



Brasília | ano 50 | nº 200 | Edição especial
outubro/dezembro – 2013

25 anos da Constituição de 1988

A Constituição brasileira de 1988 e os direitos de liberdade sindical dos servidores públicos

Retrospectiva, desafios e perspectivas

RICARDO JOSÉ MACÊDO DE BRITTO PEREIRA

Sumário

1. Introdução. 2. As imposições constitucionais em sociedades plurais, livres e igualitárias e as omissões transgressoras. 3. Natureza jurídica do vínculo entre o funcionário e a administração pública. Concepções tradicionais. 4. Evolução dos direitos de liberdade sindical dos servidores públicos na Organização Internacional do Trabalho. 5. Atuais tendências do regime jurídico de trabalho na administração pública. 6. Retrospectiva dos direitos de liberdade sindical dos servidores públicos na Constituição de 1988. 7. Desafios e perspectivas.

1. Introdução

Os direitos de liberdade sindical dos trabalhadores formam um tripé correspondente à organização sindical, à negociação coletiva e à greve. O primeiro elemento refere-se ao direito de, livremente, criar entidades, filiar-se a elas e deliberar sobre os meios de organização e ação, bem como sobre os fins a serem alcançados. O segundo consiste em mecanismo pelo qual trabalhadores e empregadores participam da determinação das condições de trabalho, podendo celebrar instrumentos coletivos de trabalho. O último representa recurso para pressionar pelos resultados desse processo, de modo que se atenda, no todo ou em parte, às expectativas e aos interesses dos trabalhadores.

No que diz respeito aos servidores públicos, observa-se resistência em reconhecer os direitos de liberdade sindical, atribuídos aos demais trabalhadores. Sua previsão nos ordenamentos jurídicos se deu tardiamente

Ricardo José Macêdo de Britto Pereira é Procurador Regional do Trabalho; doutor pela Universidade Complutense de Madri; mestre pela Universidade de Brasília; pesquisador vinculado ao programa de pós-graduação da Universidade de Brasília; membro do grupo de pesquisa "Trabalho, Constituição.

e, em geral, de forma parcial, com omissões em relação ao direito de negociação coletiva e, com menor frequência, ao de greve.

Na Constituição brasileira de 1988, há menção expressa aos direitos de livre associação sindical e de greve na administração pública, no artigo 37, VI e VII, incluídos no Título III, que trata da organização do Estado, estando esses mesmos direitos previstos de forma mais detalhada para os trabalhadores urbanos e rurais, nos artigos 8º e 9º. Aos militares proibiram-se expressamente a sindicalização e a greve (art. 142, § 3º, IV, CF). A atribuição constitucional desses direitos aos servidores públicos ocorreu de maneira inovadora, considerando-se que, até então, se proibia a sindicalização dos servidores do Estado e das entidades paraestatais, ressalvados, nestas últimas, os empregados regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

Passados vinte e cinco anos da promulgação do texto constitucional, carecem de regulamentação vários dos direitos de liberdade sindical dos servidores públicos. No regime jurídico dos servidores federais (Lei nº 8.112/90), foram previstas garantias para o exercício da atividade sindical e fez-se alusão à negociação coletiva, que, posteriormente, foi considerada inconstitucional. O que se tem são projetos que tramitam no Legislativo, a maioria tratando do direito de greve. No âmbito dos tribunais, tampouco se constata posicionamento pela implementação desses direitos, havendo algumas decisões sobre conflitos de representação sindical e financiamento das entidades. Mais recentemente, ocorreu mudança de entendimento em relação ao direito de greve (art. 37, VII, CF), interpretado até então como norma de eficácia limitada.

A omissão dos poderes públicos é influenciada por concepções de função pública que se converteram em obstáculos para que os dispositivos constitucionais sobre liberdade sindical no serviço público sejam aplicados. Enquanto isso,

os servidores públicos usufruem de baixo grau de cidadania no âmbito do trabalho, deixando de participar efetivamente da determinação das condições de trabalho e dos direitos que lhes são aplicados.

O momento é oportuno para a retomada do debate, em razão de o Brasil haver ratificado a Convenção nº 151 da Organização Internacional do Trabalho (OIT)¹, que trata da proteção do direito de sindicalização e dos procedimentos para determinar as condições de emprego na administração pública. Essa convenção vem somar-se com a de nº 154², que trata da negociação coletiva nos setores privado e público.

O retrospecto das discussões e decisões sobre os direitos de liberdade sindical dos servidores públicos, a partir da Constituição de 1988, contribui para identificar as objeções que comprometem a efetividade das disposições constitucionais que os preveem. Transcorrido período correspondente a um quarto de século, a ausência de providências para o exercício desses direitos, ou de sua aceitação quando adotadas, inviabiliza a democratização no âmbito da função pública e, por consequência, a qualidade dos serviços públicos prestados.

A base teórica de análise desse retrospecto será a força normativa das imposições constitucionais em sociedades plurais, livres e igualitárias, muitas vezes desconsiderada em razão de concepções que desfrutam de significativo poder no meio jurídico, neutralizando ou retardando decisões tomadas pelo poder constituinte originário, em prejuízo à realização dos valores democráticos. Como já mencionado, as formulações tradicionais acerca da função pública ainda exercem considerável influência,

¹ Aprovada pelo Decreto Legislativo nº 206, de 7/4/2010, e promulgada pelo Decreto nº 7.944, de 6/3/2013.

² Aprovada pelo Decreto Legislativo nº 22, de 12/5/1992, e promulgada pelo Decreto nº 1.256, de 29/9/1994.

impedindo a efetividade das normas constitucionais garantidoras dos direitos de liberdade sindical dos servidores públicos. Elas se baseiam nos princípios clássicos de direito administrativo e ignoram princípios do direito do trabalho, forjando concepção de interesse público que não corresponde aos valores e preceitos constitucionais.

Em seguida, será examinada a evolução dos direitos de liberdade sindical dos servidores públicos na OIT. Trata-se de importante subsídio para a implementação desses direitos pelos Estados-membros, removendo-se os óbices à regulamentação da matéria. As atuais tendências do regime de trabalho na administração pública indicam a superação paulatina das concepções tradicionais de função pública.

Passa-se à retrospectiva do que ocorreu nos últimos vinte e cinco anos em relação aos direitos de liberdade sindical dos servidores públicos em nosso país, tendo-se por base as disposições constitucionais.

Encerra-se com os desafios e as perspectivas no tocante à mudança do quadro atual relacionado à matéria.

2. As imposições constitucionais em sociedades plurais, livres e igualitárias e as omissões transgressoras

Convém abordar, ainda que de maneira muito breve, algumas questões de teoria constitucional que possuem relação direta com o tema objeto do presente artigo. A primeira delas trata da incidência direta das normas constitucionais e das consequências decorrentes das omissões dos agentes encarregados de regulamentar os direitos constitucionais. A segunda cuida da abertura constitucional à pluralidade de tendências e da consagração da liberdade e da igualdade como valores essenciais para a democracia. A última refere-se à consideração dos princípios em jogo na temática ora enfrentada (de um lado, direito administrativo e, de outro, direito do trabalho) e dos possíveis conflitos entre eles diante do texto constitucional. Essas questões poderão ter tratamento ou respostas diferenciados de acordo com a concepção de Constituição adotada.

Atualmente, vêm se consolidando teorias que convergem em direção à primazia da Constituição nos ordenamentos jurídicos, tornando-se lugar comum a expansão do Estado constitucional, em substituição ao Estado legal, que prevaleceu durante boa parte do século passado, a despeito dos múltiplos enfoques que essas mudanças ensejam. O Estado constitucional envolve a reformulação do modelo institucional de organização política, uma nova teoria do direito para explicar as características desse modelo e uma ideologia que o justifique e o defenda. A Constituição não apenas define as regras do jogo, mas participa ativamente da dinâmica social, promovendo diversas transformações e fazendo-se presente em todas as

questões relevantes na sociedade. Além disso, condiciona as decisões da maioria, uma vez que os destinatários dos direitos passam a ter acesso direto às normas constitucionais, e não, como antes, pela via exclusiva do legislador. A Constituição, de acordo com esse modelo, abraça uma pluralidade de valores e tendências, algumas vezes contraditórios, não podendo a identificação de linhas ideológicas homogêneas ou a coerência principiológica excluir de seu âmbito modos de vida particularizados (PRIETO SANCHÍS, 2003, p. 123).

Por meio de direitos fundamentais, estabelecem-se um vínculo entre os indivíduos e a comunidade e o condicionamento recíproco entre eles, de tal maneira que a violação de direitos fundamentais de um indivíduo pode afetar toda a comunidade. Os direitos fundamentais dos indivíduos condicionam a realização de outros bens e valores constitucionais e também os direitos fundamentais dos grupos, como associações e sindicatos, estando, ao mesmo tempo, por estes condicionados. Existe uma relação de complementaridade entre todos os direitos fundamentais, “que se garantem e se reforçam reciprocamente” (HÄBERLE, 2003, p. 40-43).

As leis, apesar de não mais figurarem como mediadoras necessárias, jogam papel fundamental na otimização e na renovação dos direitos fundamentais, intermediando os conflitos, impulsionando sua aplicação e reagindo contra violações a esses direitos. Nos dias de hoje, “o poder quase público dos grupos de pressão social, junto com certa desídia legislativa”, podem representar maior ameaça do que a atividade legislativa (HÄBERLE, 2002, p. 169,185). A Constituição impõe o dever de regulamentar os preceitos constitucionais para que os benefícios traduzidos em direitos sejam efetivamente usufruídos. A omissão, tal qual a ação desconforme, constitui violação ao texto constitucional, havendo previsão de inúmeras medidas para saná-la.

A Constituição, no Estado constitucional, é norma fundamental e suprema não apenas do Estado, mas também da sociedade, estabelecendo as estruturas das sociedades pluralistas e as relações entre indivíduos e grupos sociais e de ambos com o Estado, com base na “tolerância”, mediante a consagração da dignidade da pessoa como princípio fundamental de todo o ordenamento jurídico (HÄBERLE, 2002, p. 88).

Constitui equívoco considerar que a tutela do direito fundamental corresponde à tutela de um interesse privado. Nos direitos fundamentais, concorrem interesses públicos e privados (HÄBERLE, 2003, p. 53-55). A ideia de público não é forjada em uma suposta vontade geral homogênea, mas é baseada na “heterogeneidade de interesses e ideias” que, por meio da liberdade, podem formar uma unidade permanente. Essa “unidade vocacionada à abertura da *res publica*” se produz “no jogo oscilante e interativo entre consenso e dissenso” (HÄBERLE, 2002, p. 109-118).

A Constituição, como ordenação de sociedades plurais, livres e igualitárias, pressupõe a supressão de situações de dominação e opressão. Quando se fala em igualdade e liberdade, não se propõe a eliminação das diferenças, mas sim da instrumentalização de seres humanos para a satisfação de interesses alheios, que os destitui da dignidade. As experiências que antecederam o Estado constitucional basearam-se na naturalização da desigualdade, ou seja, no princípio de que os homens eram desiguais por natureza e nada poderia ser feito para desfazer as relações de dominação e subordinação. A estabilidade dessas relações não dependia de formalização expressa. O poder decorria da própria natureza e, por tal motivo, não necessitava ser constituído. O Estado constitucional, ao contrário, pressupõe a igualdade entre os homens. Sua história é a realização, com maior ou menor amplitude, do princípio da igualdade, e, para cumprir esse desiderato, o poder político é constituído (PÉREZ-ROYO, 2007, p. 87).

No Estado constitucional, a ramificação e a especialização do direito deixam de ser construção isolada para formar parte do todo. À medida que vai se consolidando o processo de constitucionalização do direito, mais efetiva é a incidência do conteúdo constitucional nos diversos ramos. O conjunto normativo constitucional passa a ser o guia orientador da produção e da interpretação normativa, no lugar dos princípios gerais dos diversos ramos, que desempenhavam esse papel de maneira autônoma (FAVOREAU, 2000, p. 72).

A observância de normas e princípios de direito administrativo, que reconhecem inúmeros privilégios à Administração, não pode desconsiderar o trabalho humano que materializa essa atividade, com proteção especial do ordenamento jurídico, no intuito de conferir condições que observem a dignidade da pessoa do trabalhador. O direito do trabalho alarga

seu campo de aplicação, a fim de proteger as atividades humanas em seu conjunto, deixando de lado eventuais diferenciações no tocante à forma como ocorrem as prestações de serviço, bem como à natureza privada ou pública de seus tomadores. O menosprezo à condição humana do trabalho que dá vida ao Estado e o transforma em ação, com a conversão de servidores públicos em meros instrumentos para servir a interesses alheios e a negação de sua subjetividade, não encontra respaldo no Estado constitucional.

A Constituição brasileira de 1988 contém projeto extremamente ambicioso de profundas transformações em vários aspectos da vida social, econômica e política. Contudo, é possível constatar que muito do projeto constitucional depende de realização, ou foi realizado de maneira deficiente e incompleta.

A implantação paulatina desse projeto representa a vitória da sociedade brasileira sobre posturas autoritárias que se consolidaram antes da atual Constituição. Essa reestruturação das relações de poder na sociedade brasileira se deu por meio da outorga de novos direitos e garantias, com ênfase na participação social nas decisões relevantes e no controle popular da coisa pública, expressões da democracia e do republicanismo que permeiam a integralidade das disposições constitucionais.

O atraso na concretização dos direitos de liberdade sindical dos servidores públicos indica que as condições de trabalho no serviço público continuam determinadas de forma unilateral e com forte dose de autoritarismo. O Estado, que é parte na relação jurídica de trabalho, concentra também o poder de regulá-la, sem observar os ditames constitucionais, que inegavelmente transferiram parcela desse poder para os servidores públicos.

Nesse aspecto, é possível afirmar que o processo de constitucionalização do direito

brasileiro se encontra em estágio pouco avançado, a despeito de grandes mudanças ocorridas em áreas específicas. Como assinala Guastini (2001, p. 154), as condições estruturais, consistentes na existência de Constituição rígida e de sistema de controle para observância das normas constitucionais, embora necessárias, não são suficientes para determinar o avanço do processo de constitucionalização do direito. As condições complementares é que permitirão alcançar estágio mais adiantado nesse processo. Essas condições estão diretamente ligadas às convicções compartilhadas na sociedade, especialmente na comunidade jurídica, em torno, por exemplo, das disposições constitucionais como genuínas normas jurídicas, com aplicabilidade direta; da eficácia vertical e horizontal dos direitos fundamentais; da exigibilidade dos direitos sociais; da interpretação de todo o ordenamento conforme a Constituição; e da regulação de todas as questões relevantes pela Constituição, ainda que de maneira não expressa no seu texto. Se não houver a aceitação e a defesa dessas ideias pelos intérpretes constitucionais, o processo de constitucionalização do direito estagnar-se-á, com possibilidade de retroagir.

Portanto, os atrasos no tocante à concretização dos direitos de liberdade sindical dos servidores públicos, decorrentes de concepções que aplicam isoladamente os princípios clássicos do direito administrativo, comprometem o avanço do processo de constitucionalização do direito. Além disso, naturalizam o descumprimento da Constituição nesse aspecto, impedindo, conseqüentemente, a formação de uma consciência coletiva capaz de mudar o quadro de paralisia institucional. É o que será abordado no tópico seguinte.

3. Natureza jurídica do vínculo entre o funcionário e a administração pública. Concepções tradicionais

As primeiras formulações para o enquadramento jurídico da função pública basearam-se nas categorias contratuais do direito privado. Aos poucos elas foram abandonadas, assumindo seu lugar teorias do contrato de direito público e do ato unilateral, consolidadas principalmente na Alemanha, na segunda metade do século XIX. A cultura jurídica germânica da época não assimilou por completo as ideias revolucionárias do contrato social, que fundamentavam o Estado no consenso de vontades individuais. As fortes influências da escola histórica, da filosofia hegeliana do direito e das concepções organicistas impediram a disciplina das relações com o Estado pelo contrato de direito privado, pela razão de que o interesse público não poderia condicionar-se à vontade dos indivíduos. Para essas correntes, os direitos e as liberdades individuais só possuíam sentido no Estado (BATTINI, 2000, p. 199-200).

A relação funcionário-Estado é concebida, em um primeiro momento, em termos autoritários, ou seja, à margem do direito. Posteriormente, buscou-se reduzir esse caráter autoritário, ao se aplicar a noção do contrato de direito público por ocasião da constituição da relação, mas preservando-se, após o ato constitutivo, o caráter unilateral e orgânico, para garantir a posição de supremacia do Estado e de sujeição do funcionário. A liberdade do funcionário limitava-se à decisão de submeter-se ao poder unilateral do Estado.

O contrato era realizado com a finalidade não de criar direitos e obrigações recíprocos, resultantes de um ajuste de vontades, mas de incorporar o funcionário em uma posição específica da estrutura do organismo estatal. A ênfase foi dada à noção de *status* (BATTINI, 2000, p. 212-223).

Desse contexto se originam as denominadas relações especiais de poder, caracterizadas pela sujeição acentuada para a persecução de um fim superior, que deve ser alcançado independentemente do consentimento da pessoa submetida ao poder (HERRARTE, 1994, p. 39).

O poder da administração pública e a correspondente sujeição do servidor resultam da primazia do interesse público, que não admite negociação. As condições de trabalho são determinadas sem levar em conta os interesses dos servidores. Estes devem cumprir seus deveres com lealdade. Os direitos reconhecidos ao servidor nada mais são do que condições para o desempenho satisfatório de suas funções. Não são definitivos, considerando-se que o interesse público é mutável e não poderia ser alcançado se esses direitos se consolidassem. Além disso, os interesses dos servidores não poderiam contrariar o interesse do Estado, que é o todo. A harmonia entre órgão e ente e a separação da vida privada do servidor ao incorporar-se à vida pública não são compatíveis com a existência de conflitos. Sua posição de subordinação resulta na impossibilidade de exercício de uma série de liberdades, que poderiam pôr em questão o desempenho de suas funções.

Essas teorias foram determinantes em vários ordenamentos jurídicos e, mesmo com a alteração de suas disposições, exercem ainda grande peso, em uma espécie de cientificidade imune às deliberações resultantes do debate democrático.

4. Evolução dos direitos de liberdade sindical dos servidores públicos na Organização Internacional do Trabalho

A Convenção 87 da OIT, aprovada em 1948, assegura indistintamente a todos os trabalhadores os direitos de liberdade de organização e de filiação sindicais.

Na Convenção 98 da OIT, aprovada no ano seguinte, sobre os princípios de sindicalização e negociação coletiva, é dito, no artigo 6º, que seu conteúdo não trata da situação dos funcionários públicos a serviço do Estado. O Comitê de Liberdade Sindical do Conselho de Administração da OIT interpretava de maneira restritiva a referida disposição. Os trabalhadores a serviço da administração do Estado são basicamente os “funcionários dos ministérios e demais organismos governamentais comparáveis” (OIT, 2006, p. 190-191).

Apesar da ausência de consenso para o reconhecimento do direito de negociação coletiva aos servidores públicos, a OIT sempre reagiu à aplicação ampla da ressalva contida em sua Convenção 98. De igual maneira com o direito de greve. O verbete do Comitê de Liberdade Sindical nº 572 (OIT, 2006, p. 124), segundo o qual o “reconhecimento do princípio de liberdade sindical aos funcionários públicos não implica necessariamente o direito de greve”, resultou de restrições à organização sindical de funcionários públicos em alguns Estados-membros, considerando-se proibição expressa do exercício da greve a essa categoria de trabalhadores. Não se pretendeu excluir a greve do conteúdo do direito de liberdade sindical, até porque o comitê estabelece que o “direito de greve é corolário indissociável do direito de sindicalização protegido pela Convenção 87” (OIT, 2006, p. 115).

O Comitê de Liberdade Sindical tem admitido proibições ao exercício do direito de greve somente em relação aos “funcionários públicos que exercem funções de autoridade em nome do Estado ou aos trabalhadores dos serviços essenciais no sentido estrito do termo (ou seja, aqueles serviços cuja interrupção poderia colocar em perigo a vida, a segurança ou a saúde da pessoa em toda ou parte da população)” (OIT, 2006, p. 114, vb. 492).

Em todo caso, a limitação ao direito de greve deve ser acompanhada de proteção adequada, que compense a restrição, bem como de procedimentos de conciliação e arbitragem imparciais e céleres (OIT, 2006, p. 129, vb. 595 et seq.).

O vazio normativo criado pela exclusão dos funcionários da administração do Estado das garantias previstas na Convenção 98 da OIT, que posteriormente também se verificou com relação à Convenção 135, sobre representação de trabalhadores nas empresas, foi motivo de diversos questionamentos na própria Organização. Por outro lado, havia receio quanto a estender os direitos coletivos aos servidores públicos, sem as necessárias modulações a seu exercício, considerando-se as peculiaridades das relações de trabalho nas administrações públicas.

Na 64ª Reunião, em 1978, foi aprovada a Convenção 151, sobre liberdade sindical e procedimentos para determinar as condições de emprego

no serviço público. A convenção assegura o acesso de todos os servidores públicos aos meios de participação na determinação das condições de trabalho. Em seu preâmbulo, são ressaltadas as transformações nos serviços prestados às administrações públicas, a diversidade existente entre os Estados para discipliná-los e a aplicação abusiva da restrição contida na Convenção 98 aos trabalhadores da administração do Estado.

Considerando-se que a Convenção 151 preenche as lacunas das Convenções 98 e 135, a exclusão do servidor público dessas convenções praticamente implica sua inclusão na Convenção 151 (POTOBSKY; DE LA CRUZ, 1990, p. 360).

A redação segue basicamente o artigo 4º da Convenção 98 da OIT, “mas com uma modificação substancial para ter em conta a situação especial dos empregados públicos”, referente aos “diversos métodos utilizados para a determinação de suas condições de emprego”. Na Convenção 98, o método se restringe à negociação e às convenções coletivas, elementos substanciais para decidir pela exclusão dos funcionários públicos da administração do Estado. A Convenção 151 da OIT prevê a solução de conflitos pela negociação ou por procedimentos que garantam a independência na adoção da solução, como a conciliação, a mediação e a arbitragem (POTOBSKY; DE LA CRUZ, 1990, p. 371).

A Convenção 151 representa inquestionável avanço quanto à possibilidade de os servidores públicos valerem-se da negociação coletiva. Além disso, prevê o exercício de direitos fundamentais pelos servidores como condição para a participação efetiva na determinação das condições de trabalho. Porém, a previsão de opção por meios alternativos poderia comprometer a prática da negociação coletiva.

A Convenção 154 da OIT, aprovada em 1981, garantiu, de forma mais efetiva, o direito de negociação coletiva dos servidores públicos.

Ela trata da negociação coletiva nos setores privado e público, com ressalva das forças armadas e da polícia, remetendo à legislação ou à prática nacionais a determinação de aplicação das garantias nela previstas. Não há menção a outras modalidades de participação na determinação das condições de trabalho, mas a legislação ou a prática nacionais poderão disciplinar modulações à aplicação da convenção. Como a convenção cuida especificamente da negociação coletiva, não é suficiente a utilização da consulta aos representantes dos trabalhadores, que satisfaz as exigências da Convenção 151 da OIT (GERNIGON; ODERO; GUIDO, 1998, p. 52).

Uma vez incluída a negociação coletiva no genérico direito de liberdade sindical dos servidores públicos, seu conteúdo específico enfrenta uma série de desafios, mas que não são insuperáveis, tampouco constituem obstáculos para que ela se torne realidade. A existência de estatutos que disciplinam grande parte das condições de trabalho deixa menor espaço para a negociação coletiva. As remunerações, assim como as condições de trabalho que envolvem gastos, devem ser consignadas nos orçamentos aprovados por quem em geral não é empregador e deve levar em conta a situação econômica e os interesses de toda a comunidade. Um quadro de déficit orçamentário logicamente repercute no resultado da negociação. Porém, essas exigências orçamentárias não devem ser manejadas para impedir o cumprimento de acordos realizados pela administração ou anular o direito de liberdade sindical dos servidores públicos. Por outro lado, admite-se o estabelecimento de limites de reajustes, a serem repartidos segundo os parâmetros determinados na negociação coletiva, juntamente a outros limitadores da faculdade de negociação. O importante é que, na determinação dos parâmetros genéricos de negociação, os trabalhadores possam dispor das informações necessárias para contestar propos-

tas ou oferecer alternativas. A possibilidade de participação por meio de consulta aos trabalhadores constitui relevante indicador da boa-fé das autoridades e contribui de maneira positiva para a eficácia das medidas (GERNIGON et al., 2002, p. 60).

Em linhas gerais, não são contrárias aos princípios da negociação coletiva restrições destinadas à convivência entre normas pactuadas e estatutárias; tampouco a exclusão de determinadas matérias da negociação e a centralização de “acordos que têm repercussões orçamentárias ou que propugnam reformas legislativas do estatuto dos funcionários”, mediante “o compromisso das autoridades governamentais de apresentar ao Parlamento um projeto de lei que modifique o texto legal correspondente no sentido negociado” (GERNIGON; ODERO; GUIDO, 1998, p. 53).

As possíveis restrições, especialmente as de natureza salarial, às negociações coletivas nos setores público e privado, impostas como elementos de políticas econômicas, exigem prévia consulta às organizações de trabalhadores e empregadores e constituem medidas de exceção, em termos de conteúdo e duração. Ademais, devem ser acompanhadas de garantias capazes de proteger os trabalhadores que são por elas afetados (GERNIGON; ODERO; GUIDO, 1998, p. 56).

No informe global elaborado como seguimento da Declaração relativa aos princípios e direitos fundamentais no trabalho, de 1998, entre as “prioridades para o futuro”, consta a de “fomentar uma atitude construtiva e aberta das empresas privadas e dos empregadores públicos ante a representação livremente eleita dos trabalhadores e o estabelecimento de métodos convencionados de negociação e formas complementares de cooperação sobre as condições de trabalho”. Essa meta integra o programa geral da OIT de perseguir “um trabalho decente para to-

dos os homens e todas as mulheres em condições de liberdade, justiça e dignidade humana”, que só pode ser alcançado “se estão em condições de expressar o que significa para eles. (...) Esta faculdade de eleger é um dos elementos essenciais da dignidade humana” (OIT, 2000, p. 3).

5. Atuais tendências do regime jurídico de trabalho na administração pública

Nos últimos tempos, observa-se um resgate, em diversos ordenamentos jurídicos, das características do contrato de direito privado para disciplinar as relações de trabalho na administração pública (MARTÍNEZ MARÍN, 1999, p. 351-360), embora à sua aceitação sejam opostas fortes resistências. A teoria estatutária ainda desfruta de grande prestígio em vários sistemas jurídicos, mas sua aplicação já não se dá de forma pura, havendo uma aproximação ao regime contratual (CANTERO MARTÍNEZ, 2001, p. 19 et seq.).

As denominadas relações especiais de poder, mencionadas no item 3, anteriormente concebidas à margem do direito, sofreram profunda reformulação na jurisprudência alemã. O deslocamento dessas relações para o plano jurídico implicou a exigência de respeito aos direitos fundamentais, que só admitem limitação por lei, desde que as referidas relações de poder estejam previstas na Constituição e se trate de limitação “necessária, adequada e proporcional” (HERRARTE, 1994, p. 112).

A tensão entre os interesses atribuídos às administrações públicas e os dos indivíduos que para elas trabalham extrapola os esquemas teóricos tradicionais, que recusam o reconhecimento dos conflitos. A integração aos interesses públicos de distintos espaços privados abala as técnicas baseadas na separação teórica de ambas as esferas, pelas quais passavam “imagens

homogêneas e simplificadoras” de cada um desses âmbitos. Essas teorias, definitivamente ultrapassadas, foram construídas com base na enganosa demarcação espacial do campo de atuação da administração pública, inconfundível com o dos direitos subjetivos, não permitindo a fronteira legal que houvesse confusão entre eles. Em uma lógica excludente, baseada no binômio liberdade-autoridade, onde valia um poder da administração, não existia direito; onde havia direitos, estava excluída a possibilidade de ingerência da administração (PEÑA FREIRE, 1997, p. 168).

A disciplina do trabalho público por um estatuto próprio adquiriu consistência na medida em que se identificou o serviço público com o serviço do Estado, entidade que encarna o interesse geral. É a partir dessa ideia que se estabelece uma oposição teórica clara entre trabalho público e privado. O trabalho a serviço do público era regido pelo estatuto; o privado, pelo contrato. O contrato faz do trabalho um objeto de negócio. O estatuto, ao revés, saca o trabalho do mercado. O trabalho público não se reduz à relação entre empregado e empregador, pois existe o público beneficiário, que desfruta de direitos com relação ao serviço. Para que o trabalho público seja realizado satisfatoriamente, são necessárias garantias estáveis, a fim de se promoverem, sem oposição dos trabalhadores, as medidas necessárias para preservar o compromisso com a satisfação do interesse geral (BODIGUEL; GARBAR; SUPIOT, 2000, p. 15).

Essa oposição teórica entre trabalho público e privado vai cedendo, de maneira que as noções correspondentes passam a sobrepor-se na prática. Exerce forte pressão o direito comunitário europeu, que se dedica predominantemente ao mercado e ao livre intercâmbio; o serviço público constitui “exceção à regra”. A rigor, não há qualquer incompatibilidade entre as noções de serviço público e mercado. O serviço público está vinculado à ideia de interesse geral, que é “contingente”. Isso significa que “não existe serviço público por natureza”, no sentido de que deva ser prestado necessariamente a partir de financiamento e técnicas públicas (BODIGUEL; GARBAR; SUPIOT, 2000, p. 19,24).

Serviços de interesse geral podem, inclusive, ser incompatíveis, em algumas circunstâncias, com a prestação exclusiva pelo Estado, pois exigem independência não só do setor privado, mas também do público. Assim ocorre com o “jornalismo, sindicalismo, o ensino, a pesquisa e a defesa em juízo” (BODIGUEL; GARBAR; SUPIOT, 2000, p. 26).

A assimilação de princípios e técnicas de direito do trabalho decorre também do fato de que as demandas dirigidas aos Poderes Públicos vêm se expressando mais como exigências de produção de serviços do que como manifestações de autoridade. São demandas por serviços mais eficientes e com custos reduzidos, de maneira que produzem efeitos diretos nas relações de trabalho, pressionando por melhores resultados

e, em um contexto marcado por dificuldades econômicas e recortes nos orçamentos, pela redução do gasto com pessoal (TREU, 1997, p. 3).

Nos países que mantêm a estrutura original do regime jurídico da prestação de trabalho, definida pelo direito administrativo, houve a assimilação de técnicas e instrumentos de direito do trabalho, para disciplinar as relações individuais e coletivas. Ao lado dos direitos de associação e de greve, amplamente admitidos, incorpora-se também “o direito e a prática da negociação coletiva, que é o núcleo do pluralismo nas relações trabalhistas e o princípio pelo qual as relações individuais de emprego são originadas e reguladas pelo contrato e não pela autoridade” (TREU, 1997, p. 5).

6. Retrospectiva dos direitos de liberdade sindical dos servidores públicos na Constituição de 1988

A Constituição Federal de 1988, em seu texto original, estabeleceu extenso conjunto de preceitos para disciplinar a atividade da administração pública (Título III, Capítulo VII, arts. 37 a 43). Nos artigos 37 e 38 (Seção I), são estabelecidas as disposições gerais; do 39 ao 41 (Seção II), normas específicas dirigidas aos servidores públicos civis; no 42 (Seção III), normas dirigidas aos militares. Nas disposições gerais, faz-se menção a cargos, empregos e funções.

A Seção II, dirigida aos servidores públicos civis, previa, no artigo 39, regime jurídico único para os servidores públicos civis da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas de cada uma das unidades da federação. O debate que se verificou sobre a natureza desse regime único, se estatutária ou contratual, foi intenso. Gradualmente a jurisprudência se posicionou a favor da natureza estatutária.

Os direitos coletivos dos servidores públicos civis foram previstos nas disposições gerais do capítulo sobre a administração pública (Seção I) – o direito de livre associação sindical e o de greve, este último, na redação original da Constituição, “exercido nos termos e nos limites definidos na lei complementar” (art. 37, VI e VII). Na mesma seção, estabeleceu-se a revisão geral da remuneração dos servidores públicos, na mesma data e sem distinção de índices (art. 37, X).

A inclusão dos direitos coletivos dos servidores na parte geral poderia dar margem ao questionamento de sua abrangência aos empregados das pessoas jurídicas de direito privado da administração pública indireta. No entanto, em razão do artigo 173 da Constituição, prevendo para essas entidades o mesmo regime jurídico das empresas privadas, são aplicados a eles os artigos 8º e 9º da Constituição, bem como as disposições do artigo 7º sobre negociação coletiva.

Pode-se defender que a Constituição não retirou dos servidores públicos ocupantes de cargos o direito à negociação coletiva, mas excluiu-os diretamente do sistema de negociação concluído mediante acordo ou convenção coletiva (ROMITA, 1998, p. 22). Isso não impede que o legislador possa outorgar normatividade aos pactos alcançados pelos representantes dos servidores públicos titulares de cargos com a administração, desde que observados os preceitos constitucionais.

No Supremo Tribunal Federal (STF), porém, prevaleceu a interpretação restritiva. A Lei nº 8.112/90, que instituiu o regime jurídico único na administração pública federal, representou avanços significativos na matéria. O artigo 240, “d” e “e”, previa, entre os direitos coletivos, a negociação coletiva e a competência da Justiça do Trabalho para as questões individuais e coletivas. No mesmo artigo, asseguraram-se ao servidor público o direito à livre associação sindical, a atuação do sindicato como substituto processual, a inamovibilidade do dirigente sindical e o desconto em folha das mensalidades e contribuições definidas em assembleia geral.

O STF, ao julgar procedente ação direta de inconstitucionalidade, declarou inconstitucionais as referidas alíneas (“d” e “e” do artigo 240 da Lei nº 8.112/90).³ O Tribunal inicia sua linha de argumentação defendendo que a natureza do regime único é estatutária, e não contratual. Acrescenta que toda a sistemática de remuneração dos servidores públicos é enviada à lei pela Constituição e que, por isso, não teriam sido garantidos os acordos e as convenções coletivas aos servidores. Destaca-se a exclusão desses instrumentos do rol do artigo 39, § 2º (atual § 3º). Como a administração pública não pode dispor de matéria reservada à lei, a lei não pode

reconhecer aos servidores regidos pelo regime único o direito de negociação coletiva.

O mesmo ocorreu com a competência da Justiça do Trabalho. Para excluí-la, visto que a Constituição a previa expressamente para “as ações individuais e coletivas entre trabalhadores e empregadores, incluindo os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União” (art. 114), foi necessário valer-se do argumento de que os servidores públicos sujeitos ao regime jurídico único não integram o conceito jurídico de “trabalhador”.

Houve voto divergente sobre o tema da competência, em que se ressaltou a natureza contratual do vínculo, com base no artigo 13 da Lei nº 8.112/90, o qual prevê que o documento de posse, firmado pelo servidor, deverá conter as atribuições, os deveres, as responsabilidades e os direitos correspondentes ao cargo, “que não poderão ser alterados unilateralmente, por qualquer das partes, ressalvados os atos de ofício previstos na lei”. Esse argumento não foi suficiente para alterar a interpretação da maioria do STF.

É de destacar o desajuste profundo entre, de um lado, o Legislador e, de outro, o Executivo e o STF. O projeto de lei foi aprovado e submetido à sanção do Presidente da República, que vetou os referidos dispositivos (“d” e “e” do art. 240), por considerá-los inconstitucionais. O veto presidencial foi rejeitado pelo Congresso Nacional, que, por maioria absoluta, o tornou ineficaz, segundo o procedimento previsto na Constituição. Em síntese, os dispositivos considerados inconstitucionais lograram aprovação parlamentar qualificada, mas, ainda assim, não subsistiram.

Caso a lei houvesse prevalecido tal como foi aprovada, o Brasil teria sido um dos protagonistas na introdução de técnicas do direito coletivo do trabalho na função pública.

³ ADI 492-1 DF, decisão de 12/11/1992, DJ de 12/3/93, p. 03557. RTJ 145/68-100.

Seguindo a mesma linha restritiva, o STF⁴ considerou que a regra inscrita no artigo 37, VII, que, na redação original, estabelecia o direito de greve, “exercido nos termos e limites definidos na lei complementar”, era de eficácia limitada. O STF não aceitou a possível aplicação da lei existente desde 1989 (Lei nº 7.783, de 28 de junho 1989), que disciplina a greve nas atividades privadas e essenciais.

No Tribunal Superior do Trabalho (TST), a orientação jurisprudencial nº 5 da Seção de Dissídios Coletivos (SDC) proclamou a impossibilidade jurídica de ação coletiva contra pessoa jurídica de direito público. Com efeito, restringiu ainda mais, ao não diferenciar o regime de trabalho público do privado e, conseqüentemente, negar aos entes públicos a condição de parte em processos coletivos para solucionar as controvérsias, bem como na negociação coletiva.⁵ Essa posição poderia não ter efeitos práticos se efetivamente viesse a consolidar-se em todos os âmbitos da administração direta, autárquica e fundacional o regime estatutário. Sem embargo, isso não sucedeu, e posteriormente a Emenda Constitucional (EC) nº 19, publicada em 5 de junho de 1998, aboliu o regime jurídico único, previsto no artigo 39 da Constituição. É verdade que essa alteração, promovida pela EC nº 19/1998, foi posteriormente considerada inconstitucional pelo STF, por vício de procedimento, como será visto adiante.

Em relação aos direitos coletivos dos empregados públicos, o rigor do TST não encontra correspondência na jurisprudência do STF, que já afirmou expressamente que os direitos previstos no artigo 39, § 2º (atualmente § 3º), não restringem os direitos sociais do servidor público submetido ao regime laboral.⁶ O que, definitivamente, o STF proclamou, naquele momento, foi a impossibilidade de negociação coletiva no regime de direito público.⁷

A EC nº 19/1998 reformou o capítulo da Constituição sobre administração pública (Capítulo VII), dando sinal da transformação do modelo de Estado burocrático. O fim do regime jurídico único significou, pelo menos em um primeiro momento, o retorno à convivência entre ocupantes de empregos públicos e de cargos públicos, que, pela opção inicial da jurisprudência, estaria fadada a desaparecer do texto constitucional de 1988.

A Lei nº 9.962, de 22 de fevereiro de 2000, dispôs que o pessoal admitido para emprego público na administração federal direta, autárquica e fundacional teria a relação de trabalho disciplinada pela CLT e legislação correspondente. Confirmou-se a necessidade de aprovação em concurso

⁴ MI 20-4, Decisão de 19/5/1994, DJ de 22/11/1996.

⁵ Entre outras, RO-DC 315.229/96, DJ de 7/8/1998.

⁶ AI 313.149-AgR/DF, DJ de 3/5/2002, p. 14.

⁷ ADI 391/CE, DJ 16/9/1994, p. 24.266.

público e se estabeleceu a exigência de causa para a dispensa nos contratos por prazo indeterminado.

A adoção pela administração pública do regime jurídico privado implica respeitar os direitos previstos aos trabalhadores no artigo 7º da Constituição. É direito fundamental dos trabalhadores que se enquadram nas disposições do referido artigo ter suas condições de trabalho disciplinadas por acordos e convenções coletivas, cuja normatividade não depende de medida legislativa. Contraria a Constituição restringir esse direito, bem como impedir os representantes sindicais de celebrar esses instrumentos coletivos. Porém, alguma especificidade é não só possível, mas resultante das próprias limitações constitucionais ao exercício desse direito, como será examinado adiante.

O STF considerou inconstitucional a EC nº 19/98 na parte que alterou o regime jurídico único, por vício procedimental⁸, concedendo a medida cautelar. Porém, modulou os efeitos da decisão, validando até decisão final as contratações realizadas com base na redação alterada do artigo 39 da Constituição.

A EC nº 19/1998, no tocante ao artigo 37, VII, alterou a modalidade de lei para a disciplina do exercício da greve dos servidores públicos, agora nos termos e limites de lei específica, e não mais complementar. Representativo setor doutrinário defendeu que, com ela, se abria espaço para a aplicação da Lei de Greve (Lei nº 7.783/89) aos ocupantes de cargo, até que outra lei disciplinasse a matéria (BARROS, 2003, p. 76 et seq.; BRAMANTE, 1999, p. 530; LEITE, 2011, p. 1459 et seq.; CAVALCANTE; JORGE NETO, 2002, p. 305 et seq.).⁹

O STF examinou a questão após a reforma, mas manteve sua interpretação anterior de que o direito de greve dos servidores públicos não seria autoaplicável, uma vez que dependeria de lei, dessa vez específica¹⁰.

Contudo, em mandados de injunção julgados posteriormente, determinou-se a aplicação da Lei nº 7.783/1989 aos servidores públicos, com as necessárias modulações, destacando-se o caráter fundamental do direito de greve e as limitações ao Legislativo para sua regulamentação¹¹. Essas decisões têm sido importantíssimas contra tendências em segmento

⁸ ADI 2.135, DJ de 7/3/2008.

⁹ Uma dimensão mais ampla da controvérsia em Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante e Francisco Ferreira Jorge Neto (2002, p. 305 et seq.).

¹⁰ ADI 1.696, DJ 14/6/2002, Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

¹¹ Mandados de Injunção nºs 670, 708 e 712, publicados no DJE de 31/10/2008. Em todos, foi determinada a aplicação da Lei nº 7.783/89, com as modulações necessárias para disciplinar a greve dos servidores públicos. Cabe destacar, no MI 708, o seguinte trecho da ementa: “não se pode atribuir amplamente ao legislador a última palavra acerca da concessão, ou não, do direito dos servidores públicos civis, sob pena de se esvaziar direito fundamental positivado”.

do Judiciário que ainda condicionam a greve dos servidores públicos à lei ou adotam decisões que, na prática, inviabilizam alcançar os resultados pretendidos com a deflagração do movimento.

7. Desafios e perspectivas

Um dos maiores desafios para a concretização dos direitos coletivos dos servidores públicos, em direção à efetiva participação deles na determinação das condições de trabalho, é a possibilidade de negociação das parcelas remuneratórias.

Existem pelo menos duas limitações expressas na Constituição que incidem não na liberdade de negociação coletiva dos servidores públicos, mas na eficácia normativa dos instrumentos coletivos que tratem da matéria. A primeira se refere à iniciativa privativa do Presidente da República quanto a leis sobre “criação de cargos, funções ou empregos públicos na Administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração” (art. 61, § 1º, II, “a”). A segunda diz respeito à previsão orçamentária para “qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos, empregos e funções ou alteração da estrutura de carreiras, bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da Administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público” (art. 169, § 1º, I e II).

As duas disposições não permitem que os acordos coletivos realizados sobre tais matérias tenham eficácia direta. A questão foi pacificada mediante a edição da Súmula 679¹² do STF,

consagrando-se o entendimento de que a fixação de vencimentos dos servidores públicos não pode ser objeto de convenção coletiva. Os precedentes que deram origem a essa súmula, todos eles anteriores à reforma administrativa, incluindo-se a citada ADI 492-1, referem-se à inconstitucionalidade de leis estaduais que reconhecem ao servidor público estadual o direito de realizar acordos e convenções coletivas, de decreto estadual autônomo que aprova tabelas com índices estabelecidos em acordos coletivos, de mandados de segurança buscando a aplicação de reajuste automático com base na Constituição e de leis prevendo data-base dos servidores públicos federais estatutários.

A nova redação atribuída pela Emenda Constitucional nº 19/1998 ao artigo 37, X, da Constituição determina que as remunerações dos servidores públicos “somente poderão ser fixados[as] ou alterados[as] por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada a revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices”.

A lei que regulamenta, no âmbito federal, o artigo 37, X (Lei nº 10.331, de 18 de dezembro 2001), impõe que o índice aplicável a título de revisão geral seja definido em lei específica e também nas leis orçamentárias. Ademais, refere-se expressamente aos empregos públicos, em seu artigo 3º.

O direito de irredutibilidade das remunerações, previsto para os trabalhadores públicos e privados na Constituição (arts. 7º, VI, e 37, XV), vem sendo interpretado, pela jurisprudência, como direito à preservação do valor nominal, e não real. O direito à revisão geral anual (art. 37, X) modificaria, em princípio, essa interpretação com relação aos servidores públicos, pois, de alguma maneira, busca preservar o valor real de suas remunerações. No entanto, a jurisprudência do STF não tem reconhecido reposição automática ou indenização por ausência de

¹² Súmula 679 do STF, Sessão Plenária de 24/9/2003. DJ de 9/10/2003, p. 4; DJ de 10/10/2003, p. 4; DJ de 13/10/2003, p. 4. Seus precedentes são as ADIs 554 (DJ 13/9/1991), 559 (DJ 4/10/1991), 519 (DJ 11/10/1991), 492-1 (DJ 12/3/1993), MS 22468 (DJ 20/9/1996) e MS 22451 (DJ 15/8/1997).

encaminhamento pelo Executivo de lei estabelecendo o índice de reajuste¹³.

Se não há a reposição automática, a discussão do índice pela via da negociação coletiva, com a posterior remessa ao Legislativo, reforça a sua legitimidade. O reajuste salarial é matéria de negociação coletiva e impedir os sindicatos dos servidores públicos de participarem dessa discussão é impor-lhes a condição de mero adorno constitucional. O modelo constitucional remuneratório se aplica indistintamente aos servidores ocupantes de cargos e empregos públicos, sendo conveniente adotar procedimentos de negociação com os representantes dos trabalhadores para estabelecer os parâmetros da revisão geral anual das remunerações.

Não é só em matéria remuneratória que existe a conveniência de negociação coletiva. A EC nº 19/1998 estabeleceu limites de gastos com pessoal, cujo excesso autoriza a exoneração de servidores, inclusive dos que têm direito à estabilidade, quando a exoneração dos que não possuem esse direito não for suficiente para reduzir a despesa ao limite previsto na lei (art. 169, §§ 3º et seq.).

Essa é também uma das causas que autorizam a dispensa do pessoal celetista com contrato por prazo indeterminado da administração pública federal (art. 3º, III, da Lei nº 9.962/2000). Seria o caso de questionar, inclusive, com relação ao pessoal celetista, a adoção de critérios unilaterais pela administração para realizar as dispensas, considerando-se o direito dos empregados e de seus representantes ao reconhecimento dos acordos e das convenções coletivas (art. 7º, XXVI, CF). Existe, como mencionado, o direito subjetivo de que as condições fundamentais da relação de trabalho sejam discutidas com os sindicatos. A redução salarial dos trabalhadores só é autorizada me-

dante convenção ou acordo coletivo (art. 7º, VI, CF), pois deve restringir-se a determinadas circunstâncias e partir de critérios razoáveis. Com maior razão devem sujeitar-se à regra as despedidas coletivas, que impõem lesão mais grave aos trabalhadores, não podendo basear-se em critérios aleatórios e discricionários.

A EC nº 19/1998 também introduziu a possibilidade de perda do cargo pelo servidor “estável” em razão de insuficiência de desempenho, na forma estabelecida em lei complementar, com a garantia de ampla defesa (art. 41, 1º, III, CF).

Igual possibilidade está prevista como causa para a despedida do empregado público (art. 3º, IV, Lei nº 9.962/2000), mas sem a garantia de lei, e sim de procedimento em que se preveem recurso hierárquico com efeito suspensivo e o conhecimento prévio dos parâmetros “mínimos exigidos para a continuidade da relação de emprego, obrigatoriamente estabelecidos segundo as peculiaridades das atividades exercidas”.

A insuficiência de desempenho é uma questão complexa, que envolve apreciação de caráter subjetivo muito elevado, ainda que sejam definidos os seus parâmetros. Não há dúvida sobre a necessidade de intervenção dos representantes dos trabalhadores para a discussão dos critérios aplicados, alertando-se, mais uma vez, que, para os empregados públicos, a decisão unilateral seria de duvidosa constitucionalidade.

Portanto, há campo vasto para a negociação coletiva no setor público. Para que os servidores públicos tenham direito a instrumentos coletivos vinculantes, basta que a lei preveja expressamente essa possibilidade, bem como a forma e os limites, de modo que não se comprometam outros bens e valores constitucionalmente tutelados. Em outras palavras, não há, na Constituição, dispositivo que obstacule a possibilidade jurídica de que os servidores ocupantes de cargos públicos realizem, por

¹³ AG-RE 503.228-1, DJ de 15/11/2006, p. 91.

meio de seus representantes, acordos coletivos com eficácia normativa, se a lei assim o estabelecer. As Convenções da OIT 151 e 154, ambas ratificadas, impõem essa conclusão.

A prevalência da tese, contudo, depende da superação da interpretação do STF adotada na ADI 492-1. Não há dúvida de que elementos para isso existem de sobra. Após essa decisão do STF, foi concluído o processo de ratificação da Convenção 154 da OIT. O Supremo mudou a jurisprudência, atribuindo *status* supralegal¹⁴ aos direitos fundamentais previstos nos tratados internacionais. Esse novo entendimento é relevante para a consolidação do processo de integração ao Mercosul no âmbito laboral. A base dessa integração é a Declaração de Direitos de 1998, firmada pelos representantes dos países do Mercosul, que se reporta à Declaração de Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho da OIT, de 1998. No grupo das convenções internacionais cuja ratificação foi considerada imprescindível para todos os membros do Mercosul, figuram as Convenções 151 e 154 da OIT.

A decisão do STF anteriormente mencionada praticamente coincidiu com a adesão do País à Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José, Costa Rica, 1969), no ano de 1992. Posteriormente, o Brasil reconheceu a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos,¹⁵ e entrou em vigor, no plano internacional e interno, o Protocolo Adicional à Convenção (São Salvador, 1988), que trata dos direitos sociais, econômicos e culturais.

A jurisprudência do STF incorporou alterações promovidas pela EC nº 19/1998, o que é ponto positivo em eventual exame de adequação de lei que atribua eficácia normativa

aos acordos realizados pela administração com os representantes dos servidores públicos. A referida Lei nº 8.112/90 deu margem a outra ADI, referente à dimensão contratual, no plano individual, do regime jurídico único, extraída do mencionado artigo 13¹⁶ da lei, que segue em vigor, disciplinando o regime de cargo público. O STF não vislumbrou incompatibilidade entre o dispositivo questionado e a Constituição, em razão da modificação do artigo 39 da CF, que estabelecia o regime jurídico único.¹⁷ É importante destacar que, na ação, não se questionava o dispositivo legal só com relação ao artigo 39 da Constituição, mas também ao mencionado artigo 61, § 1º, II, que trata da iniciativa privativa do Presidente da República quanto a leis sobre o regime jurídico dos servidores e o aumento de retribuição. É verdade que tudo isso ocorreu antes da mencionada ADI 2.135, mas sinaliza a possibilidade de aceitação de medida legislativa que pretenda reforçar a dimensão contratual do regime jurídico dos ocupantes de cargos públicos, assim como a convivência entre estatuto e contrato.

Boa parte da doutrina se posiciona favoravelmente à defesa da negociação coletiva dos servidores públicos, observando-se as restrições existentes na Constituição sobre matéria remuneratória.¹⁸

¹⁶ “Art.13. A posse dar-se-á pela assinatura do respectivo termo, no qual deverão constar as atribuições, os deveres, as responsabilidades e os direitos inerentes ao cargo ocupado, que não poderão ser alterados unilateralmente, por qualquer das partes, ressalvados os atos de ofício previstos em lei.”

¹⁷ ADI 814-5 – DF, DJ de 10/10/2002.

¹⁸ A negociação coletiva encontra apoio na doutrina, entre outros, em Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante e Francisco Ferreira Jorge Neto (2002, p. 288 et seq.); José Luciano de Castilho Pereira (2003, p. 56 et seq.); José Francisco Siqueira Neto (2002, p. 83 et seq.); Antônio Augusto Junho Anastasia (2002, p. 137 et seq.); Sayão Romita (1998, p. 22 et seq.). Antes da reforma, já consideravam possível, com restrições em alguns casos, entre outros, Guilherme José Purvin de Figueiredo (1996, p. 163 et seq.); Rogério Viola Coelho (1994); Antônio Álvares da Silva (1993, p. 81 et seq.).

¹⁴ STF-RE 466.343, DJ 5/6/2009.

¹⁵ Para os fatos posteriores a 10/12/1998. Decreto Legislativo nº 89, de 3/12/1998. D.O. 4/12/1998, p. 2. Dec. 4.463, de 8/11/2002, D.O. 11/11/2002, p. 1.

A aceitação da negociação das condições de trabalho na administração pública é necessária e resultado “da concepção contemporânea de Estado e de sua forma de atuação”, já não “distanciada da realidade, do servidor público ou do administrado”. Hoje, as atuações relativas aos direitos dos servidores têm validade “no contraditório e na garantia do processo administrativo no que o interessado participe, com direito a uma ampla defesa” (ROCHA, 1999, p. 356).

No TST, após a ratificação da Convenção 151 da OIT, foi alterada a OJ nº 5 da SDC, em 14 de setembro de 2012, admitindo-se a negociação entre pessoas jurídicas de direito público e seus empregados nas cláusulas sociais.

Não há dúvida de que a inclusão da negociação coletiva dos servidores públicos no corpo da Constituição eliminaria, de uma vez por todas, as resistências a sua implementação.¹⁹ Porém, apesar da conveniência da medida, a ratificação das Convenções 151 e 154 dá respaldo à regulamentação mediante lei para estabelecer as peculiaridades, as autoridades negociadoras e a força normativa dos instrumentos celebrados.

Em relação aos sindicatos legitimados para a negociação coletiva, convém estabelecer critérios de representatividade, da mesma forma que definir, do lado do poder público, os integrantes das mesas de negociação. O termo categoria, previsto no artigo 8º da Constituição, refere-se à categoria profissional e econômica, cuja conceituação é de difícil aplicação no âmbito do serviço público.

Um ponto que pode gerar dúvidas refere-se à possibilidade de regulamentação conjunta sobre organização sindical, negociação coletiva e greve dos servidores públicos, considerando-se a ausência de precisão acerca do conceito de “lei específica”, prevista para a regulamentação da greve no serviço público. Não está claro se essa regulamentação deverá ser feita por lei que se restrinja a essa matéria ou se poderá incluir disposições sobre organização sindical e negociação coletiva.

Questão fundamental à efetividade dos direitos de liberdade sindical dos servidores públicos é a definição, nessa regulamentação, da competência da Justiça do Trabalho. Com a ampliação operada pela EC nº 45, de 8 de dezembro de 2004, a chamada “Reforma do Judiciário”, a nova redação do artigo 114, II e III, da Constituição passou a prever, respectivamente, a competência para as ações que envolvam o exercício da greve e para as ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores. Além disso, incluiu-se,

¹⁹ Tal como proposto na PEC nº 396/2005. No artigo 37, VII, da Constituição, a PEC inclui, ao lado da greve, a negociação coletiva dos servidores públicos, nos termos e limites de lei específica. Cf. PEREIRA, Ricardo José Macedo de Brito. “Aspectos constitucionais da reforma sindical”. *Revista LTr. Legislação do Trabalho*. 69-05/565/572.

no § 3º do mesmo dispositivo constitucional, o dissídio de greve, cujo ajuizamento cabe ao Ministério Público do Trabalho (MPT), quando houver lesão ou ameaça de lesão ao interesse público. Em razão desses dispositivos, seria possível defender a competência da Justiça do Trabalho para julgar os direitos de liberdade sindical dos servidores públicos.

A competência sobre os direitos de liberdade sindical dos servidores públicos poderia ter sido remetida à Justiça comum, mas não foi essa a opção do constituinte derivado. No inciso II do artigo 114, que trata das ações que envolvem o exercício do direito de greve, não se fez qualquer restrição à greve na iniciativa privada ou ao artigo 9º para excluir a greve no serviço público, prevista no artigo 37, VII. No inciso III do mesmo artigo, a referência às ações sobre representação sindical não exclui os sindicatos de servidores públicos. O dissídio de greve em atividade essencial, com possibilidade de lesão ao interesse público, é atribuição do MPT (art. 114, § 3º), sem menção similar a qualquer outro ramo do Ministério Público. Sindicato, negociação coletiva e greve são institutos tipicamente trabalhistas e sua disciplina não admite fragmentação e diversidade de tratamento, decorrente da atribuição de competência para legislar sobre eles a todas as unidades da Federação brasileira. O mesmo se diga em relação às divergências interpretativas, no caso de se reconhecer a competência da Justiça comum. Haveria, em várias localidades, o completo esvaziamento do movimento desses trabalhadores, em detrimento do direito fundamental de liberdade sindical.

A inclusão da competência da Justiça do Trabalho na regulamentação dos direitos de liberdade sindical dos servidores públicos eliminaria as dúvidas decorrentes de pronunciamentos do STF a respeito da competência da Justiça Comum para as controvérsias in-

dividuais dos servidores regidos pelo direito administrativo²⁰.

Na Itália, a partir da década de 90, ocorreu ampla privatização do serviço público, não só no âmbito coletivo (negociação coletiva), mas também no plano individual (contrato individual de trabalho), e a competência para o julgamento dessas questões foi deslocada da Justiça administrativa para a ordinária. Na época, essa profunda reforma gerou muita perplexidade e discussão. Porém, a Corte Constitucional as superou com base na separação entre a relação orgânica, exercício de poder, e a prestação de serviços pelo trabalhador em troca de remuneração e outros direitos (PEREIRA, R., 2004, 229 et seq.).

A abertura de espaços para o desenvolvimento dos conflitos é fundamental nas sociedades plurais. A partir dela, os indivíduos e os grupos podem expressar e perseguir os mais variados interesses, o que é indispensável ao desenvolvimento da personalidade humana. Não é razoável admitir a existência de conflitos, sem estabelecer os meios adequados de solução, que possibilitem a participação dos diretamente interessados. A consolidação da democracia em uma sociedade só é possível se ela é observada no serviço público.

Não existe modelo de organização da administração pública por natureza, nem técnica

²⁰ Com relação à possível inclusão do servidor público estatutário na nova competência da Justiça do Trabalho, considerando a alteração do critério que a define, do subjetivo (empregadores e trabalhadores) para o objetivo (relação de trabalho), no novo inciso I do artigo 114 da Constituição, o STF eliminou as dúvidas existentes, ao manter, liminarmente, o entendimento contido na ADI 492-1, excluindo o servidor público submetido ao regime de direito administrativo (ADI 3395, DJ 10/11/2006) da competência especializada. A decisão, contudo, refere-se expressamente ao inciso I, sem fazer menção aos incisos II e III e ao § 3º do artigo 114 da Constituição, que tratam da organização sindical e da greve, de maneira que não está definida a competência nesse aspecto, embora haja decisões judiciais sinalizando a competência da Justiça comum, a nosso ver equivocada.

exclusiva de gestão. As opções são variadas. As reformas administrativas, em geral, buscam maior eficiência, com a substituição do modelo verticalizado, hierarquizado e burocrático pelo horizontal e de rede, em que há intensa participação dos servidores nas deliberações relevantes. Essas transformações ocorrem em todo o mundo e o direito coletivo possui papel de destaque para o seu êxito.

A concretização desses direitos, apesar do pouco avanço nesses vinte e cinco anos da Constituição de 1988, começa a tornar-se realidade. Trata-se, como visto, de imposição constitucional, e a omissão na regulamentação acarreta prejuízos a toda a sociedade brasileira. Para que o processo avance, é, contudo, essencial a renovação dos conceitos, com base na Constituição, e não em formulações que já não superam o teste democrático. Os direitos de liberdade sindical dos servidores públicos representam um campo vasto e aberto, que necessita, mais do que nunca, de estudos, reflexões e medidas por parte da doutrina, dos atores sociais e dos agentes públicos.

Referências

- ANASTASIA, Antonio Augusto Junho. Reforma do Estado e negociação coletiva. In: GER-NIGON, Bernard et al. *A negociação coletiva na administração brasileira*. Brasília: OIT, 2002.
- BARROS, Cássio Mesquita. A greve no serviço público. In: SILVA, Jane Granzoto Torres da. *Constitucionalismo social: estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello*. São Paulo: LTr, 2003.
- BATTINI, Stefano. *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*. Padova: CEDAM, 2000.
- BODIGUEL, Jean-Luc; GARBAR, Christian-Albert; SUPLOT, Alain. *Servir l'intérêt général: droit du travail et fonction publique*. Paris: Universitaires de France, 2000.
- BRAMANTE, Ivani Contini. Direito constitucional de greve dos servidores públicos: eficácia limitada ou plena?: emenda constitucional. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, Brasília, v. 9, n. 17, p. 141-144, mar. 1999.
- CANTERO MARTÍNEZ, Josefa. *El empleo público: entre estatuto funcional y contrato laboral*. Madrid: Marcial Pons, 2001.
- CAVALCANTE, Jouberto de Quadros; JORGE NETO, Francisco Ferreira. *O empregado público*. São Paulo: LTr, 2002.
- COELHO, Rogério Viola. *A relação de trabalho com o Estado: uma abordagem crítica da doutrina administrativa da relação de função pública*. São Paulo: LTr, 1994.
- FAVOREAU, Louis. *Legalidad y constitucionalidad: la constitucionalización del derecho*. Tradução de Magdalena Correa Henao. Bogotá: IEC Carlos Restrepo Piedrahita, 2000.
- FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *O Estado no direito do trabalho: as pessoas jurídicas de direito público no direito individual, coletivo e processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 1996.

GERNIGON, Bernard; ODERO, Alberto; GUIDO, Horacio. Principios de la OIT sobre el derecho de huelga. *Revista Internacional del Trabajo*, Ginebra, v. 117, n. 4, 1998.

_____. A negociação coletiva: normas da OIT e princípios dos órgãos de controle. In: GERNIGON, Bernard et al. *A negociação coletiva na administração brasileira*. Brasília: OIT, 2002.

GUASTINI, Ricardo. *La 'constitucionalización' del ordenamiento jurídico*: el caso italiano. México: Instituto de Investigaciones jurídicas, 2001.

HÄBERLE, Peter. *La libertad fundamental en el estado constitucional*. Tradução de Jürgen Saligmann e César Landa. Granada: Comares, 2003.

_____. *Pluralismo y constitución*: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta. Tradução de Emilio Mikinda. Madrid: Tecnos, 2002.

HERRARTE, Iñaki Lasagabaster. *Las relaciones de sujeción especial*. Madrid: Civitas, 1994.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. A greve do servidor público civil e os direitos humanos. *LTr: Revista Legislação do Trabalho*, São Paulo, v. 65, n. 12, dez. 2011.

MARTÍNEZ MARÍN, Alfredo. El funcionario y la negociación colectiva: redefinición dogmática de la naturaleza jurídica de la relación funcional. In: PALLARÉS MORENO, Manuel; SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Antonio. *El estatuto de la función pública: ¿la reforma adecuada?* actas del II congreso sobre la función pública. Sevilla: Fundación Genesidán, 1999.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). *La libertad sindical*: recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT. 5. ed. Ginebra: OIT, 2006.

_____. *Su voz en el trabajo*: informe global con arreglo al seguimiento de la declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo: informe del Director General. Ginebra: OIT, 2000.

PEÑA FREIRE, Antonio M. *La garantía en el estado constitucional de derecho*. Madrid: Trotta, 1997.

PÉREZ-ROYO, Javier. *Curso de derecho constitucional*. 11. ed. Madrid: Marcial Pons, 2007.

POTOBSKY, Geraldo W.; DE LA CRUZ, Héctor G. Bartolomei. *La organización internacional del trabajo*: el sistema normativo internacional, los instrumentos sobre derechos humanos fundamentales. Buenos Aires: Astrea, 1990.

PRIETO SANCHÍS, Luis. *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Madrid: Trotta, 2003.

PEREIRA, Ricardo José Macedo de Britto. *La negociación colectiva en la función pública*: una aproximación constitucional. Madrid: Consejo Económico y Social, 2004.

PEREIRA, José Luciano de. A Constituição de 1988: o sindicato: algumas questões ainda polêmicas. In: SILVA, Jane Granzoto Torres da. *Constitucionalismo social*: estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello. São Paulo: LTr, 2003.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais dos servidores públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999.

ROMITA, Arion Sayão. O sindicalismo no serviço público. In: SILVA NETO, Manoel e. *Constituição e trabalho*. São Paulo: LTr, 1998.

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

SIQUEIRA NETO, José Francisco. Relações de trabalho e possibilidades de negociação coletiva na administração pública brasileira. In: GERNIGON, Bernard et al. *A negociação coletiva na administração brasileira*. Brasília: OIT, 2002.

TREU, Tiziano. *Employees' collective rights in the public sector*: general and national reports. Boston: Kluwer Law International, 1997.