**PARECER JURÍDICO**

Consulta-nos a Assufrgs sobre os aspectos fático-jurídicos da flexibilização da jornada de trabalho na UFRGS a partir da Portaria nº 3183, de 12/04/2017.

**1) HISTÓRICO**

A flexibilização da jornada de trabalho foi instituída, formalmente, a partir da Decisão n° 432/2015 pelo Conselho Universitário da Universidade Federal do Rio Grande do Sul em 27/11/2015. Tal ato aprova o conjunto normativo para flexibilização da jornada de trabalho de servidores técnico-administrativos em educação do quadro permanente desta universidade que dispõe sobre regras e procedimentos que visam dar concretude ao disposto no Decreto 1.590/95.

Em seu art. 4°, determina a criação da Comissão de Flexibilização, órgão destinado ao assessoramento do Reitor na decisão de autorização para implementação e/ou manutenção da jornada de trabalho flexibilizada.

Em 15/12/2015, o Reitor desta Universidade publica a Portaria 9815/15, que visa regulamentar a adoção da flexibilização e que em seus 12 artigos regulamenta de forma mais detalhada os critérios para adoção da jornada, definindo conceitos utilizados pelas normas já mencionadas, atribuindo competências para sua realização e designando a Comissão de Flexibilização.

Passado pouco mais de dois meses é publicada uma nova Portaria, que altera a anterior e relaciona um conjunto de documentos necessários para integrar os planos de trabalhos das unidades da UFRGS. A Portaria 1479, de 29 de fevereiro de 2016 determina, por exemplo, a necessidade de preenchimento do rol de documentos anexados (formulários, estudo de viabilidade, etc.) como condição do pedido encaminhado à chefia imediata.

Após 13 meses da vigência da mencionada Portaria, a Reitoria novamente regulamenta a implantação da flexibilização através da publicação da Portaria n° 3183, de 12/04/2017, que revoga as duas portarias anteriores e altera o conjunto normativo interno que dispõe sobre a jornada diferenciada expressada no Decreto 1.590/95, de forma a impedir que a maioria dos servidores da Universidade tenha acesso à flexibilização, afetando inclusive os atuais setores flexibilizados.

O art. 2° da Portaria 3183 demonstra que a intenção da Administração é, no mínimo, limitar a consolidação da flexibilização quando diz que “*A flexibilização da jornada de trabalho constitui medida excepcional...*”, não encontrando amparo no RJU ou no decreto 1.590.

Passemos à análise.

**2) NOÇÕES E CONCEITOS BÁSICOS**

Tratando o presente parecer de analisar a edição de nova Portaria por parte da Reitoria em face da Decisão do CONSUN, cabe, inicialmente, verificar que espécies de atos administrativos estamos a investigar.

Os atos administrativos podem ser classificados pela doutrina, quanto ao seu conteúdo, como Normativos ou Ordinatórios. Os primeiros são aqueles que disciplinam, no âmbito da Administração, determinadas situações jurídicas, criando ou modificando direitos e seus efeitos. Os últimos, por conseguinte, são aqueles que põem em execução os primeiros, dentro de seus limites.

No âmbito da doutrina, JOSÉ CRETELLA JÚNIOR conceitua “Portaria” como “*determinação ou ordem, baixada por agente administrativo categorizado, objetivando providências oportunas e convenientes para o bom andamento do serviço público*.” [[1]](#footnote-1)

Pode-se, então, traçar um paralelo entre os atos administrativos e os atos legislativos que todos conhecem.

Nesse sentido, a Decisão do CONSUN assemelha-se à lei em sentido estrito, que cria ou modifica direitos no plano material. A Portaria, nessa hipótese, seria o Decreto do executivo, que regulamenta o exercício dos direitos criados pela lei. Ainda nessa ordem de analogia, o CONSUN seria o Parlamento, enquanto a Reitoria seria o Executivo.

**3) DO NECESSÁRIO RESPEITO ÀS COMPETÊNCIAS E HIERARQUIAS ESTATUTÁRIAS. DECORRÊNCIA DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.**

No caso em análise, portanto, a Portaria do Reitor deve passar pelo exame dos requisitos de validade do ato administrativo quanto à forma e ao conteúdo.

Ora, a administração, como pessoa jurídica, compõe-se de órgãos através dos quais se manifesta e opera. Somente poderá ditar determinado ato aquele órgão da Administração que tenha para si atribuída a competência.

Competência administrativa, conforme a doutrina, é “*la medida de la potestad que corresponde a cada órgano*”.[[2]](#footnote-2) Mas não basta que o ato seja emanado de órgão competente, mas que este limite-se à sua competência.

Com efeito, segundo CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELO, “*o ato administrativo é expedido no interior de uma hierarquia, de sorte que ou é superior ou é inferior a outro ato administrativo. Por isso,* ***os atos administrativos podem estar adstritos aos limites estabelecidos por outros atos administrativos de hierarquia mais elevada***”.[[3]](#footnote-3)

Nessa linha, podemos aferir as competências dos órgãos internos da Universidade mediante análise de seus atos constitutivos. Sobre as competências dos diversos órgãos da UFRGS, diz o seu **Estatuto** que:

Art. 12 - Compete ao Conselho Universitário:

(...)

XII - **aprovar as normas disciplinadoras quanto** ao dimensionamento, lotação, ingresso, **regime de trabalho**, progressão funcional, avaliação e qualificação dos servidores da Universidade;

Art. 25 - Compete ao Reitor:

(...)

**VIII - cumprir e fazer cumprir as decisões do Conselho Universitário** e do Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão;

(...)

IX - exercer as atribuições que emanam da lei, deste Estatuto e do Regimento Geral da Universidade;

Nessa linha, podemos aferir que existe uma inequívoca “hierarquia” dos atos administrativos internos da Universidade. O Conselho Universitário (CONSUN) edita seus atos normativos (Decisões, Resoluções, etc.) e a Reitoria os cumpre, ambos dentro de suas competências.

Nessa linha de argumentação, cabe aqui trazer à tona o necessário dever de observância da legalidade pela Administração. Nossa Constituição positivou o referido preceito no art. 37, *in verbis:*

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos **princípios de legalidade**, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte (...)”

Mas em que consiste o princípio da legalidade?

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, em sua obra Curso de Direito Administrativo, define da seguinte forma a legalidade.

“[...] o [princípio] da legalidade é especifico do Estado de Direito, é justamente aquele que o qualifica e que lhe dá a identidade própria. Por isso mesmo é o princípio basilar do regime jurídico-administrativo, já que o Direito Administrativo (pelo menos aquilo que como tal se concebe) nasce com o Estado de Direito: é a consequência dele. É o fruto da submissão do Estado à lei. **É, em suma, a consagração da ideia de que** **a Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei e que, de conseguinte, a atividade administrativa é atividade sublegal, infralegal, consistente na expedição de comandos complementares à lei**.” [[4]](#footnote-4)

Numa ótica mais profunda, ANDRÉ DEMICHEL[[5]](#footnote-5) aponta que a noção de legalidade geral de “respeito da regra de direito” pode ser expressa, ao mesmo tempo, em três dimensões para a Administração Pública: **a)** fundar (ou dar início a) sua ação à regra de direito; **b)** conformar sua ação à regra de direito; e **c)** assegurar a aplicação da regra de direito.

No que aqui nos importa, a conformidade é uma relação jurídica entre dois atos, em que um é superior ao outro. O ato superior, portanto, serve de referência e o inferior deve se conformar a ele. O estudo da relação de conformidade supõe, então, uma dupla operação intelectual. É preciso de início, entre dois atos, determinar qual é superior. É preciso a seguir, para o ato inferior, questionar-se em que consiste a conformidade.

Um ato poderá ser superior hierarquicamente a outro em razão de seu autor ou em razão de seu conteúdo. Na primeira ótica, a hierarquia dos atos segue a hierarquia dos autores desses atos, e é por isso, por exemplo, que a lei é superior ao decreto, o decreto à portaria, etc. No prisma de conteúdo, por outro lado, o ato inferior não será legal se desbordar dos limites do ato normativo, contradizendo ou desvirtuando o ato superior.

A doutrina converge na afirmação de que o ato regulamentador é subordinado e deve obediência à norma regulamentada, cumprindo apenas a função de reduzir o seu grau de abstração para aproximar a regra abstrata da ação concreta prescrita às autoridades administrativas. Não pode, portanto, inovar e – menos ainda – contrariar as disposições legais, ou reduzir o alcance dos enunciados legais.

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO enfatiza que a finalidade do “*poder regulamentar conferido ao Chefe do Poder Executivo não o investe na competência para disciplinar a matéria objeto da lei regulamentada, mas apenas na de explicitar o que nela já se contém pela abstração e generalidade dos seus termos*."

No seu magistério "*ao regulamento desassiste incluir no sistema positivo qualquer regra geradora de direito ou obrigação novos. Nem favor nem restrição que já não se contenham previamente na lei regulamentada podem ser agregados pelo regulamento*".

Em consequência, "*há inovação proibida quando se possa afirmar que aquele específico direito, dever, obrigação, limitação ou restrição incidentes sobre alguém não estavam já estatuídos e identificados na lei regulamentada. A identificação não necessita ser absoluta, mas deve ser suficiente para que se reconheçam as condições básicas de sua existência em vista de seus pressupostos, estabelecidos na lei e nas finalidades que ela protege*".*[[6]](#footnote-6)*

Isso posto, pode-se afirmar que os atos administrativos que desobedecem aos limites de competência e hierarquia merecem ser revisados, sob pena de serem considerados nulos.

**4) DO APONTAMENTO DAS INCONGRUÊNCIAS ESPECÍFICAS**

Analisando os dispositivos do Decreto 1.590/95 e da Decisão 432/2015, podemos afirmar que há uma dissonância entre estas normas e a nova Portaria publicada. Alguns aspectos merecem ser citados como exemplo.

**4.1) Flexibilização como medida excepcional**

Em seu art. 2º, a Portaria nº 3183 assevera ser a flexibilização “medida excepcional”[[7]](#footnote-7). Contudo, tal disposição pode ser entendida como extrapoladora das competências do Magnífico Reitor, eis que: **(I)** inexiste tal determinação ou sequer cogitação à ideia de excepcionalidade no Decreto 1.590/95 e na Decisão 432 do CONSUN, bem como **(II)** contraria expressamente os ditames da Decisão 432 que reconhece explicitamente que “*a grande maioria dos setores da UFRGS caracteriza-se por apresentar uma demanda de atendimento ao público interno e externo ao longo de todo o período compreendido entre as sete e as vinte e três hora (...).*”

**4.2) Condicionar à “demanda reprimida”**

O Art. 3°, § 1°, inc. b, condiciona a autorização da flexibilização da jornada de trabalho, dentre outros requisitos, “*à comprovação da demanda reprimida, quando se justificar pelo atendimento ao público*”. Parece-nos que há um desvio de finalidade, pois a intenção contida na norma do qual o poder regulamentador deriva (Decreto 1.590/95 e Decisão 432/2015-CONSUN) é a **melhoria do oferecimento dos serviços públicos**, e não somente sua utilização como remédio para setores que não atendem sua demanda normal.

**4.3) Conceito de atendimento ao público**

Dispõe o § 1° do art. 2 da Decisão 432/2015-CONSUN: “Será adotado para fins de conceito de ‘atendimento ao público’ o previsto na Lei nº 11.091/2005, quando define ‘usuário’ como pessoas ou coletividades internas ou externas à Instituição/UFRGS que usufruem direta ou indiretamente dos serviços por ela prestados.”

Já o §3º do art. 3º da Portaria 3.183 estabelece que “*Considera-se atendimento ao público, para fins desta portaria, o atendimento prestado às pessoas ou coletividades que usufruem direta ou indiretamente dos serviços prestados pela Universidade,* ***caracterizado como premente e sujeito à presença permanente, imprevisível, sequencial e ininterrupta do usuário, prioritariamente discente***.”

Entendemos que a Portaria, ao redefinir o conceito de “atendimento ao público”, restringe excessivamente aquele trazido pela Decisão 432/2015-CONSUN. Esta, por sua vez, remete ao conceito de usuário da **Lei 11.091/05**, que tampouco faz a restrição proposta pela Portaria, *in verbis*:

Art. 5º

(...)

VII - usuários: pessoas ou coletividades **internas ou externas** à Instituição Federal de Ensino que usufruem **direta ou indiretamente** dos serviços por ela prestados.

Não há como, pois, diante destes indícios, não entender que a Portaria em análise deixa de se conformar com a ordem jurídica a que está vinculada.

**4.4) Criação de procedimentos não previstos na Decisão**

Ainda, a Decisão 432/2015-CONSUN, que a Portaria deveria apenas regulamentar, prevê, no §1º do seu artigo 7º, que “*o Parecer será submetido ao Reitor para, se concordar, emitir Portaria*”. Contudo, parece-nos que a Portaria inova no procedimento previsto pela Decisão 432/2015-CONSUN.

Com efeito, o §1º do artigo 7º da Portaria 3183 prevê que “*para subsidiar sua decisão, o Reitor poderá solicitar manifestação de outros órgãos da Universidade ou aos órgãos setorial e central do Sistema de Pessoal Civil*”. Além de inovar em relação ao trâmite previsto na decisão do CONSUN, esse apontamento pode levar à burocratização e à perpetuação do trâmite processual.

Nesse ponto, parece importante ressaltar a distinção ao mesmo tempo clássica e controversa do poder discricionário e do poder vinculado.

Segundo ANDRÉ DEMICHEL, essa distinção diz respeito à ligação, mais ou menos estreita, que existe entre os motivos e o objeto de um ato. E prossegue:

“***Se em presença de tal ou tal motivo, de direito e de fato, a Administração é obrigada a agir****, e eventualmente a agir em um certo sentido,* ***seu poder é vinculado****. No caso contrário, ele é discricionário* *Mas é preciso bem compreender que não há aqui oposição categórica entre dois tipos de poder. Cada competência da administração comporta uma parte mais ou menos importante de poder discricionário e de poder vinculado.* ***Há notadamente sempre um mínimo de poder vinculado****, de modo que a administração não pode agir, em qualquer hipótese, a não ser por um objetivo e um motivo correspondentes ao interesse geral. Inversamente, a administração conserva, em qualquer hipótese, um mínimo de poder discricionário, afetando, em uma margem razoável, a escolha do momento.*”

Da análise da Decisão 432/2015-CONSUN, verifica-se que a norma contida no §1º do seu artigo 7º (“*o Parecer será submetido ao Reitor para, se concordar, emitir Portaria*”) contém **discricionariedade** **quanto ao mérito** (concordar ou não concordar), mas obrigatória **vinculação quanto à necessidade de decidir**.

O que pode se notar é que, em verdade, o ato do Reitor acaba por se traduzir em uma **ilegal resistência injustificada aos processos de flexibilização**, seja retardando os já existentes, seja alterando as normas que orientaria a apreciação destes.

Aliás, cumpre advertir que opor resistência injustificada ao andamento de processos administrativos pode ser considerado tanto como ato de improbidade como violação de proibição funcional. Veja-se:

**Lei de improbidade administrativa (Lei 8.429/92)**

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

(...)

II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;

**Regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais (Lei 8.112/90)**

Art. 117.  Ao servidor é proibido:

(...)

IV - opor resistência injustificada ao andamento de documento e processo ou execução de serviço;

O procedimento criado pela norma da Portaria analisada trata, em verdade, de desobrigar o agente a decidir - em desrespeito ao seu poder vinculado.

**4.5) Interferência na autonomia das unidades**

Avançando na análise da Portaria em tela, verifica-se, ainda, possível infringência da mesma do Regimento Geral da Universidade.

Com efeito, preveem os §§2º, 3º e 4º do art. 10 da referida Portaria:

§2º **A estrutura administrativa da unidade acadêmica ou órgão da Universidade não pode ser alterada para permitir a adoção da flexibilização da jornada de trabalho, não se admitindo a extinção, alteração ou criação de setores para esse fim**.

§3º Para atendimento ao quantitativo mínimo de servidores em determinado setor, **não poderá ser alterado o exercício de servidores da unidade acadêmica ou órgão da Universidade**.

§4º A flexibilização da jornada de trabalho não pode ser adotada em setores que não possuam chefia imediata devidamente designada, **sendo vedado o revezamento de servidores na ocupação das funções de chefia**.

Todavia, a imposição por parte da Portaria de vedações e limitações à autonomia administrativa das unidades parece confrontar diretamente o art. 45 do **Regimento Geral** da Universidade, *in verbis*:

Art. 45 - **As Unidades Universitárias estabelecerão, em seus Regimentos Internos, a** **respectiva estrutura acadêmico-administrativa**, sujeita às normas gerais do Estatuto e deste Regimento Geral.

Como se vê, o Regimento Geral confere às Unidades Universitárias autonomia para - obviamente dentro dos limites do próprio Estatuto e do Regimento Geral - estabelecer a estrutura acadêmico-administrativa. Não poderia, pois, avançar a Portaria nessa autonomia, sob pena de violação do próprio princípio da legalidade, por não conformação jurídica.

Nesse sentido, cabe ressaltar que outras universidades federais implementaram jornada flexibilizada calcadas em sua autonomia e na legislação vigente, notadamente a Universidade Federal do Paraná, na qual o Ministério Público, após analise do procedimento, não apontou qualquer irregularidade ou impedimento legal para a implementação da jornada flexibilizada.

**5) DA POSSIBILIDADE DE AÇÃO JUDICIAL**

Diante do apontado quadro fático-jurídico, havendo interesse fundado e legítimo, qualquer cidadão pode pleitear a anulação judicial de atos administrativos que não observam os requisitos de validade.

No caso em comento, a Portaria 3183 se encontra em clara dissonância em relação à normatização contida na Decisão 432/2015 do CONSUN, órgão cuja competência, na matéria, é superior. Dessa forma, a representação sindical dos servidores poderá ingressar com ação anulatória com intuito de fazer cessar a vigência da portaria referida e de todos os atos que a tenham como base legal.

1. CRETELLA JÚNIOR, José. **Dicionário de Direito Administrativo**. 5ª ed. rev. e aumentada. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 352. [↑](#footnote-ref-1)
2. ENTERRÍA, Eduardo García de. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo I**. Octava Edición. Madrid: Editora Civitas, 1998. p. 541. [↑](#footnote-ref-2)
3. MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Ato administrativo e direitos dos administrados**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1981. p.19 [↑](#footnote-ref-3)
4. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999. P.71. [↑](#footnote-ref-4)
5. DEMICHEL, André. **Le droit administratif: essai de refléxion théorique**. Paris: Lib. Generale de Droit et de Jurisprudence, 1978. p. 89-94. [↑](#footnote-ref-5)
6. MELLO, Celso Antônio Bandeira. **in “Curso de Direito Administrativo”**, Malheiros Editores, 6ª edição, pág. 180. [↑](#footnote-ref-6)
7. *Art. 2º. A flexibilização da jornada de trabalho constitui medida excepcional...* [↑](#footnote-ref-7)