

A REFORMA TRABALHISTA E O ESTADO EMPREGADOR.

THE LABOR REFORM AND THE EMPLOYER STATE.

Victor Farjalla

RESUMO: Este artigo trata dos impactos da reforma trabalhista no âmbito das relações jurídicas em que o Estado atua como empregador, analisando, principalmente, a inaplicabilidade desse ramo do direito para regular as relações de trabalho na administração pública direta, autárquica e fundacional, bem como o instituto da terceirização de serviços na administração e a sua responsabilização pelo descumprimento das obrigações trabalhistas pela contratada.

PALAVRAS-CHAVE: Reforma trabalhista. Estado. Administração pública. Servidores públicos. Empregados públicos. Direito do trabalho. Reforma administração. Terceirização.

ABSTRACT: This article deals with the impacts of the labor reform in the scope of legal relations in which the State acts as an employer, analyzing, mainly, the inapplicability of this branch of law to regulate labor relations in the direct public administration, autarchic and foundational, as well as the institute the outsourcing of services in the administration and their responsibility for non-compliance with the contractual obligations.

KEYWORDS: Labor reform; state. Public administration. Public servants. Public employees. Labor law. Administration reform. Outsourcing.

I. UM BREVE RESUMO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

A Administração Direta ou Central, as Autarquias e as Fundações Públicas, no regime constitucional vigente no Brasil, sejam da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, distribuem suas funções permanentes em cargos e empregos públicos providos, após concurso público de admissão, respectivamente servidores públicos e empregados públicos.

O exercício de funções públicas esteve sempre disciplinado segundo o modelo jus político do Estado em que aquelas se inseriam.

Servir ao Estado, em qualquer das suas fases evolutivas, representa integrar-se como agente dos serviços públicos prestados ou exigidos como indispensáveis à satisfação do interesse público.

Com o constitucionalismo e a consagração dos direitos e garantias individuais acima das leis ordinárias ocorreu o decisivo rompimento com o estado de plena sujeição do servidor público que, contando apenas com os favores do Poder que servia, não era titular de

direitos ou garantias em caso de oposição aos excessos e abusos justificadores em nome da autoridade ilimitada da qual eram ungidos os governantes.

No Estado de Direito nasceu o império da lei, ato emanado do Poder Legislativo, composto de representantes do povo, e como expressão da vontade geral. A garantia de que a lei seria fruto da vontade de todos e de que ela seria observada veio com a separação de poderes, concebida para impedir que o Estado moderno realizasse a tendência de colocar-se como poder absoluto, acima da sociedade.

É neste cenário que se torna possível a discussão sobre o regime jurídico do servidor público porque ambas as partes envolvidas na relação se tornam sujeitos de direitos e deveres.

A noção de “funcionário público”, que dominou o Direito Público brasileiro anterior à Constituição de 1988, foi de natureza essencialmente publicista.

Duas correntes influenciaram a preferência dos autores: a estatutária e a contratual pública. A segunda, pretendendo ser uma variante da primeira, pouco ou nada lhe acrescentava, pois ambas denotavam que a vinculação do funcionário ao Estado era de caráter administrativo, ficando o elemento contratual e volitivo sensivelmente diminuído.¹

Diogo de Figueiredo Moreira Neto², muito embora pertencente à corrente publicista, chama a atenção para o fato de que:

[...] é necessário recordar-se que a história brasileira dos regimes jurídicos dos servidores públicos jamais foi modelar. Já em 1865 havia registro de servidores ‘acidentais’ que, mais tarde, viriam a ser os ‘extranumerários’, terrível fruto do empreguismo que ganhou focos de lamentável legalidade com a Lei n.º 284, de 28 de outubro de 1936, e, logo depois, com o Decreto-lei n.º 240, de 4 de fevereiro de 1938, que os classificou em ‘mensageiros’, ‘diaristas’ e ‘tarefeiros’. Com o primeiro Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis da União, editado pelo Decreto-lei n.º 1.713, de 28 de outubro de 1939, foi feito um esforço para imprimir uma disciplina coerente ao serviço público no País, em pouco tempo completamente prejudicado e desfigurado pelo uso, abuso e hiperabuso das contratações, sob o regime trabalhista, criando uma multidão de ‘celetistas’.

A tal ponto chegou o baralhamento dos regimes que autores do porte de JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, escrevendo há cerca de trinta anos, chegavam a afirmar a impossibilidade de traçar-se qualquer diferença entre as expressões ‘funcionário público’ e ‘empregado público’”

Como se vê, a tradição brasileira de disciplinar as relações jurídicas de trabalho na Administração Pública, anteriormente à Constituição de 1988, não é exemplar, pois a contratação de servidores à margem do regime jurídico constitucionalmente previsto para os chamados “funcionários públicos”, de natureza estatutária ou legal, constando nas

¹ SILVA, Antônio Álvares da. **Os servidores públicos e o direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1993, p. 18.

² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris.

Constituições de 1946, 1967 e 1969, tinha o principal objetivo de “burlar a regra da admissão pelo mérito, a gosto do paternalismo e do empreguismo, que sempre sacrificaram o serviço público.” (MOREIRA NETO, 1990, p. 10).³

Em função do referido baralhamento de regimes que assolou as relações públicas de trabalho no País, o legislador constituinte de 1988 instituiu, no artigo 39 da nova Carta Magna, obrigatoriedade de regime jurídico único para os servidores públicos da Administração Direta, Autárquica e Fundacional, além de estabelecer as suas normas fundantes e gerais.

Não houve, contudo, uniformidade na doutrina a respeito da natureza jurídica do regime único de vinculação do servidor, dividindo-se os autores entre os defensores da exclusividade do regime estatutário ou legal e aqueles que admitiam, também, o regime contratual trabalhista e os que aceitavam o contratual público (contrato administrativo), assim como divergiam quanto à unicidade em todos os setores ou em cada setor da Administração.

A Constituição da República não designa, pelo menos expressamente, o regime jurídico próprio do servidor público, referindo-se a cargos e empregos públicos.

É característica dos regimes jurídicos de direito público a primazia do interesse público, no caso a Administração, sobre o particular (aqui o trabalhador), seja na fixação unilateral (regime estatutário), seja na *bilateral* (as cláusulas exorbitantes do contrato administrativo), dos direitos, deveres e obrigações.

O regime jurídico de direito privado é o do Direito do Trabalho, obrigatório nas relações entre empregadores e empregados da iniciativa privada e, por via de consequência, nas relações de trabalho no âmbito das empresas públicas e sociedades de economia mista, que se revestem da forma de pessoas jurídicas de direito privado, por imposição constitucional (art. 173, §1.º, II, CF). Essa via de atuação da Administração Pública, notadamente na exploração excepcional de atividade econômica, exclui o regime jurídico de direito público estatutário, para impor a natureza contratual privada da relação trabalhista comum e, por isso, não se insere no âmbito do presente estudo, peça ampla e irrestrita aplicação do Direito do Trabalho Individual e Coletivo e, por conseguinte, da reforma implantada.

I.1. O REGIME PRÓPRIO DA FUNÇÃO TÍPICAMENTE PÚBLICA.

Nas relações com os servidores públicos sob o regime administrativo, a Administração se vale da representação do interesse público na qual, em regra, faz parte o

³ Ob. cit

Estado, no exercício de sua supremacia, fixando, unilateralmente, por lei, os direitos e deveres do servidor público ocupante de cargo público ou, exorbitando do direito comum, na flexibilidade unilateral das chamadas cláusulas regulamentares de serviço do contrato administrativo.

Os princípios que regem o Direito Administrativo, voltados para o atendimento do interesse público aplicam-se às relações de prestação do serviço público por pessoal subordinado, mais precisamente daqueles considerados tipicamente de Estado, para satisfação dos direitos constitucionais fundamentais, os quais, por irrecusáveis, devem ser assegurados por agentes públicos sob regime institucional e não, contratual, público e não, privado, sem conflito de interesses que possa prejudicar o pleno atendimento daqueles direitos absolutamente indisponíveis dos indivíduos. Eis a justificativa para se excepcionar da universalidade do Direito do Trabalho essa espécie de relação de trabalho subordinado.

Registre-se que ao deferir medida cautelar na ADI 2.135 para suspender a nova redação do art. 39 da Constituição Federal, que lhe dera a Emenda Constitucional 19/98, o Egrégio Supremo Tribunal Federal, na ementa do acórdão, afirmou a incompatibilidade do emprego público com o regime jurídico único da Administração Pública, expressando ser o vínculo estatutário ou legal o próprio para a função pública.⁴

I.2. O REGIME CONTRATUAL PRIVADO DE DIREITO DO TRABALHO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RESTRIÇÕES ADMINISTRATIVAS.

O regime jurídico de Direito Administrativo para as relações do pessoal da Administração Pública foi o regime preferencial das Constituições Brasileiras até a Reforma Administrativa (EC 19/98) da Constituição de 1988. A evolução do Estado e a necessidade de se dotar a prestação do serviço público da eficiência desejada fez surgir tendência à adoção do regime trabalhista, como mais flexível e adaptado a uma gestão de resultados, nas funções não tipicamente de Estado e para a exploração por este de atividades empresariais necessária a assegurar a satisfação dos direitos sociais emergentes do Estado do bem estar social (CF, art. 6º).

⁴ SERVIDORES PÚBLICOS. REGIME JURÍDICO ÚNICO. PROPOSTA DE IMPLEMENTAÇÃO, DURANTE A ATIVIDADE CONSTITUINTE DERIVADA, DA FIGURA DO CONTRATO DE EMPREGO PÚBLICO. INOVAÇÃO QUE NÃO OBTVEU A APROVAÇÃO DA MAIORIA DE TRÊS QUINTOS DOS MEMBROS DA CÂMARA DOS DEPUTADOS QUANDO DA APRECIÇÃO, EM PRIMEIRO TURNO, DO DESTAQUE PARA VOTAÇÃO EM SEPARADO (DVS) Nº 9.

A ninguém que se interesse pelas questões econômicas e sociais é dado desconhecer ou, menos ainda, negar a extraordinária importância e complexidade que os problemas do trabalho, com as suas consequências de toda ordem, assumiram no transcurso do século XIX para atingirem o seu ápice no século passado, justamente denominado o Século do Trabalho, no qual essa atividade singular do homem constitui o fenômeno social por excelência, dada a sua profunda repercussão na evolução social, política e econômica de todas as nações e a sua influência na própria formação moral e espiritual do homem.

Objetivamente, o surgimento do Direito do Trabalho foi decorrência lógica e natural da Revolução Industrial.

O trabalho, indispensável como fonte de subsistência, torna-se, por isso, um direito social, objeto da tutela do Estado.

Com o trabalho, o homem desenvolve plenamente sua personalidade e os atributos a ela inerentes, especialmente, o da vida com dignidade, o direito de constituir família e educar os filhos e, enfim, o trabalho é o meio único de formação e defesa do patrimônio jurídico.

A apropriação dos meios de produção pelo capital e, por consequência, da oferta de trabalho, gerou a chamada questão social, pelo desequilíbrio criado e pela dependência do segundo ao primeiro.

Assim, permitir que o trabalho se subordinasse à força do capital por meio da liberdade de contratação seria admitir a existência do equilíbrio na relação e na autonomia plena de vontade de ambas as partes. Como não há, surge a necessidade da tutela do trabalhador, por via da intervenção estatal, na relação de emprego, em busca de uma justiça comutativa e da dignidade do trabalho.

A intervenção estatal se efetiva pelas funções legislativa, executiva e judiciária, a primeira, com as leis de proteção, a segunda, pelo exercício do poder de polícia e de fiscalização, a terceira, com uma justiça especializada e o poder normativo. Nem todos os Países exercem da mesma forma a proteção ao trabalhador, alguns mais outros menos, no mundo ocidental, todos, especialmente, em função do Tratado de Versalhes, celebrado após a Primeira Grande Guerra Mundial, dando origem a Organização Internacional do Trabalho — a OIT, em 1919.

O Direito do Trabalho torna-se a fonte universal de tutela do trabalhador subordinado, daquele que entrega a sua força de trabalho à direção e à conta de outrem (alteridade), objetivando, como resultado, não aquele a ser alcançado pela atividade na qual se insere, mas, pelo salário, pois este irá prover a sua subsistência e de sua família. A República Federativa do Brasil tem, entre seus fundamentos, o valor social do trabalho.

O Direito do Trabalho é da competência legislativa da União (art. 22, I, CF). Sendo assim, trata de um direito nacional e tem como uma de suas particularidades as chamadas fontes autônomas de Direito do Trabalho, que são os contratos normativos, cuja força obrigatória é reconhecida como direito social dos trabalhadores pela Carta Magna, (XXVI) dentre os estabelecidos pelos demais incisos do art. 7.º.

A Organização Internacional do Trabalho (OIT), sediada em Bruxelas, representa o ideal de uniformidade na proteção do trabalhador em todo o mundo e por intermédio de suas Convenções e Resoluções vai disseminando, cada vez mais, o princípio protetivo nas relações individuais de trabalho, especialmente, no tocante à segurança e saúde, ao trabalho da mulher, do menor, ao combate ao trabalho escravo, à preservação do emprego ante o avanço tecnológico, enfim, à proteção da dignidade do trabalhador.

Sem dúvida, portanto, não foi a prestação de serviço público por servidor da Administração que inspirou ou mesmo contribuiu para o surgimento do Direito do Trabalho. Assim não há, também, como dizer que a relação pública de trabalho está contaminada do mesmo egoísmo revestido na relação privada de trabalho, pela falta do interesse de lucro, que é a motivação maior da exploração do trabalho pelo capital. Em suma: não foram os servidores públicos que fizeram surgir a classe operária.

As origens do trabalho público e do privado são distintas, daí se podendo dizer que o Direito do Trabalho não é um direito afeiçoado com os princípios regentes da Administração Pública, ao menos nas atividades típicas de Estado.

De qualquer forma, o Direito do Trabalho, há muito, no Brasil, vem disciplinando parte das relações de trabalho da Administração, seja de forma obrigatória, quando há exploração pelo Estado de atividade econômica (art. 173, §1.º, II, CF), seja alternativamente ao regime estatutário, com ou sem o exposto assentimento constitucional.

Como já ressaltado, a Reforma Administrativa operada no Brasil pela Emenda Constitucional n.º 19/98 expôs, claramente, o objetivo de transformar a gestão dos serviços públicos, passando de uma administração burocrática para uma administração gerencial ou de resultados. Entre os princípios da Administração Pública expressos na Constituição da República (art. 37, caput), ao lado da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, aditou-se o da eficiência, até então apenas implícito, como sinônimo de boa administração.

Ocorre que o regime jurídico clássico da relação entre servidor público e Administração, no Brasil, era e é o estatutário ou legal, em que predomina a vontade unilateral do Ente Público, à qual o servidor está sujeito, como corolário da predominância do interesse público sobre o privado.

A estabilidade sempre se evidenciou como símbolo do servidor público, segurança que, para muitos, equivocadamente, não a compreendiam como do interesse público em prol da independência do servidor, acarretava um desestímulo a uma atuação produtiva e verdadeiramente comprometida com os fins da Instituição na qual servia. A Reforma Administrativa – gerencial -- tratou de flexibilizá-la.

A busca de um regime jurídico apto a produzir as transformações esperadas fez com que a Reforma Administrativa possibilitasse a pluralidade de regimes de trabalho, inclusive aquele que, por ser próprio da iniciativa privada, sempre surgiu como acessório ou secundário no plano da Administração Pública, que é o regime do Direito do Trabalho, tornando-o concorrente com o até então preferencial regime estatutário. Na justificativa da proposição deu-se ênfase à pluralidade de regimes como essencial à modernização administrativa.⁵

Ocorre que a Reforma Administrativa incorreu em grave equívoco, porque, apesar de admitir e até mesmo incentivar a adoção do regime do Direito do Trabalho para a relação de trabalho dos servidores públicos com a Administração, manteve, de forma conservadora, para o regime constitucional do emprego público, o modelo clássico de supremacia do interesse daquela sobre o deste, como se verá adiante, tornando-o paradoxal, enganoso e ensejador de conflitos para os quais não oferece solução segura.

A disciplina jurídica do trabalho pessoal e subordinado, prestado diretamente ao Estado, pelas matérias constitucionais que envolvem e pelos múltiplos pontos de reflexão que ensejam, encontra-se, ainda, pouco definida nos ordenamentos jurídicos contemporâneos.

A relevância dos interesses em conflito, a exigir ponderação, é extrema. De um lado, o interesse público a que serve a Administração, de outro, o trabalho como fonte de subsistência digna do homem. Qual deve preponderar na relação de trabalho na Administração Pública? Como encontrar o equilíbrio que, em última análise, é função primordial do Direito?

A tentativa da doutrina nacional, de insigne autoria, na busca da solução ao problema, de construir um sistema em que convivam o regime administrativo e o regime trabalhista, justapostos e não aglutinados, ora um, ora outro, disciplinando determinada situação, segundo o interesse especial em pauta, sem questionar o regime constitucional vigente, ao contrário, buscando atendê-lo, inobserva, apesar de atraente, que a ponderação de interesses em tese, antecedente ao caso em concreto, é função legislativa, para a indispensável segurança jurídica.

⁵ “A diversidade de regimes jurídicos para os servidores públicos é requisito que em muito facilitará a implantação de uma nova arquitetura jurídico-institucional que possibilite à administração pública brasileira a sua reorganização em sintonia com as modernas técnicas e conceitos no campo da administração.”

As próprias opiniões doutrinárias, embora utilizando a mesma estratégia, ponderam de forma diversa os interesses em conflito, ora em favor da primazia do direito administrativo, ora com preferência pelo direito do trabalho.

Na ausência de uma disciplina legal específica, a ponderação dos interesses acaba por se operar, sempre, em concreto, pela via da jurisprudência que, em face da já referida complexidade da matéria, dos matizes apresentados em questões do tipo e do sistema paradoxal que resultou da Reforma Administrativa de 1998, aprofunda a crise com a discrepância de julgados seja na órbita da Justiça Comum ou na da Justiça do Trabalho e mesmo no Egrégio Supremo Tribunal Federal.

Na raiz da crise de definição da disciplina jurídica dos servidores públicos no Brasil, está a manifesta incompatibilidade entre os regimes administrativo e trabalhista, tornando, conseqüentemente, assistemática e contraditória qualquer tentativa de harmonizá-los para regular a relação pública de trabalho.

A diversidade de origem histórica, social, política e econômica entre os dois regimes e o protecionismo que os caracteriza, cada qual em favor de uma das partes da relação jurídica que se pretende regular são inesgotáveis fontes de conflitos e não de soluções.

Para ser inteiramente satisfatório, um sistema jurídico deve ser, ao mesmo tempo, inteligível e eficaz. (WEIL, 1977, p. 169).

Apesar da unidade sistemática do Direito e, por isso, da afinidade de princípios comuns estimulantes ao Direito Administrativo e do Trabalho, não se pode olvidar que os diversos ramos do Direito são, também, sistemas (pluralidade de sistemas) ou subsistemas.

Para Ricardo Lobo Torres (1986, p. 6)⁶ “inexiste um só sistema jurídico, objetivo ou científico”. Ressalta:

O pluralismo dos sistemas jurídicos objetivos implica em que se possam identificar os sistemas do direito público e do direito privado, os sistemas do direito constitucional, do administrativo, do civil, do penal, os sistemas interno e internacional, etc.

No estudo da importância do sistema jurídico ou dos sistemas jurídicos, a evidência está na impossibilidade de contradição ou paradoxismo na criação de um sistema regulatório de uma determinada relação jurídica, ou seja, de seu regime. Claus-Wilhelm Canaris (1996, p. 12)⁷ leciona que:

⁶ TORRES, Ricardo Lobo. *Sistemas constitucionais tributários*. Rio de Janeiro: Editora Forense.

⁷ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. 2.^a ed. int. e trad. de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

Há duas características que emergiram em todas as definições: a da ordenação e a da unidade; elas estão uma para com a outra, na mais estreita relação de intercâmbio, mas são, no fundo, de separar. No que respeita, em primeiro lugar, à ordenação, pretende-se, com ela – quando se recorra a uma formulação muito geral, para evitar qualquer restrição precipitada – exprimir um estado de coisas intrínseco racionalmente apreensível, isto é, fundado na realidade. No que toca à unidade, verifica-se que este factor modifica o que resulta já da ordenação, por não permitir uma dispersão numa multitude de singularidades desconexas, antes devendo deixá-las reconduzir-se a uns quantos princípios fundamentais. Deve-se, assim, distinguir sempre duas formas ou, melhor, dois prismas do sistema: por um lado, o sistema de conhecimentos, que EISLER, na definição citada, chama de ‘lógico’ e que, na sequência, de modo mais genérico, será apelidado de ‘científico’ e, por outro, o sistema dos objectos do conhecimento, a propósito do qual, com razão, EISLER fala de sistema ‘objectivo’ ou ‘real’. Ambos estão, de facto, em conexão estreita, devendo o primeiro ser ‘o correspondente o mais fiel possível’ do último, de modo a que a elaboração científica de um objecto não desvirtue este, falseando, com isso, a sua finalidade. Segue-se imediatamente daí, para a formação jurídica do sistema, que esta só será possível quando o seu objecto, isto é, o Direito, aparente tal sistema ‘objectivo’. Qualquer outra precisão sobre o significado da ‘ideia de sistema’ na Ciência do Direito e sobre o correspondente conceito de sistema pressupõe, por isso, o esclarecimento da questão sobre se e até onde possui o Direito aquelas ordenação e unidade, indispensáveis como fundamento do sistema.

Ainda para Canaris (p. 77),

O sistema deixa-se, assim, definir como uma ordem axiológica ou teleológica de princípios gerais de Direito, na qual o elemento de adequação valorativa se dirige mais à característica de ordem teleológica e o da unidade interna à característica dos princípios gerais. [...] Para o conjunto da nossa ordem jurídica, não se poderiam considerar todos os princípios como ‘portadores de unidade’ e, com isso, como sistematizadores [...] Em qualquer caso, uma parte dos princípios constituintes do sistema mais pequeno penetra, como ‘geral’, no mais largo e, inversamente, o sistema mais pequeno só em parte deixa, normalmente, retirar dos princípios do mais largo.

A unidade de ordenamento jurídico pressupõe a interconexão de suas normas escalonadas em ordem de subordinação hierárquica a partir da norma fundamental de Kelsen. Esta unidade deve ser sistemática, como uma totalidade ordenada, um conjunto de entes entre os quais existe uma certa ordem.

No ensinamento de Bobbio (1989, p. 71)⁸:

Para que se possa falar de uma ordem, é necessário que os entes que a constituem não estejam somente em relacionamento com o todo, mas também num relacionamento de coerência entre si. Quando nos perguntamos se um ordenamento jurídico constitui um sistema, nos perguntamos se as normas que o compõem estão num relacionamento de coerência entre si, e em que condições é possível essa relação.

Eis, portanto, a pergunta a ser feita em face do sistema constitucional vigente, concernente à disciplina das relações de trabalho entre a Administração e o servidor público, introduzido pela Emenda Constitucional n.º 19/98: as normas que o compõem estão num relacionamento de coerência entre si?

Como visto anteriormente, a Reforma Administrativa introduzida pela Emenda Constitucional 19/98 restabeleceu, desta feita de forma oficial, a pluralidade de regimes jurídicos de vinculação do servidor público à Administração, derogando, originariamente, o regime jurídico único (que acabou restabelecido, de forma modulada, por inconstitucionalidade formal da alteração da redação do art. 39 da Constituição da República (ADI (MC) 2.135-DF, rel. Min. Néri da Silveira, 27.6.2002) .

A pretexto de alcançar o padrão de eficiência erigido como princípio no art. 37 da Constituição, a Reforma Administrativa fez da flexibilização da estabilidade do servidor público estatutário (art. 41 e seus parágrafos) e da possibilidade de admissão sob contrato de trabalho e regime do FGTS, próprio da atividade privada, instrumentos que serviriam para, no entender dos reformistas, manter o servidor, e não apenas seu paletó, na cadeira. Em outras palavras: o temor pela perda do emprego foi importado da iniciativa privada como meio de aumentar a produtividade do servidor.

Por outro lado, manteve o direito à sindicalização dos servidores públicos (art. 37, VI) e, também, o direito de greve, nos moldes fixados em lei específica (art. 37, VII); assegurou-lhes alguns direitos sociais do trabalhador privado, elencados no §3.º do art. 39, mas teve o cuidado de não lhes reconhecer as convenções e acordos coletivos.

A par da controvertida estratégia da flexibilização do emprego como medida de incentivo à produtividade, a Reforma Administrativa, no tocante ao servidor público, apesar das manifestações de interesse no aprimoramento das carreiras e do aperfeiçoamento do pessoal, foi absolutamente nociva, porque enganosa e desprovida de instrumentos modernos de

⁸ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Int. Tércio Sampaio Ferraz Júnior; trad. Cláudio de Cicco e Maria Celeste C.J. Santos; ver. João Ferreira. São Paulo: Polis; Brasília: Editora Universidade de Brasília.

gerenciamento de recursos humanos para o alcance da melhor performance individual e de grupo.

A Reforma foi, assim, puramente econômica, sem qualquer comprometimento com o princípio da eficiência de que pareceu se originar.

Pode-se dizer enganosa, porque apenas aparentemente acenou para a admissão sob o regime trabalhista, como se mais vantajosa fosse, com a sindicalização e a greve assegurados como direitos, mas, ardilosamente esvaziados pela manutenção intacta do princípio da legalidade estrita para a fixação de vencimentos, salários, concessão de reajustes ou aumentos estipendiais, por lei de iniciativa do Chefe do Executivo (art. 61, par. 1.º, “a” e “c”).

Com efeito, qual o sentido de se assegurar o direito de greve, sequer, por isso mesmo, ainda não regulamentado e sujeito a injunções jurisprudenciais, e o direito à livre associação sindical, se os servidores públicos não podem obter benefícios salariais pela via da negociação coletiva, da autocomposição dos interesses em conflito instrumentalizada pelos contratos coletivos normativos?

Não se pode reconhecer que há ou mesmo tenha havido no Brasil servidor público regido pelo Direito do Trabalho. O chamado servidor celetista ou o empregado público foi e continua sendo no sistema constitucional vigente regido por um regime especial administrativo, híbrido, de natureza contratual, composto de normas de direito individual do trabalho desprovidas de seu conteúdo axiológico e submetidas a princípios de direito administrativo e não aos princípios de direito do trabalho.

A ilação é simples. A autonomia do Direito do Trabalho no ordenamento jurídico brasileiro está presa ao seu sistema, ou seja, a um conjunto ordenado de normas que seguem princípios básicos para justificar a própria criação deste ramo do Direito. Entre estes princípios, apresenta-se como fundamental o tutelar, ou seja, o de proteção ao empregado na relação jurídica de emprego.

Ora, sendo esta a característica do Direito do Trabalho brasileiro, não tenho dúvida em considerar que não se pode tê-lo por aplicável a uma relação jurídica de trabalho que não atribua ao empregado a primazia da tutela na relação.

Não se pode promover a importação parcial de normas de um ramo do Direito para outro, sem se cogitar da ambiência axiológica de onde foi extraída e da importância do sistema que integra.

Retirar a norma trabalhista de seu ambiente vital, onde surgiu na tridimensionalidade de Miguel Reale (fato, valor e norma), e transportá-la para outro que lhe é hostil por retirar-lhe o pressuposto fundamental da proteção ao trabalhador, na medida em que

o solo em que é plantada foi fertilizado pela tutela do interesse público, é torná-la ineficaz como norma trabalhista e transformá-la em verdadeira cláusula de contrato de direito público administrativo. Aí reside a diferença entre a norma e o seu texto escrito. Traslada-se o texto, mas, não a norma, porque esta ficou presa ao seu sistema, da qual não pode se desvincular.

Portanto, não podemos dizer que a Constituição Brasileira autoriza a contratação de empregados pela Administração Pública direta, autárquica e fundacional, à medida que ela própria se encarrega de manter inafastável a tutela do interesse público na relação, como demonstra a impossibilidade da autotutela dos interesses coletivos na relação entre a Administração e seus servidores, constituindo-se uma fonte peculiar do Direito do Trabalho e, assim, integrante indissociável do sistema deste ramo do Direito.

O que, pois, na realidade, se buscou implantar foi um regime especial de relação pública de trabalho, constituído das normas constitucionais e das que forem importadas do Direito do Trabalho, desatreladas, contudo, do sistema ordenado a que se vinculavam, com inegável perda da sua eficácia normativa, causando evidente crise na solução dos conflitos de interesse que surgem desta relação, criada pela Reforma Administrativa, que, em última análise, atribuiu ao servidor as mazelas da ineficiência administrativa, e, por isso, lhe retirou o status que impunha a tutela constitucional, especialmente, no tocante à estabilidade e aos vencimentos, sem lhes assegurar os benefícios do sistema trabalhista.

Como se pode constatar, o fato de submeter os empregos públicos no âmbito da Administração Pública Direta, autárquica e fundacional ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho e mesmo de impor restrições às despedidas, favoráveis à manutenção da relação de emprego, que, de resto, se afeiçoa com os princípios regentes à Administração, incompatível com a despedida simplesmente arbitrária, não significa que sejam os referidos servidores destinatários, à plenitude, da tutela do Direito do Trabalho, uma vez que o interesse prevalecente nessa relação de trabalho continua sendo o público da Administração e não o privado do empregado, na medida em que, como ressaltado anteriormente, obstáculos constitucionais tornam inacessíveis os princípios informadores do Direito do Trabalho e a sua fonte autônoma de produção de novas condições de trabalho pela via contratual coletiva, tornando inócuos os direitos à sindicalização e à greve, que são os pilares de sustentação daquele ramo especial do Direito.

Eis, pois, a conclusão inarredável: não há coerência no regime jurídico constitucional do servidor público, por não oferecer efetiva possibilidade de implantação do regime de Direito do Trabalho que parece desejar e estimular, na medida em que mantém soberano o primado do interesse público nas relações de trabalho da Administração, sintetizado

no princípio da legalidade estrita para a fixação da compensação pecuniária pelo trabalho prestado e pelo conseqüente impedimento à negociação coletiva.

A par da suspensão da pluralidade de regimes introduzida pela Emenda Constitucional 19/98 pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, com manutenção do regime jurídico único institucional e administrativo preconizado na redação original do art. 39 da Constituição da República, impõe-se reconhecer que o Direito do Trabalho, na plenitude dos seus princípios e normas, está, portanto, confinado às entidades da Administração Pública Indireta voltadas à exploração excepcional de atividade econômica, como as empresas públicas e sociedades de economia mista, por expressa determinação constitucional (CF, art. 173, II).

2. A REFORMA TRABALHISTA E O PRIMADO DA CONTRATUALIDADE PRIVADA COLETIVA E INDIVIDUAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO.

A Reforma Trabalhista não era necessária se a Constituição Federal viesse sendo bem interpretada pela Justiça do Trabalho e suas normas cumpridas, notadamente, no que se refere ao prestígio da negociação coletiva ou, mais propriamente, dos contratos coletivos normativos como fonte principal do Direito do Trabalho, por se constituir na instrumentalização da via preferencial de solução dos conflitos pelos próprios agentes nele envolvidos, de forma a assegurar, na relação entre capital e trabalho, uma composição pacífica dos interesses em jogo.

Com efeito, somente há pouco o Supremo Tribunal Federal passou a reformar decisões judiciais trabalhistas que menosprezavam a força obrigatória dos contratos normativos, invalidando cláusulas ajustadas pelos sindicatos dos trabalhadores, na representação que lhes é constitucionalmente assegurada para a defesa dos interesses individuais e coletivos da categoria representada.

Veio, por isso, a reforma trabalhista em afirmação à Constituição da República e à contratualidade das relações de trabalho, individual e coletiva segundo o grau de disponibilidade do direito, reservando à lei, apenas, a tutela necessária e inafastável dos direitos absolutamente indisponíveis, que são os direitos fundamentais do indivíduo e deste enquanto trabalhador subordinado, contemplados nos arts. 5º e 7ª da Constituição, ou seja, dos direitos que não podem ser objeto de contrato ainda que coletivo.

Nada mais enganoso do que considerar que a negociação coletiva deve limitar-se ao que lhe permitir a lei, já que a liberdade contratual, assegurada na própria CLT, prevê

encaminhamento diverso, em ambiente de direitos patrimoniais, de que à lei deve ser reservado, apenas, o que não puder ser objeto de contrato.

As chamadas normas de ordem pública, de natureza imperativa, e impostas às partes contratantes, são exatamente estas e só estas. As demais, notadamente, aquelas que se referem ao contrato de trabalho, devem ser entendidas como normas supletivas da autonomia da vontade privada, especialmente, a coletiva, suficiente à tutela do hipossuficiente, como, aliás, se dá em sede de relações jurídicas privadas e de natureza patrimonial, em que prepondera o contrato e não, a lei.

A reforma trabalhista vem, portanto, acentuar a contratualidade das relações de trabalho de qualquer natureza, aproximando o direito do trabalho do direito civil, base de todo direito privado.

2.2. AFIRMAÇÃO PELA REFORMA TRABALHISTA DA INAPLICABILIDADE DO DIREITO DO TRABALHO PARA REGULAR AS RELAÇÕES DE TRABALHO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA, AUTÁRQUICA E FUNDACIONAL PÚBLICA.

O emprego público, em seu real conceito, e não o emprego privado das empresas públicas e sociedades de economia mista, por se tratarem de pessoas jurídicas submetidas ao regime do direito privado, mas, o emprego público acima referido que a Reforma Administrativa pretendeu inserir na Administração Direta, Autárquica e Fundacional ao lado dos cargos públicos, na pluralidade de regimes que comporiam o quadro de servidores com os servidores públicos e os empregados públicos, está, atualmente, limitado àqueles que, nos dez anos entre a Emenda Constitucional 19/98 e a suspensão ex nunc de sua eficácia em relação ao art. 39, com a consequente manutenção do regime jurídico único administrativo para os servidores públicos, foram admitidos sob o regime do Direito do Trabalho, com base nas leis federal (9.962/2000), estaduais e municipais que foram editadas nas respectivas competências legislativas.

De qualquer modo, se, antes, restou consolidado que o regime jurídico único dos servidores públicos encarregados da execução dos serviços públicos indispensáveis e irrecusáveis para garantia dos direitos fundamentais (CF, art. 5º), a partir da mínima dimensão de Estado que, ideologicamente, se possa pretender, com abstração dos direitos sociais (CF, art. 6º), cujo debate não vem, por isso, à pertinência deste estudo, é o regime jurídico de direito

público administrativo ou estatutário, verdadeiramente de raiz institucional. Com o advento da Lei nº 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) e a afirmação do Direito do Trabalho como ramo do direito privado, com primazia do contrato sobre a lei posta em sua natureza supletiva da vontade das partes, não resta dúvida de que a inaplicabilidade desse ramo renovado do Direito para regular as relações de trabalho público torna-se patente.

O princípio da estrita legalidade e da supremacia do interesse público que regem a Administração Pública afastam, de pronto e inevitavelmente, a livre negociação coletiva ou individual para o estabelecimento das normas e condições que devam reger as relações de trabalho subordinado entre a Administração e seus servidores, em que avulta proibitiva dessa liberdade o art. 61 da Constituição Federal, que reserva à lei o regime dos servidores e a fixação e reajuste de suas remunerações.

A possível equiparação de tutelas baseadas na legalidade estrita ou na supremacia da lei sobre o contrato, seja no Direito Administrativo, seja no Direito do Trabalho, que somente existia em vã tentativa de igualar desiguais, é definitivamente sepultada com a Reforma Trabalhista, que, assim, torna o Direito do Trabalho próprio tão-somente para onde lhe aponta o destino constitucional indicado pelo art. 173, II, da Carta Magna.

3. TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DISTINÇÃO CONCEITUAL DA DELEGAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS. NATUREZA DA RESPONSABILIDADE PELO DESCUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS PELA CONTRATADA.

A terceirização de serviços da Administração Pública não se confunde com a terceirização de serviços na Administração Pública.

A delegação de serviços públicos ou de interesse público a terceiros, nas suas modalidades administrativas, não se confunde com a terceirização de serviços internos na Administração Pública, no que concerne às atividades de apoio ou de suporte para consecução das suas atividades próprias.

O presente estudo versa sobre a terceirização de serviços na Administração Pública que se caracterizam pela contratação de terceiros, normalmente pessoas jurídicas, para a prestação dos serviços que se constituem no objeto social destas.

A especialização do serviço é, por isso, uma das condições da terceirização lícita, já que, valendo-se de trabalho privado subordinado por empregado, está sujeita a contratada às

regras do Direito do Trabalho, o qual rejeita a simples intermediação de mão-de-obra, com exclusiva ressalva da Lei nº 6.019/74, para o trabalho temporário.

Trata-se, portanto, necessariamente, de contrato de serviço e não de trabalhador, de resultado e não de meio.

A discussão no âmbito da Administração Pública a respeito do tema surgiu com o Enunciado nº 331 da súmula da jurisprudência uniforme do Tribunal Superior do Trabalho, atribuindo responsabilidade subsidiária ao tomador do serviço terceirizado, ou seja, ao contratante, pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas do terceiro contratado, em confronto com o 1º do art. 71 da Lei n. 8.666/93 (Lei das Licitações), que, expressamente, exime a Administração Pública da responsabilidade pelo pagamento de encargos trabalhistas por inadimplência do contratado.

Não se discutia a terceirização em atividade-fim da Administração Pública, pela possibilidade desta nos limites legalmente estabelecidos, em sede de descentralização administrativa (Decreto-Lei nº 200/67 – art. 10).

O Egrégio Supremo Tribunal Federal, na ADC 16, fixou o seguinte entendimento em relação ao tema:

RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contraente. Transferência consequente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Consequência proibida pelo art., 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. Ação direta de constitucionalidade julgada, nesse sentido, procedente. Voto vencido. É constitucional a norma inscrita no art. 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995.

Restou, assim, definido que a responsabilidade subsidiária da Administração Pública não resultaria automática com base em presunção de culpa por má eleição ou má fiscalização, como, de ordinário, se atribuía aos contratados a indigitada Súmula 331, demandando inequívoca comprovação de culpa da Administração contratante para além da eleição e da fiscalização, ambas presumidas, inversamente, ao seu favor.

A Lei nº 13.429, de 31 de março de 2017, que, pioneiramente, estabeleceu regras para a terceirização de serviços, muito embora não tenha tratado da sua possibilidade na atividade-fim da empresa contratante, estabeleceu, objetivamente, a responsabilidade subsidiária do tomador do serviço pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer a prestação de serviços (§5º do art. 5º-A introduzido na Lei n. 6.019/74).

Logo em seguida, a Lei nº 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) deu nova redação ao art. 5º-A, caput, acima referido, para expressar, com clareza, que a terceirização de serviço pode se dar em quaisquer das atividades da empresa contratante, inclusiva sua atividade principal.

A questão que se põe é se a responsabilização subsidiária de forma objetiva do tomador do serviço, estabelecida agora em lei, pelo descumprimento das obrigações trabalhistas pelo prestador do serviço, de forma automática, sobrepõe-se ao §1º da Lei nº 8.666/93, abrangendo a Administração Pública, ou se remanesce o entendimento do Egrégio Supremo Tribunal Federal já mencionado.

Em ótica interpretativa decorrente do princípio da justificação teleológica, parece indiscutível que a posição do Excelso Pretório permanece indelével, por firmada sobre pressupostos que se mantêm e que justificam a especialidade da lei de licitações e, como tal, em aplicação preferencial sobre a lei geral que, por isso, com esta não se torna incompatível.

A lei de licitações estabelece normas que não se impõe à livre contratação realizadas por empresas privadas em geral e, por isso, seus dispositivos e as excepcionalidades deles naturalmente decorrentes não são atingidos pelas normas que estabelecem a responsabilidade das empresas em geral.

De conseguinte, resta intangível o §1º do art. 71 da Lei de Licitações e, conseqüentemente, o entendimento do Egrégio Supremo Tribunal Federal, incólume ao regramento geral da Lei 6.019/74, com as redações advindas das leis acima mencionadas.

4. CONCLUSÕES:

A Reforma Trabalhista afirma a incompatibilidade do Direito do Trabalho para regular as relações de trabalho subordinado no âmbito da Administração Pública Direta, Autárquica e das Fundações Públicas, na execução das funções públicas, pelo primado da contrato coletivo e individual sobre a lei, que se fixa em caráter supletivo da vontade das partes, com respeito exclusivo à indisponibilidade dos direitos constitucionalmente assegurados aos trabalhadores (CF, art. 7º).

A terceirização de serviços na Administração Pública permanece submetida à responsabilidade interpretada pelo Supremo Tribunal Federal em conformidade com o §1º do art. 71 da Lei n. 8.666/93, declarado constitucional.