

PROCESSO Nº: 0807050-96.2020.4.05.8300 - **PROCEDIMENTO COMUM CÍVEL**
AUTOR: SINDICATO DOS TRABALHADORES DAS UNIVERSIDADES FE DE PE
ADVOGADO: José Carlos Almeida Júnior
RÉU: UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO e outro
ADVOGADO: Givaldo Santos Da Costa e outros
12ª VARA FEDERAL - PE (JUIZ FEDERAL TITULAR)

DECISÃO

Trata-se de pedido de tutela de urgência, formulado pelo sindicato autor, para que seja determinado aos réus, EBSEH e UFPE, que, no prazo de 24h, sejam afastados das atividades presenciais todos os substituídos processuais com 60 anos ou mais, imunodeficiência, doença preexistente crônica e grave, a exemplo de diabetes, hipertensão, pneumopatia e cardiopatia grave, bem como das profissionais gestantes ou lactantes de crianças de até 1 (um) ano de idade, ainda que integrantes das áreas de enfermagem, médica e assistencial, garantindo-lhes a execução de suas atividades remotamente, enquanto perdurar o estado de calamidade e emergência da saúde pública em decorrência da COVID-19.

Como fundamentos fático-jurídicos do seu pedido, indicou, em essência, a pandemia da COVID-19, o enquadramento dos profissionais processualmente substituídos pelo sindicato e abrangidos pelo pedido no grupo de risco da doença, o risco de infecção dos referidos profissionais integrantes do grupo de risco em razão de prestarem, presencialmente, serviços no Hospital das Clínicas da Universidade Federal de Pernambuco, a taxa de letalidade do vírus em relação aos integrantes do grupo de risco e os direitos fundamentais à saúde e à vida dos profissionais.

É o breve relatório. Decido.

Anteriormente à apreciação do pedido de tutela de urgência formulado na presente ação coletiva, no que tange às questões de mérito, é necessário abordar questões preliminares, concernentes à competência do juízo e ao interesse processual.

Registro, inicialmente, que, na decisão de id. 4058300.14078862, este juízo já havia reconhecido a sua incompetência absoluta, em razão da matéria, nos termos do art. 114, I, da Constituição da República, para apreciar o pedido formulado na petição inicial, especificamente no que tange aos substituídos processuais empregados públicos (celetistas), sendo competente para tanto a Justiça do Trabalho.

Subsiste, portanto, a demanda de natureza coletiva tão somente em relação à parte do pedido concernente aos substituídos processuais servidores públicos estatutários (Lei 8.112/90), em relação à qual é competente este juízo federal.

Em sua petição inicial, a parte autora postulou que fosse declarado "o direito ao afastamento das atividades presenciais de todos os substituídos com 60 anos ou mais, dos substituídos classificados como imunodeficientes ou com doenças preexistentes crônicas ou graves como diabetes, hipertensão, pneumopatia, cardiopatia grave e outras, bem como das substituídas gestantes ou lactantes de crianças de até 1 (um) ano de idade, e de outros substituídos reconhecidos como pertencentes a grupos de risco, ainda que

integrantes das áreas de enfermagem, médica e assistencial, garantindo-lhes a execução de suas atividades remotamente enquanto perdurar o estado de calamidade e emergência da saúde pública em decorrência do coronavírus (COVID-19)", bem como que fosse determinado aos réus que adotem as medidas administrativas necessárias para a efetivação do referido direito alegado.

Em relação à parte do pedido concernente aos servidores estatutários enquadrados no grupo de risco da COVID-19 que não sejam integrantes das áreas de enfermagem, médica e assistencial, verifico a ausência de interesse processual, devendo a ação ser parcialmente extinta, sem resolução do mérito, neste específico ponto.

Ocorre que, oportunizada a manifestação dos réus, no breve prazo de 24h, tendo em vista o impacto potencial de eventual concessão de tutela de urgência sobre a continuidade da regular prestação de serviços de saúde no âmbito do Hospital das Clínicas da UFPE, os demandados lograram demonstrar a ausência de interesse processual, em relação a esta específica parte do pedido.

Para justificar a ausência parcial de interesse processual, informaram que tanto a Instrução Normativa nº 21, de 16 de março de 2020, editada pelo Ministério da Economia, como a Instrução Normativa-SEI nº 2, de 26 de março de 2020, da EBSE RH, que fundamentavam o pedido, foram substituídas, respectivamente, pela Instrução Normativa nº 27, de 25 de março de 2020 (id. 4058300.14077665), do Ministério da Economia, e, de forma especialmente relevante, pela Instrução Normativa nº 03/2020, de 02 de abril de 2020, da EBSE RH (id. 4058300.14077666), que dispuseram de modo significativamente diferente sobre a matéria, mais protetivo aos interesses dos substituídos processuais.

Eis o teor dos dispositivos juridicamente relevantes da superveniente Instrução Normativa EBSE RH nº 03/2020 (id. 4058300.14077666):

"(...)

DOS COLABORADORES VULNERÁVEIS

Art. 6º Os servidores e empregados públicos poderão executar suas atividades remotamente, nos seguintes casos:

I - Idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos;

II - Diabetes insulino-dependente;

III - Insuficiência renal crônica;

IV - Doença pulmonar obstrutiva crônica (DPOC), enfisema pulmonar, asma moderada ou grave, tuberculose ativa ou seqüela pulmonar decorrente de tuberculose;

V - Doenças cardíacas graves, insuficiência cardíaca e hipertensão arterial sistêmica severa;

VI - Imunodeprimidos, salvo aqueles acometidos com doenças autoimunes sem uso de imunossupressores, conforme regulamentação a ser expedida pela SOST/SEDE;

VII - Obesidade mórbida com IMC igual ou superior a 40;

VIII - Cirrose ou insuficiência hepática;**IX - Gestantes ou lactantes de crianças até 1 (um) ano de idade;**

X - Responsáveis pelo cuidado ou que coabitam com uma ou mais pessoas com confirmação de diagnóstico de infecção por COVID-19.

§1º Nas hipóteses dos incisos I a IX, os servidores e empregados públicos poderão executar suas atividades remotamente, enquanto perdurar o estado de emergência decorrente do COVID-19.

§2º Na hipótese do inciso X, o trabalho remoto será autorizado pelo período máximo de 14 (quatorze) dias, contados da confirmação do diagnóstico, não cumulativo com o disposto no §3º do art.4º.

§3º Na hipótese do §2º deste artigo, o empregado poderá ser solicitado a se apresentar na forma do §2º do art. 4º desta Instrução Normativa.

§4º A comprovação das hipóteses previstas nos incisos II a IX ocorrerá mediante o envio, via Sistema Eletrônico de Informações - SEI, de autodeclaração, acompanhada de documento suficiente a comprovar a situação em que se enquadra o servidor ou empregado.

Art. 7º O trabalho remoto previsto no art. 6º não se aplica aos servidores e empregados públicos nas áreas de enfermagem, médica, assistencial e saúde ocupacional e segurança do trabalho.

§1º Os servidores e empregados públicos nas áreas de enfermagem, médica e assistencial que se enquadrarem em uma das hipóteses dos incisos I a IX do art. 6º serão realocados para outras atividades não relacionadas à triagem e ao tratamento direto de pacientes suspeitos ou confirmados com COVID-19.

§2º Em casos excepcionais, poderá ser autorizada pelo Superintendente, mediante ato justificado, a execução de trabalho remoto" (grifos nossos).

Como se vê, a mais recente Instrução Normativa da EBSE RH, de nº 03/2020 - que substituiu a Instrução Normativa-SEI nº 2, de 26 de março de 2020, cuja disciplina, até então vigente, havia sido questionada pela petição inicial originalmente apresentada - garantiu, nos termos do seu art. 6º, parágrafo primeiro, para todos os servidores substituídos enquadrados no grupo de risco (art. 6º, I a IX) que não integrem as áreas médica, de enfermagem e assistencial, a execução de suas atividades remotamente, enquanto perdurar o estado de emergência decorrente da COVID-19.

Assim, já há norma da própria EBSE RH garantindo o que a parte autora busca obter judicialmente, em relação aos servidores não integrantes das áreas médica, de enfermagem e assistencial.

Por outro lado, destaco que não houve qualquer comprovação - e nem mesmo narrativa concreta e específica, seja na petição inicial, seja na emenda à inicial apresentada posteriormente - no sentido de que, após a edição da Instrução Normativa EBSE RH nº 03/2020, esteja havendo recusa injustificada da parte ré em cumprir os termos do seu próprio ato normativo nesse específico ponto.

Por essa razão, extingo parcialmente o processo, sem resolução do mérito, nos termos do art. 485, VI, do CPC/15, em relação à parte do pedido concernente aos substituídos processuais que não integram as áreas médica, de enfermagem e assistencial.

Diferentemente, ao contrário do alegado pelos réus em suas manifestações acerca do pedido de tutela de urgência, subsiste o interesse de agir no que diz respeito aos substituídos processuais que integram as áreas médica, de enfermagem e assistencial do Hospital das Clínicas da Universidade Federal de Pernambuco, devendo o processo prosseguir em relação a essa parte, subsistente, do pedido.

Isso porque o já transcrito art. 7º da Instrução Normativa, em seus parágrafos primeiro e segundo, não garantiu aos profissionais de saúde das áreas médica, de enfermagem e assistencial, de forma geral e irrestrita, como fizera em relação aos demais, o trabalho remoto, mas apenas que todos serão "realocados para outras atividades não relacionadas à triagem e ao tratamento direto de pacientes suspeitos ou confirmados com COVID-19", com possibilidade de eventual autorização do trabalho remoto, pelo Superintendente, mediante ato justificado.

Por outro lado, a pretensão do sindicato autor é a concessão judicial, de forma geral e irrestrita, do trabalho remoto, desde já, para todos os substituídos processuais que integram as áreas médica, de enfermagem e assistencial, motivo pelo qual não há identidade entre o que garante o ato normativo do EBSERH e a medida - mais geral e protetiva - que postula por meio da ação.

Assim, rejeito a preliminar de ausência superveniente de interesse de agir suscitada pelos réus, em relação a essa específica parte do pedido, pelo que passo a apreciar o requerimento de tutela de urgência correlato.

Nos termos do art. 300 do CPC/15, a concessão de tutela de urgência exige o preenchimento dos requisitos da probabilidade do direito e do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

Trata-se, naquilo que remanescente após a extinção parcial do processo, sem resolução de mérito, de pedido de tutela de urgência para que seja determinado aos réus, no prazo de 24h, "o afastamento das atividades presenciais de todos os substituídos com 60 anos ou mais, dos substituídos classificados como imunodeficientes ou com doenças preexistentes crônicas ou graves como diabetes, hipertensão, pneumopatia, cardiopatia grave e outras, bem como das substituídas gestantes ou lactantes de crianças de até 1 (um) ano de idade, e de outros substituídos reconhecidos como pertencentes a grupos de risco" que sejam integrantes das áreas de enfermagem, médica e assistencial, "garantindo-lhes a execução de suas atividades remotamente enquanto perdurar o estado de calamidade e emergência da saúde pública em decorrência do Coronavírus (COVID-19)".

Em essência, pretende a parte autora que seja garantido, de forma ampla, geral e irrestrita, o trabalho remoto aos servidores estatutários processualmente substituídos, profissionais de saúde, das áreas médica, de enfermagem e assistencial do Hospital das Clínicas da Universidade Federal de Pernambuco, que se enquadram no grupo de risco da COVID-19, tendo em vista o risco que o trabalho presencial em ambiente hospitalar representaria para a saúde e a vida daqueles indivíduos, e, conseqüentemente, para a efetivação dos seus direitos fundamentais à saúde e à vida.

A questão jurídica apresentada se insere no dramático contexto da pandemia, de proporções mundiais, da COVID-19, caracterizada, por um lado, por significativos índices de contágio da população em geral e de letalidade em relação aos integrantes do grupo de risco, e, por outro, por acarretar o colapso dos sistemas de saúde pública, até mesmo de países desenvolvidos, com catastrófica perda da capacidade dos estabelecimentos de saúde de tratar, de modo minimamente adequado, os cidadãos doentes, em razão dessa ou de outras patologias, levando ao crítico agravamento de enfermidades e a óbitos em massa, que, em situações de regularidade dos serviços públicos de saúde, não ocorreriam.

Justamente por isso, trata-se de demanda de natureza extremamente complexa, na medida que a sua adequada solução exige prudente juízo de ponderação constitucional de valores relacionados aos mais relevantes direitos fundamentais previstos na Constituição da República, aos direitos à saúde e à vida.

Nessa penosa equação necessária ao balanceamento constitucional de valores, de impossível solução simpática a ser de qualquer modo celebrada, eis que baseada em escolhas públicas necessariamente trágicas - no conceito consagrado na obra de Guido Calabresi e Philip Bobbitt, e costumeiramente reproduzido pelo Supremo Tribunal Federal - , devem ser ponderados, em ambos os polos da balança da proporcionalidade e da razoabilidade, os direitos fundamentais à saúde e à vida.

Essa a razão do verdadeiro dilema jurídico-moral imposto pela controvérsia: a necessidade de se ponderar, enquanto valores constitucionais em posições lógico-jurídicas antagônicas, simultaneamente, a saúde e a vida.

De um lado, o direito fundamental à saúde e à vida dos profissionais de saúde enquadrados no grupo de risco da COVID-19 - devendo ser avaliado o grau de risco a que se sujeitam na hipótese de trabalho presencial na unidade hospitalar.

De outro lado, o direito fundamental à saúde e à vida de todos os cidadãos potencialmente dependentes da adequada prestação dos serviços públicos de saúde, como os prestados pela parte ré - devendo ser avaliado o impacto que o trabalho remoto dos profissionais de saúde abrangidos pela demanda teria sobre a regular continuidade, em termos quantitativos e qualitativos, dos serviços do hospital, especialmente durante a pandemia da COVID-19, que tem por ameaçadora característica fundamental o enorme risco de colapso dos sistemas de saúde pública, já anunciado pelo histórico recente de grande parte dos países que foram, por ela, primeiramente impactados de modo intenso, como a China e a Itália.

Passo a analisar, primeiramente, aspectos relacionados ao direito fundamental à saúde e à vida dos profissionais de saúde enquadrados no grupo de risco da COVID-19.

É notório que a Organização Mundial de Saúde, no plano mundial, e o Ministério da Saúde, no plano nacional, têm destacado publicamente, no contexto da pandemia da COVID-19, os significativos índices de contágio do vírus, em relação à população em geral, e de letalidade, especialmente, em relação aos indivíduos que integram o denominado grupo de risco.

Em boletim divulgado na recente data de 06 de abril de 2020, a Organização Mundial de Saúde - OMS - anunciou que o número de casos confirmados da doença, no mundo, chegou a 1.210.956 (um milhão, duzentos e dez mil, novecentos e cinquenta e seis), e o número de óbitos decorrentes chegou a 67.594 (sessenta e sete mil, quinhentos e noventa e quatro) - https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/situation-reports/20200406-sitrep-77-covid-19.pdf?sfvrsn=21d1e632_2.

No mesmo documento, a OMS esclarece que possuem maior risco de desenvolver formas severas da doença os idosos e aqueles com condições médicas pré-existentes, como, por exemplo, doença cardiovascular, doença respiratória crônica ou diabetes.

A referida organização sanitária internacional vem, desde o início da pandemia da COVID-19, indicando o distanciamento social, em geral, como uma das medidas importantes de redução da probabilidade de transmissão do vírus (<https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public>).

O Ministério da Saúde brasileiro, por sua vez, publicou Boletim Epidemiológico, na

mesma data de 06 de abril de 2020, informando que foram confirmados, no Brasil, até a referida data, 12.056 (doze mil e cinquenta e seis) casos de COVID-19 e 553 (quinhentos e cinquenta e três) óbitos, com taxa de letalidade de 4,6%, enquanto a taxa mundial era de 5,6% (<https://www.saude.gov.br/images/pdf/2020/Abril/06/2020-04-06---BE7---Boletim-Especial-do-COE---Atualizacao-da-Avaliacao-de-Risco.pdf>).

Importante registrar, em relação aos dados, ser notória a existência de subnotificação dos casos no Brasil e em outros países do mundo, seja pela reconhecida reduzida quantidade de testes disponíveis no sistema de saúde brasileiro, sobretudo no período de abordagem inicial da pandemia, seja pela orientação geral do Ministério da Saúde no sentido de que, aqueles que possuam apenas sintomas leves ou moderados, permaneçam em isolamento domiciliar, sem sobrecarregar os estabelecimentos de saúde, o que acaba gerando uma grande proporção de infectados não testados.

Segundo o documento já citado, "o padrão da alta transmissibilidade e letalidade, com registro de maior detecção frente aos demais tipos de vírus respiratórios monitorados demonstra que o SARS-CoV-2 possui comportamento incomum e representa elevado risco para o Sistema Único de Saúde".

O mesmo Boletim Epidemiológico indica a composição do grupo de risco da COVID-19, segundo o Ministério da Saúde:

"Informações da China, onde o COVID-19 começou, mostram que algumas pessoas correm maior risco de ficar muito doentes. São condições clínicas de risco para desenvolvimento de complicações e casos graves: Pessoas com 60 anos ou mais; Cardiopatas graves ou descompensados (insuficiência cardíaca, infartados, revascularizados, portadores de arritmias, Hipertensão arterial sistêmica descompensada); Pneumopatas graves ou descompensados (dependentes de oxigênio, portadores de asma moderada/grave, DPOC); Imunodeprimidos; Doentes renais crônicas em estágio avançado (graus 3, 4 e 5); Diabéticos, conforme juízo clínico; e Gestantes de alto risco".

O documento evidencia que, seja para a estratégia de saúde pública no contexto da pandemia da COVID-19 denominada "Distanciamento Social Ampliado (DSA)", em que praticamente todos os setores da sociedade devem adotar o isolamento social, seja para aquela intitulada "Distanciamento Social Seletivo (DSS)", em que "apenas alguns grupos ficam isolados, sendo selecionados os grupos que apresentam mais riscos de desenvolver a doença ou aqueles que podem apresentar um quadro mais grave", o isolamento social de pessoas integrantes do grupo de risco é, em geral, medida protetiva importante, no que tange a tais indivíduos.

A recente publicação do Ministério da Saúde, ora examinada, apresenta dados relevantes acerca do índice de letalidade da COVID-19 em relação aos integrantes do grupo de risco, dentre os quais:

"Dentre os 553 óbitos confirmados até o momento, 440 já possuem investigação concluída. (...) Com relação à idade, 356 (81%) dos casos de COVID-19 que evoluíram para óbito tinham idade igual ou superior a 60 anos (Figura 12B). Dentre o total de óbitos investigados, 78% apresentava pelo menos um fator de risco. A distribuição dos óbitos de acordo com o grupo de risco e a faixa etária estão presentes na Figura 13. A cardiopatia foi a principal comorbidade associada e esteve presente em 237 dos óbitos, seguida de diabetes (em 169 óbitos), pneumopatia (57) e doença neurológica (39). Em todos os grupos de risco, a maioria dos indivíduos tinha 60 anos ou mais, exceto para obesidade, puerpera e síndrome de Down".

Do conjunto de dados existentes sobre a questão no aludido Boletim Epidemiológico do Ministério da Saúde, é possível extrair o seguinte:

Fator de risco	Quantidade de óbitos do fator de risco abaixo de 60 anos	Percentual de óbitos do fator de risco abaixo de 60 anos em relação ao total de óbitos da COVID-19	Quantidade de óbitos do fator de risco acima de 60 anos	Percentual de óbitos do fator de risco acima de 60 anos em relação ao total de óbitos da COVID-19	Quantidade total de óbitos do fator de risco	Percentual de óbitos do fator de risco em relação ao total de óbitos da COVID-19 (440)*
Idade acima de 60 anos	Não se aplica	Não se aplica	356	81%	356	81%
Cardiopatia	21	4,77%	216	49,09%	237	53,86%
Diabetes	25	5,68%	144	32,73%	169	38,40%
Pneumopatia	3	0,68%	54	12,27%	57	12,95%
Doença Neurológica	1	0,23%	38	8,64%	39	8,86%
Doença Renal	5	1,14%	31	7,05%	36	8,18%
Imunodepressão	5	1,14%	26	5,91%	31	7,05%
Obesidade	12	2,73%	10	2,27%	22	5%
Asma	3	0,68%	7	1,59%	10	2,27%
Doença Hematológica	2	0,45%	8	1,82%	10	2,27%
Doença Hepática	0	0%	9	2,04%	9	2,04%
Puérpera	2	0,45%	0	0%	2	0,45%
Síndrome de Down	1	0,23%	0	0%	1	0,23%

***(Óbitos com investigação concluída).**

Os dados acima - que têm como fonte o próprio Ministério da Saúde, sobre as características atualizadas dos óbitos decorrentes da COVID-19 no Brasil - revelam que os indivíduos que se enquadram no grupo de risco, como aqueles abrangidos pelo pedido do autor, apresentam significativo maior risco de óbito quando comparados com o restante da população do país.

Segundo dados do estudo Demografia Médica no Brasil (2018), somente na classe médica, no ano de 2018, um a cada cinco médicos se encontrava na faixa etária de risco, acima dos 60 (sessenta) anos. (<http://www.flip3d.com.br/web/pub/cfm/index10/?numero=15&edicao=4278>).

Reconhecendo a maior vulnerabilidade de servidores públicos federais integrantes do grupo de risco, o Ministério da Economia editou a Instrução Normativa 19/2020, que, na redação alterada pelas Instruções Normativas 21/2020 e 27/2020, estabeleceu, no que tange aos órgãos e entidades do Sistema de Pessoal Civil da Administração Pública Federal - SIPEC -, o trabalho remoto daqueles durante o estado de emergência de saúde pública decorrente da COVID-19, nos seguintes termos:

"Art. 4º-B Deverão executar suas atividades remotamente enquanto perdurar o estado de emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (COVID-19): ([Incluído pela Instrução Normativa nº 21, de 2020](#))

I - os servidores e empregados públicos: ([Incluído pela Instrução Normativa nº 21, de 2020](#))

a) com sessenta anos ou mais; ([Incluído pela Instrução Normativa nº 21, de 2020](#))

b) com imunodeficiências ou com doenças preexistentes crônicas ou graves, relacionadas em ato do Ministério Saúde; ([Redação dada pela Instrução Normativa nº 27, de 2020](#))

c) responsáveis pelo cuidado de uma ou mais pessoas com suspeita ou confirmação de diagnóstico de infecção por COVID-19, desde que haja coabitação; e ([Incluído pela Instrução Normativa nº 21, de 2020](#))

d) que apresentem sinais e sintomas gripais, enquanto perdurar essa condição. ([Incluída pela Instrução Normativa nº 27, de 2020](#))

II - as servidoras e empregadas públicas gestantes ou lactantes. ([Incluído pela Instrução Normativa nº 21, de 2020](#))" (grifos nossos).

Contudo, como se vê dos parágrafos quarto e quinto do transcrito art. 4º-B, a depender do fator de risco, ora foi ressalvada, pela Instrução Normativa, a inaplicabilidade da garantia de trabalho remoto aos servidores federais da área de saúde, conquanto considerada essencial, ora foi previsto que ficaria facultado ao órgão ou entidade estabelecer critérios e procedimentos específicos para definição da necessidade de afastamento ou autorização para trabalho remoto aos profissionais da saúde:

"(...)

§4º O disposto nas alíneas "a" e "c" do inciso I do caput **não se aplica aos servidores e empregados públicos em atividades nas áreas de segurança, saúde** ou de outras atividades consideradas essenciais pelo órgão ou entidade. ([Incluído pela Instrução Normativa nº 21, de 2020](#))

§5º Nas hipóteses de serviços essenciais de que trata o art. 3º do Decreto nº 10.282, de 20 de março de 2020, fica facultado ao órgão ou entidade estabelecer critérios e procedimentos específicos para definição da necessidade de afastamento ou autorização para trabalho remoto do servidor ou empregado público nas hipóteses previstas nas alíneas "b" e "d" do inciso I e no inciso II do caput. [\(Incluído pela Instrução Normativa nº 27, de 2020\)](#)" (grifos nossos).

A Lei 13.979/2020, nos parágrafos oitavo e nono do seu art. 3º, determinou que as medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente da COVID-19, previstas no dispositivo legal, "quando adotadas, deverão resguardar o exercício e o funcionamento de serviços públicos e atividades essenciais", conforme disposto em decreto do Presidente da República.

Regulamentando a lei no ponto, o art. 3º, I, do Decreto 10.282/2020 - citado pelo parágrafo quinto do art. 4º-B da Instrução Normativa 19/2020, com a redação alterada pelas Instruções Normativas 21/2020 e 27/2020 - preconizou que as medidas previstas na referida lei deverão resguardar o exercício e o funcionamento dos serviços públicos e atividades essenciais, indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, dentre as quais a assistência à saúde, incluídos os serviços médicos e hospitalares.

A própria EBSERH, ré, demonstrou reconhecer a existência de um risco mais significativo à vida dos servidores federais que prestam serviço nos hospitais por ela administrados, nos casos de idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, diabetes insulino-dependente, insuficiência renal crônica, doença pulmonar obstrutiva crônica (DPOC), enfisema pulmonar, asma moderada ou grave, tuberculose ativa ou sequela pulmonar decorrente de tuberculose, doenças cardíacas graves, insuficiência cardíaca, hipertensão arterial sistêmica severa, imunodeprimidos (salvo aqueles acometidos com doenças autoimunes sem uso de imuno-supressores, conforme regulamentação), obesidade mórbida com IMC igual ou superior a 40, cirrose ou insuficiência hepática e gestantes ou lactantes de crianças até 1 (um) ano de idade.

Isso porque, por meio da Instrução Normativa EBSERH nº 03/2020 (id. 4058300.14077666), foi garantida a tais servidores, com ressalva em relação àquelas das áreas médica, de enfermagem e assistencial, a possibilidade de realizar suas atividades remotamente, nos seguintes termos:

"(...)

DOS COLABORADORES VULNERÁVEIS

Art. 6º Os servidores e empregados públicos poderão executar suas atividades remotamente, nos seguintes casos:

I - Idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos;

II - Diabetes insulino-dependente;

III - Insuficiência renal crônica;

IV - Doença pulmonar obstrutiva crônica (DPOC), enfisema pulmonar, asma moderada ou grave, tuberculose ativa ou sequela pulmonar decorrente de tuberculose;

V - Doenças cardíacas graves, insuficiência cardíaca e hipertensão arterial sistêmica severa;

VI - Imunodeprimidos, salvo aqueles acometidos com doenças autoimunes sem uso de imunos-supressores, conforme regulamentação a ser expedida pela SOST/SEDE;

VII - Obesidade mórbida com IMC igual ou superior a 40;

VIII - Cirrose ou insuficiência hepática;

IX - Gestantes ou lactantes de crianças até 1 (um) ano de idade;

X - Responsáveis pelo cuidado ou que coabitam com uma ou mais pessoas com confirmação de diagnóstico de infecção por COVID-19.

§1º Nas hipóteses dos incisos I a IX, os servidores e empregados públicos poderão executar suas atividades remotamente, enquanto perdurar o estado de emergência decorrente do COVID-19".

Logo, a própria EBSE RH adota como premissa a existência de um maior risco à saúde e à vida dos servidores, em decorrência de eventual infecção por COVID-19, nos casos apontados pelo sindicato autor em seu pedido: servidores acima de 60 anos, com imunodeficiência, doenças preexistentes, crônicas e graves, como diabetes, hipertensão, pneumopatia e cardiopatia grave, além de gestantes ou lactantes de crianças de até 1 (um) ano de idade.

Não obstante, em relação aos servidores das áreas médica, de enfermagem e assistencial, de modo diferente daqueles das demais áreas, e sob a justificativa da essencialidade da sua atividade para a regularidade dos serviços hospitalares, foi garantido, como medida protetiva para todos, de forma imediata, a realocação dos profissionais de saúde para outras atividades não relacionadas à triagem e a ao tratamento direto de pacientes suspeitos ou confirmados com COVID-19, sem que fosse vedada a autorização do trabalho remoto, considerada a peculiaridade de cada caso, pela Administração, por meio de ato justificado do Superintendente.

É o que se extrai do art. 7º, parágrafos primeiro e segundo da Instrução Normativa EBSE RH nº 03/2020, ora em exame:

"Art. 7º O trabalho remoto previsto no art. 6º não se aplica aos servidores e empregados públicos nas áreas de enfermagem, médica, assistencial e saúde ocupacional e segurança do trabalho.

§1º Os servidores e empregados públicos nas áreas de enfermagem, médica e assistencial que se enquadrarem em uma das hipóteses dos incisos I a IX do art. 6º serão realocados para outras atividades não relacionadas à triagem e ao tratamento direto de pacientes suspeitos ou confirmados com COVID-19.

§2º Em casos excepcionais, poderá ser autorizada pelo Superintendente, mediante ato justificado, a execução de trabalho remoto" (grifos nossos).

Outro ato que revela a premissa de reconhecimento, pela EBSE RH, de maior exposição a risco por parte dos profissionais de saúde mais vulneráveis à COVID-19 é a realização do "Processo Seletivo Emergencial Nacional de profissionais para a complementação da força de trabalho nos Hospitais Universitários Federais da Rede EBSE RH", disciplinado pelo Edital 01, de 01 de abril de 2020 (id. 4058300.14096405).

Conforme item 1.1 do edital, o Processo Seletivo Emergencial "tem por objetivo a formação de cadastro de profissionais de nível superior e técnico para triagem e atendimento direto ou indireto aos pacientes confirmados ou suspeitos de Coronavírus (COVID-19), conforme descritos no anexo II, mediante contratação temporária pelo período inicial de 06 (seis) meses, podendo ser prorrogado pelo prazo necessário, tendo como prazo máximo 02 (dois) anos".

Trata-se, portanto, de seleção de determinados profissionais, sobretudo da área médica, de enfermagem e assistencial, a serem temporariamente contratados para triagem e atendimento direto ou indireto aos pacientes confirmados ou suspeitos de COVID-19.

Segundo o item 3.1 do edital, é vedada a participação e a contratação de candidatos pertencentes ao grupo de pessoas consideradas vulneráveis frente à COVID-19, na medida em que a seleção tem como objetivo a formação de cadastro de profissionais para triagem e atendimento direto ou indireto de pacientes confirmados ou suspeitos da doença. Nesse sentido:

"3.1 Tendo em vista que a presente seleção, tem como objetivo a formação de cadastro de profissionais de nível superior e técnico para triagem e atendimento direto ou indireto aos pacientes confirmados ou suspeitos de Coronavírus, fica vedada a participação e contratação de candidatos pertencentes ao grupo de pessoas consideradas vulneráveis frente ao novo Coronavirus (COVID-19), conforme lista abaixo:

I - Não possuir idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, e nem completar 60 (sessenta) anos até um ano após a data de homologação do processo seletivo emergencial, conforme Anexo I - Cronograma;

II - Diabetes insulino-dependente;

III - Insuficiência renal crônica;

IV - Doença pulmonar obstrutiva crônica (DPOC), enfisema pulmonar, asma moderada ou grave, tuberculose ativa ou seqüela pulmonar decorrente de tuberculose;

V - Doenças cardíacas graves, insuficiência cardíaca e hipertensão arterial sistêmica severa;

VI - Imunodeprimidos, salvo aqueles acometidos com doenças autoimunes sem uso de imunossuppressores, conforme regulamentação a ser expedida pela SOST/SEDE;

VII - Obesidade mórbida com IMC igual ou superior a 40;

VIII - Cirrose ou insuficiência hepática;

IX - Gestantes ou lactantes de crianças até 1 (um) ano de idade;

X - Responsáveis pelo cuidado ou que coabitam com uma ou mais pessoas com confirmação de diagnóstico de infecção por Coronavírus (COVID-19)".

Verifica-se que, ao vedar a participação, na seleção, de profissionais de saúde com perfil idêntico aos substituídos processuais contemplados pelo pedido da ação, a EBSEERH reconhece, a um só tempo, sob o prisma lógico, a exposição a maior risco por parte dos aludidos profissionais de saúde e que eles não deveriam atuar na linha de frente de triagem e tratamento dos casos de COVID-19, não realizando o atendimento direto ou indireto a casos suspeitos ou confirmados da referida doença, justamente a atividade em

função da qual realizada a seleção.

Importante destacar que, em um primeiro momento, a publicação do edital do processo seletivo em questão revelou, ao meu ver, comportamento contraditório da EBSEERH, violador do princípio da boa-fé objetiva - na figura parcelar da proibição de comportamento contraditório - , uma vez que, na Instrução Normativa-SEI nº 2, de 26 de março de 2020, não havia qualquer previsão protetiva de que todos os profissionais de saúde integrantes do grupo de risco, em atividade nas áreas médica, de enfermagem e assistencial dos hospitais administrados pela empresa pública federal, fossem realocados para atividades não relacionadas à triagem e ao tratamento direto de pacientes confirmados ou suspeitos de COVID-19, como determinado pela Instrução Normativa EBSEERH nº 03/2020.

Assim, na data da edição do edital do processo seletivo (01/04/2020), na medida em que ainda não havia sido publicada a nova Instrução Normativa EBSEERH nº 03/2020, a empresa pública ré, por um lado, vedava a participação na seleção, para atuação na linha de frente do tratamento à COVID-19, a despeito da grande demanda por profissionais de saúde no contexto do risco de colapso do sistema de saúde pública decorrente da pandemia, aos candidatos que pertencessem ao grupo de risco, e, por outro lado, não excluía, em seu ato normativo aplicável, os profissionais de saúde - das áreas médica, de enfermagem e assistencial - integrantes de grupo de risco, já em atuação nos hospitais sob sua gestão, da referida atividade de elevadíssima exposição a risco.

Contudo, já em 02/04/20, a empresa pública federal ré publicou a Instrução Normativa EBSEERH nº 03/2020, que, de modo mais protetivo, reduziu, de forma intensa, o grau de exposição a risco e, conseqüentemente, a probabilidade de contágio, sobretudo com elevadas cargas virais, ao garantir aos profissionais de saúde integrantes do grupo de risco - das áreas médica, de enfermagem e assistencial - a realocação em atividades outras que não a triagem e o tratamento dos pacientes confirmados ou suspeitos de COVID-19.

Assim, a EBSEERH harmonizou o seu tratamento - antes, contraditório e discriminatório, ao tempo da vigência da Instrução Normativa-SEI nº 2, de 26 de março de 2020, no ponto - aos profissionais de saúde integrantes do grupo de risco na esfera do processo seletivo e a sua disciplina normativa interna: em ambos, adotou, com a Instrução Normativa EBSEERH nº 03/2020, a premissa de que os profissionais de saúde integrantes de grupo de risco não devem suportar o nível de risco à sua saúde e à vida que estaria presente caso fossem obrigados a atuar nas atividades de triagem e de tratamento a pacientes com confirmação ou suspeita de COVID-19.

Previu, ainda, a possibilidade, em tese, de autorização de trabalho remoto, por ato justificado do Superintendente, diante das peculiaridades de cada caso concreto, aos servidores das áreas médica, de enfermagem e assistencial.

Do exposto até aqui, fica claro que a própria EBSEERH reconhece que os servidores das áreas médica, de enfermagem e assistencial, acima de 60 (sessenta anos), com imunodeficiência, doenças preexistentes, crônicas e graves, tais como diabetes, hipertensão, pneumopatia e cardiopatia grave, bem como gestantes ou lactantes de crianças de até 1 (um) ano de idade possuem riscos significativamente mais elevados à sua saúde e à sua vida dos que as pessoas sem tais características, merecendo maior nível de proteção do que os profissionais de saúde não integrantes do grupo de risco.

Todos os elementos que foram abordados até o momento convergem no óbvio sentido de que há, durante a pandemia da COVID-19, considerável maior risco, na atividade laboral, para os servidores das áreas médica, de enfermagem e assistencial integrantes do grupo vulnerável do que para os demais profissionais de saúde, sem tais fatores, de modo que aqueles mereçam, à luz dos direitos fundamentais individuais à saúde e à

vida, maior grau de proteção em suas rotinas profissionais.

O mundo tem assistido ao esforço verdadeiramente heroico dos seus profissionais de saúde em meio à pandemia da COVID-19 e ao decorrente colapso de inúmeros sistemas públicos de saúde, trabalhando com abnegação e extremo sacrifício pessoal, em condições frequentemente adversas, a exemplo da excessiva carga de trabalho, da não rara falta de equipamentos de proteção individual adequados e em número suficiente, além do risco de contágio pelo vírus.

É imperativa a gratidão de toda a população aos profissionais de saúde, com o seu reconhecimento e valorização, e reivindicação popular de que lhes sejam garantidas condições adequadas de trabalho.

Nessa perspectiva, é relevante a advertência feita pelo Professor da Universidade de Nova York - NYU - Kwame Anthony Appiah, precisamente no contexto da pandemia da COVID-19:

"Mas heróis não são pessoas que correm riscos desnecessários. Eles são pessoas que respondem inteligentemente a um desafio, avaliando as probabilidades de perigos e de benefícios, e fazendo um julgamento sobre quais riscos vale a pena correr. Como Aristóteles colocou, coragem significa que você 'suporta ou teme as coisas certas, pelo propósito certo, da maneira correta e na hora certa'" (<https://www.nytimes.com/2020/03/30/magazine/coronavirus-medical-ethics.html> - tradução livre).

A controvérsia jurídica dos autos impõe ao julgador as seguintes indagações: os direitos fundamentais à saúde e à vida dos profissionais de saúde, notadamente daqueles que prestam serviços em hospitais públicos, garantem-lhes que não sejam expostos a riscos significativos para as suas saúdes e vidas em decorrência do eventual contato com agentes patológicos no próprio exercício de suas funções?

Primeiramente, é de se registrar a obviedade de que os profissionais de saúde - e, ainda mais, os mais vulneráveis dentre esses -, como indivíduos constitucionalmente protegidos que são, titularizam, assim como as demais pessoas, os referidos direitos fundamentais à saúde e à vida, inclusive diante de situações relacionadas ao exercício das suas funções.

Com efeito, a Constituição da República - como natural e esperado - não ressalvou, em nenhuma passagem, qualquer suposta inaplicabilidade dos referidos direitos fundamentais aos profissionais de saúde no exercício de suas funções.

Nesse contexto, parece evidente que deva existir algum limite ao grau de exposição a riscos à saúde e à vida decorrentes do exercício direto de suas funções que os profissionais de saúde devem ser obrigados a tolerar, à luz dos seus direitos fundamentais à saúde e à vida, e que estes devem fundamentar a sua necessária proteção sempre que ultrapassados tal nível máximo de risco constitucionalmente admissível, em cada situação concretamente considerada.

Não há dúvida, por exemplo, que os direitos fundamentais à saúde e à vida dos profissionais de saúde obriguem os gestores hospitalares a adotar, em prol da redução de riscos para aqueles, determinadas medidas de saúde e segurança do trabalho, como o fornecimento de Equipamentos de Proteção Individual - EPI - adequados a cada atividade.

Igualmente, seria possível questionar, em um extremado exemplo abstrato - e que não se confunde com a situação dos autos -, até que ponto os deveres da função poderiam exigir, quando interpretados de acordo com os direitos fundamentais à saúde e à vida,

que um profissional de saúde se expusesse a uma situação funcional que, hipoteticamente, levasse à sua morte praticamente certa, caso realizasse o seu ofício - aqui se enfatizando que não se trata o exemplo de mera existência de qualquer risco significativo na atividade, mas de quase certeza, conforme o que ordinariamente acontece, de óbito do trabalhador.

No entanto, não se pode ignorar que o dever de tolerância a uma exposição, em razão do trabalho, a riscos significativamente superiores, decorrentes da probabilidade de contato com agentes patogênicos perigosos para a saúde humana, àqueles suportáveis pelas demais pessoas é inerente às profissões de saúde, caracterizadas pelas missões de seus respectivos profissionais como guardiões de vidas, e juramentos solenes - a exemplo do de Hipócrates - bem como Códigos de Ética neste sentido.

Sob essa perspectiva, os direitos fundamentais à saúde e à vida dos profissionais das áreas médica, de enfermagem e assistencial, sobretudo daqueles em atuação em hospitais públicos, especificamente no que tange ao grau de risco que deve ser tolerado em decorrência da possibilidade de contato com agentes patogênicos no exercício direto das funções, devem ter interpretação e consequências distintas, no ponto, em relação aos direitos fundamentais à saúde e à vida dos cidadãos em geral.

Dessa forma, os direitos fundamentais à saúde e à vida dos profissionais de saúde, sobretudo em atividade em hospitais públicos, e, ainda mais, em contexto de pandemia e de grande ameaça de colapso do sistema público de saúde, com catastróficas consequências para a saúde e a vida da coletividade de cidadãos, garantem àqueles níveis menores de proteção do que os da população em geral, especificamente em relação à sua possível exposição a agentes patogênicos no exercício direto das funções.

Logo, embora, ao meu ver, os direitos fundamentais à saúde e à vida dos profissionais de saúde, especialmente daqueles mais vulneráveis, protejam-lhes contra certos níveis extremos de risco em suas atividades, que tornem, em determinada situação concretamente considerada, extremamente provável a sua morte em razão delas, esses mesmos relevantes direitos de natureza constitucional impõem-lhes que tolerem, em razão de possível contato com agentes patogênicos no exercício direto de suas funções, e por ser inerente a essas, certo nível de risco às suas saúdes e vidas bastante superior àqueles que constitucionalmente devem ser suportados pelos demais indivíduos.

Além disso, por certo, em se tratando de profissionais de saúde em atividade em hospitais públicos, ainda mais em crítico período de uma pandemia caracterizada pela extrema probabilidade de colapso dos sistemas públicos de saúde, até mesmo nos países mais desenvolvidos, o referido nível de risco constitucionalmente tolerado, decorrente de possível contato com agentes patogênicos no exercício direto das funções, é, de forma justificada, ampliado em comparação com atividades exercidas em estabelecimentos de saúde não emergenciais e em época de normalidade da demanda pelos serviços de saúde de natureza emergencial.

Tudo isso em razão dos deveres inerentes às profissões de saúde e da clara implicação dessas atividades - e da falta delas - sobre a efetivação ou não de direitos constitucionais também de elevada envergadura, os direitos fundamentais à saúde e à vida, desta feita de todos os indivíduos cuja sobrevivência daquelas depende.

A definição, contudo, de qual o grau de risco à saúde e à vida dos profissionais de saúde constitucionalmente tolerado em cada situação concreta somente pode ocorrer na análise, necessariamente concreta, dos fatores individualizados envolvidos em cada cenário fático, que leve em consideração não apenas os riscos a serem suportados por aqueles trabalhadores, mas, ainda, os impactos da ausência da atividade para a saúde pública, e, em razão dela, para a saúde e a vida de toda a população usuária, atual ou potencialmente, dos serviços.

O grande dilema constitucional é: considerando que é inerente às profissões de saúde, por sua própria natureza, a autoexposição dos respectivos profissionais a riscos significativamente maiores à sua saúde e à sua vida do que aqueles a que se submete a população em geral, pelo imprescindível contato diário com pessoas doentes, e, conseqüentemente, com inúmeros perigosos agentes patogênicos, até que grau de exposição a risco para a vida devem eles ser obrigados a se submeter? E como esse grau tolerável de exposição a risco para a vida oscilaria - se é que oscilaria -, a depender do grau de prejuízo ao serviço público de saúde que determinado não enfrentamento de risco por profissional acarretaria, e, por meio dele, do grau de risco para a vida que correriam os pacientes, atuais e potenciais, de determinado hospital?

É a depender das respostas que o intérprete da Constituição da República dê para as referidas questões que se poderá, como fruto de um juízo de ponderação constitucional em determinada situação concreta, concluir se determinado profissional de saúde enquadrado como grupo de risco da COVID-19 deve:

a) com risco elevado, ser obrigado a atuar na linha de frente do combate à pandemia, tratando diretamente dos pacientes com confirmação ou suspeita da doença - se, por exemplo, assim não agindo, fosse extremamente provável que inúmeros pacientes extremamente vulneráveis morreriam, ante uma hipotética situação de colapso do sistema de saúde pública no que tange ao tratamento da COVID-19, em que cada profissional fizesse enorme diferença entre a vida e a morte dos pacientes; nesse sentido, verifiquei, em pesquisa, que diversos governos estrangeiros e até mesmo em nível estadual, no Brasil, têm mantido os seus profissionais de saúde vulneráveis até mesmo na linha de frente do combate à COVID-19, sob a justificativa de potencial colapso do sistema de saúde;

b) com risco significativamente menor do que na situação anterior - pela ausência de contato direto, diário, reiterado e permanente, com inúmeros infectados pela COVID-19, e a conseqüente enorme probabilidade de exposição a uma altíssima carga viral -, mas ainda existente, tendo em vista a impossibilidade de completo isolamento social, não ser obrigado a atuar na linha de frente do combate à COVID-19, sendo alocado em outras atividades hospitalares presenciais, em área separada daquela destinada ao tratamento dos suspeitos e infectados - se, por exemplo, embora não se vislumbrasse o colapso dos serviços de saúde relativos ao tratamento da COVID-19 pela ausência do seu labor nesse âmbito, ou mesmo pelo intérprete não admitir, de modo protetivo, a exposição do profissional a risco tão elevado, fosse constatado que, em caso de trabalho remoto, haveria incapacidade do hospital em manter a regularidade de seus serviços essenciais à saúde, com significativo risco à vida dos pacientes, atuais e potenciais, de determinado hospital;

c) com risco mínimo - e completamente desvinculado da atividade laboral -, ser exigido apenas o trabalho remoto, de modo a permitir ao profissional que permaneça em absoluto isolamento social durante o estado de emergência decorrente da pandemia da COVID-19, minimizando os seus riscos de contágio - se, por exemplo, não se vislumbrasse que, em razão do trabalho remoto e dos limites inerentes a este, haveria incapacidade do hospital em manter adequados os seus serviços essenciais à saúde da população, não se identificando significativo risco à vida dos pacientes, atuais e potenciais, do referido estabelecimento de saúde, ou mesmo por, eventualmente, o intérprete, de modo protetivo, não admitir, independentemente de qualquer consideração sobre a saúde pública e a vida dos indivíduos que dela dependam, que o profissional de saúde vulnerável deva correr qualquer risco em razão da sua atividade laboral, submetendo-se a trabalho presencial que, embora sem contato direto com pacientes suspeitos da COVID-19, e em área distinta, inviabiliza o seu total isolamento social, sujeitando-lhe, ainda que com probabilidade menor, a contágio, por exemplo, por pessoas que, segundo o Ministério da Saúde, embora ainda sem apresentar os primeiros

sinais e sintomas, já podem transmitir o vírus (<https://portalarquivos.saude.gov.br/images/pdf/2020/April/03/BE6-Boletim-Especial-do-COE.pdf>).

Mas não é só isso: para um adequado juízo de ponderação constitucional, para além daquelas propostas reflexões de hermenêutica constitucional, no plano abstrato, é indispensável o conhecimento e atenta análise de inúmeros fatores concretos, para se chegar a tais respostas, isto é, para a adequada solução do balanceamento de valores relacionados ao grau de risco à vida a que se submeteria o profissional de saúde vulnerável, em cada uma das situações, e do grau de risco de lesão à saúde pública, e, em razão dela, de risco à vida dos pacientes, atuais e potenciais, do hospital, em cada uma das hipóteses.

Nesse sentido, seria imprescindível, ao meu ver, o conhecimento e análise de inúmeros fatores concretos envolvidos na referida ponderação de grau de risco para as vidas dos profissionais de saúde vulneráveis, na hipótese de seu labor presencial em determinada atividade, e de grau de risco para as vidas dos usuários do sistema de saúde pública que deles dependam, na hipótese de sua indisponibilidade para determinada atividade.

Em relação aos riscos para as vidas dos profissionais de saúde vulneráveis, sabe-se, diante do que já foi apresentado, que eles seriam bastante elevados, na hipótese - que nem sequer está em discussão após a emenda à inicial, embora estivesse à luz da petição inicial original, haja vista que afastada pela própria norma geral e abstrata supervenientemente estabelecida pela EBSERH - de se obrigar os trabalhadores vulneráveis da área médica, de enfermagem e assistencial a laborarem na linha frente do combate à COVID-19, realizando a triagem e o tratamento direto a pacientes com confirmação ou suspeita da doença.

Importante destacar que os réus informaram que o Hospital das Clínicas da UFPE não realiza atendimento a indivíduos com suspeita ou confirmação de COVID-19 que procurem, diretamente, o referido estabelecimento hospitalar.

Isso porque, no Plano de Contingência para Infecção pelo Coronavírus da Secretaria Estadual de Saúde de Pernambuco - SES/PE, o Hospital das Clínicas da UFPE não é referência imediata para os possíveis casos de COVID-19, tendo sido indicado como unidade de referência de nível 3, motivo pelo qual só receberá pacientes suspeitos de COVID-19 por intermédio da Central de Regulação da SES/PE, e, ainda assim, se e no momento em que os hospitais de referência dos níveis 1 e 2 se encontrarem sobrecarregados.

Tal aspecto foi esclarecido pelos réus nos seguintes termos:

"Inicialmente é relevante esclarecer qual o papel do HC-UFPE na rede de assistência no enfrentamento da infecção por Covid-19. Conforme Plano de Contingência para Infecção pelo Coronavírus, montado pela Secretaria Estadual de Saúde - SES-PE, o Hospital das Clínicas da UFPE será unidade de referência "Nível 3" para o atendimento de casos suspeitos do novo coronavírus, COVID-19. No estado de Pernambuco, os casos suspeitos devem ser regulados via Central de Regulação da SES-PE, e os pacientes devem ser removidos em ambulância para um dos hospitais de referência de Nível 1: Hospital Oswaldo Cruz (adultos), Hospital Correia Picanço (crianças até 14 anos) e Hospital IMIP (gestantes). No nível 2, há ampliação no número de leitos desses hospitais referenciados e, somente se houver necessidade, como retaguarda, haverá também a ampliação dos serviços de referência para o Nível 3. Conforme amplamente noticiado, a Diretora-Geral de Assistência Integral à Saúde da SES-PE, Giselle Fonseca, explicou que só alguns serviços em Pernambuco estão habilitados para receber casos suspeitos de infecção por Covid-19. "Além disso, também temos um plano

para ampliação desses serviços, de acordo com a necessidade. Atualmente nos encontramos no nível 1, mas estamos nos preparando para o nível 2 e 3 que seria o nível que o Hospital das Clínicas iria entrar", acrescentou. HC será unidade de referência nível 3 para atendimento de casos de infecção por Covid-19 <http://www2.ebserh.gov.br/web/hc-ufpe/noticias/->

[/asset_publisher/FipO9upE5FZw/content/id/4964522/2020-02-hc-sera-unidade-de-referencia-nivel-3-para-atendimento-de-casos-de-infeccao-porcovid-19](#) Hospital das Clínicas será unidade de referência "Nível 3" para casos suspeitos de coronavírus <https://www.diariodepernambuco.com.br/noticia/vidaurbana/2020/02/hospitaldas-clinicas-sera-unidade-de-referencia-para-casos-suspeitos.html> Assim, considerando que o HC-UFPE não é unidade de emergência com livre demanda ("porta aberta"), mas hospital com demanda regulada, controlada e encaminhada pela Secretaria Estadual de Saúde de Pernambuco; considerando principalmente que, no Plano de Contingência da SES-PE de organização da rede do SUS em Pernambuco, o HC-UFPE é apenas referência Nível 3 (retaguarda), ou seja, não é referência imediata para o tratamento da COVID-19, é de se concluir que não há, atualmente, nenhuma urgência no pedido autoral".

Ademais, como já consignado na presente decisão, a EBSEH promoveu o "Processo Seletivo Emergencial Nacional de profissionais para a complementação da força de trabalho nos Hospitais Universitários Federais da Rede EBSEH", disciplinado pelo Edital 01, de 01 de abril de 2020 (id. 4058300.14096405).

Consoante o item 1.1 do edital, o tal processo seletivo "tem por objetivo a formação de cadastro de profissionais de nível superior e técnico para triagem e atendimento direto ou indireto aos pacientes confirmados ou suspeitos de Coronavírus (COVID-19), conforme descritos no anexo II, mediante contratação temporária pelo período inicial de 06 (seis) meses, podendo ser prorrogado pelo prazo necessário, tendo como prazo máximo 02 (dois) anos".

Verifico, no referido edital, que é iminente a conclusão da seleção, uma vez que está prevista para esta data de 08/04/2020 a divulgação dos resultados e que, "em até dois dias úteis após a análise de documentação pela Divisão de Gestão de pessoas do Hospital Universitário Federal para o qual foi convocado", haverá recursos, estando previsto o Hospital das Clínicas da Universidade Federal de Pernambuco como um dos estabelecimentos de saúde beneficiários.

Além disso, o art. 3º, VII, da Lei 13.979/2020 dispõe que:

"Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, dentre outras, as seguintes medidas: [\(Redação dada pela Medida Provisória nº 926, de 2020\)](#):

(...)

VII - requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas, hipótese em que será garantido o pagamento posterior de indenização justa;

(...)"

Portanto, há previsão legal de requisição de serviços de profissionais de saúde, pela autoridade competente, em caso de extrema necessidade, para a finalidade de combate à pandemia da COVID-19, garantido o pagamento posterior de indenização.

Ademais, iniciativas outras têm sido anunciadas pelo governo federal, no sentido de busca de recursos humanos para atuação na linha de frente da COVID-19, a exemplo do Programa "O Brasil Conta Comigo", que convocará, com esse fim, estudantes da área de saúde, como medicina, enfermagem, fisioterapia e farmácia, em etapa final de curso (<https://www.gov.br/pt-br/noticias/201co-brasil-counta-comigo201d-habilita-estudantes-da-saude-para-atuar-no-combate-ao-coronavirus>).

Por outro lado, o próprio Ministério da Saúde registrou, no recente Boletim Epidemiológico divulgado em 06/04/2020, que "questões logísticas de compra e distribuição de Equipamentos de Proteção Individual - EPI para profissionais saúde têm sido prejudicadas por questões comerciais internacionais, colocando esses trabalhadores num importante grupo de risco".

Embora não esteja comprovada nos autos a específica situação de suficiência ou não de Equipamentos de Proteção Individual - EPI - para os profissionais de saúde da linha de frente do combate à COVID-19 no Hospital das Clínicas da Universidade Federal de Pernambuco, é de se presumir, da própria manifestação recente do Ministério da Saúde sobre a dificuldade logística no seu pleno abastecimento no país, que há risco, em tese, de insuficiência no seu fornecimento, em algum momento da pandemia.

Em razão desse conjunto de elementos - existência de instrumentos para convocação de outros profissionais de saúde para a linha de frente do combate à COVID-19, o hospital estar apenas no nível 3 de referência de atuação para os casos suspeitos e confirmados de COVID-19, não sendo de atuação prioritária no Plano de Contingência da Secretaria de Saúde de Pernambuco, não tendo sido demonstrado pelos réus que já haja qualquer sobrecarga quanto a pacientes relacionados à COVID-19, bem como o risco, em tese, de insuficiência de fornecimento de EPIs -, andou bem a nova Instrução Normativa da EBSEPH a garantir a todos os profissionais das áreas de medicina, enfermagem e saúde que sejam alocados em atividades não relacionadas à triagem e ao tratamento de pacientes com confirmação ou suspeita daquela doença, diferentemente do que fazia o ato normativo anterior, questionado na petição inicial (anteriormente à emenda à exordial).

Isso por não se notar elementos que levem a crer, ao menos no atual momento, que a alocação dos profissionais de saúde vulneráveis do Hospital das Clínicas da UFPE em outras atividades, fora da linha de frente do tratamento dos pacientes da COVID-19, acarretaria comprometimento tão calamitoso à capacidade do estabelecimento hospitalar de atender à demanda até então existente que a ponderação constitucional de valores levasse à conclusão no sentido de que aqueles trabalhadores deveriam ser obrigados a suportar tamanho risco às suas saúdes e vidas.

Acrescento que, em recente documento, publicado em 06/04/20, de modo superveniente à Instrução Normativa EBSEPH nº 03/2020, o Ministério da Saúde, no âmbito da sua "Estratégia de Afastamento Laboral" (id. 4058300.14114767), recomendou, em relação aos profissionais de saúde mais vulneráveis à COVID-19, que, em sendo possível, deveriam ser afastados, e, nos casos de impossibilidade de afastamento - presumidamente motivados por eventual significativo impacto na continuidade de um determinado serviço público de saúde e de significativos riscos para a saúde e a vida da população dele dependente -, devem ser escalados em atividades de assistência ou contato direto com pacientes suspeitos ou confirmados de COVID-19, sendo mantidos em atividades de gestão, suporte e assistência nas áreas onde não serão atendidos pacientes suspeitos ou confirmados da COVID-19.

Trata-se, portanto, de recomendação da qual se extrai que, preferencialmente, sejam afastados do trabalho presencial os profissionais de saúde mais vulneráveis à COVID-19, quando isso seja possível, à luz dos impactos concretos para a saúde pública, e, por meio

dela, para a saúde e a vida da população, admitindo, no entanto, a mera realocação dos profissionais de saúde para atividades presenciais de menor risco, sem contato direto com pacientes com confirmação ou suspeita de COVID-19, em área distinta da ocupada por esses, sempre que houver grave prejuízo à saúde pública.

Dessa forma, não houve recomendação geral do Ministério da Saúde de concessão ampla e irrestrita de trabalho remoto a, necessariamente, todos os profissionais de saúde integrantes do grupo de risco da COVID-19, como pretende esta ação, mas de que, preferencialmente, estes sejam afastados do trabalho presencial, ressalvada, contudo, a possibilidade de manutenção de sua atividade presencial, em atividades sem contato com pacientes da COVID-19 e em área distinta, nas hipóteses em que robustas razões de saúde pública - e consequente preservação da saúde e da vida de toda uma coletividade de pessoas - assim exigirem.

São, sem dúvida, significativamente reduzidos, em relação à situação anterior (atuação na linha frente do combate à COVID-19), os riscos para os profissionais de saúde vulneráveis na hipótese de não serem alocados em trabalho remoto, mas em serviços presenciais, no hospital, em atividades sem contato direto com pacientes com confirmação ou suspeita de COVID-19, em área diferente daquela por eles ocupada.

A redução significativa do referido grau de risco se dá pela ausência de contato direto, que ocorreria por meio do atendimento e tratamento, e indireto, por meio do compartilhamento do mesmo ambiente, com pacientes suspeitos e confirmados de COVID-19, de modo diário, reiterado e permanente, com exposição contínua a grande concentração de carga viral.

Não sem motivo, em pesquisa, foi possível verificar que, em significativa proporção das ações que os sindicatos de profissionais de saúde têm ingressado, em diferentes estados - na Justiça do Trabalho, na Justiça Estadual ou na Justiça Federal, conforme a natureza jurídica de cada vínculo de trabalho e os respectivos réus, com correlata definição da competência -, nem sequer há pedido de concessão de trabalho remoto para os trabalhadores vulneráveis das áreas médica, de enfermagem e assistencial, pretendendo-se, apenas, a alocação em atividades de menor risco, sem contato com pacientes suspeitos ou confirmados da COVID-19, considerada, portanto, pelos próprios sindicatos, naquelas hipóteses, medida razoável de proteção dos profissionais, que passariam a ficar submetidos a um grau de risco tolerável.

Sob essa perspectiva, importante destacar que o próprio Conselho Federal de Medicina - CFM -, recomendou, expressamente, que os médicos e profissionais de saúde integrantes do grupo de risco da COVID-19 "sejam afastados da linha de frente e alocados em outras funções", não tendo recomendado que lhes fosse garantido, de modo geral e irrestrito, o trabalho remoto, que nem sequer foi mencionado na recomendação - que, do que se extrai, teve, portanto, como premissa, que seria, em geral, tolerável, pelos referidos trabalhadores de saúde mais vulneráveis, o grau de risco às suas saúdes e vidas existente nas atividades presenciais, em hospital, que não acarretem contato com os pacientes com confirmação ou suspeita de COVID-19.

A seguir, o teor da aludida recomendação do CFM, restrita à realocação dos profissionais de saúde mais vulneráveis em atividades sem triagem e atendimento de pacientes relacionados à COVID-19, e que, assim, se satisfaz com a citada medida protetiva já garantida pela EBSEH:

"RECOMENDAÇÕES GERAIS (...) 8. Recomenda-se que os médicos e os demais profissionais de saúde, com idade acima de 60 anos ou com comorbidades, sejam afastados da linha de frente e alocados em outras funções (...)" (<http://portal.cfm.org.br/images/PDF/nota-covid-19-medicos-20032020.pdf>).

Na mesma linha, o Conselho Federal de Enfermagem - COFEN - recomendou que deve ser evitada a composição das equipes de atendimento aos pacientes com sintomas respiratórios ou suspeita de COVID-19 por profissionais integrantes do grupo mais vulnerável à doença e que as gestantes e lactantes devem ser realocadas para atividade sem contato direto com pacientes com suspeita ou confirmação de infecção pela COVID-19 (http://www.cofen.gov.br/wp-content/uploads/2020/03/Recomendac%CC%A7o%CC%83es-gerais-para-organizac%CC%A7a%CC%83o-dos-servic%CC%A7os-de-sau%CC%81de_Versa%CC%83o1_V4.pdf).

Percebe-se que também o Conselho Federal de Enfermagem, portanto, não recomendou que fosse garantido aos profissionais de saúde mais vulneráveis à COVID-19, de modo geral e irrestrito, o trabalho remoto, que não foi mencionado, em momento algum, na recomendação. Esta teve, destarte, assim como a recomendação do Conselho Federal de Medicina, a premissa de que seria, em geral, tolerável, pelos trabalhadores de saúde mais vulneráveis, o grau de risco às suas saúdes e vidas existente nas atividades presenciais, em hospital, que não acarretem contato com os pacientes com confirmação ou suspeita de COVID-19, não sendo imprescindível para a efetivação dos seus direitos fundamentais à saúde e à vida a concessão de trabalho remoto de forma ampla e geral.

Sob esse mesmo enfoque, e a título de Direito Comparado, o *National Health Service - NHS* -, isto é, o Sistema Nacional de Saúde, conjunto dos sistemas de saúde pública do Reino Unido, também previu, para os seus profissionais de saúde mais vulneráveis à COVID-19, a possibilidade de sua realocação em atividades de menor risco, sem contato direto com pacientes com confirmação ou suspeita de COVID-19, ou a concessão de trabalho remoto, após análise da situação individual de cada funcionário, tanto dos aspectos relacionados à gravidade dos seus fatores de risco como daqueles concernentes à atividade por ele exercida (<https://www.nhsemployers.org/covid19/health-safety-and-wellbeing/supporting-our-most-vulnerable-people>).

Observo, ainda, acerca da redução significativa do grau de risco a que submetidos os profissionais de saúde mais vulneráveis à COVID-19 do Hospital das Clínicas da UFPE, que a EBSERH afirmou que os futuros pacientes a serem encaminhados, por meio da regulação da rede da Secretaria Estadual de Saúde de Pernambuco, para tratamento da COVID-19, no momento em que isto se fizer necessário, isto é, quando sobrecarregadas as unidades de saúde de referência de níveis 1 e 2, "**serão alojados em área isolada das demais dependências do hospital**" (id. 4058300.14077672 - grifos nossos).

A empresa pública federal ré afirmou, ainda, que, além do exposto, estaria adotando, como medidas protetivas gerais para redução da transmissibilidade no ambiente do hospital, as seguintes:

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

II - Flexibilização dos horários de início e término da jornada de trabalho e/ou dos intervalos intrajornada, mantida a carga horária contratual semanal;

III - Utilização de sistema de rodízio, entendido como alternância diária entre regime de trabalho presencial e remoto, dentre os colaboradores da mesma área;

IV - Trabalho remoto, desde que possível a realização das atividades desenvolvidas pelo colaborador nessa modalidade" (id. 4058300.14077672).

Por outro lado, não se pode ignorar que, apesar de todas essas medidas, ainda subsistiria,

na hipótese, certo grau de risco à saúde dos profissionais vulneráveis da área médica, de enfermagem e assistencial, uma vez que não lhes seria possível o isolamento social completo, como têm recomendado a OMS e o Ministério da Saúde para a população em geral.

E, como já ressaltado, o Ministério da Saúde, no âmbito de sua "Estratégia de Afastamento Laboral", recomendou, recentemente, aos estabelecimentos de saúde (id. 4058300.14114767), que, preferencialmente, fossem afastados do trabalho presencial os trabalhadores mais vulneráveis à COVID-19, sempre que possível, e, nos casos de impossibilidade de afastamento - certamente, com fundamento, à luz de elementos concretos, em eventual significativo impacto na continuidade de um determinado serviço público de saúde e de significativos riscos para a saúde e a vida da população dele dependente -, devem ser escalados em atividades de assistência ou contato direto com pacientes suspeitos ou confirmados de COVID-19, sendo mantidos em atividades de gestão, suporte e assistência nas áreas onde não serão atendidos pacientes suspeitos ou confirmados da COVID-19.

Como já sublinhado, não há recomendação geral do Ministério da Saúde de concessão ampla e irrestrita de trabalho remoto a, necessariamente, todos os profissionais de saúde integrantes do grupo de risco da COVID-19, como pretende esta ação, mas de que, preferencialmente, estes sejam afastados do trabalho presencial, ressalvada, contudo, a possibilidade de manutenção de sua atividade presencial em atividades sem contato com pacientes da COVID-19 e em área distinta, naquelas hipóteses em que robustas razões de saúde pública - e de consequente preservação da saúde e da vida de toda uma coletividade de pessoas - assim exigirem.

Nessa conjuntura de eventual manutenção da atividade presencial, embora com menor probabilidade de contágio que no caso da atuação em linha de frente, e, de modo especialmente relevante, sem exposição contínua a cargas virais tão concentradas - que, como se tem divulgado publicamente, tende a gerar formas mais severas de adoecimento, na hipótese de infecção -, os profissionais de saúde mais vulneráveis ainda correriam certo grau de risco em função da sua atividade laboral, pois, estando em ambiente hospitalar, ainda que em área separada daquela reservada para os pacientes da COVID-19, não lograriam submeter-se a um preventivo isolamento social total, sendo certo que, segundo o Ministério da Saúde, pessoas ainda assintomáticas - como pacientes com outras enfermidades, sem sintomas de infecção respiratória - podem transmitir o vírus (<https://portalarquivos.saude.gov.br/images/pdf/2020/April/03/BE6-Boletim-Especial-do-COE.pdf>).

Há, de todo modo, risco significativamente reduzido em relação à hipótese de atuação na linha de frente da COVID-19, motivo pelo qual é, em tese, possível que o resultado da ponderação constitucional seja o de que é válida a exigência de que determinado trabalhador mais vulnerável à COVID-19 se submeta ao nível de risco existente em atividades presenciais, no hospital, sem contato com pacientes com suspeita ou confirmação de COVID-19, e em área separada da ocupada por esses, desde que isso decorra da constatação concreta de que, caso adotado o trabalho remoto para ele, e em razão dos limites inerentes a tal modalidade de trabalho, haveria incapacidade do hospital de manter adequada prestação de determinado serviço essencial à saúde da população, acarretando significativo risco à vida de diversos pacientes, atuais e potenciais, do estabelecimento hospitalar.

Trata-se, contudo, de balanceamento entre os direitos fundamentais à saúde e à vida dos profissionais de saúde e os direitos fundamentais à saúde e à vida dos cidadãos que necessitam da regularidade do sistema público de saúde, que, como já antecipado, depende do conhecimento e análise de inúmeros fatores concretos e individualizados acerca do eventual impacto à saúde pública, muitos deles profundamente técnicos,

envolvidos em cada uma das atividades específicas dos profissionais de saúde substituídos processualmente, relacionados, por exemplo: (1) à demanda atual da atividade, (2) à demanda projetada para o iminente período de anunciada sobrecarga em razão da pandemia da COVID-19, (3) a proporção de profissionais mais vulneráveis em relação ao total do respectivo setor e em relação ao total do hospital, (4) a habilitação, especialização e experiência do profissional para uma determinada atividade indispensável, (5) a proporção de outros profissionais com habilitação, especialização e experiência que permitam a sua substituição, (6) a compatibilidade da atividade ordinariamente exercida com o trabalho remoto ou (7) a possibilidade de atribuição de outra atividade, para a qual esteja habilitado e seja compatível com essa modalidade, sem que isso comprometa, de modo grave, a regularidade de qualquer atividade hospitalar essencial, e (8) o tempo necessário e as respectivas quantidades possíveis para a convocação - pelos instrumentos legalmente disponíveis - e treinamento de novos profissionais de saúde que possam substituir o profissional, quando necessário.

Não tenho dúvida de que o trabalho remoto é a opção mais protetiva da saúde dos trabalhadores das áreas médica, de enfermagem e assistencial mais vulneráveis à COVID-19, na medida em que minimiza os riscos de infecção, ao permitir que tais profissionais permaneçam socialmente isolados, em sua residência.

Por isso mesmo, o trabalho remoto exsurge como a alternativa preferencial para a efetivação dos direitos fundamentais à saúde e à vida dos profissionais das áreas médica, de enfermagem e assistencial que se enquadram no grupo de risco da COVID-19, desde que a análise dos inúmeros fatores concretos e individualizados relacionados à saúde pública não revele que o estabelecimento de trabalho remoto para certo profissional de saúde, durante o período emergencial da pandemia, causará impacto significativo na prestação de determinado serviço público de saúde essencial à população, e, por conseguinte, exporá a graves riscos - maiores do que aqueles enfrentados pelo trabalhador - a saúde e a vida de inúmeros cidadãos, dele dependentes.

Conquanto o trabalho remoto, no âmbito das profissões de saúde, ainda presente, diante do atual estado da infraestrutura tecnológica existente no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS -, notórias limitações intransponíveis, ou, ao menos, dificuldades, a determinadas atividades -, notadamente àquelas que exijam, em alguma medida, a presença física de paciente e do profissional no mesmo ambiente, como, a título de mero exemplo, a realização de cirurgias, as avaliações médicas dependentes de contato físico, a aplicação de medicamentos, a coleta de amostras para exames, dentre inúmeras outras -, tem, gradativamente, sido prevista a sua possibilidade em diferentes atos normativos, obviamente em relação às atividades que sejam compatíveis com aquele, sem prejuízo para o serviço de saúde prestado.

Nesse sentido, o Conselho Federal de Medicina reconheceu, no Ofício CFM 1756/2020 - COJUR -, encaminhado, em 19 de março de 2020, ao Ministro de Estado da Saúde, em caráter de excepcionalidade e enquanto durar o período de emergência decorrente da pandemia da COVID-19, a possibilidade e a eticidade da utilização da telemedicina, além do disposto na Resolução CFM 1.643, de 26 de agosto de 2002, nos seguintes termos:

"1. Tendo por fundamento que o Brasil já entrou na fase de explosão da pandemia de COVID-19 e que estamos a frente a uma das maiores ameaças já vivenciadas pelos sistemas de saúde do mundo, com risco real de sequelas e mortes na população; 2. Tendo por fundamento o posicionamento da Organização Mundial da Saúde (OMS) sobre a pandemia e a decretação de estado de calamidade pública pelo Estado Brasileiro; 3. Tendo por fundamento a situação criada pela propagação

descontrolada da COVID-19, que pode ser efetivamente combatida com isolamento social e eficiente higienização e, finalmente; 4. Tendo por fundamento a necessidade de proteger tanto a saúde dos médicos, que estão na frente de combate dessa batalha, como a dos pacientes; 5. Este Conselho Federal de Medicina (CFM) decidiu aperfeiçoar ao máximo a eficiência dos serviços médicos prestados e, EM CARÁTER DE EXCEPCIONALIDADE E ENQUANTO DURAR A BATALHA DE COMBATE AO CONTÁGIO DA COVID-19, reconhecer a possibilidade e a eticidade da utilização da telemedicina, além do disposto na Resolução CFM nº 1.643, de 26 de agosto de 2002, nos estritos e seguintes termos: 6. Teleorientação: para que profissionais da medicina realizem à distância a orientação e o encaminhamento de pacientes em isolamento; 7. Telemonitoramento: ato realizado sob orientação e supervisão médica para monitoramento ou vigência à distância de parâmetros de saúde e/ou doença. 8. Teleinterconsulta: exclusivamente para troca de informações e opiniões entre médicos, para auxílio diagnóstico ou terapêutico. 9. Toda essa normatização caminha no mesmo sentido do trabalho conjunto realizado por todas as autoridades públicas competentes para se manifestar sobre o tema e ressalta, novamente, o papel do CFM como Autarquia Federal apoiadora das políticas públicas de saúde estabelecidas em prol da população brasileira". (http://portal.cfm.org.br/images/PDF/2020_oficio_telemedicina.pdf).

Por sua vez, de modo ainda mais relevante à controvérsia dos autos, a Portaria do Ministério da Saúde 467, de 20 de março de 2020, possibilitou, em seus arts. 1º, parágrafo único, e 2º, durante o período de emergência de saúde pública decorrente da pandemia da COVID-19, a realização, no âmbito do próprio SUS, de ações de telemedicina de interação à distância, que "podem contemplar o atendimento pré-clínico, de suporte assistencial, de consulta, monitoramento e diagnóstico, por meio de tecnologia da informação e comunicação":

"PORTARIA Nº 467, DE 20 DE MARÇO DE 2020

(...)

O MINISTRO DE ESTADO DA SAÚDE, no uso das atribuições que lhe conferem os incisos I e II do parágrafo único do art. 87 da Constituição e o art. 7º da Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, e

Considerando a Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção Humana pelo novo Coronavírus (2019-nCoV), declarada por meio da Portaria nº 188/GM/MS, de 3 de fevereiro de 2020;

Considerando a necessidade de regulamentar e operacionalizar as medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional previstas no art. 3º da Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, com o objetivo de reduzir a circulação de pessoas expostas ao coronavírus (COVID-19);

Considerando o teor da "Declaração de Tel Aviv sobre responsabilidades e normas éticas na utilização da Telemedicina", adotada pela 51ª Assembleia Geral da Associação Médica Mundial, em Tel Aviv, Israel, em outubro de 1999;

Considerando a possibilidade de prescrição, por parte do médico, de tratamento ou outros procedimentos sem exame direto do paciente em

casos de urgência ou emergência previsto no Código de Ética Médica;

Considerando a Resolução nº 1.643/2002 do Conselho Federal de Medicina, que define e disciplina a prestação de serviços através da Telemedicina; e

Considerando o Ofício CFM nº 1756/2020-Cojur de 19 de março de 2020, que reconhece a possibilidade e a eticidade da utilização da Telemedicina, em caráter de excepcionalidade e enquanto durar as medidas de enfrentamento ao coronavírus (COVID-19); resolve:

Art. 1º Esta Portaria dispõe, em caráter excepcional e temporário, sobre as ações de Telemedicina, com o objetivo de regulamentar e operacionalizar as medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional previstas no art. 3º da Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, decorrente da epidemia de coronavírus (COVID-19).

Parágrafo único. As ações de Telemedicina de que tratam o caput ficam condicionadas à situação de Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN), declarada por meio da Portaria nº 188/GM/MS, de 3 de fevereiro de 2020.

Art. 2º As ações de Telemedicina de interação à distância podem contemplar o atendimento pré-clínico, de suporte assistencial, de consulta, monitoramento e diagnóstico, por meio de tecnologia da informação e comunicação, no âmbito do SUS, bem como na saúde suplementar e privada.

Parágrafo único. O atendimento de que trata o caput deverá ser efetuado diretamente entre médicos e pacientes, por meio de tecnologia da informação e comunicação que garanta a integridade, segurança e o sigilo das informações" (grifos nossos).

Ademais, foi aprovado, pela Câmara dos Deputados e pelo Senado, estando apenas pendente de sanção, o Projeto de Lei 696/2020, que, após sancionado, também autorizará, desta feita expressamente no plano legal, o uso da telemedicina, enquanto durar o estado de emergência decorrente da pandemia da COVID-19, nos seguintes termos:

"Art. 1º Esta Lei autoriza o uso da telemedicina enquanto durar a crise ocasionada pelo coronavírus (SARS-CoV-2).

Art. 2º Durante a crise ocasionada pelo coronavírus (SARS-CoV-2), fica autorizado, em caráter emergencial, o uso da telemedicina.

Parágrafo único. Durante o período a que se refere o caput, serão válidas as receitas médicas apresentadas em suporte digital, desde que possuam assinatura eletrônica ou digitalizada do profissional que realizou a prescrição, sendo dispensada sua apresentação em meio físico.

Art. 3º Entende-se por telemedicina, entre outros, o exercício da medicina mediado por tecnologias para fins de assistência, pesquisa, prevenção de doenças e lesões e promoção de saúde.

(...)

Art. 6º Competirá ao Conselho Federal de Medicina a regulamentação da

telemedicina após o período consignado no art. 2º desta Lei". (<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/03/31/senado-aprova-uso-da-telemedicina-durante-pandemia-de-covid-19> ; <https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2020-03/senado-aprova-projetos-que-auxiliam-no-combate-covid-19>).

Em relação a outras profissões de saúde, a título de exemplo, o Conselho Federal de Fisioterapia e Terapia Ocupacional também autorizou, por meio da Resolução COFFITO 516/2020, de modo excepcional e temporário, o atendimento não presencial por Fisioterapeutas e Terapeutas Ocupacionais, nas modalidades teleconsulta, teleconsultoria e telemonitoramento (www.coffito.gov.br).

Da mesma forma, o Conselho Federal de Psicologia, por intermédio da Resolução CFP 11/2018, permitiu, no seu art. 2º, a prestação dos seguintes serviços, por meio de tecnologia da informação e da comunicação:

"I. As consultas e/ou atendimentos psicológicos de diferentes tipos de maneira síncrona ou assíncrona;

II. Os processos de Seleção de Pessoal; I

II. Utilização de instrumentos psicológicos devidamente regulamentados por resolução pertinente, sendo que os testes psicológicos devem ter parecer favorável do Sistema de Avaliação de Instrumentos Psicológicos (SATEPSI), com padronização e normatização específica para tal finalidade.

IV. A supervisão técnica dos serviços prestados por psicólogas e psicólogos nos mais diversos contextos de atuação.

§ 1º. - Entende-se por consulta e/ou atendimentos psicológicos o conjunto sistemático de procedimentos, por meio da utilização de métodos e técnicas psicológicas do qual se presta um serviço nas diferentes áreas de atuação da Psicologia com vistas à avaliação, orientação e/ou intervenção em processos individuais e grupais".

(<https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2018/05/RESOLU%C3%87%C3%83O-N%C2%BA-11-DE-11-DE-MAIO-DE-2018.pdf>).

Todavia, como já enfatizado, essa medida preferencial, no que tange à proteção dos servidores das áreas médica, de enfermagem e assistencial mais vulneráveis à COVID-19 - o trabalho remoto -, deve ceder para que seja admitida, alternativamente, a alocação dos profissionais mais vulneráveis em atividades hospitalares presenciais sem contato com os pacientes com suspeita ou confirmação de COVID-19, em área separada da ocupada por estes, quando o exame dos fatores individuais e concretos relacionados à saúde pública revelar que a implementação de trabalho remoto em favor de certo profissional de saúde, durante o período emergencial da pandemia, causará impacto significativo na prestação de determinado serviço público de saúde essencial, expondo a riscos graves - maiores do que aqueles enfrentados pelo trabalhador - a saúde e a vida de uma multiplicidade de cidadãos, que dele dependem.

Afinal, como já ressaltado, tanto o Conselho Federal de Medicina como o Conselho Federal de Enfermagem, autarquias federais de fiscalização e normatização das práticas médica e de enfermagem, respectivamente, limitaram-se a recomendar aos estabelecimentos hospitalares que os profissionais de saúde integrantes do grupo de risco da COVID-19 não atuassem na linha de frente do combate à doença, sendo realocados para atividades sem contato direto com pacientes com confirmação ou suspeita da enfermidade, não exigindo a concessão ampla e irrestrita do trabalho remoto

nesses casos, entendendo, portanto, que, em geral, o grau de risco presente na atuação presencial fora da linha de frente deve ser tolerada pelos trabalhadores mais vulneráveis à COVID-19, em prol da saúde pública.

Não se tem notícia nos autos, por outro lado, de que outros Conselhos Federais de fiscalização e normatização das profissões de saúde tenham recomendado a concessão ampla e irrestrita de trabalho remoto - como pretendido na presente ação -, aos profissionais mais vulneráveis à COVID-19, no seu âmbito de atuação.

Por sua vez, como já observado, o próprio Ministério da Saúde, na esfera de sua "Estratégia de Afastamento Laboral", embora manifestando-se no sentido de que, preferencialmente, devam ser afastados das atividades presenciais os profissionais de saúde do grupo de risco da COVID-19, admitiu a possibilidade de que estes permanecessem em atividade presencial, no hospital, em funções sem contato com pacientes da COVID-19 e em área diversa, quando robustas razões de saúde pública revelarem grave prejuízo para esta na hipótese de afastamento da atividade presencial em determinada situação concretamente considerada.

Também como já exposto, apenas a título de Direito Comparado, o *National Health Service - NHS* -, no Reino Unido, estabeleceu, para os seus profissionais de saúde mais vulneráveis à COVID-19, a possibilidade de sua realocação em atividades de menor risco, sem contato direto com pacientes com confirmação ou suspeita de COVID-19, ou a concessão de trabalho remoto, após análise da situação individual de cada funcionário, tanto dos aspectos relacionados à gravidade dos seus fatores de risco como daqueles concernentes à atividade por ele exercida (<https://www.nhsemployers.org/covid19/health-safety-and-wellbeing/supporting-our-most-vulnerable-people>).

Logo, embora a concessão de trabalho remoto seja medida preferencial de proteção da saúde e da vida dos profissionais, das áreas médica, de enfermagem e assistencial, mais vulneráveis à COVID-19, naqueles casos em que isso não acarrete grave prejuízo à saúde pública, e, por meio dela, à proteção da saúde e da vida de uma multiplicidade de pessoas dependentes da regular prestação dos serviços hospitalares, trata-se de grau de risco juridicamente tolerável aquele existente na realização de atividades presenciais que não acarretem contato com pacientes com confirmação ou suspeita da COVID-19, em área separada da ocupada por esses, sempre que robustas razões concretas de saúde pública demonstrarem que o trabalho remoto comprometeria a finalidade de preservar a saúde e a vida de uma coletividade de cidadãos.

Assim, embora este juízo entenda que o trabalho remoto é medida preferencial de proteção à saúde e à vida dos profissionais de saúde mais vulneráveis à COVID-19, deve ser reconhecido, como já ressaltado, que a alternativa de realocação dos referidos trabalhadores em atividades presenciais, no hospital, que não acarretem contato com pacientes da COVID-19, em área distinta daquela em que esses se encontrem, é constitucionalmente admissível, gerando grau de risco juridicamente tolerável - embora faticamente existente -, quando fatores concretos revelarem que o trabalho remoto de determinado(s) profissional(is) prejudicaria significativamente determinado serviço público de saúde essencial para a preservação da saúde e da vida de uma multiplicidade de indivíduos.

Corroborar essa posição jurídica a recomendação do Ministério da Saúde, veiculada pelo boletim publicado em 06/04/20 (id. 4058300.14114767), no seguinte sentido:

"(..) Afastamento de profissional de saúde em grupo de risco

São consideradas condições de risco:

- Idade igual ou superior a 60 anos;

- Cardiopatias graves ou descompensados (insuficiência cardíaca, cardiopatia isquêmica);
- Pneumopatias graves ou descompensados (asma moderada/grave, DPOC);
- Imunodepressão;
- Doenças renais crônicas em estágio avançado (graus 3, 4 e 5);
- Diabetes mellitus, conforme juízo clínico;
- Doenças cromossômicas com estado de fragilidade imunológica;
- Gestação de alto risco;

Nestes casos, recomenda-se o afastamento laboral. Em caso de impossibilidade de afastamento desses profissionais, estes não deverão realizar atividades de assistência a pacientes suspeitos ou confirmados de Síndrome Gripal. Preferencialmente deverão ser mantidos em atividades de gestão, suporte, assistência nas áreas onde NÃO são atendidos pacientes suspeitos ou confirmados de Síndrome Gripal.

(...)

Em caso de impossibilidade de afastamento de trabalhadores do grupo de risco, estes não deverão ser escalados em atividades de assistência ou contato direto com pacientes suspeitos ou confirmados de COVID-19 e deverão ser mantidos em atividades de gestão, suporte, assistência nas áreas onde NÃO são atendidos pacientes suspeitos ou confirmados de COVID-19" (grifos nossos).

Extraí-se da recomendação, assim, que, para o Ministério da Saúde, devem, preferencialmente, ser afastados do trabalho presencial os profissionais de saúde mais vulneráveis à COVID-19, quando isso seja possível, à luz dos impactos concretos para a saúde pública, e, por meio dela, para a saúde e para a vida da população, admitindo-se, no entanto, a mera realocação dos profissionais de saúde para atividades presenciais de menor risco, sem contato direto com pacientes com confirmação ou suspeita de COVID-19, em área distinta da ocupada por esses, nas hipóteses em que robustas razões de saúde pública - e de consequente preservação da saúde e da vida de toda uma coletividade de pessoas - assim exigirem.

Como se constata, trata-se de recomendação do Ministério da Saúde que se harmoniza com a premissa jurídica desta decisão de que o afastamento do trabalho presencial, com a concessão do trabalho remoto, é a medida protetiva preferencial aos profissionais de saúde integrantes do grupo de risco da COVID-19, mas que não deve ser concedida de forma ampla e irrestrita, como postulado na ação, na medida em que pode ser justificadamente substituída pela realocação dos servidores em atividades sem contato direto com pacientes com confirmação ou suspeita da COVID-19, e em área diversa, sempre que a análise dos fatores concretos relacionados a cada situação individual levar à conclusão de que tal medida resultaria em significativo impacto na continuidade de determinado serviço público de saúde, com relevantes riscos para a saúde e a vida da população dele dependente.

Portanto, a recomendação do Ministério da Saúde, longe de contrariar, reforça a premissa de que a concessão do trabalho remoto aos profissionais de saúde enquadrados no grupo de risco é medida preferencial para a sua proteção, que, todavia, deve ser

afastada, pela alternativa de realocação para funções presenciais sem contato com pacientes da COVID-19, quando fundadas razões de saúde pública estiverem presentes em determinada situação individual, conclusão essa a qual, contudo, somente se pode chegar por meio da apreciação individual, concreta, de cada diferente situação funcional, e não de forma geral e abstrata, com decisão genérica, de afastamento do trabalho presencial amplo e irrestrito, como postulado.

Em outras palavras, tanto a concessão do trabalho remoto - preferencial - como a realocação em atividades sem contato com pacientes da COVID-19, em áreas separadas, são medidas protetivas - ainda que em graus diversos - dos profissionais de saúde mais vulneráveis ao vírus, e constitucionalmente possíveis, em tese.

No entanto, a identificação de qual das duas medidas é a constitucionalmente adequada para cada situação individual somente pode derivar da complexa ponderação constitucional dos diferentes níveis de risco à saúde e à vida dos trabalhadores mais vulneráveis com os inúmeros fatores concretos necessários para a análise dos prováveis impactos do trabalho remoto, em cada caso, sobre a saúde pública, com os consequentes riscos à saúde e à vida da coletividade de cidadãos usuários dos serviços hospitalares impactados.

Assim, a medida adequada, à luz da Constituição da República, para cada situação individual somente poderá ser identificada com o cotejo entre os riscos para a saúde e a vida dos profissionais de saúde mais vulneráveis à COVID-19 com os riscos para a saúde e a vida dos usuários de determinado serviço de saúde pública potencialmente atingido por eventual concessão do trabalho remoto em determinada situação.

E tal análise de lesão à saúde pública - com riscos à saúde e à vida dos pacientes atuais e potenciais do hospital - depende, necessariamente, de conhecimento e atenta consideração de inúmeros fatores concretos envolvidos em cada específica situação individual.

Por tal motivo, seria, ao meu ver, ativismo extremamente temerário que o Poder Judiciário interferisse, de modo intenso, na gestão de determinado hospital público, sobretudo em época de pandemia - em que as recentes experiências de diversos países com a COVID-19 demonstram como uma de suas principais características o seu potencial de causar o colapso dos sistemas públicos de saúde, até mesmo dos países mais desenvolvidos -, para conceder, de modo geral e irrestrito, trabalho remoto a uma enorme quantidade de profissionais de saúde, em sede de ação coletiva - e, por isso mesmo, sem avaliação individualizada dos inúmeros relevantes fatores concretos envolvidos em cada situação específica, e sem capacidade institucional para tanto, na medida em que não possui como *expertise*, como vocação natural, a administração hospitalar.

Como advertência dos potenciais riscos, para a saúde pública brasileira, de uma decisão genérica como a pretendida, de concessão ampla e irrestrita de trabalho remoto a todos os profissionais de saúde mais vulneráveis à COVID-19, sem prévia análise de cada situação individual, relevante transcrever as manifestações do Vice-Presidente do Conselho Federal de Medicina, Donizetti Giamberardino, e do ex-Ministro da Saúde José Gomes Temporão, em matéria jornalística recente:

"O vice-presidente do CFM, Donizetti Giamberardino, afirma que o risco de perder mão de obra durante a epidemia é um "grande problema" e também projeta um afastamento de 40% da força de trabalho por causa do Covid-19 e de outras doenças. O CFM recomenda que médicos com mais de 60 anos não atendam diretamente casos de coronavírus. O Conselho Federal de Enfermagem (Cofen) faz a mesma recomendação.

Ex-ministro da Saúde, José Gomes Temporão avalia que o país não tem como abrir mão

de um profissional de saúde sequer, mesmo os dos grupos de risco. Ele acredita que, se as medidas de isolamento social não forem cumpridas, a situação vai se agravar muito.

Vamos precisar de todos. Vai faltar gente, como vamos abrir mão deles? analisa Temporão, hoje pesquisador da Fiocruz, para quem é impossível afastar os médicos com mais de 60 anos do atendimento de casos relacionados ao Covid-19. Isso seria possível se tivesse um número de profissionais para atender os casos graves, o que não temos e não teremos" (<https://oglobo.globo.com/brasil/coronavirus-um-em-cada-cinco-medicos-no-pais-esta-no-grupo-de-risco-24340436>).

Especialmente em tempos dramáticos para o sistema público de saúde como o da pandemia da COVID-19, que corrói a sua capacidade de atender de forma minimamente adequada demandas extremamente emergenciais para a preservação da vida dos cidadãos, a autocontenção é fundamental ao Poder Judiciário, diante de ações coletivas como a presente, de judicialização da saúde, com pretensão de que seja determinada, de forma extremamente genérica, ampla e irrestrita, e sem a análise dos inúmeros fatores concretos envolvidos em cada diferente situação individual, medida potencialmente capaz de impactar, profundamente, a gestão de hospital público.

Em que pese o apelo de evidente fundo emocional inerente ao pedido desta ação coletiva, o Poder Judiciário deve adotar uma postura de prudência, consciente de que o seu papel constitucional é o de evitar o desgoverno, sem, contudo, governar.

No caso dos autos, foi apresentada, pelos réus, a planilha de id. 4058300.14077668, contendo dados sobre possível número de afastamentos, no âmbito do hospital, de profissionais das áreas médica, de enfermagem e assistencial, na hipótese de concessão da tutela de urgência.

Utilizando-se tais dados, foi elaborada, pelo juízo, a planilha abaixo, acerca de possíveis afastamentos presenciais de servidores estatutários, que, contudo, não contempla os dados apresentados sobre o possível impacto sobre os empregados públicos - celetistas - em atividade no hospital, ante a ausência de competência absoluta deste juízo acerca da relação de trabalho desses últimos:

Área Médica

Especialidade	Acima de 60 anos	Doenças crônicas	Imunodeprimidos	Gestantes ou lactantes	Total grupo de risco	Total da especialidade	Percentual de servidores do grupo de risco na especialidade
Médico - Anestesiologia	1	-	-	-	1	42	2,38%
Médico - Cancerologia Clínica		-	-	-	0	8	0%
Médico - Cardiologia -		-	-	-	0	1	0%

Eletrofisiologia Clínica Invasiva							
Médico - Cardiologia Pediátrica	-	-	-	0	1	0%	
Médico - Cirurgia de Mão	-	-	-	0	1	0%	
Médico - Cirurgia Geral	-	-	-	0	15	0%	
Médico - Cirurgia Vascular	-	-	-	0	5	0%	
Médico - Clínica Médica	-	-	-	0	31	0%	
Médico - Coloproctologia	-	-	-	0	3	0%	
Médico - Endocrinologia Pediátrica	-	-	-	0	1	0%	
Médico - Endoscopia Digestiva	-	-	-	0	7	0%	
Médico - Endoscopia Ginecológica	-	-	-	0	2	0%	
Médico - Ginecologia e Obstetrícia	-	-	-	0	45	0%	
Médico - Neonatologia	-	-	-	0	29	0%	
Médico - Neurofisiologia Clínica	-	-	-	0	2	0%	
Médico - Neurologia	-	-	-	0	3	0%	

Médico - Oftalmologia		-	-	-	0	16	0%
Médico - Ortopedia e Traumatologia		-	-	-	0	5	0%
Médico - Otorrinolaringologia		1	-	-	1	13	7,69%
Médico - Patologia - Citopatologia		-	-	-	0	1	0%
Médico - Pediatria		-	-	-	0	21	0%
Médico - Pneumologia		-	-	-	0	5	0%
Médico - Radiologia e Diagnóstico por Imagem		-	-	-	0	13	0%
Médico - Reumatologia		-	-	-	0	4	0%
Médico - Cardiologia	1 (1)*	2	2	-	5	17	29,41%
Médico - Cardiologia Intervencionista		1	-	-	1	1	100%
Médico - Endocrinologia e Metabologia		-	-	-	0	7	0%
TOTAL	2	4	2	0	8	299	2,68%

(*) número de profissionais que, além de ter acima de 60 anos, possuem outro fator de risco.

Área de Enfermagem

Especialidade	Acima	Doenças	Imunodeprimidos	Gestantes	Total	Total	Percentual
---------------	-------	---------	-----------------	-----------	-------	-------	------------

	de 60 anos	crônicas		ou lactantes	grupo de risco	da especialidade	de servidores do grupo de risco na especialidade
Auxiliar de Enfermagem	18 (14)*	31	1	2	52	298	17,45%
Enfermeiro - Assistencial	1 (1)*	15	1	5	22	318	6,92%
Enfermeiro - Oncologia		-	-	-	0	4	0%
Enfermeiro - Saúde da Mulher - Obstetrícia	-	-	-	-	0	1	0%
Enfermeiro - Terapia Intensiva		-	-	-	0	5	0%
Enfermeiro - Terapia Intensiva - Pediátrica		-	-	-	0	1	0%
Farmacêutico	2(2)*	1	-	-	3	17	17,65%
Técnico em Enfermagem	4 (3)*	10	-	5	19	454	4,18%
Auxiliar de Saúde	1 (1)*	-	-	-	1	8	12,5%
TOTAL	26	57	2	12	97	1.106	8.77%

Área Assistencial

Especialidade	Acima de 60 anos	Doenças crônicas	Imunodeprimidos	Gestantes ou lactantes	Total grupo de	Total da especialidade	Percentual de servidores do grupo de
---------------	------------------------	---------------------	-----------------	------------------------------	----------------------	------------------------------	--

					risco		risco na especialidade
Assistente Social		1	-	-	1	21	4,76%
Auxiliar de Laboratório		1	-	-	1	11	9,09%
Farmacêutico		3	-	-	3	17	17,64%
Fisioterapeuta		2	-	1	3	39	7,69%
Nutricionista		-	-	1	1	7	14,29%
Técnico em Radiologia		2	-	-	2	44	4,55%
Terapeuta Ocupacional		-	1	1	2	8	25%
Física Médica - Medicina Nuclear	-	-	-	-	0	1	0%
Fonoaudiólogo		-	-	-	0	13	0%
Pedagogo		-	-	-	0	1	0%
Psicólogo - Área Hospitalar	1	-	-	-	1	8	12,5%
Técnico de Laboratório Área	1(1)*	-	-	-	1	50	2%
Técnico em Farmácia		-	-	-	0	24	0%
Técnico em Laboratório de Patologia Clínica		-	-	-	0	5	0%

Biólogo	1	-	-	-	1	2	50%
TOTAL	3	9	1	3	16	251	6,37%

Embora os números acima, em geral - ressalvadas algumas especialidades, como a da cardiologia intervencionista, em que é projetado o afastamento de 100% do quadro -, por si sós, não impressionem, sob o aspecto meramente quantitativo, no sentido de revelar, de modo inequívoco, gravíssima lesão à saúde pública na eventual concessão geral de trabalho remoto aos servidores substituídos, eles, em verdade, são insuficientes para fundamentar decisão genérica dessa natureza.

Primeiramente, como a EBSE RH informou, no documento de id. 4058300.14077664, a planilha da qual extraídos os dados acima foi elaborada pela referida empresa pública federal apenas com base nos pedidos de afastamento para atividade remota de profissionais das áreas médica, assistencial e de enfermagem que já se encontravam registrados no Sistema Eletrônico de Informações - SEI, ao tempo daquela informação, anterior à decisão.

Isto é, os números apresentados não representam, de modo inequívoco, o percentual de afastamentos, por profissão de saúde e especialidade, em razão de eventual decisão de deferimento do pedido de tutela de urgência, espelhando, tão somente, o número de servidores que, por iniciativa própria e sem qualquer decisão garantindo o seu trabalho remoto, já requereram o afastamento.

Nesse cenário, exsurge extremamente provável que o número real de servidores atingidos por eventual decisão de deferimento da tutela de urgência seja significativamente superior, já que a hipotética decisão alcançaria profissionais que ainda não requereram a concessão de trabalho remoto, mas que viriam a fazê-lo diante do estímulo de decisão judicial garantidora.

Por sua vez, os dados da tabela acima - que apenas diz respeito aos servidores federais estatutários processualmente substituídos - não abrangem os afastamentos, no âmbito do hospital, daqueles profissionais de saúde empregados públicos - celetistas.

Logo, caso o sindicato viesse a obter, na Justiça do Trabalho, em relação aos empregados públicos em atividade no Hospital das Clínicas da UFPE, decisão análoga àquela que se pretende nestes autos, quanto aos estatutários, ou mesmo se a Administração, por isonomia, resolvesse estender a medida a todos os profissionais vulneráveis, independentemente da natureza do seu vínculo jurídico, os percentuais de profissionais de saúde remanescentes, para atuação no hospital, seriam, certamente, bastante inferiores àqueles que se extrai da análise da tabela acima.

Além disso, os números constantes da tabela apenas dizem respeito, de modo geral, ao total de profissionais de uma determinada profissão de saúde e, conforme o caso, especialidade, não refletindo, no entanto, a distribuição desses profissionais entre os inúmeros diferentes setores do hospital e as eventuais habilitações, capacitações, conhecimento e experiência que possuam em relação à atividade específica de cada setor.

A título de mero exemplo dessa objeção, não obstante se saiba que enfermeiros, em geral, possuam habilitação legal para diferentes tipos de atividade de enfermagem, é intuitivo que o afastamento de um profissional de enfermagem com inúmeros anos de experiência

e treinamentos especializados no setor de cuidados intensivos não é facilmente suprido, sem prejuízo para a qualidade do serviço hospitalar específico, por um profissional de enfermagem cuja experiência de anos e treinamentos tenham se dado no setor de análises clínicas e anatomia patológica.

Sob esse ângulo, o Chefe da Divisão de Gestão de Pessoas do HC-UFPE, no documento de id. 4058300.14077664, indicou inúmeros setores diferentes, cada qual com sua própria complexidade e demanda por especialização, que seriam concretamente atingidos por afastamentos, se judicialmente determinados, como a Unidade de Análises Clínicas e Anatomia Patológica, o Serviço de Cardiologia, a Unidade de Cuidados Intensivos e Semi-Intensivos Pediátrico, a Unidade de Anestesiologia e RPA, o Serviço de Oftalmologia, o Serviço de Pediatria, a Unidade de Cuidados Intensivos e Semi-Intensivos Adulto, o Serviço de Dermatologia, o Bloco Cirúrgico Central, o Serviço de Clínica Médica, a Unidade de Diagnóstico por Imagem, o Serviço de Cirurgia Geral, o Bloco Cirúrgico Ambulatorial, o Serviço de Terapia Ocupacional, o Setor de Gestão de Ensino e Extensão, a Unidade de Radiologia Intervencionista e diversas Enfermarias.

Outrossim, não se pode ignorar que, embora, pela própria normatização da EBSEH, os referidos profissionais de saúde já não estejam na linha de frente do combate à COVID-19, trata-se de momento crítico em que, diante do anunciado risco de colapso do sistema de saúde pública e de necessidade de afastamentos provisórios de inúmeros trabalhadores das áreas médica, de enfermagem e assistencial, cada profissional pode fazer a diferença para salvar vidas.

Isso porque, com crescente necessidade, no contexto da pandemia, de enorme concentração de profissionais não vulneráveis na linha de frente do combate à COVID-19, inúmeras outras espécies de emergência e de enfermidades continuarão a demandar urgentes serviços hospitalares, mas, nesse momento, com reduzido quadro de profissionais para tanto, já que muitos precisarão estar atuando diretamente no tratamento da COVID-19, situação em que seria extremamente prejudicial que estes últimos profissionais estivessem responsáveis não apenas pelos pacientes da COVID-19, mas de diversas outras enfermidades. Isto tanto pela inexorável perda da qualidade dos serviços como pelo risco de que acabem servindo como vetores de infecção pela COVID-19 em relação aos pacientes vulneráveis sob tratamentos de natureza diversa.

Esse aspecto também demonstra a temeridade da concessão ampla e irrestrita, de forma genérica, do trabalho remoto, sem análise das peculiaridades de cada situação funcional individual.

Outra objeção relevante é sobre o tempo necessário e as respectivas quantidades possíveis para a convocação - pelos diferentes instrumentos legais possíveis, como, por exemplo, a contratação temporária e as requisições - e o treinamento de novos profissionais de saúde que possam substituir cada um dos profissionais abrangidos pelo pedido, naqueles casos em que o seu trabalho remoto imediato revelasse, de modo concreto e específico, grave prejuízo para a continuidade da prestação de determinado serviço hospitalar essencial.

Observo, sobre a matéria, que, não obstante esteja em vias de conclusão o "Processo Seletivo Emergencial Nacional de profissionais para a complementação da força de trabalho nos Hospitais Universitários Federais da Rede EBSEH", disciplinado pelo Edital 01, de 01 de abril de 2020 (id. 4058300.14096405), com resultado previsto para a data de hoje, seguida de abertura de breve prazo para recursos, este teve por objetivo a formação de cadastro de profissionais de nível superior e técnico para triagem e atendimento direto ou indireto aos pacientes confirmados ou suspeitos de Coronavírus (COVID-19), conforme descritos no anexo II, mediante contratação temporária, pelo período inicial de 06 (seis) meses, podendo ser prorrogado pelo prazo necessário, tendo

como prazo máximo 02 (dois) anos.

Isto é, nos termos do edital, os selecionados deverão atuar, especificamente, no tratamento de pacientes da COVID-19, tendo sido objeto da seleção apenas as especialidades a ela relacionadas, e não naquelas específicas funções que ficariam eventualmente ociosas na hipótese de afastamento da atividade presencial dos profissionais de saúde mais vulneráveis.

Por tudo isso, como enfatizado, a ação coletiva, por sua própria natureza, não comporta a análise dos incontáveis fatores concretos juridicamente relevantes necessários para a verificação dos possíveis impactos da concessão do trabalho remoto em cada situação funcional individual, sendo certo que os dados da planilha apresentada são insuficientes, por si sós, para tanto, sendo indispensável que se considere diversos outros elementos.

O grande obstáculo, nesse sentido, é que a avaliação do eventual impacto de decisão favorável à parte autora sobre a saúde pública - e, em razão desta, sobre a saúde e a vida dos cidadãos em geral, dela dependentes -, para fins de ponderação constitucional de valores de tamanha envergadura, exige a atenta e responsável consideração de inúmeros fatores concretos e individualizados, muitos deles de aspecto profundamente técnico, à luz da situação específica de cada um dos profissionais de saúde substituídos, tais como, dentre outros:

- a) a demanda atual de cada uma das inúmeras espécies de atividade profissional exercidas pelos profissionais de saúde abrangidos pelo pedido;
- b) a demanda projetada para o iminente período de sobrecarga dos serviços de saúde do hospital durante a pandemia da COVID-19 de cada uma das inúmeras espécies de atividade profissional exercidas pelos profissionais de saúde abrangidos pelo pedido;
- c) a proporção de profissionais de saúde abrangidos pelo pedido em relação ao total de profissionais da mesma categoria, no hospital como um todo;
- d) a proporção de profissionais de saúde abrangidos pelo pedido em relação ao total de profissionais da mesma categoria em cada setor específico do hospital;
- e) a habilitação, bem como o grau de especialização, de experiência e de conhecimento de cada profissional de saúde abrangido pelo pedido, em relação a uma determinada atividade, por ele exercida, indispensável à continuidade dos serviços hospitalares;
- f) a proporção de outros profissionais no hospital com habilitação, especialização, experiência e conhecimento suficientes para substituir cada profissional de saúde abrangido pelo pedido, em relação a uma determinada atividade indispensável por ele exercida, sem lesão grave à prestação do respectivo serviço de saúde à população;
- g) a compatibilidade das atividades ordinariamente exercidas por cada profissional de saúde abrangido pelo pedido com o trabalho remoto, ou, alternativamente, a possibilidade de lhe ser atribuída atividade diversa da ordinariamente até então exercida, para a qual esteja habilitado e que seja compatível com o trabalho remoto, com a realocação, pelo hospital, de outro(s) profissional(is) de saúde para continuar(em) a atividade antes exercida, em níveis, quantitativo e de qualidade, que não comprometam, de modo grave, a regularidade de qualquer atividade hospitalar essencial;
- h) o tempo necessário e as respectivas quantidades possíveis para a convocação - pelos diferentes instrumentos existentes, como, por exemplo, a contratação temporária e requisições - e para o treinamento de novos profissionais de saúde que possam substituir cada um dos profissionais abrangidos pelo pedido, naqueles casos em que o seu trabalho remoto imediato revelasse, de modo concreto e específico, grave prejuízo para a

continuidade da prestação de determinado serviço hospitalar essencial.

Ocorre que a ação coletiva, pelas limitações inerentes à sua própria natureza, decorrente do caráter extremamente genérico do pedido e da natural ausência de individualização das inúmeras distintas e complexas situações possíveis, e, ainda mais, da instrução probatória acerca dessas individualizadas situações, não comporta a discussão fático-jurídica e a correlata instrução processual acerca de cada uma das particularidades desse enorme feixe de situações variadas.

Em outras palavras, a ação de natureza coletiva, como a presente, por sua própria natureza, não permite ao julgador obter as respostas necessárias para que possa avaliar, adequadamente, os inúmeros fatores concretos e individualizados, muitos deles nitidamente técnicos, envolvidos em cada uma das multitudinárias situações funcionais específicas de cada um dos profissionais de saúde substituídos.

Dessa maneira, o pedido de natureza coletivo, tal qual formulado, de concessão ampla e irrestrita de trabalho remoto para todo e qualquer profissional de saúde mais vulnerável à COVID-19 processualmente substituído, não permite que seja realizado cada juízo de ponderação constitucional entre os valores relacionados à saúde e à vida dos profissionais da área médica, de enfermagem e assistencial e aqueles relacionados à saúde e à vida dos indivíduos que dependem da regularidade dos serviços essenciais de saúde pública.

Isso porque, como já demonstrado, a definição de qual a medida constitucionalmente adequada, à luz da ponderação entre os riscos à saúde e à vida dos profissionais e os riscos à saúde e à vida dos pacientes, a concessão do trabalho remoto ou a realocação do trabalhador para atividade sem contato direto com pacientes com confirmação ou suspeita de COVID-19, exige, necessariamente, o atento exame individual e concreto de cada específica situação particular dos inúmeros servidores abrangidos pelo pedido.

Tal importante aspecto é camuflado pelo pedido coletivo e de caráter geral, que pretende que o Poder Judiciário trate, abstratamente, de modo absolutamente idêntico, situações que, em concreto, apresentam relevantes distinções, e sem consideração dos inúmeros fatores concretos envolvidos em cada uma das centenas de situações diferentes em que se encontram os profissionais de saúde substituídos.

Se assim procedesse, o Poder Judiciário acabaria por intervir intensamente, de modo imprudente, sobre a gestão de hospital público, em plena pandemia que anuncia ameaça de colapso do sistema público de saúde, por meio de decisão de afastamento de toda e qualquer atividade hospitalar presencial de um elevadíssimo número de profissionais de saúde, tomada sem a consideração de importantíssimas peculiaridades de cada situação funcional individual, e, por isso mesmo, com manifesto risco de consequências drásticas para serviços hospitalares dos quais dependem a saúde e a vida de uma coletividade de pessoas.

É extremamente importante a autocontenção judicial em pedidos dessa natureza, com a conscientização, pelo magistrado, dos limites da capacidade institucional do Poder Judiciário, da sua natural falta de *expertise*, pela própria diferença de atribuições, acerca da complexidade das inúmeras nuances envolvidas na prática da gestão hospitalar, e, por isso mesmo, dos perigos de decisões genéricas que desconsiderem as particularidades das multitudinárias situações potencialmente abrangidas.

Eis a razão pela qual entendo que é a ação individual, e não a presente ação coletiva, o meio processual adequado para o eventual questionamento judicial de decisão proferida no âmbito administrativo, nos termos da vigente instrução normativa da EBSERH sobre o tema, acerca da (im)possibilidade de determinado servidor mais vulnerável à COVID-19, à luz das particularidades de sua situação, exercer o trabalho remoto.

Importante enfatizar que o art. 7º, em seus parágrafos primeiro e segundo, da Instrução Normativa EBSE RH nº 03/2020 não exclui a possibilidade de, por meio de requerimento administrativo ao Superintendente pelo servidor interessado da área médica, de enfermagem e assistencial, ser deferido o trabalho remoto para os profissionais de saúde mais vulneráveis à COVID-19, à luz das particularidades da sua situação concreta, como deve ser.

Nesse sentido, a própria EBSE RH, em manifestação nos autos, indicou que haveria predisposição em realizar tais análises das situações individuais de profissionais das áreas de enfermagem, médica e assistencial no grupo de risco para fins de eventual autorização individual de teletrabalho, uma vez que, nas palavras daquela empresa pública federal, a nova Instrução Normativa "não impediu de forma ampla e absoluta o trabalho remoto de servidores e empregados públicos das áreas de enfermagem, médica e assistencial que se enquadrem como imunossuprimidos ou acometidos por diabetes, hipertensão, pneumonia ou cardiopatia grave, bem como as grávidas e lactantes de crianças até 1 (um) ano de idade. Houve, na verdade, a adoção de critérios para que haja uma análise individualizada dos casos" (id. 4058300.14077672).

Portanto, a EBSE RH já possui norma jurídica própria que garante que os profissionais de saúde mais vulneráveis à COVID-19 não atuarão na linha de frente do combate a esta, isto é, que serão realocados para atividades outras sem contato com pacientes com confirmação ou suspeita da COVID-19, em áreas separadas da ocupada por esses - precisamente como recomendado pelos próprios Conselho Federal de Medicina e Conselho Federal de Enfermagem -, e que, além disso, possibilita, em tese, a concessão de trabalho remoto àqueles servidores, mediante requerimentos individuais ao Superintendente e ato justificado deste, à luz das particularidades de saúde e de situação funcional de cada profissional, com os respectivos impactos sobre a continuidade dos serviços.

Observa-se, desse modo, que a normatização da EBSE RH, ao tempo em que exclui peremptoriamente a possibilidade de trabalho dos profissionais de saúde mais vulneráveis na linha de frente do combate à COVID-19, já prevê a possibilidade, a depender da situação concreta de cada servidor, tanto da concessão de trabalho remoto como de realocação para atividades de menor risco, sem contato com pacientes com confirmação ou suspeita de COVID-19, ambas medidas, como exaustivamente fundamentado na presente decisão, constitucionalmente possíveis, no plano abstrato, somente sendo possível definir a medida constitucionalmente mais adequada para cada caso no plano concreto, de acordo com a análise de cada situação individual.

Ademais, a referida Instrução Normativa da EBSE RH deve ser interpretada em conjunto com a superveniente recomendação do Ministério da Saúde, no âmbito da sua "Estratégia de Afastamento Laboral", no sentido de que, preferencialmente, sejam afastados do trabalho presencial os profissionais de saúde integrantes do grupo de risco, e, apenas em caso de impossibilidade - diante de robustas razões de saúde pública, com risco para a saúde e a vida dos usuários de determinado serviço hospitalar, em determinada situação concreta -, seja mantido o trabalho presencial do servidor, em atividade sem contato direto com pacientes com confirmação ou suspeita de COVID-19, e em área separada.

Assim, caberia aos profissionais de saúde mais vulneráveis à COVID-19 interessados na concessão de trabalho remoto, primeiramente, requerê-la administrativamente, individualmente, ao Superintendente, no âmbito da EBSE RH, nos termos da instrução normativa examinada, hipótese em que a autoridade em questão deveria proferir decisão fundamentada, atenta ao dever constitucional e legal de motivação dos atos administrativos, analisando as particularidades de cada situação individual, à luz dos elementos concretos relevantes, com a capacidade institucional própria da administração

hospitalar, dada sua *expertise* na gestão de serviços de saúde, para avaliar os riscos à saúde de cada servidor e projetar os impactos de seu trabalho remoto para a continuidade de cada serviço.

Não se resignando com eventual decisão administrativa de indeferimento, haveria, em tese, a possibilidade de o servidor, desejando, ajuizar ação individual, buscando controle judicial do ato administrativo, o que deveria se dar conforme as circunstâncias individuais de cada caso concreto, o que, como já ressaltado, não é possível no âmbito desta ação coletiva.

Por todo o exposto, **indefiro o pedido de tutela de urgência.**

Intimem-se.

Considerando que os réus já compareceram aos autos, manifestando-se, tendo tido, portanto, inequívoca ciência do teor da presente ação, declaro-os citados, nos termos do art. 239, parágrafo primeiro, do CPC/15. Em homenagem aos princípios da segurança jurídica - no que tange ao marco inicial de fluência do respectivo prazo -, do contraditório e da ampla defesa, intimem-se os réus para, no prazo legal, querendo, apresentarem suas contestações.

Recife, data da validação.

AUGUSTO CESAR DE CARVALHO LEAL

Juiz Federal Substituto,

no exercício da titularidade da 12ª Vara Federal/PE.



Processo: **0807050-96.2020.4.05.8300**

Assinado eletronicamente por:

AUGUSTO CESAR DE CARVALHO LEAL -

Magistrado

Data e hora da assinatura: 08/04/2020 21:43:41

Identificador: 4058300.14121958



Para conferência da autenticidade do documento:

<https://pje.jfpe.jus.br/pje/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam>