

VIABILIDADE JURÍDICA DA REALIZAÇÃO DE NEGOCIAÇÃO COLETIVA POR FUNDAÇÃO ESTATAL DE DIREITO PRIVADO

LEGAL FEASIBILITY OF ACHIEVEMENT FOUNDATION OF COLLECTIVE BARGAINING IN STATE OF PRIVATE LAW

84

Renato Silveira Bueno BIANCO¹

Sumário: Considerações iniciais; 1. A fundação estatal na organização administrativa: natureza jurídica e regime de pessoal; 2. Negociação coletiva no setor público: possibilidades e limites constitucionais; 3. Eficácia da negociação coletiva com um ente público de direito privado; Considerações finais; Referências

Resumo: O objetivo deste trabalho é analisar a viabilidade jurídica da realização de negociações coletivas por fundações estatais de direito privado. Na medida em que a eficiência é imperativo para a Administração Pública, a possibilidade de composição de conflitos trabalhistas pela negociação coletiva torna-se indispensável para atender o interesse público. No decorrer do estudo serão enfrentados os obstáculos jurídicos que vêm inibindo a utilização da negociação coletiva pela Administração Pública, apontando-se, ao final, para a viabilidade jurídica da realização das negociações coletivas, como a possibilidade de convivência harmônica entre as normas legais.

Abstract: The objective of this work is to analyze the legal feasibility of conducting collective bargaining by state foundations of private law. To the extent that efficiency is imperative for the Government, the possibility of composition of labor disputes by collective bargaining becomes indispensable to meet the public interest. Thus, during the study, legal obstacles will be faced that are limiting the use of this instrument by the Public Administration. Finally, the study points to the legal feasibility of the realization of collective labor negotiations, pointing out the possibility of peaceful coexistence between the legal provisions.

Palavras-chave: Fundação Estatal. Direito Privado. Negociação Coletiva. Solução. Conflitos Trabalhistas.

Key words: Public Foundation. Private Law. Collective Bargaining. Solution. Labor conflicts.

¹ Procurador do Estado de São Paulo, Classificado na Procuradoria Regional de Marília, Especialista em Direito Administrativo pela Universidade Anhaguera-Uniderp.

Considerações iniciais

O direito à sindicalização e o direito à greve foram garantidos aos agentes públicos na Constituição Federal de 1988, alçando as relações de trabalho com a administração pública a dimensões e influências significativas na qualidade dos serviços públicos prestados e consequentemente na vida das pessoas. À medida que um serviço público é paralisado por conta de reivindicações dos agentes públicos sem solução satisfatória, gerando descontentamentos que se auto alimentam até uma próxima paralisação e daí por diante, alternativas de solução de conflitos que não sejam tão prejudiciais a eficiência dos serviços públicos devem ser buscadas pelos aplicadores do direito.

Serviços públicos que não são mais prestados exclusivamente por uma administração pública centralizada e rígida, mas sim de forma descentralizada e, na atualidade, em maior sintonia com a iniciativa privada, a fim de dar maior eficiência administrativa no atendimento das crescentes demandas sociais. Papel muitas vezes delegado às fundações estatais que passaram a desempenhar valiosos serviços na área da saúde e da educação, principalmente após a introdução de novas formas de prestação de serviços públicos pela reforma administrativa implementada com a EC 19/98.

Tais fatores justificam a escolha do tema para estudo, no qual pretendemos elucidar a viabilidade jurídica da utilização da negociação coletiva como meio de solução dos conflitos nas relações entre empregados públicos e as fundações estatais de direito privado, cuja peculiaridade do regime jurídico possibilita alternativas mais eficazes.

Foi utilizado o método dedutivo, com enfoque hermenêutico, mediante uma revisão bibliográfica da doutrina, jurisprudência e legislação pertinente.

1. A fundação estatal na organização administrativa: natureza jurídica e regime de pessoal

A estrutura da administração pública atual está fundamentada em teorias que explicam a distribuição de competências entre os diversos entes e órgãos que são sujeitos das relações jurídicas de direito administrativo, tanto quanto a exteriorização dessas competências por meio de pessoas, os agentes públicos.

Cuida a doutrina de esclarecer as diferenças entre a administração direta e indireta mediante as teorias da desconcentração e descentralização administrativa, esclarecendo as principais diferenças entre os órgãos e entes públicos; a administração direta e os tipos de entidades da administração indireta, dentre elas as fundações estatais.

Descentralização, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro² “é a distribuição de

² PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Direito Administrativo. 24ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 420.

competências de uma para outra pessoa, física ou jurídica”. Estas competências são exercidas por pessoas jurídicas criadas para este fim, com certo grau de autonomia do ente criador.

É neste aspecto que reside a diferença entre os órgãos públicos e os chamados entes públicos. Aqueles existem a partir da distribuição das funções dentro de uma mesma pessoa jurídica, para uma melhor eficiência na prestação dos serviços públicos, fenômeno denominado de desconcentração, e se mantêm vinculados por força do princípio da hierarquia. Já os entes públicos são estas próprias pessoas jurídicas, dotadas de personalidade jurídica e autonomia.

Neste contexto surgem as fundações estatais como uma das alternativas de atuação descentralizada da administração pública.

Atribui-se ao Decreto-Lei nº 200/67 a primeira classificação legal da administração pública em direta e indireta, os tipos de administração indireta e a existência de uma personalidade jurídica própria³. Segue em seu art. 5º, IV, após as alterações da Lei 7.596/87, definindo a fundação estatal como:

“(...) a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público, com autonomia administrativa, patrimônio próprio gerido pelos respectivos órgãos de direção, e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes.”

Não obstante o conceito legal, ainda hoje reside grande polêmica sobre a natureza jurídica de direito público ou de direito privado a ser atribuída às fundações estatais. A doutrina aponta para três orientações sobre o tema:

- a) “Para a primeira, monista, toda fundação instituída e mantida pelo Poder Público é fundação de direito público, é autarquia ou fundação autárquica, apenas com a peculiaridade da criação ser realizada ou autorizada por lei e a área delimitada por lei complementar (Celso Antônio Bandeira de Mello, após a Constituição Federal de 1988, Lucas Rocha Furtado e Lucia Valle Figueiredo);
- b) Para a segunda, monista também, tradicional e quase desaparecida após 1984, com a decisão do STF no RE 101.126-RJ, Rel. Moreira Alves, é impróprio falar-se em fundação de direito público, pois toda fundação é forma civil, isto é, de direito privado (Manoel Franco Sobrinho, Seabra Fagundes, Hely Lopes Meirelles antes da Constituição de 1988);
- c) Para a terceira, a corrente dualista, o texto constitucional vigente refere a dois tipos de fundação, como explicitou a nova redação do art. 37, XIX, sendo

³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 39ed. Malheiros: São Paulo, 2013, p. 826.

possível falar-se tanto em fundação de direito público, autênticas autarquias, como fundações de direito privado, desde que a denominação tenha coerência com a finalidade e as competências efetivamente realizadas. (Maria Sylvia Zanella di Pietro, Diogenes Gasparini, Alice Gonzales Borges).”⁴

Teorias que buscam dar a melhor interpretação ao disposto no art. 37, XIX, da Constituição Federal, e suas influências sobre as normas infraconstitucionais. Discute-se sobre a recepção ou não do citado art. 5º, IV, do Decreto-Lei 200/67, como Lei Complementar e condicionante à possibilidade de criação de novas fundações estatais, face a exigência do art. 37, XIX, parte final, da Constituição Federal, que determina caber “à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação.”

De todo correto é o entendimento daqueles que defendem a recepção de referida norma como de natureza de lei complementar. “É sabido que o Supremo Tribunal Federal tem entendimento reiterado no sentido de que a lei ordinária preexistente é recepcionada com lei complementar, se tal *status* somente tenha sido dado pela nova ordem constitucional que lhe seja posterior (...)”⁵, de forma que adotaremos a posição da corrente dualista como base de nosso estudo.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, bem esclarece a questão: “Em cada caso concreto, a conclusão sobre a natureza jurídica da fundação – pública ou privada – tem que ser extraída do exame da sua lei instituidora e dos respectivos estatutos”⁶. Trata-se, em verdade, de uma análise do regime jurídico criador da fundação estatal e as atribuições que lhe são conferidas.

O Supremo Tribunal Federal também vem se posicionando neste sentido:

“EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ART. 28 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. EQUIPARAÇÃO ENTRE SERVIDORES DE FUNDAÇÕES INSTITUÍDAS OU MANTIDAS PELO ESTADO E SERVIDORES DAS FUNDAÇÕES PÚBLICAS: INCONSTITUCIONALIDADE.

1. A distinção entre fundações públicas e privadas decorre da forma como foram criadas, da opção legal pelo regime jurídico a que se submetem, da titularidade de poderes e também da natureza dos serviços por elas prestados.

(...)

3. Sendo diversos os regimes jurídicos, diferentes são os direitos e os deveres

⁴MODESTO, Paulo. AS FUNDAÇÕES ESTATAIS DE DIREITO PROVADO E O DEBATE SOBRE A NOVA ESTRUTURA ORGÂNICA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. Revista Eletrônica sobre a Reforma do estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 14, junho/julho/agosto, 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 04 mar. 2013, p.7.

⁵KALABAIDE, Miguel Adolfo. Fundações estatais de direito privado na área de prestação de serviços de saúde. Jus Navegandi, Teresina, ano15 (/revista/edições/2010), n. 2658 (/revista/edições/2010/10/11), 11 (/revista/edições/2010/10/11) out. (/revista/edições/2010/10) 2010 (/revista/edições/2010). Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/17517>>. Acesso em: 4 mar. 2013

⁶PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Direito Administrativo. 24ed. São Paulo: Atlas, 2011, pp. 445.

que se combinam e formam os fundamentos da relação empregatícia firmada. A equiparação de regime, inclusive o remuneratório, que se aperfeiçoa pela equiparação de vencimentos, é prática vedada pelo art. 37, inc. XIII, da Constituição brasileira e contrária à Súmula 339 do Supremo Tribunal Federal. Precedentes.”⁷

Dessa forma, fica bastante claro que é a lei, ou seja, o legislador que decidirá o regime jurídico ao qual a fundação estará vinculada, determinando, assim, se ela é pública de direito público ou pública de direito privado, conforme a natureza das competências que lhe são atribuídas e a forma de criação.

Se criada por lei específica para o exercício de atividades públicas dotadas de poder de autoridade, será de direito público, independente da qualificação atribuída. Se apenas autorizada a sua criação, a ser posteriormente efetivada conforme as regras do Código Civil, para o exercício de atividades que não sejam exclusivas do Estado, será de direito privado.

Assim, tendo como premissa de nosso estudo a possibilidade de existência de fundações estatais de direito privado, em que o regime jurídico aplicado é o privado, parcialmente derogado por normas de direito público, denominado regime administrativo mínimo, passaremos à análise específica das consequências no campo do regime de pessoal.

A aplicação do citado regime administrativo mínimo, na gestão de pessoal, implica, a princípio, em afirmar que as fundações estatais de direito privado podem contratar pessoal pelo regime da Consolidação das Leis do Trabalho. Não fosse o restabelecimento da redação originária do art. 39, *caput*, da Constituição Federal, por conta de liminar na ADI nº 2.135-4, revigorando a exigência de regime jurídico único “para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas”⁸, esta afirmação não sofreria mais resistências. Todavia, novas dúvidas sobre a possibilidade de contratação de pessoal regido pela CLT surgem em caso de adoção do regime estatutário pela administração direta.

Sem adentrar nas discussões sobre a extensão do conceito de regime jurídico único, que muito tem ocupado a doutrina, no caso, a solução repousa na própria ausência da inclusão das fundações estatais de direito privado no comando do art. 39, *caput*, da Constituição Federal.

Certamente, as dúvidas decorrem da falta de precisão técnica utilizada no texto constitucional. “As disposições jurídicas atinentes à organização administrativa do estado Brasileiro, em particular sobre a organização das entidades da administração

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 191. Requerente: Governador do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 18 de janeiro de 1990.

⁸ Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas.

indireta, caracterizam-se pelo casuísmo e pela imprecisão conceitual.”⁹

Ora a expressão “fundação pública” é utilizada como sinônimo das fundações estatais de direito público e ora dirigindo-se às fundações estatais de direito privado. Assim, como na redação do citado artigo não são mencionadas as sociedades de economia mista e as empresas públicas, cujos regimes jurídicos são similares ao das fundações estatais de direito privado, é lógico concluir que estas últimas não foram abrangidas pela exigência constitucional.

89

Sobre o tema Carlos Ari Sundfeld esclarece:

“Primeiro, porque a Constituição, neste dispositivo, está tratando das fundações governamentais públicas, não só pela expressão utilizada (‘fundações públicas’) dirigir o intérprete neste caminho, mas também porque há uma equiparação com a Administração direta e autárquica em geral. Percebe-se que não estão abrangidas as empresas estatais, cujo regime jurídico possui mais semelhanças com o da fundação governamental privada.

Segundo, porque o fundamento jurídico do regime de emprego público para as fundações governamentais privadas está na sua própria natureza jurídica de direito privado. Adotada a natureza jurídica de direito privado, por meio da autorização legislativa para a instituição da fundação governamental privada, está decidido qual será o regime de trabalho dos servidores – o de emprego público, que é adotado por todas as pessoas jurídicas de direito privado. Da mesma forma ocorre em relação às sociedades de economia mista e empresas públicas.”¹⁰

Destarte, a posição da fundação estatal de direito privado na administração pública:

“(...) é a mesma das sociedades de economia mista e empresas públicas; todas elas são entidades públicas com personalidade jurídica de direito privado, pois todas elas são instrumentos de ação do Estado para a consecução de seus fins; todas elas submetem-se ao controle estatal para que a vontade do ente público que as instituiu seja cumprida; nenhuma delas se desliga da vontade do Estado, para ganhar vida inteiramente própria; todas elas gozam de autonomia parcial, nos termos outorgados pela respectiva lei instituidora.”¹¹

⁹ Modesto, Paulo. AS FUNDAÇÕES ESTATAIS DE DIREITO PRIVADO E O DEBATE SOBRE A NOVA ESTRUTURA ORGÂNICA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. Revista Eletrônica sobre a Reforma do estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 14, junho/julho/agosto, 2008. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em 04 mar. 2013.

¹⁰ SANTOS, Lenir. Fundações estatais: estudos e parecer/Alexandre Santos de Aração...[et al.]; organizadora: Lenir Santos. Campinas, SP: Saberes Editora, 2009, p. 75-76.

¹¹ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Direito Administrativo. 24ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 446-447.

Por outro lado, a não aceitação da possibilidade de contratação de pessoal pelo regime da CLT, leva, inclusive, a desfiguração da essência do regime administrativo mínimo que, para a sua própria razão de ser, deve permitir alternativas administrativas distintas daquelas normalmente aplicadas às entidades puramente de direito público.

2. Negociação coletiva no setor público: possibilidades e limites constitucionais

90

Pois bem, aceita a possibilidade de utilização do regime celetista para a contratação de pessoal pelas fundações estatais de direito privado, as bases para a negociação coletiva poderão fundamentar-se nas normas da CLT, com as limitações impostas pela Constituição Federal.

Com a Constituição de 1988, não só os empregados públicos como também os servidores público em geral passaram a ter o direito à sindicalização e o direito à greve, conforme disposto nos incisos VI e VII, de seu art. 37. Naturalmente, pensou-se em efetivar tais direitos com a regulamentação da negociação coletiva por meio de acordos ou convenções coletivas, o que ocorreu com a edição da Lei 8.112/1990, instituidora do regime jurídico único no âmbito federal.

Entretanto, as alíneas “d” e “e”, do art. 240 do citado diploma legal, foram declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, na ADIn nº 492-1/DF:

“EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRABALHO. JUSTIÇA DO TRABALHO. COMPETÊNCIA. AÇÕES DOS SERVIDORES PÚBLICOS ESTATUTÁRIOS. C.F., arts. 37, 39, 40, 41, 42 e 114. Lei nº 8.112, de 1990, art. 240, alíneas “d” e “e”.

I. - Servidores públicos estatutários: direito à negociação coletiva e à ação coletiva frente à Justiça do Trabalho: inconstitucionalidade. Lei 8.112/90, art. 240, alíneas “d” e “e”.

II - Servidores públicos estatutários: incompetência da Justiça do Trabalho para o julgamento dos seus dissídios individuais. Inconstitucionalidade da alínea “e” do art. 240 da Lei 8.112/90.

III - Ação direta de constitucionalidade julgada procedente.”¹²

Decisão fundamentada, principalmente, na ausência de autonomia negocial entre servidores públicos e entidades públicas quando da utilização do regime estatutário, face a existência da supremacia do interesse público sobre o privado neste tipo de regime de pessoal, incompatível, para o STF, com os mecanismos da negociação coletiva.

¹²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 492-1. Requerente: Procurador Geral da República. Recorrido: Congresso Nacional. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília, 11 de novembro de 1992.

Em outra oportunidade, buscando resguardar a competência de iniciativa legislativa do Poder Executivo em matéria de aumento salarial dos servidores públicos, nos termos do art. 61, § 1º, II, "a", da Constituição Federal, o STF editou a Súmula 679/2003, no sentido de que "a fixação de vencimentos dos servidores públicos não pode ser objeto de convenção coletiva".

Pela Orientação Jurisprudencial n. 5, da SDC, o TST posicionou-se no mesmo sentido:

91

“OJ-SDC-5 DISSÍDIO COLETIVO. PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO. POSSIBILIDADE JURÍDICA. CLÁUSULA DE NATUREZA SOCIAL (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) – Res. 186/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012

Em face de pessoa jurídica de direito público que mantenha empregados, cabe dissídio coletivo exclusivamente para apreciação de cláusulas de natureza social. Inteligência da Convenção n.º 151 da Organização Internacional do Trabalho, ratificada pelo Decreto Legislativo n.º 206/2010.”

Muito embora sedimentado tais entendimentos, observa-se que as referidas decisões têm como objeto as relações de trabalho entre pessoas jurídicas de direito público ou sob o regime estatutário. Assim, em um primeiro momento, forçoso concluir que estas decisões não excluem a possibilidade de negociação coletiva por uma fundação estatal de direito privado.

Por outro lado, mesmo que assim não fosse, é plenamente possível que as limitações constitucionais discutidas pelos Tribunais Superiores convivam com o direito à negociação coletiva garantido a todos os trabalhadores.

A harmonização e plena efetividade dos direitos constitucionais é um dos caminhos da hermenêutica jurídica. Com base no princípio de interpretação constitucional da cedência recíproca ou concordância prática, concebido por Konrad Hesse, impõe-se que na interpretação da Constituição *"os bens constitucionalmente protegidos, em caso de conflito ou concorrência, devem ser tratados de maneira que a afirmação de um não implique o sacrifício do outro, o que só se alcança na aplicação ou na prática do texto."*¹³

Luiz Alberto David de Araujo acrescenta:

“O princípio da concordância prática é aquele que, diante das situações de conflito ou concorrência, preconiza que o intérprete deve buscar uma função útil a cada um dos direitos em confronto, sem que a aplicação de um imprima a supressão de outro. Diz-se, no caso, que deve haver cedência recíproca, de parte

¹³ BALTAZAR, Antonio Henrique Lindemberg. Princípios de Interpretação Constitucional. 2013, p. 2. Disponível em: <http://www.editoraferreira.com.br/publique/media/lindemberg_toq2.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2013.

a parte, para que se encontre um ponto de conveniência entre esses direitos.”¹⁴

Desta forma, a exigência de respeito ao princípio da legalidade e as regras financeiras dispostas no art. 169, da Constituição Federal, não podem implicar na supressão total do direito à negociação coletiva garantidos a todos os trabalhadores, inclusive os empregados públicos, nos termos do art. 7, XXVI, da Constituição Federal.

Certamente o princípio da legalidade é o primeiro obstáculo a ser analisado.

Com base na indisponibilidade do interesse público ele vincula as ações da Administração Pública aos ditames da lei. Sua função é limitar e coibir ações que lesem o erário e a segurança jurídica. “Segundo o princípio da legalidade, a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite. No âmbito das relações entre particulares, o princípio aplicável é o da *autonomia da vontade*, que lhes permite fazer tudo o que a lei não proíbe.”¹⁵

Celso Antônio Bandeira de Mello explicita bem a característica basilar do princípio da legalidade em relação ao Direito Administrativo:

“[legalidade] é o princípio capital para a configuração do regime jurídico-administrativo. Justifica-se, pois, que seja tratado – como o será – com alguma extensão e detença. Com efeito, enquanto o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é da essência de *qualquer Estado*, de qualquer sociedade juridicamente organizada com fins políticos, o da legalidade é *específico do Estado do Direito*, é justamente aquele que o qualifica e que lhe dá identidade própria. Por isso mesmo é o princípio basilar do regime jurídico-administrativo, já que o Direito Administrativo (pelo menos aquilo que como tal concebe) nasce com o Estado de Direito: é uma consequência dele. É o fruto da submissão do Estado à lei. É, em suma: a consagração da ideia de que a Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei e que, de conseguinte, a atividade administrativa é atividade sublegal, infralegal, consistente na expedição de *comandos complementares* à lei.”¹⁶

O segundo obstáculo está na clara exigência do §1º, do art. 169, da Constituição Federal:

“(…)

“§ 1º A concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos, empregos e funções ou alteração de estrutura de carreiras, bem como

¹⁴ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 107.

¹⁵ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Direito Administrativo. 24ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 65.

¹⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 29ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 102-103.

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, só poderão ser feitas:

I - se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes;

II - se houver autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista”.

Destas exigências foram excluídas apenas as empresas públicas e as sociedades de economia mista, na medida em que o texto Constitucional, além de ressaltar expressamente estas entidades, ao se referir às fundações, utilizou a expressão “fundações instituídas e mantidas pelo poder público”. Ou seja, basta a fundação ser mantida pelo poder público para que dela seja exigido o cumprimento das exigências orçamentárias.

Portanto, como tanto o princípio da legalidade e as exigências orçamentárias/financeiras são aplicáveis às fundações estatais de direito privado, como também o direito de todos os trabalhadores à negociação coletiva, Márcia Cunha Teixeira, buscando dar harmonia ao texto Constitucional, principalmente em um estado democrático de direito em que os mecanismos de participação direta da população na solução dos conflitos são privilegiados, bem esclarece:

“A observância desses requisitos não inviabiliza a negociação coletiva, ao revés, ela pode e deve ocorrer levando-se em conta as previsões legais e o maior número de informações a serem disponibilizadas à representação dos servidores; o resultado dessas negociações deverá ser incluído no projeto de lei de diretrizes orçamentárias e depois no projeto de lei orçamentária anual, viabilizando-se na concretização das reivindicações dos servidores, na medida das disponibilidades orçamentárias.”¹⁷

Trata-se de solução que dá coerência ao sistema jurídico à medida que permite a negociação coletiva mediante a condição de aprovação pela casa legislativa das leis necessárias para a efetivação da medida pelo Poder Executivo, respeitando-se, inclusive a competência privativa de início do processo legislativo.

O exercício da negociação coletiva não é realizado em sua plenitude, mas dá-se um grande passo para a solução dos conflitos com a abertura de um canal de comunicação propício ao surgimento do consenso, a partir do qual a entidade pública estará obrigada a praticar todos os atos de sua competência para o cumprimento do acordo como, por exemplo, o envio de projetos de lei e a inclusão na proposta

¹⁷ TEIXEIRA, Márcia Cunha. *A Negociação Coletiva de Trabalho no Serviço Público*. 2007. 186 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Trabalho) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 135.

orçamentária das previsões resultantes do acordo.

Além do mais, outras questões de mera gestão administrativa terão solução conjunta, reforçando a eficiência administrativa e a satisfação dos trabalhadores.

Com propriedade acrescenta Márcia Cunha Teixeira:

“Nos países democráticos, o direito à sindicalização sempre vem acompanhado do direito à negociação coletiva e ao direito de greve, de modo que um não pode sobreviver, não tem sentido, sem o outro. Conceder o direito à sindicalização e ao exercício do direito de greve, impossibilitando a negociação coletiva, significa apostar na permanência do conflito, sem possibilitar alternativas para sua solução e para a pacificação social.”¹⁸

No mesmo sentido:

“Contudo, frisa-se, mesmo diante da limitação constitucional e do entendimento esposado pelo STF, isso não significa que a negociação coletiva no setor público não possa vir a ser implementada, ainda que com limitações em fase do sistema adotado pelo legislador constituinte. A negociação coletiva envolvendo salários pode ser implementada, havendo condições de sanidade e equilíbrio orçamentário, levando-se as conclusões das partes ao Poder Legislativo correspondente à esfera administrativa competente para elaboração do projeto de lei a ser viabilizado, conciliando-se, assim, o princípio da legalidade restrita com o direito a negociar coletivamente.”¹⁹

Nem se diga que a omissão do direito a negociação coletiva no rol do art. 39, da Constituição Federal, é impedimento para o exercício dos direitos a sindicalização, a greve e à negociação coletiva, pois a mesma lógica exposta acima não pode permitir a limitação a direito constitucional que não seja expressa ou decorra da própria harmonização do texto constitucional.

Por todo o exposto, do ponto de vista constitucional, há possibilidade de convivência entre as normas. O enfoque a ser buscado não é mais a possibilidade de realização da negociação coletiva com empregados públicos, mas sim, quais contornos deve esta negociação coletiva ter frente ao princípio da legalidade e às exigências orçamentárias/financeiras.

Principalmente após a promulgação da Convenção nº 151 e a Recomendação nº 159 da Organização Internacional do Trabalho-OIT, pelo Decreto Federal nº 7.944, de

¹⁸ TEIXEIRA, Márcia Cunha. *A Negociação Coletiva de Trabalho no Serviço Público*. 2007. 186 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Trabalho) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 120.

¹⁹ STOLL, Luciana Bullamah. *Acordo Coletivo de Trabalho: A possibilidade de negociação no setor público*. Disponível em :<<http://www.jurisite.com.br/doutrinas/Trabalho/douttrab71.html>>. Acesso em: 25 mar. 2013.

06 de março de 2013, que ingressa em nosso ordenamento jurídico para dar mais um fundamento de validade às negociações coletivas nas relações de trabalho com a administração pública, inclusive com as entidades de direito público.

Estas normas reconhecem o direito à negociação coletiva tanto para os empregados públicos como para os servidores públicos, determinado que sejam tomadas medidas para “(...) encorajar e promover o desenvolvimento e utilização plenos de mecanismos que permitam a negociação das condições de trabalho (...)”²⁰, adequado às condições nacionais.

3. Eficácia da negociação coletiva com um ente público de direito privado

Aqui importante termos uma idéia dos mecanismos de negociação coletiva previstos na legislação trabalhista para, com as limitações acima descritas, entendermos a eficácia a ser conferida a esta negociação, principalmente no que se refere a sua força cogente para com a entidade pública.

Em nossa legislação, o conceito de convenção e acordo coletivo de trabalho está expresso na Consolidação das Leis Trabalhistas, em seu art. 611, *in verbis*:

“Art. 611 - Convenção Coletiva de Trabalho é o acordo de caráter normativo, pelo qual dois ou mais Sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais de trabalho.

§ 1º - É facultado aos sindicatos representativos de categorias profissionais celebrar Acordos Coletivos com uma ou mais empresas da correspondente categoria econômica, que estipulem condições de trabalho, aplicáveis no âmbito da empresa ou das empresas acordantes às respectivas relações de trabalho.”²¹

Convenção e acordo coletivo diferenciam-se pelo fato do primeiro realizar um pacto entre um ou mais sindicatos das categorias de trabalhadores como das categorias dos empregadores, enquanto que no acordo a celebração é realizada entre os sindicatos da categoria dos trabalhadores diretamente com uma ou mais entidade empregadora.

Pela limitação dos sujeitos e especificidades orçamentárias inerentes a realidade de cada entidade pública, além da forte divergência doutrinária em relação a natureza jurídica das convenções coletivas de trabalho, havendo aqueles que defendem a

²⁰ Convenção nº 151, da Organização Internacional do Trabalho-OIT. Decreto Federal nº 7.944, de 06 de março de 2013. Promulga a Convenção nº 151 e a Recomendação nº 159 da Organização Internacional do Trabalho.

²¹ CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO (CLT). Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho.

preponderância do caráter normativo ao invés do contratual²², certamente o acordo coletivo é o mecanismo ideal para a realização de negociação coletiva com os entes públicos de direito privado.

Segundo Nascimento²³, seis são os elementos que compõem uma negociação coletiva: 1) consensualidade; 2) natureza jurídica de norma; 3) a obrigatoriedade da participação de sindicatos nas negociações; 4) dois níveis: a categoria e a empresa; 5) conteúdo obrigacional; e 6) âmbito de aplicação.

Por força das derrogações constitucionais inerentes o princípio da legalidade e as exigências do art. 169, da Constituição Federal, o conteúdo obrigacional e a força normativa devem sofrer uma modulação.

No conteúdo do acordo coletivo a fundação estatal de direito privado poderá obrigar-se apenas naquilo que é de sua exclusiva competência realizar, cujos termos, se respeitados os limites constitucionais e legais, poderão ser exigidos por via judicial. Inclusive com possibilidade de cobrança das penalidades pelo seu descumprimento, nos termos do art. 613, VIII, da CLT, e apuração de responsabilidades funcionais, civis e penais dos dirigentes da entidade pública. Isto porque, se retirado do acordo coletivo sua força de coação, será letra morta e de nada adiantará sua existência.

Não sendo possível a solução do conflito pela via consensual, os interessados também poderão utilizar-se do dissídio coletivo, forma processual de solução dos conflitos coletivos de trabalho na esfera judicial. Solução judicial que terá as mesmas limitações em seu conteúdo e efeitos dos acordos coletivos.

Como o dissídio coletivo visa a dar o consenso não alcançado sozinho pelas partes, a solução judicial não poderá ir além daquilo que as partes estão autorizadas a pactuarem pela Constituição Federal e pela lei.

Destarte, tanto nos dissídios coletivos de natureza econômica como nos de natureza jurídica²⁴, os limites impostos aos julgadores são os mesmo aplicados quando da fase de negociação. O princípio da legalidade e as normas orçamentárias/financeiras orientam que a determinação judicial poderá ir até a exigência das condutas de competência da administração, como por exemplo, a determinação do envio de projeto de lei e providências orçamentárias/financeiras.

Ao administrador que realizar a negociação coletiva sem dar cumprimento ao

²² NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho. 21ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 1157.

²³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho. 21ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 1156.

²⁴ Os dissídios coletivos podem ser de natureza econômica ou jurídica. Nos primeiros criam-se normas novas para regulamentação dos contratos individuais de trabalho, com obrigações de dar e de fazer. Exemplos típicos são a cláusula que concede reajuste salarial (obrigação de dar) e a que garante estabilidade provisória ao aposentando (obrigação de fazer). Os últimos - também conhecidos como dissídios coletivos de direito - visam a interpretação de uma norma preexistente, legal, costumeira ou mesmo oriunda de acordo, convenção ou dissídio coletivo. (BASSO, *Guilherme Mastrichi*. Dissídio Coletivo de Natureza Jurídica. REVISTA JURÍDICA VIRTUAL. Brasília, vol. 1, n. 4, agosto 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_04/diss%EDdio_coletivo_de_natureza_ju.htm>)

acordo, causando prejuízo ao erário público com a incidência de penalidades, incidirão todas as consequências decorrentes da culpa ou dolo no evento, com apuração das responsabilidades funcionais, civis e penais, tal como o ressarcimento de danos e até a prática do crime de desobediência, se descumprir ordem judicial válida.

Portanto, desde que observadas estas derrogações do regime administrativo mínimo, plenamente viável em nosso ordenamento jurídico a realização da negociação coletiva, por meio do acordo coletivo ou dissídio coletivo, para a solução de conflitos entre a administração pública e seus empregados públicos, como legítimo instrumento para buscar da forma mais eficiente possível a composição dos interesses envolvidos.

97

Conclusões

Como vimos, as crescentes demandas sociais e a consequente necessidade de eficiência na prestação dos serviços públicos alçaram as fundações estatais a importantes auxiliadoras na satisfação das exigências sociais, principalmente na área da saúde e da educação, tornando os conflitos trabalhistas grande fator de alteração da qualidade dos serviços prestados. De forma que a utilização da negociação coletiva nos conflitos decorrentes das relações com os empregados públicos passou a ser meio indispensável para a rápida solução das controvérsias.

Todavia, muito embora reconhecidos os benefícios da negociação coletiva, tanto a doutrina como a jurisprudência ainda apresentam forte resistência em aceitar a sua viabilidade jurídica quando se trata de entidade pública. Resistência que passa desde a natureza jurídica das fundações estatais à eficácia dos mecanismos de negociação coletiva frente ao princípio da legalidade e exigências orçamentárias/financeiras.

Não obstante, com base na corrente dualista, verificamos que é plenamente possível em nosso ordenamento jurídico a existência de fundações estatais de direito privado, em que o regime jurídico aplicado é o privado, parcialmente derogado por normas de direito público, denominado regime administrativo mínimo, dando fundamento de validade para a aplicação do regime de pessoal celetista a seus trabalhadores.

E, uma vez aceito o regime celetista para a contratação de pessoal pelas fundações estatais de direito privado, as bases para a negociação coletiva poderão fundamentar-se nas normas da CLT, com as limitações constitucionais derogatórias.

Limitações que podem plenamente conviver com o direito à negociação coletiva garantido a todos os trabalhadores, bastando que o interprete venha a realizar uma harmonização da existência dos direitos à sindicalização, à greve e a negociação coletiva com o princípio administrativo da legalidade e as exigências orçamentárias/financeiras, utilizando-se do princípio de interpretação constitucional da cedência recíproca ou concordância prática.

As exigências de respeito ao princípio da legalidade e as regras financeiras dispostas no art. 169, da Constituição Federal, não podem implicar na supressão total do direito à negociação coletiva garantida a todos os trabalhadores, principalmente em um estado democrático de direito, em que os mecanismos de participação direta da população na solução dos conflitos devem ser privilegiados.

De forma que a melhor solução é permitir que a negociação coletiva seja realizada até o limite das competências da entidade pública. Trata-se de solução que dá coerência ao sistema jurídico, aceitando a negociação coletiva mediante a condição de aprovação pela casa legislativa das leis necessárias para a efetivação da medida pelo Poder Executivo, respeitando-se, inclusive, a competência privativa de início do processo legislativo.

Muito embora a negociação coletiva não seja realizada em sua plenitude, há nítido avanço na forma da solução dos conflitos com a abertura de um canal de comunicação propício ao surgimento do consenso, a partir do qual a entidade pública estará obrigada a praticar todos os atos de sua competência para o cumprimento do acordo.

Questões que necessitam de lei, após o consenso, serão enviadas a casa legislativa com fundamentos que permitirão uma rápida apreciação da matéria, da mesma forma a proposta a orçamentária já conterá as previsões resultantes do acordo. Além do mais, outras matérias que poderiam ser resolvidas apenas por mera gestão administrativa terão solução conjunta, reforçando a eficiência administrativa e a satisfação dos trabalhadores.

O enfoque a ser buscado não é mais a possibilidade de realização da negociação coletiva com empregados públicos, mas sim, quais contornos deve esta negociação coletiva ter frente ao princípio da legalidade e às exigências orçamentárias/financeiras.

Contornos ou derrogações que indicam a utilização do acordo coletivo e não a convenção coletiva como meio mais adequado para a realização da negociação coletiva, face a limitação dos sujeitos e as especificidades orçamentárias inerentes a realidade de cada entidade pública, com uma modulação em seu conteúdo obrigacional e normativo.

No conteúdo do acordo coletivo, a fundação estatal de direito privado poderá obrigar-se apenas naquilo que é de sua exclusiva competência realizar, cujos termos, se respeitados os limites constitucionais e legais, poderão ser exigidos por via judicial. Inclusive com possibilidade de cobrança das penalidades pelo seu descumprimento, nos termos do art. 613, VIII, da CLT, e apuração de responsabilidades funcionais, civis e penais dos dirigentes da entidade pública. Isto porque, se retirado do acordo coletivo sua força de coação, será letra morta e de nada adiantará sua existência.

Não sendo possível a solução do conflito pela via consensual, os interessados também poderão utilizar-se do dissídio coletivo, solução judicial que terá as mesmas limitações em seu conteúdo e efeitos que os acordos coletivos. Já que visa a dar o consenso não alcançado sozinho pelas partes, não poderá ir além daquilo que as partes

estão autorizadas a pactuarem pela Constituição Federal e pela lei.

Desse modo, uma vez que observadas as derrogações do regime administrativo mínimo, com base no princípio de interpretação constitucional da cedência recíproca, a realização da negociação coletiva para a solução de conflitos entre uma fundação estatal de direito privado e seus empregados públicos mostra-se plenamente viável em nosso ordenamento jurídico.

Instrumento reconhecidamente eficiente na solução dos conflitos trabalhistas e direito dos trabalhadores públicos garantido pela Convenção nº 151 e Recomendação 159 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), norma que ganhou eficácia legal interna com a promulgação pelo Decreto Federal 7.944/2013, com o que se estará dando maior eficácia possível ao estado democrático de direito, princípio fundamental de nossa organização político-administrativa.

99

Referências

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010.

BALTAZAR, Antonio Henrique Lindemberg. *Princípios de Interpretação Constitucional*. Disponível em:

<http://www.editoraferreira.com.br/publique/media/lindemberg_toq2.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2013.

BASSO, Guilherme Mastrichi. *Dissídio Coletivo de Natureza Jurídica*. REVISTA JURÍDICA VIRTUAL. Brasília, vol. 1, n. 4, agosto 1999. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_04/diss%EDdio_coletivo_de_natureza_ju.htm>. Acesso em 15/03/2013.

BRASIL. *Decreto Federal nº 7.944, de 06 de março de 2013*. Promulga a Convenção nº 151 e a Recomendação nº 159 da Organização Internacional do Trabalho.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Orientação Jurisprudencial n. 5*. Sessão de Dissídios Coletivos. Res. 186/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 191*. Requerente: Governador do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 18 de janeiro de 1990.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 492-1*. Requerente: Procurador Geral da República. Recorrido: Congresso Nacional. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília, 11 de novembro de 1992.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n. 679*. Sessão Plenária de 24/09/2003. Brasília, 09 de outubro de 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 1.675*. Requerente: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES NO

COMÉRCIO - CNTC. Recorrido: Presidente da República. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 29 de setembro de 1997.

CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO (CLT). *Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho.

KALABAIDE, Miguel Adolfo. *Fundações estatais de direito privado na área de prestação de serviços de saúde*. Jus Navegandi, Teresina, ano 15 (/revista/edições/2010), n. 2658 (/revista/edições/2010/10/11), 11 (/revista/edições/2010/10/11) out.

(/revista/edições/2010/10) 2010 (/revista/edições/2010). Disponível em:

<<http://jus.com.br/revista/texto/17517>>. Acesso em: 4 mar. 2013.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 8ed. São Paulo: LTr, 2010.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito Internacional Público*. Parte Geral. 2ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; IELF, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 29ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

MODESTO, Paulo. *As fundações estatais de direito privado e o debate sobre a nova estrutura orgânica da administração pública*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 14, junho/julho/agosto, 2008. Disponível em:

<<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 04 mar. 2013.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 21ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). *Recomendación sobre los contratos colectivos*. Genebra, 34ª reunião, 29 de junho de 1951. Disponível em:<http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312429:NO>. Acesso em: 06 mar. 2013.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 24ed. São Paulo: Atlas, 2011.

SANTOS, Lenir. *Fundações estatais: estudos e parecer*/Alexandre Santos de Aração...[et al.]; organizadora: Lenir Santos. Campinas, SP: Saberes Editora, 2009, p. 75-76.

SELINGARDI, Francisco. *Direito Coletivo do Trabalho- Greve e Dissídio Coletivo*. Campinas: ESAMC. 2011. Disponível em:

<<http://pt.scribd.com/doc/58880290/Monografia-Greve-e-Dissidio-Coletivo>. Acesso em 15/03/2013>. Acesso em 15 mar. 2013.

STOLL, Luciana Bullamah. *Acordo Coletivo de Trabalho: A possibilidade de negociação no setor público*. Disponível em

:<<http://www.jurisite.com.br/doutrinas/Trabalho/douttrab71.html>>. Acesso em: 25 mar. 2013.

TEIXEIRA, Márcia Cunha. *A Negociação Coletiva de Trabalho no Serviço Público*.

2007. 186 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Trabalho) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.