

O ARTIGO 106 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

SÉRGIO FERRAZ

Procurador do Estado do Rio de Janeiro

O artigo 106 da Constituição Federal, referente ao regime dos agentes administrativos, inova, em relação ao texto original da Constituição de 1967. A Constituição de 1967 rezava, no seu artigo 104, que se aplicava a legislação trabalhista aos servidores admitidos temporariamente para obras, ou contratados para funções de natureza técnica ou especializada. A Emenda n.º 01 de 1969, já diversamente, preconiza que o regime jurídico dos servidores admitidos em serviços de caráter temporário, ou contratados para funções de natureza técnica ou especializada, será estabelecido em lei federal. Há, portanto, uma radical mudança de forma. Em 1967 aplicava-se a esse tipo de contratação ou admissão a legislação trabalhista. Em 1969 não se diz o que é aplicável; afirma-se, antes, que uma lei especial disporá sobre o assunto, definindo o regime. Dois pontos de magna importância, de imediato, se colocam ao investigador: em primeiro lugar, qual a fonte normativa de competência, isto é, quem irá ditar essa lei especial? União, Estado, Município, todos eles, ou nenhum deles, como está acontecendo presentemente, exatamente em razão da perplexidade ensejada pelo artigo 106? Em segundo lugar, ultrapassado esse ponto, caberá saber qual a matéria tratada nessa lei. O problema é da maior relevância para Estados e Municípios, conquanto de reduzida importância para a União Federal (em vista de sua ampla capacidade normativa traçada no artigo 8.º, da Lei Maior). A estatura do tema, para Estados e Municípios, prende-se a alguns pontos de clara angústia, sobre os quais em seguida se discorrerá sucintamente.

Em primeiro ponto, cabe lembrar que a admissão de servidores, para a prestação de serviços públicos, foi tradicionalmente assentada, entre nós, no chamado regime estatutário, regime legal, ou seja, o regime em que o Estado impõe um contexto de obrigações a quem lhe vai prestar serviços. O servidor adere a esse estatuto, que tem como conó-

tação suprema o dado de ser unilateralmente modificável, pela própria administração pública, o conteúdo da obrigação, a qualquer tempo, sem que se possa invocar direito adquirido.

A esse regime são, de regra, conectadas certas exigências de admissão, como por exemplo o concurso público, uma tradição do nosso direito público (tradição, infelizmente, quebrada no texto de 67, com abertura perigosa de possibilidade de a lei especial excepcionar sua exigência). Ora, é de indiscutível registro a tendência atual da administração pública, em busca de dinamização. A solução da administração indireta aproximou o Poder Público, formalmente, da empresa privada. Passa a registrar-se profunda inclinação de analogia, na prestação dos serviços públicos, às formas de atuação nos serviços por empresa privada. No momento em que esse casamento se propõe, todas as formalidades de admissão, típicas do direito constitucional e administrativo, se tornam incomodamente coercitivas. Nesse tipo de consideração está a origem de um dos mais profundos males que assolam a administração pública presentemente. Passou-se de um radical extremo, para o outro extremo radical, cristalizado na acelerada contratação de servidores públicos, pelo regime da Consolidação das Leis do Trabalho. Essa "solução" não embaraçou a União, que fez com que todos os litígios entre ela e os seus servidores públicos contratados (do Poder Central e de suas empresas públicas) fossem de competência da Justiça Federal, extraindo-os da competência tutelar da Justiça, por lhe parecer incômoda essa tutela. Mas para Estados e Municípios, não se estipulou previsão idêntica. Ora, o Estado não está aparelhado materialmente, em regra, para a vivência, para a pragmática da relação trabalhista. Daí resulta que o escopo tutelar da Justiça do Trabalho se tem traduzido num dado de sucumbência generalizada para o Estado-membro e para o Município.

Por último, refira-se a própria disparidade de critérios: sentados lado a lado, numa repartição pública, há, por exemplo, um escrivão regido pela CLT, e um escrivão do Estado, com os mesmos deveres e obrigações, mas com vantagens diferentes, o que, realmente, é difícil de explicar, a um nível lógico e racional.

Esses tipos de problemas têm um remédio preconizado no artigo 106, mas, como quase tudo que há de novidade na Constituição de 67 e 69, preconizado com a maior timidez e até imprecisão técnica. O resultado é que em 1977, oito anos depois da Emenda n.º 1, ainda se discute se a lei, aludida no artigo 106, é federal, municipal ou estadual. Aqueles, que sustentam que a lei deve ser necessariamente federal, raciocinam com dois tipos fundamentais de argumentação. A primeira delas é centrada no próprio artigo 8.º, XVII, da Constituição, que traça o regime básico de competência normativa, fixando a competência das competências, em terreno normativo. Nele se registra uma letra "a", que reza competir à União legislar sobre cumprimento da Constituição e execução de serviços federais. Raciocinam alguns: cumprir constituição é implementar aquelas disposições que, no próprio texto constitucional, se reservam à existência de lei especial, para seu detalhamento. O segundo argumento repousa na suposição de que essa lei especial terá necessariamente, por força de imperativo lógico, que disciplinar matéria de prestação de serviços, sob uma das duas formas: ou a subordinação (e portanto estaríamos caindo no regime trabalhista, de competência da União), ou a autonomia (estaríamos no campo da locação de serviços, direito civil, também competência normativa da União).

Vamos tentar, em cotejo, alinhar quais sejam os argumentos que, a nosso ver, devem ser opostos aos acima referidos. (1) Um primeiro alicerce, primacial: nosso regime é federativo. É uma federação um tanto "sui generis", talvez, mas uma federação. E mais, até, uma federação protegida constitucionalmente (a Constituição, ao tratar do processo legislativo, em particular ao disciplinar o problema da emenda constitucional, afirma taxativamente, não se admitirem projetos de emendas à Constituição, tendentes a abolir a federação). No texto maior, coerente com o sistema, cabe remissão, como preceito da maior relevância ao artigo 13, que afirma a capacidade de os Estados se organizarem e regerem pelas Constituições e Leis que adotarem, ressalvados os princípios contidos na Constituição Federal. O artigo 13, pois, afirma a au-

(1) Do nosso entendimento, nas linhas gerais mas sem o mesmo detalhamento, partilha o douto CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, in "Apontamentos sobre os agentes e órgãos públicos", Rev. dos Tribunais, 1972, pág. 58.

tonomia estadual, da mesma maneira que o art. 15 proclama a autonomia municipal. Por conseqüência, afirmar-se que cabe à União legislar sobre o cumprimento da Constituição, só pode significar que cabe à União legislar sobre o cumprimento e execução da **Constituição Federal**, e não da Constituição Estadual. Cada ente federativo age dentro de sua esfera normativa de competência, e quando existe entrelacamento ou superposição, a regra de composição do conflito tem de estar traçada no próprio texto constitueional. Assim, a letra "a", do artigo 8.º, XVII, trazida a lume, como argumento contra a possibilidade de lei especial estadual, há que ser entendida, nos seus devidos termos, necessariamente, por causa da própria sistematização federativa em que vivemos: sua incidência limita-se a temas em que se reconheça, inequivocamente, tratar-se de matéria de competência federal.

Outra tese: o texto constitucional fala em **lei especial**, em mais de uma passagem. Mas quando quer significar que se trata de lei especial federal, afirma-o com todas as letras: lei federal, por exemplo, de competência do Presidente da República, poderá aumentar os casos permitidos de acumulação de cargos. Em contraposição, contudo, afirmariam alguns que a Constituição não é bem elaborada tecnicamente. Ora, o jurista não pode interpretar na base de patologias e defeitos, mas sim em respeito a uma linha de lógica, e dentro de uma proposição do sistema; pois bem, quando a Constituição pensou em lei especial federal, disse-o taxativamente. Mas no artigo 106 não o fez. Abriu, portanto, ensejo a que o Estado e o Município possam também formulá-la.

Um terceiro vetor, a ser buscado no próprio artigo 8.º, XVII, da Lei Magna, como já vimos habitualmente trazido a contexto pelos opositores a nosso opinamento: em tema de **direito administrativo**, a própria Constituição afirma não ser a competência da União excludente da dos Estados e Municípios. Diversamente fosse, não viveríamos numa federação. Cada esfera federativa tem competência normativa, para auto-organizar-se. Legislar sobre direito administrativo é matéria da competência da União, do Estado e do Município: a União para os seus serviços administrativos, o Estado para os seus próprios e os Municípios para aqueles de sua atribuição. Estruturar o regime dos agentes administrativos é, tipicamente, legislar sobre **Direito Administrativo**, competência, portanto, da União, do Estado e do Município.

Outro aspecto que também deve ser trazido a contexto, da maior significação pelo ponto de vista do sistema, é que o artigo 106 é seguido por um outro de grande expressão, e que parece colocar uma linha de muita nitidez no tema. Assim é que o artigo 109 afirma: "...lei federal, de iniciativa exclusiva do Presidente da República (aí está claro, pois, lei especial federal), respeitado o disposto no artigo 97, definirá o regime jurídico dos servidores públicos da União, do Distrito Federal e dos Territórios". Preceito corretíssimo. A União, por lei especial, definirá o regime jurídico dos seus servidores, dos servidores do Distrito Federal e dos servidores dos Territórios, porque Distrito e Territórios não têm autonomia constitucional e funcionam, realmente, como emanção da própria União. Conseqüentemente, circunscreveu o próprio texto constitucional, nesse artigo 109, letra I, o âmbito de atuação normativa da União, no traçado do regime jurídico dos servidores, e nem poderia fazê-lo diversamente, aos servidores federais. Chega-se à conclusão, a senso contrário, de que em relação aos Estados e Municípios, a lei que disciplinar a matéria não há de ser federal. Se a lei federal vai tratar do regime jurídico só dos servidores da União, Distrito Federal e dos Territórios, a lei que tratará do regime jurídico dos servidores dos Estados e Municípios será, respectivamente, estadual e municipal.

Mais um ponto que merece ponderação: ao contrário do que os opositores afirmam, a lei especial, do artigo 106, não haverá de ser necessariamente trabalhista, ou necessariamente civil. Ela pode ser estatutária, com nuances e colorações de direito civil, com nuances e colorações de direito do trabalho e de direito administrativo, criando, assim, um objeto próprio. Mais adiante voltaremos ao ponto.

Elencados todos esses aspectos, há que ver, também, qual a finalidade do artigo 106. Na realidade, cumpre logo esclarecer que ele não existe, a rigor, para resolver problemas federais. O problema do funcionalismo federal se solve com a maior simplicidade, no campo da própria competência da União para ditar normas de direito administrativo, direito do trabalho, e de direito civil, para seus agentes. Também não visa contornar situações litigiosas, na medida em que, com nota de alto caráter utilitário, a própria União, no artigo 110, resolveu o problema dos conflitos com seus servidores não estatutários. Cumpre ver,

portanto, que o artigo 106 é endereçado a uma realidade: a prestação de serviços temporários, que não se casa, semântica ou ontologicamente, com a própria idéia do regime legal. Mais ainda, essa prestação do regime temporário, pela própria dinamização que requer, de modificação unilateral que traz insita, também não se acomoda com o campo de tutela que a lei trabalhista necessariamente assegura àqueles que dela são beneficiários. A única finalidade do artigo 106 há de ser a de permitir a Estados e Municípios se equipem legalmente, criando um sistema que lhes enseje enfrentar uma nova conjuntura: a dos serviços de alta especialização, dos serviços temporários, sem as peias do regime estatutário para a resposta pronta, sem as peias do regime trabalhista para a desconstituição da relação quando isso se torne necessário ou aconselhável.

Não diríamos que fosse importante, como pareceu a um autor paulista, ADILSON DALLARI, saber, para fixar a competência normativa, qual o conteúdo da lei (e só uma vez conhecido o conteúdo é que se poderia afirmar quem o ente competente). (2) A nosso ver essa colocação inverte os termos da proposição. O que cumpre saber em primeiro lugar é quem pode baixá-la. O que pode baixar em seguida, é, exatamente, a segunda parte desta tentativa. Vamos então ao objeto: sobre o que pode dispor essa lei? O que há de conter? Se tiver um cunho meramente estatutário, será inteiramente inútil, na medida em que já exista o Estatuto. Por outro lado, se a lei pretendesse disciplinar, com definição de contorno uma relação que fosse tutelarmente trabalhista, estaríamos incorrendo em claro e indiscutível vício de inconstitucionalidade. Não poderia, realmente, o Estado plasmar um regime trabalhista especial para os seus servidores, pinçando daqui e acolá, da CLT, uma ou outra forma de tutela ou disciplina, e **modificá-la** adaptando-a às suas necessidades. Estaria contrariada a fonte normativa do art. 8.º. O que pode, então, a lei especial estadual, ou municipal, disciplinar?

Em primeiro lugar parece-nos que ela pode, sobretudo, estabelecer um regime misto quanto ao ponto de vista material, feição que não

(2) "Aplicação da legislação trabalhista aos servidores públicos", tese apresentada no I Congresso Brasileiro de Direito Administrativo: Regime Constitucional dos Servidores Públicos, págs. 98 e seguintes, Ed. Rev. dos Tribunais.

existe realmente no direito dos Estados e dos Municípios presentemente. Poderia sim, esta lei, atribuir aos agentes administrativos, por ela regrados, uma série de vantagens de ordem trabalhista, desde que se limitasse a **receber** essas vantagens (não a discipliná-las, modificá-las, refundilá-las, ou redefini-las, matéria de competência federal). Ou, ainda, poderia atribuir a servidores seus algumas vantagens trabalhistas. Note-se, não se trata de atribuir **vínculo trabalhista**, mas **algumas** vantagens e tutelas da lei trabalhista, transportadas para um regime administrativo.

Em segundo lugar, essa lei poderia também adotar vários institutos e instrumentos das leis estatutárias, redefinindo aqui sim, para um determinado e específico tipo ter um contorno estatutário modificado, até aditado de alguma tutela trabalhista, esta não redefinida, mas tão apenas recebida. Até mesmo da locação de serviços do Código Civil algo poderia ser trazido e colocado nessa lei especial, desde que não houvesse modificações (porque aí novamente estaríamos entrando num campo de competência exclusiva da União federal). Qual seria, portanto, o contexto, o conteúdo dessa lei? Claramente definido, aquele que **conviesse** aos Estados e Municípios. Dentro dessa linha, **redefinição** dos institutos estatutários; absorção, acolhimento total ou parcial dos institutos trabalhistas; acolhimento, sem redefinição, total ou parcial, de instrumentos do Código Civil; redefinição, se quiserem, de institutos do direito administrativo. Por fim, uma simbiose, uma mescla que tornasse possível, em primeiro lugar, oriar regime adaptado à temporariedade e especialização dos agentes; em segundo lugar, uma vinculação ao Estado, ao Município, que fosse abrangente, inclusive, dos aspectos de natureza previdenciária, impedindo que esse grave inconveniente, que hoje se acusa, continuasse a existir e a pesar sobre os Estados e Municípios. Por último, a prevenção dessa simbiose inteiramente indesejável, assistêmica, de Estatuto e C.L.T., que se assiste hoje em dia por todo o Brasil.

Ficam, aqui, portanto, algumas pinceladas que nos parecem importantes sobre o tema, que deverá, evidentemente, ser aprofundado.