

ESTUDO Nº 3.419, DE 2009

Referente à STC nº 2009-08434, da Consultoria Legislativa, sobre temas envolvendo a gestão da terceirização no setor público no atual marco constitucional e legal.

1. INTRODUÇÃO

Solicita a Consultoria Legislativa a elaboração de estudo descrevendo as possibilidades de contratação de pessoal permanente e temporário no setor público no atual marco constitucional e legal, enfocando os problemas e restrições existentes no atual modelo e enfatizando a questão da terceirização de mão-de-obra, suas vantagens e desvantagens. Pede-se, ainda, a sugestão de proposições que alterem a atual legislação, com vistas a viabilizar modelos mais eficientes e econômicos de contratação de pessoal.

Essencialmente, busca-se debater a existência de opções ao atual modelo de contratação de serviços.

Nesse ponto, vale tecer alguns comentários sobre o tema da terceirização, no âmbito da administração pública direta e indireta.

Cabe observar, em primeiro lugar, que há diversas variantes dessa prática.

A que nos interessa aqui é terceirização de serviços propriamente dita. De conformidade com MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, trata-se

da contratação, por determinada empresa, de serviços de terceiro para o desempenho de atividades-meio¹.

Ou seja, na terceirização, a administração permanece na gestão do serviço, tão-somente, contratando empresa privada para o exercício de determinadas tarefas, não vinculadas às atividades fins do órgão ou entidade.

O instituto vem merecendo grande debate nos últimos tempos, quando se julga como necessidade absolutamente prioritária a de tornar a Administração Pública mais eficiente. Não se trata, entretanto, de instituto novo em nosso Direito Administrativo.

A matéria vem sendo tratada, de forma expressa, pelo menos desde a edição do Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, que *dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências*, cujo art. 10, §§ 7º e 8º, estabelece:

Art. 10. A execução das atividades da administração federal deverá ser amplamente descentralizada.

.....

§ 7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com objetivo de impedir o crescimento desmensurado da máquina administrativa, a administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas recorrendo, sempre que possível, a execução indireta, mediante contrato; desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.

§ 8º A aplicação desse critério está condicionada em qualquer caso, aos ditames do interesse público e as conveniências da segurança nacional.

¹ Parcerias na Administração Pública, p. 99

A Lei nº 5.645, de 10 de dezembro de 1970, que *estabelece diretrizes para a classificação de cargos do Serviço Civil da União e das autarquias federais, e dá outras providências*, de sua parte, prevê, em seu art. 3º, parágrafo único:

Art. 3º

Parágrafo único. As atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e assemelhados, será de preferência, objeto de execução indireta, mediante contrato, de acordo com o art. 10, § 7º, do Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967.

Sob essa legislação, o setor público federal promoveu a terceirização das atividades acima referidas. A terceirização de atividades outras, quando acontecia, levava, via de regra, ao reconhecimento do vínculo diretamente com o órgão ou entidade pública respectiva. É importante registrar que, à época, o regime jurídico aplicado majoritariamente no setor público era o da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), no qual ganha grande importância o aspecto fático da relação de trabalho.

A situação modificou com a aprovação da Constituição de 1988 e com o estabelecimento de regime jurídico de cunho estatutário para os servidores da administração direta, autárquica e fundacional.

De um lado, a Constituição de 1988, elevou o concurso público a princípio absoluto no âmbito da administração pública, tornando impossível a permanência no serviço público de pessoas que nele tenham entrado, de forma permanente, por outros meios. De outra parte, o estabelecimento do regime estatutário, na prática, conforme já debatido acima, elimina a possibilidade de existirem relações de trabalho não formais, isto é, fáticas, sob a sua égide.

O que vem ocorrendo, então, é a impossibilidade do reconhecimento de vínculo de pessoas sob contratação indireta.

Alerta-se, também, para que a contratação indireta não é possível em todas as áreas.

A implantação do novo regime jurídico pela União não afastou a vigência da citada Lei nº 5.645, de 1970. Assim, permanecia o Poder Público federal impossibilitado de terceirizar outras atividades que não as lá citadas, sob o risco de nulidade do contrato e da responsabilização do dirigente que o patrocinou ou autorizou.

Essa situação se alterou com a edição da Lei nº 9.632, de 7 de maio de 1998, resultado da vigésima reedição da Medida Provisória nº 1.524, de 11 de outubro de 1996, que *dispõe sobre a extinção de cargos no âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, e dá outras providências*.

O diploma legal promove a extinção de um significativo número de cargos efetivos no âmbito da administração direta, das autarquias e das fundações públicas federais, determinando, ainda, que os mesmos cargos, quando ocupados, serão extintos quando vagarem. Trata-se, essencialmente, dos cargos vinculados às atividades de apoio operacional aos órgãos e entidades públicos, tais como os de Agente de Portaria, Agente de Vigilância, Artífice, Auxiliar de Limpeza, Auxiliar de Serviços Gerais, Auxiliar Operacional de Serviços Diversos, Contínuo, Motorista, Porteiro, Servente de Limpeza, Telefonista e Vigilante. Prevê, ainda, a Lei, em seu art. 2º, que:

Art. 2º As atividades correspondentes aos cargos extintos ou em extinção, constantes dos Anexos desta Lei, poderão ser objeto de execução indireta, conforme vier a ser disposto em regulamento.

Parágrafo único. Aplica-se o disposto neste artigo às atividades de Motorista e Motorista Oficial.

Assim, a possibilidade de terceirização de atividades no âmbito da administração direta, autárquica e fundacional da União encontra-se bastante ampliada, abrangendo a grande parte das atividades e apoio aos respectivos órgãos e entidades.

A terceirização se coloca, hoje, como uma opção para o exercício, pela Administração Pública, de um grande número de atividades de caráter acessório, nas quais não existam os requisitos da permanência e da continuidade.

A terceirização, no entanto, tem sido objeto de grande controvérsia e forte crítica.

Em nosso entendimento, todavia, os problemas que existem com a prática não se referem ao instituto propriamente dito, mas exatamente ao não atendimento de suas características.

Na verdade, parece-nos que se deve debater como o instituto se insere nas práticas disfuncionais da administração pública brasileira, antes de falar dos problemas da terceirização.

Não se está dizendo que o instituto seja perfeito e, eventualmente, não mereça correções pontuais, mas que essas correções, por mais adequadas que sejam, não irão equacionar os pontos críticos do problema.

Em uma tentativa de tipificação, pode-se classificar esses problemas em: desvio de finalidade, gigantismo, incapacidade gerencial, paternalismo e mito da contratação direta.

2. DESVIO DE FINALIDADE

O primeiro ponto é relativamente simples. Basicamente, a terceirização não pode perder o seu sentido.

Ou seja, nunca se deve esquecer que a Administração está contratando serviços, e não pessoal, quando promove terceirização.

Assim, em primeiro e fundamental lugar, o instituto não pode ser usado como forma de burla do concurso público.

Efetivamente, utilizar terceirização como forma de admitir pessoal, evitando-se o princípio da impessoalidade, somente pode levar a resultados deletérios e deturpar todo o processo que a envolve.

Se a terceirização existe para possibilitar a admissão de pessoas no serviço público, não há sequer um problema, uma vez que o instituto estará cumprindo a sua finalidade simplesmente a partir do momento que viabiliza o ingresso dessas pessoas.

Ou seja, quando isso ocorre, a responsabilidade não é do instituto da terceirização, mas da sua utilização desvirtuada.

De outra parte, não pode a terceirização ser utilizada como forma de suprir pessoal e não serviços. Ou seja, não se pode simular a terceirização de atividades que devem ser exercidas por pessoal permanente.

Fazer isso, igualmente, gera profundas distorções no processo de terceirização, que não podem ser equacionadas.

3. GIGANTISMO

Outra questão – que, igualmente, é um vício de finalidade – está em buscar a terceirização porque a estrutura administrativa cresceu de tal forma que não há pessoal para supri-la.

Isso é especialmente grave em casos em que o crescimento é disfuncional e não justifica o aumento do quadro de pessoal permanente.

Essa parece ser a situação do Senado Federal, onde o crescimento desmesurado da Casa tem levado à busca de pessoal – que, em tese, deveria ser permanente – sob qualquer forma.

O equacionamento desse tipo de problema somente se pode dar com a definição da estrutura permanente e o adequado suprimento da força de trabalho necessária para o seu funcionamento.

No Senado Federal, em nosso entendimento, essa discussão tem que ser feita a partir da definição onde a Casa deve atuar.

Salvo melhor juízo, a única resposta para tal é que essa atuação deve ter lugar, exclusivamente, na área legislativa e no apoio a essa área. Todas as unidades que atuam fora desse campo devem ser extintas.

Essa definição não é apenas de uma diretriz organizacional, mas, entendemos, uma exigência constitucional derivada do próprio princípio da separação e da independência dos poderes.

Em razão desse princípio, indiscutivelmente, o Senado Federal tem assegurado, pelo inciso XIII do art. 52 da Constituição, o poder de se auto-organizar, *verbis*:

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

.....

XIII – dispor sobre sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços, e a iniciativa de lei para fixação da respectiva remuneração, observados os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias;

.....

O mesmo princípio da separação e independência dos poderes, entretanto, também limita a capacidade do Senado Federal de se auto-organizar. Não pode esta Casa extrapolar, ao dispor sobre a sua estrutura e funcionamento, os assuntos de seu interesse interno, aquilo que é indispensável para que cumpra as suas funções. É-lhe vedado invadir as funções dos outros poderes.

Nesse sentido, se o Senado Federal pode se autoadministrar, pode criar órgãos subordinados, cabe exercer essa competência somente para viabilizar a sua função legislativa.

Certamente, não pode o Senado Federal criar um órgão encarregado de exercer função jurisdicional, também lhe é defeso criar um órgão com atribuições de coletar impostos e, igualmente, o órgão está impedido de criar um banco, uma empresa petroquímica, uma empresa aérea, uma siderúrgica ou, mesmo, um hospital ou uma universidade.

Se fizesse isso, estaria exercendo atribuições que cabem aos outros poderes da República, sejam as respectivas atividades exclusivas, seja, no caso

do Poder Executivo, o oferecimento de serviços públicos ou a intervenção no domínio econômico, nos casos autorizados pelo ordenamento jurídico.

Ou seja, estaria atingindo o próprio princípio da separação dos poderes, estaria não apenas desbordando do seu papel institucional como, mesmo, se imiscuindo em atribuição que cabe a outro poder.

Novamente, quando ocorrem problemas com a terceirização por causa do gigantismo, o problema não é do instituto, mas de sua utilização.

4. INCAPACIDADE GERENCIAL

Chega-se agora a uma questão que, em nosso entendimento, representa o ponto central da situação de toda a administração pública brasileira e não apenas das mazelas que envolvem o instituto da terceirização.

Estamos falando da total falta de capacidade gerencial.

Trata-se de problema que é grave na União e nos grandes Estados e Municípios, e que atinge um grau de tragédia nos pequenos.

Efetivamente, a forma de escolha dos dirigentes públicos no Brasil é absolutamente caótica e errática.

A ausência de carreiras, em sentido estrito, conforme comentado anteriormente, não estabelece as condições mínimas para a instituição de um corpo dirigente permanente.

Mesmo a tentativa feita, no Poder Executivo da União, durante a gestão do Ministro Bresser Pereira, no primeiro mandato do Presidente

Fernando Henrique Cardoso, de retomar a seleção de carreiras para a alta gerência falhou por não trabalhar, absolutamente, a inserção de seus integrantes na máquina administrativa.

Eles eram, e ainda são, simplesmente selecionados e lançados nos órgãos e entidades, sem comando central. O que acaba ocorrendo é a integração dos selecionados ficar à mercê de relações interpessoais e corporativas.

Nem mesmo o instituto da estabilidade, ainda que altamente generalizado – talvez mais do que em qualquer outro país –, produziu na nossa Administração Pública uma efetiva continuidade. A administração brasileira, malgrado a estabilidade no serviço público alcançada por seus servidores, padece de uma instabilidade funcional de grandes proporções.

As mudanças constantes de direção nos órgãos e entidades conduzem ao que é denominado *dança de cadeiras*. Mesmo que o quadro dirigente não se modifique no total, as pessoas estão, a cada momento, em um determinado órgão ou entidade. Assim, a estabilidade acaba sendo inútil para assegurar continuidade e permanência.

Assim, o nosso sistema de recrutamento de dirigentes, na prática, é absolutamente aberto, permitindo à Administração liberdade ampla na seleção dos gerentes. Ocorre que isso é feito sem qualquer tipo de diretriz, centralizada ou não.

Não há critérios explícitos para orientar a escolha de gerentes e, em decorrência, não há qualquer forma de avaliação de seus resultados, além, estritamente, do requisito da confiança, o que faz com que esses postos se tornem mera moeda de negociação política, quando não político-partidária.

Ao mesmo tempo, a ausência da idéia de continuidade no serviço público, bem como a falta de mecanismos institucionais de aferição de mérito para admissão e progressão, fazem com que o nível de exigência quanto à qualidade do serviço prestado seja extremamente baixo por parte das gerências.

Essa combinação leva à total ausência de gerência no serviço público, o que, a nosso ver, em boa parte é responsável pela presente situação.

Esse quadro contamina toda a atuação administrativa e seu equacionamento é absolutamente difícil, especialmente porque demanda tempo de não pode ser resolvido por mera alteração legal.

5. PATERNALISMO

Outro problema que atinge a terceirização é que, via de regra, a remuneração e as condições de trabalho dos terceirizados é bem inferior à dos servidores públicos, levando a uma forte tendência de buscar estender aos prestadores de serviço o manto de proteção do serviço público.

Esse problema é ainda mais grave nos órgãos do Poder Legislativo.

De um lado, porque nesses órgãos o discurso da isonomia se travestiu da busca de um igualitarismo quase absoluto, fazendo com que não haja diferença na remuneração dos servidores, independentemente das funções que exercem.

De outra parte, os tomadores de decisão são muito mais permeáveis a pressões, pela própria natureza política desses órgãos.

Esse tipo de comportamento pode ser observado em alguns atos recentes desta Casa.

Vale chamar a atenção para as Decisões da Comissão Diretora de 27 de maio de 2007 e de 30 de abril de 2008, cujos textos, na ordem em que foram editados, seguem abaixo:

A COMISSÃO DIRETORA DO SENADO FEDERAL, no uso de suas atribuições regimentais e regulamentares, observada a elevação do custo de vida e levando em conta a importância social da medida, que visa promover a melhoria das condições de vida dos trabalhadores terceirizados, DECIDE pela elevação do auxílio-alimentação pago pelas empresas de terceirização de mão-de-obra contratadas pelo Senado Federal para R\$ 15,00 por dia de trabalho, a ser pago em espécie na data do pagamento do salário vencido, com efeitos financeiros a partir de 1º de abril de 2007.

A COMISSÃO DIRETORA DE SENADO FEDERAL, no uso de suas atribuições regimentais e regulamentares, observada a elevação do custo de vida e levando em conta a importância social da medida, que visa promover a melhoria das condições de vida dos trabalhadores terceirizados, DECIDE pela elevação do auxílio-alimentação pago pelas empresas de terceirização de mão-de-obra contratadas por esta Casa Legislativa e pelas empresas prestadoras de serviços que mantêm equipe técnica residente em caráter exclusivo no Senado Federal, para R\$ 20,00 por dia de trabalho, a ser pago na data do pagamento do salário vencido, com efeitos financeiros a partir de 1º de maio de 2008.

O fato de essas Decisões terem sido posteriormente revogadas, pelo Ato da Comissão Diretora nº 11, de 2009, que *regulamenta o pagamento de auxílio-alimentação aos empregados das empresas prestadoras de serviço contratadas pelo Senado Federal*, conforme abaixo, não elimina o ponto que queremos destacar:

Art. 1º O valor do auxílio-alimentação a ser pago aos empregados das empresas prestadoras de serviço contratadas pelo Senado Federal deverá ser o fixado nas respectivas convenções coletivas de cada categoria profissional.

Art. 2º O disposto no art. 1º deverá ser observado em todas as licitações promovidas pelo Senado Federal e por seus órgãos supervisionados.

Art. 3º Fica revogada a Decisão da Comissão Diretora de 30 de abril de 2008, publicada no Boletim Administrativo de Pessoal nº 3957-S1.

Art. 4º Este Ato entra em vigor na data de sua publicação, não se aplicando aos contratos vigentes ou que venham a ser prorrogados.

Outro exemplo que vale citar é o Projeto de Lei do Senado nº 296, de 2009, que *altera os §§ 1º e 2º do art. 71 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, para estabelecer a responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelos encargos trabalhistas decorrentes da execução de contratos por ela firmados*, em cuja justificção se lê:

Este projeto tem o objetivo de corrigir disposições da Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993) que se mostram injustas e vêm causando sérios prejuízos aos trabalhadores. O § 1º do art. 71 da Lei de Licitações e Contratos determina que a inadimplência das empresas contratadas não transfere à Administração Pública a obrigação de pagamento, com respeito a débitos trabalhistas, fiscais e comerciais relativos ao contrato.

É natural que essa isenção de responsabilidade da Administração seja efetuada para os débitos de natureza fiscal e comercial decorrentes dos contratos firmados. Quanto aos encargos trabalhistas, no entanto, a situação é diversa, pois, se o Poder Público tem o dever de fiscalizar a correta observância dos direitos e garantias da legislação trabalhista nos contratos de uma forma geral, tanto maior é sua obrigação de zelar pelo respeito a esses direitos nos contratos que ela própria tenha celebrado.

O estabelecimento da responsabilidade subsidiária da Administração pelos encargos trabalhistas traz, para os trabalhadores, uma maior garantia de recebimento por obrigações que eventualmente não sejam honradas pelas empresas contratadas pela Administração. Além disso, essa responsabilização levará a Administração a aperfeiçoar a fiscalização sobre o cumprimento dos direitos trabalhistas nos serviços e obras por ela contratados, fazendo com que sejam reduzidas as ocorrências de descumprimentos.

A proposição foi lida no dia 30 de junho de 2009 e despachada ao exame da Comissão de Assuntos Sociais e, terminativamente, da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania.

Na primeira, a matéria foi aprovada em 2 de setembro de 2009, sob o argumento essencial de que *os cidadãos que cumpriram seus deveres na prestação do serviço não podem ficar prejudicados pelo inadimplemento da obrigação por parte das empresas prestadoras, e dessa forma reveste-se de plena justiça a transferência à Administração Pública dos débitos trabalhistas*. O projeto encontra-se sob exame da Constituição, Justiça e Cidadania.

Efetivamente, a atual redação do § 1º do art. 71 da Lei de Licitações e Contratos estabelece que *a inadimplência do contratado com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis*.

Ocorre que o inciso IV do Enunciado nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho estabelece:

IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quando aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (artigo 71 da Lei nº 8.666/93).

Com base nesse entendimento, a Justiça do Trabalho vem condenando a Administração a arcar com obrigações trabalhistas de empresas

contratadas inadimplentes com seus empregados, criando graves problemas para todos os entes públicos.

Em razão disso, tramita no Supremo Tribunal Federal a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16, na qual o Governador do Distrito Federal busca o reconhecimento e a declaração de que o dispositivo é válido segundo a ordem constitucional.

Submetida matéria a julgamento, em 10 de setembro de 2009, após o voto do relator, Ministro CEZAR PELUSO, que não conhecia da ação declaratória de constitucionalidade por não ver o requisito da controvérsia judicial, e o voto do Ministro MARCO AURÉLIO, que a reconhecia e dava seguimento à ação, pediu vista dos autos o saudoso Ministro MENEZES DIREITO. Sua Excelência devolveu os autos para julgamento em 17 de novembro de 2008, mas a matéria ainda está pendente.

Observe-se, então, que apesar da polêmica jurídica, a posição política da Casa, também, foi no sentido da proteção do empregado terceirizado, pela sua hipossuficiência, independentemente do fato de ter que transferir o custo dessa proteção para a Administração.

Esse forte componente cultural faz com que a redução de custos trazida pela terceirização possa estar sempre sob ameaça.

6. O MITO DA CONTRATAÇÃO DIRETA

Todas essas controvérsias em torno da terceirização têm conduzido, muitas vezes, a se imaginar que a solução para o instituto seria buscar formas de substituí-lo por alguma forma de contratação direta de pessoal.

Como forma de se evitarem as amarras do serviço público, esse pessoal seria contratado por meio da legislação trabalhista, sem passar por concurso público e não teria estabilidade.

Em nosso entendimento, trata-se de aplicar ao tema a extremamente conhecida frase do jornalista norte-americano HENRY LOUIS MENCKEN: *there is always an easy solution to every human problem – neat, plausible, and wrong*².

Passemos a comentar cada um dos três institutos acima citados – o regime jurídico dos servidores públicos, a concurso público e a estabilidade – e as possíveis consequências da aplicação do modelo que vem de ser referido para a substituição da terceirização.

6.1. REGIME JURÍDICO

No que diz respeito à questão do regime jurídico dos servidores públicos e da possibilidade da adoção do regime trabalhista para eles, cabe discuti-la com cuidado.

É comum a existência de ferozes críticas à obrigatoriedade constitucional de implantação do regime jurídico estatutário para os servidores da administração direta, autárquica e fundacional, sob o argumento de que este teria provocado o engessamento geral da Administração Pública e retirado toda a sua flexibilidade, necessária em vista de sua diversidade.

² Em tradução livre: Existe sempre uma solução simples para cada problema da humanidade – clara, plausível e errada.

Não foi outro o motivo a justificar a alteração que se tentou fazer pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998, retirando a obrigatoriedade do regime jurídico único do art. 39 da Constituição³.

Na verdade, a implantação do regime trabalhista para os servidores das entidades de Direito Público, como são a administração direta, as autarquias e as fundações públicas, entretanto, parece-nos de difícil compatibilidade com o princípio da legalidade e da reserva legal das matérias relativas a servidores públicos. Observe-se ainda que, de conformidade com o que dispõe o art. 169 da Lei Maior, a definição de direitos e vantagens de servidores públicos depende da capacidade orçamentária do Estado.

A matéria já foi examinada pelo Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 492-DF, que trata da suspensão de dispositivos do Regime Jurídico dos Servidores Públicos da União, a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que facultavam ao servidor público o direito à negociação coletiva e ao ajuizamento coletivo junto à Justiça do Trabalho. Naquele feito, o Relator, o Ministro CARLOS VELLOSO, afirmou que *a Constituição deixa expresso que a lei que disponha sobre criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração, é de iniciativa do Presidente da República (CF, art. 61, § 1º, II, 'a'), como é de iniciativa privativa do Presidente da República a lei que disponha sobre servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria de civis (CF, art. 61, § 1º, II, 'c'). Quer dizer, a sistemática dos servidores públicos, regime jurídico, vencimentos e remuneração assentam-se na lei, mesmo porque legalidade*

³ Conforme decisão liminar do Pretório Excelso nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.135, a Emenda Constitucional nº 19, de 1998, foi declarada, por vício formal, parcialmente inconstitucional e ficou mantida, até a decisão final do feito, a obrigatoriedade da existência de regime jurídico único para os servidores federais, conforme previsto na redação original do *caput* do art. 39 da Constituição.

constitui princípio a que a Administração Pública deve obediência rigorosa (CF, art. 37).

Ou seja, a relação entre os servidores públicos e o Estado não é de natureza contratual. Conforme CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO:

Em tempos, pretendeu-se que o vínculo jurídico entre o Estado e o funcionário fosse de natureza contratual. De início, entendido como contrato de direito público, afinal, prevaleceu o entendimento correto, que nega caráter contratual à relação e afirma-lhe natureza institucional. Isto significa que o funcionário se encontra debaixo de uma situação legal, estatutária, que não é produzida mediante um acordo de vontades, mas imposta unilateralmente pelo Estado e, por isso mesmo, suscetível de ser, a qualquer tempo, alterada por ele sem que o funcionário possa se opor à mudança das condições de prestação de serviço, de sistema de retribuição, de direitos e vantagens, de deveres e limitações, em uma palavra, de regime jurídico.

O conteúdo do vínculo jurídico que transcorre entre o funcionário e o Estado não é determinado por via consensual. Não decorre de uma produção da vontade conjunta das partes entre as quais intercorre a relação. O ato de nomeação é unilateral e proporciona a inserção de alguém debaixo de um regime jurídico prefixado, sobre o qual a vontade do funcionário não tem força jurídica para interferir. É certo que não basta o ato de provimento para se perfazer a relação funcional. É necessária a posse, através da qual o nomeado aceita o cargo e exprime um compromisso de bem servir, a fim de que se aperfeiçoe o vínculo entre ele e o Estado. Há, efetivamente, um acordo, mas este diz respeito, unicamente, à formação do vínculo. Cinge-se a ele. Limita-se a expressar sua concordância em inserir-se debaixo de uma situação geral e abstrata. Não atinge, nem pode atingir, o conteúdo da relação formada, pois este não se encontra à sua disposição como objeto de avença. Falta à relação de função pública aquela 'transfusão de vontades' que, na feliz expressão de Clóvis Beviláqua, caracteriza o contrato.⁴

Cabe ainda observar que, para os Estados, Distrito Federal e Municípios, adotar o regime trabalhista para os seus servidores significa renunciar ao direito de legislar sobre a matéria, uma vez que compete

⁴ Celso Antonio Bandeira de MELLO. Regime dos servidores da Administração direta e indireta. São Paulo, Malheiros. p. 20-21

privativamente à União legislar sobre Direito do Trabalho, conforme o inciso I do art. 22 da Lei Maior.

Mesmo se ultrapassado o problema da constitucionalidade da instituição do regime trabalhista para os servidores das entidades de Direito Público, há sérios problemas com relação à sua conveniência e custo.

De início, esse regime cria sérios problemas de gestão para os órgãos e entidades públicas, quando obriga a convivência de dois modelos de conformação absolutamente diversa, levando, muitas vezes, à existência, no mesmo espaço, de servidores executando idêntica função, mas submetidos a regras totalmente distintas. Trata-se de problema vivenciado intensamente pela Administração Pública nas décadas de 1970 e 1980, quando havia essa convivência.

De outra parte, o estabelecimento pelo Estado de relações bilaterais com seus servidores pode traduzir-se em sérias restrições para a Administração. A principal delas é que a relação contratual não pode ser alterada unilateralmente, ao contrário daquela estatutária, o que impede a conformação da relação entre a Administração e seus servidores de acordo com o interesse público.

De outra parte, a relação trabalhista tem lógica diversa da relação administrativa, baseia-se em pressupostos distintos. Por exemplo, enquanto para a Administração Pública exige-se o princípio da legalidade, no Direito do Trabalho predomina a questão fática. Se para o Direito Administrativo o fundamental é o interesse público, no trabalhismo impera a defesa do hipossuficiente. Essas questões fazem com que haja grande dificuldade no julgamento de feitos trabalhistas envolvendo entes de Direito Público. Exemplos

desse tipo de problema podem ser encontrados à exaustão durante o período em que vigeu o regime da Consolidação das Leis do Trabalho para a administração direta, autárquica e fundacional. E esse fato, inclusive, tende a se agravar com a tendência de reduzir a formalidade da relação trabalhista, hoje em voga.

No que diz respeito aos custos, é importante observar que, ao contrário do que se apregoa, o regime trabalhista é mais oneroso para a Administração do que o estatutário. Isso se deve não apenas aos encargos incidentes sobre a folha de pagamentos, mas, especialmente pelo seu caráter contratual – que, conforme dito acima, não permite que ele sofra alterações unilateralmente – e geral, nacional – que impede a sua adaptação às especificidades de cada ente federado, mesmo da União. A questão previdenciária, que tornava o regime mais oneroso, foi equacionada pelas Emendas Constitucionais n^{os} 20, de 1998, e 41, de 2003, que instituíram um regime previdenciário para os novos servidores públicos extremamente similar, em seus custos, ao regime geral.

Aqui, vale comentar a questão relativa à propalada flexibilidade permitida pelo regime da Consolidação das Leis do Trabalho, em comparação com o estatutário. Na verdade, o que permite a flexibilidade é o regime de Direito Privado, uma vez que, independentemente do regime de seus servidores, a administração pública e seus agentes submetem-se, por imposição constitucional e por princípio institutivo, ao ditame da legalidade, só podendo agir de acordo com a lei, sob o risco de cometer desvio de poder.

Ou seja, a flexibilidade encontrada na iniciativa privada no trato com os seus empregados não se deve à utilização de um determinado regime. Deve-se às suas características. Ao administrador privado, contrariamente ao administrador

público, é facultado fazer tudo, exceto aquilo que lhe é vedado pela lei. Assim, desde que respeitada a lei e os contratos – que são lei entre as partes –, pode o empresário contratar e demitir livremente os seus empregados, fixar-lhes remuneração e alterá-la.

Não é a situação da Administração Pública, onde somente se pode fazer aquilo que é determinado pela lei, que define mesmo os limites da discricionariedade do administrador público, cujos atos, inclusive aqueles discricionários, sujeitam-se aos princípios da impessoalidade, moralidade e motivação, sendo nulos se contiverem vícios que atinjam esses princípios.

Na verdade, do ponto de vista da Administração Pública, o regime estatutário, como se viu, é o mais flexível, por ser unilateral. Isso fica evidente, por exemplo, com a edição da Lei nº 9.527, de 10 de dezembro de 1997, que alterou quase um terço dos dispositivos da citada Lei nº 8.112, de 1990, retirando vários de seus excessos.

A Lei nº 9.527, de 1997, por exemplo, extinguiu a licença-prêmio e a conversão de um terço de férias em pecúnia e tornou mais rígida a concessão de diversas vantagens e licenças. Se o regime fosse celetista e, conseqüentemente, contratual, isso não poderia ter sido feito unilateralmente.

Efetivamente, o que buscam muitas das críticas ao regime estatutário na administração pública é o retorno à situação anterior, de não-institucionalização da relação entre o Estado e seus servidores, quando os dirigentes tinham total autonomia para admitir, fixar remuneração, promover, ascender e até dispensar. Trata-se de procedimento que, além de ferir os princípios basilares da administração pública, conduziu, como conduziu no passado, ao grande crescimento da despesa pública.

Nesse momento, é oportuno atentar se se pretende, de fato, combater a existência do regime estatutário, como conceito, ou se se ataca o princípio quando o problema é o estatuto vigente. Não se pode pretender o fim do conceito constitucional pelos eventuais defeitos da sua regulamentação. Mais ainda, sem se verificarem as consequências que o fim da relação estatutária poderia trazer para as finanças públicas.

Assim, não nos parece que seja solução a ideia de substituir os terceirizados por empregados públicos regidos pela CLT.

6.2. ADMISSÃO DE PESSOAL

Como já se comentou anteriormente, na história administrativa do Brasil, o período posterior à Constituição de 1988 representa a primeira oportunidade em que o concurso público se tornou a única forma de acesso ao cargo público permanente.

Aqui, também, são comuns críticas ao instituto sob o argumento de que promove excessivo enrijecimento da Administração Pública. Em nosso entendimento, aplicam-se a essas críticas as mesmas observações feitas com relação ao regime jurídico.

As regras do concurso público não podem ser alteradas, sob o risco de repetir o retrocesso já vivido em 1946 e intensificado na década de 1970, quando se reforça a tradição de que o serviço público é, essencialmente, uma moeda de troca no jogo político-partidário.

O concurso público é, de um lado, garantia da moralidade e da impessoalidade da gestão da coisa pública e exigência básica do direito de

acesso de todos os cidadãos à função pública, de conformidade com a sua capacidade. De outra parte, trata-se, ainda da melhor forma de permitir à Administração Pública a escolha dos melhores.

Condena-se o concurso público como inadequado para a escolha de candidatos para tarefas simples ou para atividades de grande complexidade. O problema é a incapacidade de se organizarem concursos adequados.

Acusa-se o concurso, por exemplo, de impossibilitar a contratação de trabalhadores para funções braçais. Cabe perguntar, apenas, se não houver concurso como será a seleção. Dificilmente poderá ser feita levando em conta o princípio da impessoalidade.

De certa forma, parece-nos que, sobre o tema, se pode parafrasear WINSTON CHURCHILL: o concurso público é a pior forma de acesso ao serviço público, à exceção de todas as outras que já foram experimentadas.

Em nosso entendimento, a simples supressão do concurso público ou a sua flexibilização – para, por exemplo, contratar substitutos dos terceirizados – traria consequências deletérias para a Administração Pública, uma vez que teria como resultado a paralisação do processo de institucionalização do serviço público, que vem tomando corpo, lentamente, contra uma grande resistência e com alguns graves recuos, desde a edição da Carta de 1988.

Acabaríamos tendo, aqui, em grau muito ampliado, um processo similar ao que estamos assistindo com os agentes comunitários de saúde, após a edição da Emenda Constitucional nº 51, de 2006, que permitiu o ingresso desses

profissionais no serviço público por meio de processos seletivos simplificados e a efetivação dos que estivessem em exercício.

6.3. ESTABILIDADE

As discussões acerca do instituto da estabilidade do servidor público devem ser feitas levando em conta o seu fundamento. Servidor público deve ser estável porque isto é importante para garantir a continuidade, a eficiência, a eficácia e a probidade da administração pública, não porque este é um direito da categoria.

É preciso reconhecer, entretanto que, apesar da clara diferença das duas situações – a estabilidade do servidor público visa a garantir os direitos da coletividade, enquanto a estabilidade no emprego na iniciativa privada justifica-se pelos direitos devidos aos trabalhadores –, hoje, é possível encontrar, especialmente, mas não unicamente, nas reivindicações das entidades representativas dos servidores públicos, uma confusão entre os dois institutos, que, entretanto, não se confundem.

Assim, a estabilidade do servidor somente se justifica se ela assegura, de um lado, a continuidade e a eficiência da Administração e, de outro, a legalidade e impessoalidade da gestão da coisa pública.

Assim, ela não pode ser vista, apenas, como garantia de emprego do servidor. Ao contrário, antes de atender ao servidor, a sua existência tem que atender ao interesse público que se sobrepõe àquele.

O surgimento do instituto da estabilidade dos servidores públicos vincula-se assim, aos próprios princípios da administração pública. Neste

sentido, a estabilidade justifica-se na medida em que assegura à Administração condições de levar a cabo as suas finalidades. Ou seja, a estabilidade no serviço público não pode ser entendida como um princípio que se esgota em si mesmo.

A permanência do servidor no serviço público surge na medida em que o Estado moderno verifica a necessidade e conveniência de continuidade da ação administrativa, de formação de quadros estáveis e competentes de servidores que possam conduzir à eficiência e eficácia da gestão da coisa pública. Ao mesmo tempo, a estabilidade revela-se como garantia da autonomia do servidor frente a pressões ilegítimas sobre o seu trabalho.

Certamente, não se pode afirmar que, no Brasil, a concessão de estabilidade ao servidor público não tenha, em alguns casos, extrapolado o limite do interesse público, guiando-se, muitas vezes, pelas pressões do momento, como ocorreu na sua extensão descuidada feita por quase todas as nossas constituintes. A estabilidade muitas vezes confundiu-se com um prêmio devido ao servidor público, exclusivamente pelo fato de ele ocupar um cargo ou emprego na administração pública.

Apesar disso, a nossa legislação sempre previu que o servidor público, mesmo o formalmente estável, podia perder o cargo, desde que tivesse dado causa para tal.

Estabelece o art. 41 da Constituição que o servidor admitido por concurso é estável após três anos de exercício, só perdendo o cargo em virtude de sentença judicial transitada em julgado, mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa ou, conforme dispositivo introduzido pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998, mediante procedimento de avaliação

periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa.

Observa-se então que, salvo a hipótese introduzida pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998, não prevê a Constituição as hipóteses em que o servidor estável pode perder o seu cargo, mas, tão-somente como. Cabe, daí, à lei especificar as hipóteses em que pode haver perda do cargo e disciplinar o processo administrativo. Claro que a lei não pode listar hipóteses absurdas para a perda do cargo. Por exemplo, ela não tem a faculdade de dizer que perderá o cargo o servidor que se vestir de cinza ou marrom. Mas, certamente, pode ela dizer que perderá o cargo o servidor que não cumprir as suas obrigações.

Aliás, a lei não apenas pode, mas deve dizer isso. E, como regra, todos os estatutos dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios já dizem isso.

No tocante à alteração feita pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998, o que ocorreu – em mais um dos seus equívocos – foi, simplesmente, constitucionalizar a possibilidade de perda de cargo por servidor estável em razão de insuficiência de desempenho, apurada mediante procedimento de avaliação periódica, na forma que lei complementar vier a estabelecer. A alteração apenas tornou mais difícil a demissão por insuficiência de desempenho, por exigir uma nova lei – complementar e, até o momento, não editada – para disciplinar a matéria.

De toda forma, as limitações existentes para a demissão de servidores que dão causa para tal derivam de um problema muito mais complexo e envolve a nossa cultura política e administrativa. O fundamental aqui é a

decisão política de se abrirem os processos administrativos e de se proceder às punições decorrentes.

Certamente, é possível alterar a lei para regulamentar de forma mais adequada, tornando o processo administrativo mais ágil, flexível e menos oneroso.

De início, radicalmente simplificando o processo de apuração e punição de faltas leves. Quanto às faltas graves, impõe-se retirar os excessos do processo administrativo disciplinar.

Em verdade, nossas normas processuais são tão complexas que o que ocorre é a Administração dificilmente ter condições de mobilizar tantos recursos para a punição de faltas, o que acaba conduzindo à tolerância e à omissão das chefias, num procedimento que, certamente, não atende o interesse público, uma vez que premia o mau funcionário.

Não se trata de retirar o direito de defesa, mas de evitar que o mau funcionário seja beneficiado com mecanismos procedimentais intermináveis, que fazem com que a punição de um servidor estável tenha que levar anos para ser aplicada, consumir dezenas ou até centenas de horas de trabalho de vários outros servidores e constituir autos que, muitas vezes, atingem vários quilogramas de peso, obrigando a Administração a despender esforços que seriam muito melhor canalizados na busca do atingimento de suas finalidades.

Entretanto, repetimos que o fundamental nesta matéria é a decisão política de se procederem às punições e à adequada gerência. Apesar de algumas falhas, como acima descrito, existe legislação rígida para a punição do mau

servidor e do incompetente que, na maior parte das vezes, tão-somente não é aplicada.

Observe-se, confirmando a tese esposada que as administrações, como regra, sequer exoneram aqueles servidores que demonstram ineficiência em seu estágio probatório, cuja avaliação quase nunca é feita de forma adequada.

Além disso, já existe, mesmo, norma que permite a exoneração de servidores públicos, quando a despesa de pessoal superar certos limites.

Trata da alteração promovida pela referida Emenda Constitucional nº 19, de 1998 – e talvez a única feita por ela com algum efeito prático – no art. 169 da Constituição. Temos aqui mudança qualitativa importante que modifica conceitualmente o instituto da estabilidade, uma vez que, diferentemente dos demais casos até então existentes, permite-se que um servidor estável perca o seu cargo sem ter dado causa para isso.

Permite-se na norma que, superados limites estabelecidos em lei complementar para as despesas com pessoal, possam ser exonerados servidores estáveis. A aplicação da norma transcrita exige dois tipos de regulamento, ambos já providos.

O primeiro é uma lei complementar definindo limites para a despesa de pessoal da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Essa exigência foi suprida pela Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, que *estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências*, conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF). O outro regulamento exigido é o que prevê a

edição de uma lei ordinária estabelecendo normas gerais para a exoneração dos servidores estáveis. Trata-se da Lei nº 9.801, de 14 de junho de 1999, que *dispõe sobre as normas gerais para perda de cargo público por excesso de despesa e dá outras providências*.

Mesmo com essa legislação, verifica-se que não há dispensa de servidores públicos. Na verdade, já não havia a dispensa dos servidores não-estáveis – na União tentada no Governo Collor e revertida a partir do Governo Itamar Franco, como já se comentou.

Ou seja, também nesse aspecto, o problema é muito mais político e gerencial do que de legislação. Assim, na verdade, é, no mínimo, irrealista imaginar-se que o fim da estabilidade, mesmo para determinadas categorias, seria solução para qualquer coisa.

Na verdade, quando se iniciou o processo de implantação da terceirização como opção para o exercício das atividades de apoio na administração pública, como regra, os servidores públicos não tinham estabilidade e o regime político autoritário facilitava a dispensa de pessoal. Nada disso foi suficiente para que alguém imaginasse à época que o exercício direto das atividades pelo Estado fosse mais eficiente.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É, com certeza, lugar comum afirmar que a administração pública brasileira padece de graves problemas e que o instituto da terceirização não se exclui dessa afirmativa.

Efetivamente, os problemas da Administração Pública são complexos e profundos, e não há solução fácil para eles. Principalmente, inexistente solução legislativa que os equacione – salvo, eventualmente, para o equacionamento de algumas pequenas questões pontuais.

O problema é cultural e somente pode ser resolvido no longo prazo, com diretriz estratégica e continuidade de políticas.

O importante, entretanto, é entender que o equacionamento desses problemas é extremamente complexo e não pode ficar restrito a lugares comuns e soluções simples.

A complexidade desses problemas fica mais evidente quando se constata que, na verdade, eles envolvem questões ligadas à nossa própria cultura política e administrativa.

Ou seja, para buscar resolver os problemas da administração pública brasileira não se pode repetir um equívoco da Constituinte de 1987/88 e do processo que resultou na Emenda Constitucional nº 19, de 1998, quando se acreditou que seriam dadas soluções imediatas a graves questões pela simples inclusão de dispositivos na Carta Magna. Trata-se de providência, certamente, menos glamourosa e de menor visibilidade do que buscar emendar a Constituição, mas, sem dúvida, mais eficaz.

Não se podem repetir os erros de diagnóstico que acabaram comprometendo experiências interessantes como a que se iniciou com a edição do Decreto-lei nº 200, de 1967, ou a gestão do Ministro Bresser Pereira, ou mesmo aquelas fortemente equivocadas, como a do Governo Collor. Impõe-se aprender com esses erros.

O principal problema da nossa administração pública é de decisão política e gerencial, no sentido de que lhe falta capacidade gerencial. Faltam-lhe bons gerentes, comprometidos com a gestão da coisa pública, o que somente será obtido com uma mudança cultural profunda.

A solução para os problemas da administração pública brasileira – e a gestão da terceirização não é diferente – não irá surgir enquanto passamos apenas por modismos e por uma descontinuidade permanente. É preciso reconhecer que as perspectivas não são otimistas.

Consultoria Legislativa, 13 de outubro de 2009.

Gilberto Guerzoni Filho
Consultor Legislativo