOR FEDERAL WILSON ALVES DE SOUZA**

Última distribuição : **12/06/2020**

Processo referência: **1032230-97.2020.4.01.3400**

Assuntos: **Antecipação de Tutela / Tutela Específica, Posse e Exercício, COVID-19**

Segredo de justiça? **NÃO**

Justiça gratuita? **SIM**

Pedido de liminar ou antecipação de tutela? **SIM**

Partes		Procurador/Terceiro vinculado	
ASSOCIACAO DOS SERVIDORES DO MINISTERIO DA CULTURA - ASMINC (AGRAVANTE)		FABIO FONTES ESTILLAC GOMEZ (ADVOGADO)	
UNIÃO FEDERAL (AGRAVADO)			
Documentos			
Id.	Data da Assinatura	Documento	Tipo
67538 525	27/07/2020 09:47	Decisão	Decisão



Tribunal Regional Federal da 1ª Região
Gab. 01 - DESEMBARGADOR FEDERAL WILSON ALVES DE SOUZA

PROCESSO: 1018115-86.2020.4.01.0000 PROCESSO REFERÊNCIA: 1032230-97.2020.4.01.3400
CLASSE: AGRAVO DE INSTRUMENTO (202)
AGRAVANTE: ASSOCIACAO DOS SERVIDORES DO MINISTERIO DA CULTURA - ASMINC
Advogado do(a) AGRAVANTE: FABIO FONTES ESTILLAC GOMEZ - DF34163-A
AGRAVADO: UNIÃO FEDERAL

DECISÃO

ASSOCIAÇÃO DOS SERVIDORES DO MINISTÉRIO DA CULTURA – ASMINC ajuizou ação ordinária contra a UNIÃO, requerendo, em sede de antecipação de tutela, a manutenção do teletrabalho dos seus representados, que exercem suas atividades através dos sistemas informatizados, sem prejuízo de suas respectivas remunerações, até que seja definida a situação deles na estrutura do Ministério do Turismo, para onde foram recentemente migrados, ou, alternativamente, que o órgão administrativo disponibilize recursos à proteção da saúde, antes de qualquer retorno presencial, garantindo a testagem de todos os servidores, a distribuição de EPIs e cumprimento dos protocolos exigidos pelas organizações competentes.

Afirmou que a Secretaria Especial de Cultura, anteriormente, integrava a pasta do Ministério da Cidadania, que já havia autorizado o regime de teletrabalho a todos os seus servidores, entretanto dita Secretaria teria sido transferida ao Ministério do Turismo em 21/05/2020.

Aduziu que, por força dessa mudança estrutural, e sem qualquer justificativa ou planejamento, os representados receberam uma mensagem, em 04/06/2020, contendo uma cartilha “*totalmente informal*”, prevendo o retorno às atividades presenciais para o dia 08/06/2020.

Afiançou que a cartilha não teria oferecido informações suficientes de como ocorreria o retorno dessa nova contingência de servidor às dependências do Ministério do Turismo, principalmente quanto à questão da segurança ao trabalho em tempo de pandemia, sobre o fornecimento de EPIs, se haveria testagem para o COVID-19 e como seria a higienização do ambiente laboral.

Asseverou, ainda, que o normativo que previu a transferência da SECULT para o Ministério do Turismo não teria se pronunciado quanto aos servidores vinculados aos quatro escritórios regionais vinculados diretamente à Secretaria Especial de Cultura - Escritório Regional Norte, Escritório Regional



Nordeste, Escritório Regional Sul e Escritório Regional Sudeste -, deixando-os em um limbo administrativo organizacional.

Ressaltou a sua legitimidade para defender os direitos dos seus representados, cuja autorização lhe havia sido concedida em decisão da Assembleia Geral Extraordinária realizada no dia 14/05/2020.

Por fim, requereu a concessão de isenção no pagamento das custas processuais, seja pela incidência da regra inserta no art. 18, da Lei nº 7.347/85 (Lei de Ação Civil Pública), seja pela concessão do benefício da assistência judiciária gratuita.

O Juízo de 1º grau indeferiu o pedido de tutela provisória, ao fundamento de que o Poder Judiciário não poderia substituir a Administração na análise da conveniência e oportunidade sobre a medida de retorno às atividades presenciais, sob pena de violação ao princípio da separação de poderes, rejeitando, ainda, o pedido de isenção do pagamento das despesas processuais.

Irresignada, a Associação interpôs agravo de instrumento contra a referida decisão, requerendo a antecipação dos efeitos da tutela recursal, a fim de que seja mantido o teletrabalho dos servidores vinculados à Secretaria da Cultura, inclusive daqueles representados lotados nos escritórios regionais, ou, de forma alternativa, seja determinada à União o cumprimento dos protocolos de saúde, antes de qualquer retorno ao trabalho presencial, mediante prévia testagem e fornecimento de equipamentos de proteção individual.

A parte agravada foi intimada a manifestar-se, em 5 (cinco) dias, sobre o pedido de antecipação da tutela recursal, sem prejuízo do prazo para contrarrazões.

A Demandante protocolou nova petição, afirmando que o retorno ao trabalho presencial teria sido adiado para 29 de junho, porque um servidor lotado no setor, para onde os representados iriam ser destinados, teria sido diagnosticado com COVID-19.

A União apresentou manifestação sobre o pedido de tutela de urgência (ID 64010611), alegando, inicialmente, que a Associação teria se furtado ao dever de juntar à inicial a lista de beneficiários, em que pese ter trazido a autorização para ajuizamento da ação ordinária, impossibilitando o processamento da demanda.

Prosseguiu, asserindo que a pretensão autoral não teria embasamento jurídico, ao buscar a normatização de tema de competência exclusiva do Poder Executivo por meio de decisão judicial. Aduziu que, em um cenário de verdadeiro caos, também competiria à Administração zelar pela manutenção dos serviços públicos, saúde da economia e preservação da estrutura estatal. Defendeu que não caberia ao Poder Judiciário definir como será mantido um serviço público, e como os órgãos e unidades que integram a estrutura regimental de um Ministério deveriam funcionar.

Asseverou que, simplesmente, generalizar o teletrabalho a todos os servidores públicos não seria a resposta a ser dada ao problema social que nos acometeria, argumentando que não levaria em consideração os prejuízos trazidos em decorrência dessa imposição, podendo atingir toda uma população, que já se encontraria privada ao extremo de diversos serviços essenciais em razão da pandemia.

Ressaltou que a cartilha enviada pelo Ministério do Turismo deixou claro que os servidores do grupo de risco, gestantes ou lactantes, responsáveis pelo cuidado de uma ou mais pessoas com suspeita ou confirmação de diagnóstico de infecção por COVID-19, pais de filhos em idade escolar, ou inferior, que necessitariam de assistência, poderiam permanecer em trabalho remoto, ou seja, boa parte dos servidores representados.



Observou que a Autora não teria comprovado que os seus servidores representados teriam sido obrigados a retornar ao regime de trabalho presencial, nem mesmo como estaria a situação atual do regime de trabalho, assim como o fato de que a União não estaria adotando as medidas sanitárias necessárias.

Deferiu-se o pedido para dilação do prazo por mais 5 (cinco) dias, formulado pela União, diante da complexidade da demanda, para manifestação sobre a medida de urgência requerida.

Apresentadas contrarrazões, defendeu a Agravada a ausência da probabilidade do direito alegado no recurso, ao argumento de que, *"(...)diante de um horizonte trágico que atinge toda a população global, não nos parece certo o ajuizamento de uma ação cuja única fundamentação é um suposto direito à saúde dos associados, descompromissada com o enfrentamento da crise sanitária que deve ser regido e favor da COLETIVIDADE, interesse egoístico inaceitável vindo de membros de carreiras públicas, cujo dever maior é de servir à população, como representa a própria expressão 'servidor' (sic)".*

Afirmou que não caberia ao Poder Judiciário definir como seria mantido um serviço público e como os órgãos e unidades que integram a estrutura regimental de um Ministério deveriam funcionar, alegando que o ato administrativo que estabelece a forma da jornada de trabalho, bem como eventual suspensão do trabalho presencial nos serviços públicos, insere-se no âmbito de discricionariedade do Poder Executivo, ainda que durante a vigência de emergência pública em saúde.

Observou ter sido elaborada a Portaria MTur nº 144, de 20 de março de 2020, que estabeleceu, em seu anexo, o trabalho remoto, tendo, entretanto, dita regra sido revogada pela Portaria MTur nº 222, de 07 de maio de 2020, ocasião em que a Secretaria-Executiva teria encaminhado novas orientações, por meio do Ofício-Circular nº 293/2020/GSE/SE, informando aos servidores que eles teriam que retornar ao trabalho presencial.

Destacou que bastaria a autodeclaração do servidor para que ele se enquadrasse nas situações nas quais o trabalho remoto seria compulsório, ressaltando que apenas parte dos servidores, que estariam fora dos grupos de risco, ou que não apresentariam outras condições excepcionais previstas nos normativos acima destacados, deveriam exercer as atividades presencialmente. Asseverou que tal proceder demonstra que o órgão estaria disciplinando o regime de trabalho remoto e presencial de acordo com as suas necessidades. Afiançou que "esse retorno não se deu de forma imediata, e muito menos açodada. Pelo contrário, o retorno ao trabalho presencial está sendo realizado de forma extremamente cautelosa, sem colocar em risco demais os servidores" (sic).

Lembrou que, no dia 12 de junho de 2020, o Secretário-Executivo, por meio do Ofício nº 899/2020/CGE/SE, teria informado sobre nova suspensão do trabalho presencial, ao fundamento de que "... alguns servidores testaram positivo para a Covid-19". Aduziu que, posteriormente, mediante o Ofício-Circular nº 392/2020/GM, de 12/06/2020, teria sido estabelecida nova data para retorno ao trabalho presencial no âmbito daquele Ministério, com o intuito de evitar mais transmissão do vírus e adoção de outras medidas necessárias para a segurança de todos.

Pontuou que o Ministro de Estado do Turismo, através do Ofício nº 693/2020/GM, teria informado que foram adotadas todas as medidas de segurança para a retomada do trabalho presencial, com a necessária higienização dos setores e áreas comuns do Ministério e certificação de que nenhum novo caso da doença teria ocorrido no período de duas semanas. Ressaltou que se está retomando aos poucos ao regime de trabalho presencial de parcela de servidores, de forma extremamente planejada e cautelosa, com higienização dos setores e áreas comuns, certificação quanto a novo caso da doença no período de duas semanas e manutenção do regime de trabalho remoto em favor de todos aqueles em grupo de risco ou que poderiam



aumentar o risco de contágio no ambiente laboral.

Defendeu que seria temerária a concessão da medida pleiteada, ao argumento de que provocaria a desorientação e desorganização dos serviços, em meio a um cenário de emergência de saúde pública, já que seria imposto o teletrabalho obrigatório sem o devido planejamento.

Lembrou, por fim, que o setor de turismo, tão relevante do ponto de vista econômico, cultural e social, talvez seja o mais impactado em toda essa pandemia, e, por isso, necessitaria que seu Ministério estivesse em pleno funcionamento, o que seria de interesse de toda a sociedade brasileira, pois, o turismo é fonte de renda para milhões de brasileiros, enorme fonte de arrecadação e expoente da nossa rica diversidade cultural.

A Associação/Agravante protocolou petição, informando que o Ministério do Turismo teria expedido o Ofício Circular nº 18/2020/MC/SECULT/GABI, no dia 15 de julho de 2020, informando que mais um servidor teria testado positivo para o COVID-19, levando a nova suspensão do trabalho presencial, com previsão de retorno para 22 de julho.

Relatados, decido.

DA LEGITIMIDADE ATIVA DA ASSOCIAÇÃO.

Inicialmente, cumpre ressaltar que, embora a questão relativa à legitimidade ativa da Associação não tenha sido objeto da decisão agravada, consiste em matéria de ordem pública, que pode ser alegada em qualquer oportunidade e pronunciada, inclusive, de ofício.

Registre-se que, desde a promulgação da Carta Magna de 1988, a questão relativa à legitimidade processual das ações coletivas trouxe acaloradas discussões no âmbito doutrinário e dos Tribunais Superiores, culminando, quanto aos entes associativos, com o julgamento do RE 573.232/SC, com repercussão geral, que teve início em 25/11/2009 e encerrou-se em 14/05/2014, ficando, ao final, após longo debate, proclamado o seguinte resultado:

“(…) o Tribunal, por unanimidade, conheceu em parte do recurso e, nessa parte, por maioria, deu-lhe provimento, nos termos do voto do Ministro Marco Aurélio, que redigirá o acórdão. Vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski (Relator), Joaquim Barbosa e Cármen Lúcia”.

Ora, não há como se aplicar a aludida jurisprudência, sem que se debruce, previamente, sobre toda a discussão revolvida no julgamento, a fim de bem compreender o alcance do precedente na exata forma como foi concebido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal.

Assim, o julgamento do Recurso Extraordinário 573.232/SC interposto pela União contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que entendeu pela desnecessidade de autorização específica dos filiados da associação para que esta ajuizasse ações coletivas, iniciou-se em 25/11/2009, com a



prolação do voto do Relator, Ministro Ricardo Lewandowski, que deixou assente a seguinte conclusão:

“Em suma, a autorização prevista no art. 5º, XXI, da Constituição Federal, de fato, deve ser expressa, podendo, todavia, materializar-se por meio de decisão assemblear ou mediante previsão estatutária, sob pena de reduzir-se o relevante papel institucional conferido pela Carta de 1988 às associações.

Assinalo, por fim, que o ajuizamento de ações de interesse de seus filiados por parte das associações traz como consectário lógico que cada um deles – na espécie, cada membro da Associação Catarinense do Ministério Público – possa executar a decisão que lhe foi favorável, mesmo que não a tenha autorizado, individualmente, a ingressar em juízo.

Isso posto, conheço parcialmente do recurso, negando-lhe provimento na parte conhecida”.

O Ministro Marco Aurélio manifestou posicionamento divergente, no sentido de que o art. 5º, XXI, da Constituição Federal, trata de hipótese de representação processual, a exigir autorização individual ou expressa dos associados, que não poderia ser satisfeita com mera previsão estatutária, senão vejamos:

“É inconcebível que haja uma associação que pelo estatuto não atue em defesa dos filiados. É inconcebível.

O que nos vem da Constituição Federal? Um trato diversificado, considerado o sindicato, na impetração coletiva, quando ele realmente figura como substituto processual, o sindicato, nas ações diversas, presente o artigo 8º, inconfundível com a entidade que é embrionária do sindicato que é a associação, que também substitui os integrantes da categoria profissional ou da categoria econômica, e as associações propriamente ditas.

Em relação a essas, o legislador foi explícito ao exigir mais do que a previsão de defesa dos interesses dos filiados no estatuto, ao exigir que elas tenham – e isso pode decorrer de uma deliberação em assembleia, autorização expressa, que eu diria específica, para representar – e não substituir, propriamente dito, os integrantes da categoria profissional” (grifos não originais).

Suspensa o julgamento naquela ocasião, foi retomado em 03/10/2013, quando o Ministro Joaquim Barbosa apresentou voto-vista que, apesar de convergir com o Relator quanto à conclusão, utilizou-se de fundamento diverso nos seguintes termos:

“Contudo, tendo-se em vista a peculiaridade dos limites subjetivos da coisa julgada formada na ação coletiva, entendo que inexistente violação ao art. 5º, XXI, se o título judicial for utilizado para propositura de execução individual por associado que não tenha concorrido para a deliberação favorável ao ajuizamento da demanda.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso adotando, com todas as vênias, fundamentação diversa daquela adotada pelo relator para afirmar que a ausência de autorização não impede



que o beneficiado proponha execução individual baseada em sentença proferida em ação coletiva movida por associação para defesa de direito individual homogêneo”.

Suspenso o julgamento mais uma vez, foi retomado em 14/05/2014, com a prolação do voto-vista do Ministro Teori Zavascki, acompanhando a divergência, cujo excerto convém transcrever adiante:

“Pois bem, se é indispensável, para propor ação coletiva, autorização expressa, a questão que se põe é a que diz com o modo de autorizar ‘expressamente’: se por ato individual, ou por decisão da assembleia de associados, ou por disposição genérica do próprio estatuto. Quanto a essa questão a resposta que tem sido dada pela jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal é o sentido de que não basta a autorização estatutária genérica da entidade associativa, sendo indispensável que a declaração expressa exigida pela Constituição (art. 5º, XXI) seja manifestada ou por ato individual do associado ou por deliberação tomada em assembleia da entidade. Essa orientação foi corroborada em recente e unânime decisão plenária na Rcl 5.215, Rel. Min. Ayres Britto (...).

Em suma, reafirma-se o entendimento da jurisprudência do STF, corroborada pelo parágrafo único do art. 2º-A da Lei 9.494/97, de que a autorização a que se refere o art. 5º, XXI, deve ser expressa por ato individual do associado ou por assembleia da entidade, sendo insuficiente a mera autorização genérica prevista em cláusula estatutária. Todavia, no caso concreto, a demanda foi proposta com em autorizações individuais (não havendo notícia alguma sobre deliberação assemblear, sendo esses associados os únicos beneficiados pela sentença de procedência e, consequentemente, apenas eles dispõem de título para promover a execução” (grifos não oficiais).

Na mesma assentada, prosseguiu a Ministra Rosa Weber, acompanhando a divergência aberta pelo Ministro Marco Aurélio, sob o seguinte fundamento:

“Cuida-se de execução em que o juízo de primeiro grau excluiu da relação jurídico-processual pessoas físicas, à compreensão de que não beneficiárias do título executivo, o que, à luz do art. 5º, LXX, da Constituição da República, consoante a jurisprudência sedimentada desta Suprema Corte, merece endosso, enquanto solução mais adequada ao caso e aos institutos jurídicos envolvidos, uma vez que exigível, em se tratando de associação, a autorização individual dos associados ou da assembleia da entidade para o ajuizamento da demanda, de todo insuficiente a só previsão estatutária” (grifos não originais).

A partir de então, prosseguiu-se o julgamento, tendo acompanhado o voto do Ministro Marco Aurélio os Ministros Luiz Fux e Celso de Mello, enquanto a Ministra Cármen Lúcia acompanhou o voto do Relator, Ministro Ricardo Lewandowski. Concluído, o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, conheceu em parte do recurso extraordinário e, na parte em que foi conhecido, por maioria, deu-lhe provimento, nos termos do voto do Ministro Marco Aurélio, que lavrou o acórdão, cuja ementa ficou assentada nos seguintes termos:



REPRESENTAÇÃO – ASSOCIADOS – ARTIGO 5º, INCISO XXI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ALCANCE. O disposto no artigo 5º, inciso XXI, da Carta da República encerra representação específica, não alcançando previsão genérica do estatuto da associação a revelar a defesa dos interesses dos associados.

TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL – ASSOCIAÇÃO – BENEFICIÁRIOS. As balizas subjetivas do título judicial formalizado em ação proposta por associação, é definida pela representação no processo de conhecimento, presente a autorização expressa dos associados e a lista destes juntada à inicial.

Delineada essa ampla moldura, infere-se que a *ratio decidendi* do caso enfrentado no RE 573.232/SC consiste em que a ação coletiva associativa depende de expressa autorização, na forma do art. 5º, XXI, da Constituição Federal, sendo insuficiente a simples autorização estatutária, podendo essa autorização específica ocorrer de forma individual ou assemblear.

Cumprе ressaltar que a menção à lista não está inserida na *ratio decidendi* e apenas constou da ementa, porque, naquela hipótese, a Associação Catarinense do Ministério Público – ACMP poderia ter optado pela autorização assemblear, entretanto optou pela apresentação da autorização individual, acompanhada da relação dos associados.

Assim, caso a Associação tivesse optado pela autorização expressa conferida em assembleia geral, seriam despidiendas as autorizações individuais, com a lista respectiva, e todos os associados à época do ajuizamento da ação coletiva, certamente, teriam sido alcançados pelo título executivo judicial.

Dentro desse contexto, não podendo ser confundido o PRECEDENTE com a DECISÃO que enfrentou o caso concreto, a fim de solucionar a lide, o STF entendeu que, para a propositura de ação coletiva em nome dos seus filiados, a Associação depende de prévia autorização expressa (individual ou assemblear), na forma exigida pelo art. 5º, XXI, da CF/88. E aqui consiste o precedente.

Na hipótese *sub judice*, o compulsar dos autos demonstra que a ação coletiva ajuizada pela Associação ocorreu por representação mediante autorização assemblear (fl. 50 dos autos eletrônicos), razão pela qual todos os associados à época da propositura da ação encontram-se devidamente representados, independentemente dos seus nomes constarem em lista exemplificativa.

DA GRATUIDADE DE JUSTIÇA OU ISENÇÃO DAS CUSTAS PROCESSUAIS.

De outra banda, passo ao enfrentamento do pedido de gratuidade da justiça gratuita, ou, dada a natureza da ação coletiva em apreço, de isenção de custas processuais e honorários, em conformidade com o art. 18 da Lei de Ação Civil Pública, ambos indeferidos pelo Juízo *a quo* na decisão sob impugnação.



Cumpra observar que a Agravante não apresentou qualquer fundamento capaz de reverter o *decisum* nesse ponto, deixando de juntar o balanço patrimonial, a fim de demonstrar a posição financeira da entidade associativa, para análise da possibilidade de concessão da gratuidade de justiça.

A par disso, não se pode aplicar a legislação especial prevista para as ações civis públicas às demandas ordinárias propostas por associação representando os seus associados, submetidas ao Código de Processo Civil.

Nessa linha de inteligência, confira a jurisprudência do colendo STJ que, *mutatis mutandis*, afastou a aplicação do art. 87 do Código de Defesa do Consumidor, que também prevê isenção no pagamento das despesas processuais para associações ou sindicatos que litiguem em demandas outras, que não as consumeristas, em razão da especialidade do dispositivo, senão vejamos:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AÇÃO COLETIVA DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO TRIBUTÁRIO. FUNRURAL. ISENÇÃO DE CUSTAS DE DESPESAS PROCESSUAIS. NÃO INCIDÊNCIA DO ART. 87 DA LEI 8.078/90. CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ.

I - Na origem trata-se de ação coletiva de repetição de indébito relativamente ao FUNRURAL.

II - O entendimento do STJ é de que a isenção de custas e emolumentos judiciais, disposta no art. 87 da Lei 8.078/90 destina-se facilitar a defesa dos interesses e direitos dos consumidores, inaplicável, portanto, nas ações em que sindicato busca tutelar o direito de seus sindicalizados, ainda que de forma coletiva (REsp. 876.812/RS, Primeira Turma, Relator Ministro Luiz Fux, data do julgamento 11.11.2008). III - No julgamento do REsp. 839.625/RS (Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 31.8.2006, p. 269) - recurso este interposto em Ação Coletiva ajuizada por sindicato, em substituição a uma determinada categoria de servidores, visando ao reajustamento das contas vinculadas de PIS-PASEP com a incidência dos corretos índices de correção monetária e juros -, a Primeira Turma do STJ considerou inaplicável o art. 87 da Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), tendo em vista **que se trata de dispositivo de lei especial, editada em defesa dos direitos dos consumidores, na qual o próprio artigo prevê, expressamente, que só se aplica o conteúdo nele disposto nas ações coletivas de que trata o próprio código** (AgRg no REsp. 1.377.367/PE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 11.9.2013).

IV - Agravo interno improvido (AgInt no REsp. 1623.931/PE, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, DJe 13.6.2017) (Grifos não oficiais).

Desse modo, indefiro o pedido de concessão da gratuidade de justiça e da isenção prevista no art. 18 da Lei nº 7.347/85.

DA MEDIDA LIMINAR.

Cumpra rememorar, de pronto, que todo desempenho administrativo está estritamente subordinado à lei, onde encontra os seus fundamentos e limites, razão pela qual não se pode conceber uma discricionariedade com ampla liberdade.



Infere-se, portanto, que a discricção administrativa não é um cheque em branco conferido à autoridade para agir de forma livre e desarrazoada, mas, sim, um poder limitado e instrumental, serviente a uma finalidade normativa.

Dentre desse contexto, cabe ao Poder Judiciário – diversamente do que entendeu o Juízo *a quo* - analisar se a discricionariedade alegável ou alegada pela Administração foi ou seria utilizada adequadamente, dentro dos limites da lei que, previamente, já havia delineado a hipótese de subsunção do fato (com parcela reduzida de liberalidade) e a finalidade do ato, já que poderia, por outro lado, ter sido usado, pela autoridade, com objetivos alheios à norma, cabendo a sua nulidade.

Obstar dita verificação da legalidade pelo Judiciário estar-se-ia estimulando arbitrariedades administrativas, em manifesta ameaça à segurança jurídica e à proteção aos direitos, especialmente os fundamentais, das pessoas. Aliás, desde os idos de 1952, no julgamento do RE 17.126, o STF já havia se manifestado quanto ao cabimento do Poder Judiciário na apreciação da realidade e legitimidade dos motivos em que se inspira o ato discricionário da Administração, entendimento que continua sendo perfilhado por aquela Suprema Corte, senão vejamos:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ART. 557 DO CPC. APLICABILIDADE. ALEGADA OFENSA AO ART. 2º DA CF. ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO. ILEGALIDADE. CONTROLE JUDICIAL. POSSIBILIDADE. APRECIÇÃO DE FATOS E PROVAS. SÚMULA STF 279. 1. Matéria pacificada nesta Corte possibilita ao relator julgá-la monocraticamente, nos termos do art. 557 do Código de Processo Civil e da jurisprudência iterativa do Supremo Tribunal Federal. 2. A apreciação pelo Poder Judiciário do ato administrativo discricionário tido por ilegal e abusivo não ofende o Princípio da Separação dos Poderes. Precedentes. 3. É incabível o Recurso Extraordinário nos casos em que se impõe o reexame do quadro fático-probatório para apreciar a apontada ofensa à Constituição Federal. Incidência da Súmula STF 279. 4. Agravo regimental improvido. (AI 777502 AgR, Relator(a): ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 28/09/2010, DJe-204 de 22-10-2010 PUBLIC 25-10-2010 EMENT VOL-02421-05 PP-01103)

Delineada essa moldura, convém analisar a legitimidade da conduta administrativa que, em meio à pandemia do Coronavírus, determinou que os servidores ora representados, vinculados à Cultura, retornassem ao trabalho presencial.

Rememore-se que a Secretaria Especial de Cultura, anteriormente, integrava a pasta do Ministério da Cidadania, que já havia autorizado o regime de teletrabalho a todos os seus servidores, entretanto dita Secretaria foi transferida ao Ministério do Turismo em 21/05/2020, passando, portanto, a submeter-se, a partir de então, às portarias dirigidas aos seus funcionários.

Convém esclarecer que as portarias consistem em atos administrativos, que encerram a manifestação da vontade do Estado, por seus representantes, no exercício regular das funções que exercem, tendo por finalidade imediata a criação, o resguardo, o reconhecimento, a modificação ou a extinção de situações jurídicas subjetivas, em matéria administrativa. Assim, não têm vida autônoma, fundamentando-se sempre em lei, regulamento ou decreto anterior, sendo-lhes vedado inovar, criar, extinguir ou modificar, por si, qualquer direito estabelecido pela ordem jurídica em vigor.



Antes de adentrar na esfera dos atos administrativos baixados pelo Ministério do Turismo, impõe-se frisar que referidos atos não poderão sobrepor os limites da Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, e dos Decretos 10.282, de 20 de março de 2020, 10.288, de 22 de março de 2020, e 10.292, de 25 de março de 2020, que foram editados com o objetivo de definir os segmentos cujos trabalhos presenciais seriam exigíveis, sem a cogitação da restrição à circulação de trabalhadores, para que não fosse atingido o bom funcionamento de serviços públicos e atividades **essenciais**, de cargas de qualquer espécie, visando, ainda, impedir o desabastecimento de gêneros necessários à população.

A regra do art. 3º do Decreto nº 10.282/2020, observados os acréscimos advindos pelo Decreto nº 10.292/2020, exprimiu que as medidas previstas na Lei nº 13.979/2020 teriam que resguardar o exercício e o funcionamento dos serviços públicos e das atividades essenciais, **assim entendidos aqueles indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da sociedade**, que, se não atendidos, ensejariam riscos à sobrevivência, à saúde e à segurança da população. Na sua parte final, a norma ressaltou o seu caráter exemplificativo, e, logo após, listou quais seriam ditos serviços, ressaltando a necessidade de serem executados de forma presencial: I – assistência à saúde, incluídos os serviços médicos e hospitalares; II – assistência social e atendimento à população em estado de vulnerabilidade; III – atividades de segurança pública e privada, incluídas a vigilância, a guarda e a custódia de presos; IV – atividades de defesa nacional e de defesa civil; V – transporte intermunicipal, interestadual e internacional de passageiros e o transporte de passageiros por táxi ou aplicativo; VI – telecomunicações e internet; VII – serviço de *call center*; VIII – captação, tratamento e distribuição de água; IX – captação e tratamento de esgoto e lixo; X – geração, transmissão e distribuição de energia elétrica, incluído o fornecimento de suprimentos para o funcionamento e a manutenção das centrais geradoras e dos sistemas de transmissão e distribuição de energia, além de produção, transporte e distribuição de gás natural (Redação dada pelo Decreto n. 10.292/2020); XI – iluminação pública; XII – produção, distribuição, comercialização e entrega, realizadas presencialmente ou por meio do comércio eletrônico, de produtos de saúde, higiene, alimentos e bebidas; XIII – serviços funerários; XIV – guarda, uso e controle de substâncias radioativas, de equipamentos e de materiais nucleares; XV – vigilância e certificações sanitárias e fitossanitárias; XVI – prevenção, controle e erradicação de pragas dos vegetais e de doença dos animais; XVII – inspeção de alimentos, produtos e derivados de origem animal e vegetal; XVIII – vigilância agropecuária internacional; XIX – controle de tráfego aéreo, aquático ou terrestre; XX – serviços de pagamento, de crédito e de saque e aporte prestados pelas instituições supervisionadas pelo Banco Central do Brasil (Redação dada pelo Decreto n. 10.292/2020); XXI – serviços postais; XXII – transporte e entrega de cargas em geral; XXIII – serviços relacionados à tecnologia da informação e de processamento de dados (data center) para suporte de outras atividades previstas neste Decreto; XXIV – fiscalização tributária e aduaneira; XXV – produção e distribuição de numerário à população e manutenção da infraestrutura tecnológica do Sistema Financeiro Nacional e do Sistema de Pagamentos Brasileiro (Redação dada pelo Decreto n. 10.292/2020); XXVI – fiscalização ambiental; XXVII – produção de petróleo e produção, distribuição e comercialização de combustíveis, gás liquefeito de petróleo e demais derivados de petróleo (Redação dada pelo Decreto n. 10.292/2020); XXVIII – monitoramento de construções e barragens que possam acarretar risco à segurança; XXIX – levantamento e análise de dados geológicos com vistas à garantia da segurança coletiva, notadamente por meio de alerta de riscos naturais e de cheias e inundações; XXX – mercado de capitais e seguros; XXXI – cuidados com animais em cativeiro; XXXII – atividade de assessoramento em resposta às demandas que continuem em andamento e às urgentes; XXXIII – atividades médico-periciais relacionadas com a seguridade social, compreendidas no art. 194 da Constituição (Redação dada pelo Decreto n. 10.292/2020); XXXIV – atividades médico-periciais relacionadas com a caracterização do impedimento físico, mental, intelectual ou sensorial da pessoa com deficiência, por meio da integração de equipes multiprofissionais e interdisciplinares, para fins de reconhecimento de direitos previstos em lei, em especial na Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015 – Estatuto da Pessoa com Deficiência (Redação dada pelo Decreto n. 10.292/2020); XXXV – outras prestações médico-periciais da carreira de Perito Médico Federal indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade (Redação dada pelo Decreto n. 10.292/2020); XXXVI – fiscalização do trabalho



(Incluído pelo Decreto n. 10.292/2020); XXXVII – atividades de pesquisa, científicas, laboratoriais ou similares relacionadas com a pandemia de que trata este Decreto (Incluído pelo Decreto n. 10.292/2020); XXXVIII – atividades de representação judicial e extrajudicial, assessoria e consultoria jurídicas exercidas pelas advocacias públicas, relacionadas à prestação regular e tempestiva dos serviços públicos (Incluído pelo Decreto n. 10.292/2020); XXXIX – atividades religiosas de qualquer natureza, obedecidas as determinações do Ministério da Saúde e (Incluído pelo Decreto n. 10.292/2020); XL – unidades lotéricas (incluído pelo Decreto n. 10.292/2020).

O Decreto nº 10.288/2020, do mesmo modo, definiu como essenciais as atividades e os serviços da imprensa como medida de enfrentamento à pandemia, a fim de dar efetividade ao princípio constitucional da publicidade.

Dito isso, infere-se que, no âmbito do Ministério do Turismo, as portarias devem ter como limites a Lei nº 13.979 e os Decretos 10.282, 10.288 e 10.292, acima mencionados.

Com efeito, a Portaria nº 144, de 20 de março de 2020, baixada pelo Ministro de Estado, que, “*no uso das atribuições que lhe confere o art. 87, parágrafo único, incisos II e IV, da Constituição, e considerando a necessidade de adoção de medidas para o enfrentamento dos efeitos da incidência do coronavírus (COVID-19), classificada como pandemia pela Organização Mundial de Saúde, envolvendo o resguardo da saúde dos servidores, empregados e colaboradores*”, resolveu, no seu anexo, quanto à possibilidade do trabalho remoto, nos seguintes termos:

3. Sem prejuízo do disposto nestas Normas e Procedimentos, as Secretarias, as Assessorias, as Diretorias e as Subsecretarias poderão 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;

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, incluindo os intervalos intrajornada, mantida a carga horária diária e semanal prevista em Lei para cada situação.

4. A adoção de quaisquer das medidas de prevenção, cautela e redução da transmissibilidade ocorrerá sem a necessidade de compensação de jornada e sem prejuízo da remuneração.

5. Ficam suspensas, pelo prazo de vigência desta Norma Operacional, as disposições normativas que restringem o percentual de servidores inseridos em quaisquer das hipóteses do *caput*, bem como as que estabelecem acréscimo de produtividade.

6. As Secretarias, as Assessorias, as Diretorias e as Subsecretarias deverão informar à COGEP (cogep@turismo.gov.br) as datas e os períodos autorizados para o afastamento e o nome dos



servidores. Ressalta-se que os Setores deverão assegurar a preservação e o funcionamento dos serviços considerados essenciais ou estratégicos.

Posteriormente, sem exposição da motivação do ato administrativo, foi baixada a Portaria nº 222, de 6 de maio de 2020, pelo Ministro de Turismo, que revogou a possibilidade do teletrabalho, cuja transcrição do seu interior teor se impõe:

O MINISTRO DE ESTADO DO TURISMO, no uso das atribuições que lhe confere o art.87, parágrafo único, incisos II e IV, da Constituição, resolve:

Art. 1º - Fica revogada a alínea b, do inciso I, do item 3, do Anexo da Portaria MTur nº 144, de 20 de março de 2020, publicada no Diário Oficial da União, de 23 de março de 2020.

Art. 2º - Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.

Da exegese da Lei nº 13.979 e dos Decretos 10.282, 10.288 e 10.292, extrai-se que, em razão da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019, foi adotada a sistemática de teletrabalho pelo Estado, objetivando a proteção da coletividade e a garantia da saúde dos seus servidores, na medida em que o risco de contaminação é iminente e, por vezes, até mortal, independente da pessoa integrar o grupo de risco, salvo no exercício daquelas atividades essenciais, cujo trabalho deve ser presencial.

Registre-se que os serviços exercidos pelo Ministério do Turismo e pela Secretaria de Cultura não podem ser considerados como essenciais nos termos da legislação supracitada, razão pela qual devem continuar a ser praticados remotamente, conforme já havia sido autorizado pelo Ministério da Cidadania, órgão ao qual os servidores associados eram vinculados anteriormente.

Delineada a finalidade da lei (proteção da coletividade e a garantia da saúde dos seus servidores), assim como o motivo exigido para o retorno ao trabalho presencial, qual seja, que o servidor preste um dos serviços considerados essenciais, enquanto perdurar a situação de emergência e de calamidade pública, verifica-se que a Portaria nº 222/2020 é nula, porque baixada sem qualquer motivo (existência de fato presumido na lei e nos decretos que autorizasse o retorno ao trabalho presencial em lugar do teletrabalho), além de ter sido praticada sem qualquer motivação (exteriorização das razões que justificassem o retorno ao trabalho presencial em lugar do teletrabalho).

Assim, tendo o Ministro de Estado do Turismo agido fora da margem de liberdade que lhe assistia, houve incompetência material, quando revogou norma que previa o teletrabalho no âmbito daquele Ministério, cabendo, portanto, a inaplicabilidade dessa medida administrativa aos associados representados pela Agravante.

Evidente, ademais, o perigo de dano, eis que, além de haver comprovação nos autos de que tem havido contaminação de servidores que estão trabalhando no âmbito do Ministério, ensejando a suspensão do trabalho presencial por duas oportunidades, é fato público e notório, que vem sendo divulgado nas mídias, que o Distrito Federal encontra-se com o sistema de saúde próximo ao colapso, onde a curva de contágio do



COVID-19 sequer alcançou o platô, muito menos caminha em sentido descendente, situação que atinge, diretamente, os substituídos e as suas famílias (sem contar a comunidade em geral, dado o altíssimo grau de contaminação deste vírus), que podem ser acometidas por essa enfermidade, com possibilidade de óbito, já que se desconhece, ainda, medicamento para o tratamento da doença, além de inexistir, por ora, vacina preventiva.

Ante o exposto, **DEFIRO A TUTELA DE URGÊNCIA**, para, reformando a decisão de primeiro grau, anular a Portaria MTur nº 222 , de 07 de maio de 2020, restabelecer a Portaria MTur nº 144, de 20 de março de 2020, que estabeleceu, em seu anexo, o trabalho remoto, e, em consequência, determinar que os servidores representados pela ASMINC retornem ao teletrabalho, na forma como já estava sendo exercido anteriormente, até ulterior determinação desta Corte.

Oficie-se ao Ministro de Estado do Turismo para o cumprimento desta decisão no prazo de 5 dias, e, em igual prazo, comunicar tal cumprimento a este Juízo. Decorrido tal prazo sem eventual cumprimento, ficam os representados autorizados a não se apresentar ao trabalho presencial sem que possam sofrer qualquer redução de vencimento ou imposição de qualquer penalidade.

Intimem-se as partes e comunique-se o Juízo de 1º grau.

BRASÍLIA, 24 de julho de 2020.

WILSON ALVES DE SOUZA

Desembargador(a) Federal Relator(a)

