O REGIME JURÍDICO ESPECIAL DO SERVIDOR PÚBLICO

JOÃO BAPTISTA DE OLIVEIRA ROCHA*

1. Colocação do problema. 2. Intenção do emendador de 1969. 3. Competência repartida. 4. Tendência trabalhista. 5. Estados e municípios. 6. Solução de síntese.

1. *Colocação do problema*

A Constituição Federal dispõe, em seu art. 106, que:

"O regime jurídico dos servidores admitidos em serviços de caráter temporário ou contratados para funções de natureza técnica especializada será estabelecido em lei especial".

As Constituições estaduais, adaptadas à Emenda nº 1, repetiram o dispositivo literalmente ou com outras palavras (Constituição Mineira, art. 109, Constituição Paulista, art. 95, Constituição do ex-Estado da Guanabara, art. 76, entre outras).

Pergunta-se portanto: haverá, além do regime estatutário e do vínculo contratual da CLT, um *tertium genus,* ligando ao Estado os servidores admitidos em serviços temporários e os contratados para funções técnicas especializadas?

2. *Intenção do emendador de 1969*

Não há dúvidas de que a intenção do emendador constitucional de 1969 foi permitir a existência de um terceiro regime jurídico para estas classes, diverso do estatutário e do "celetário".

* Professor da Universidade Católica de Minas Gerais.

Com efeito, o art. 104, da Constituição de 1967, determinava expressamente:

"Aplica-se a *legislação trabalhista* aos servidores admitidos temporariamente para funções de natureza técnica ou especializada".

Ora, se a Emenda nº 1 alterou esta redação, perfilhando a supra aludida, foi na irrefragável intenção de permitir à União, aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios a adoção de regime jurídico diferente do estatutário e do trabalhista, como até então vinha ocorrendo, numa dicotomia inarredável.

Acontece, porém, que podemos dizer que tais dispositivos constitucionais (ou seja, o art. 106 da Constituição Federal e as disposições análogas das constituições estaduais) cifram-se a textos natimortos, não tendo, até o presente, a menor aplicação prática.

Efetivamente, nem a União nem nenhum estado ou município regularam o permissivo constitucional, estabelecendo, com outros matizes, o regime jurídico dos admitidos para trabalhos temporários e dos contratados para funções de natureza técnica especializada.

Nenhuma lei especial, complementar ou ordinária, federal, estadual ou municipal regulou no país o regime destas duas subespécies de servidores públicos, que poderiam deixar de sujeitar-se ao Estatuto dos Funcionários Públicos e aos preceitos da CLT, a dizer, que poderiam possuir regimes próprios, diversos do comum ao funcionalismo e do instituído nas leis trabalhistas, a fim de atender melhor às peculiaridades e às conveniências da administração, relativamente às atividades para as quais são recrutados.

E, não se tratando o art. 106, da Constituição Federal, de dispositivo auto-aplicável, conclui-se que sua existência, até agora, não tem nenhum sentido prático.

3. *Competência repartida*

Martins Catharino, em tese apresentada ao IV Congresso Ibero-Americano de Direito do Trabalho e Previdência, sustentou que:

"Se vier a 'lei especial', prevista no atual art. 106, da Constituição Federal, pode ser que venhamos a ter o instituto contrato de emprego administrativo, negócio jurídico público. ... Tudo indica que o possível contrato de emprego administrativo será de adesão; de tipo especial. Com efeito, a União *a quem*

compete legislar sobre trabalho, com exclusividade — contratante como empregadora, de direito privado, poderá, como pessoa de direito público, em última análise, predeterminar normativamente, no todo ou em parte, o conteúdo do contrato do qual ela é parte" (grifo nosso).[1]

Conquanto comunguemos com o ilustre mestre nos demais itens, ousamos dele dissentir quanto à competência exclusiva da União para estabelecer o regime jurídico especial, suposto no art. 106, da Carta emendada.

A União tem competência exclusiva para legislar sobre direito do trabalho (art. 8º, XVII, *b,* da Constituição Federal); entenda-se, porém, sobre o trabalho prestado nos moldes da CLT ou assemelhados e não sobre qualquer atividade laboratícia, inclusive a prestada às entidades de direito público interno. Doutra forma, os estados, os municípios e suas respectivas autarquias não poderiam editar leis para seus funcionários estatutários.

O art. 8º, XVII, *b* deve harmonizar-se com os arts. 13 e 15, II, *b,* todos da Constituição, e não com eles colidir.

De outro lado, no art. 106 em foco a Constituição Federal fala apenas em *lei especial,* sem esclarecer a sua origem, como o faz em outras oportunidades (arts. 99, § 3º, 103 e 109, por exemplo).

Daí resulta que a lei mencionada no art. 106 da Constituição há de ser federal, estadual ou municipal, conforme seja a União, o estado-membro ou o município a pessoa de direito público interno interessada na admissão ou contratação dos servidores em regime especial.

No mesmo diapasão prelecionam publicistas do calado de Hely Lopes Meirelles, José Antônio da Silva, Castro Aguiar e Celso Antônio Bandeira de Melo. Este último escreveu:

"A Lei Magna desejou, de um lado, afastar a aplicação obrigatória das normas trabalhistas e, de outro, obstar a atribuição dos mesmos direitos funcionais ou equiparações que viessem a nivelar funcionários e servidores admitidos para os serviços referidos. Sendo esta — segundo entendemos — a intenção do texto, e apenas esta, *nada autoriza a supor que o regime destes servidores seja o estabelecido em lei federal* para tal fim editada" (grifos nossos).[2]

Hely Lopes Meirelles sustenta que as entidades estatais dos três níveis podem, além do estatuto de seus funcionários, elaborar uma ou duas outras

[1] Ltr. n.º 37, p. 795-801.

[2] Bandeira de Melo, Celso Antônio. *Apontamentos sobre agentes e órgãos públicos.* p. 58.

espécies de normas reguladoras do regime jurídico dos servidores, conforme admitidos para funções técnicas especializadas. Para os primeiros, o vínculo empregatício poderá ser de natureza estatutária, ou seja, regime legal unilateral e, para os segundos, de natureza contratual (contrato de trabalho público).

Justifica-se, no parecer de Meirelles, tratar-se de forma diversa os admitidos em serviços temporários, eis que a mão-de-obra não-especializada é abundante, o que torna a oferta maior que a procura, criando para estes um vínculo legal; ao passo que, para as funções técnicas especializadas, como a situação se inverte, a administração deve curvar-se, de certo modo, às exigências do mercado de trabalho, mesmo porque os profissionais categorizados não se sujeitam normalmente a um regime estatutário.[3]

Poder-se-á, porém, a nosso ver, adotar o regime contratual para ambas as classes, sem quaisquer danos à administração.

4. *Tendência trabalhista*

No âmbito federal, nada se fez para a aplicação do art. 106 da Constituição. Ao contrário, tudo se tem feito em sentido nitidamente "celetário".

O Decreto-lei nº 200, redigido após a promulgação da Constituição de 1967 e dentro de seu espírito, não admite nenhum regime especial, ao lado do estatutário e do trabalhista, determinando este regime (o trabalhista) para a contratação de especialistas para atender às exigências de trabalho técnico, assim como de consultores técnicos (arts. 96 e 97).

Em relação aos admitidos temporariamente, nada diz o Decreto-lei nº 200, por absoluta desnecessidade, tendo em vista os termos cristalinos do art. 104, da Carta de 67.

A única inovação do aludido Decreto-lei não medrou, porque flagrantemente inconstitucional, conforme arestos reiterados e pacífica doutrina. Trata-se do art. 111, que determina:

"A colaboração de natureza eventual à administração pública federal, sob a forma de prestação de serviços, retribuída mediante recibo, não caracteriza, em hipótese alguma, vínculo empregatício com o serviço público civil, e somente poderá ser atendida por dotação não classificada na rubrica 'pessoal' e nos limites estabelecidos nos respectivos programas de trabalho".

Como observa Ribeiro de Vilhena, "se há prestação de natureza colaborativa, a atividade do prestador passa a incorporar-se à atividade da administra-

[3] Meirelles, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro.* p. 373.

ção. Essa colaboração sucede-se em períodos de trabalho marcado, antecipadamente, em programas de trabalhos, como se dispôs na parte final do artigo. A periodicidade dos serviços é manifesta e dela resulta que a administração conta, de tempos em tempos, com a colaboração de pessoas para a execução de tarefas saltuárias ou temporárias".

"Nesta hipótese, não há eventualidade e os serviços são integrados em funções normais e necessárias dos órgãos públicos. Pode ocorrer, isso sim, que sua execução se dê em conta de *temporária,* o que não significa *eventual.*

Ademais, o art. 111, editado em 25 de fevereiro de 1967, ainda que seja interpretado como regra modificadora dos conceitos fundamentais da legislação do trabalho, diante da administração pública — alteração do conceito de ocasionalidade — não gozou senão de curta vigência, pois foi revogado pelo art. 104 da então Constituição Federal de 1967, que entrou em vigor a 15 de março daquele ano e que dispunha aplicar-se a legislação do trabalho a servidores estatais".[4]

4.1 Atividades estatais essenciais

No âmbito federal — repita-se — o art. 106 da Constituição Federal não mereceu, até o momento, nenhuma regulamentação legislativa sobre o regime especial.

Pelo contrário, como já foi assinalado, assiste-se, isto sim, a fortíssima tendência para o regime trabalhista. Assim, a Lei nº 6.185, de 11 de dezembro de 1974, albergou na lei consolidada todos os servidores públicos federais, excepcionando poucas categorias, de modo que também os admitidos temporariamente e os contratados para serviços técnicos especializados foram agasalhados sob o manto da CLT. O art. 1º deste diploma legal estatui que:

"Os servidores públicos civis da administração federal direta e autárquica reger-se-ão por disposições estatutárias ou pela legislação trabalhista em vigor".

No art. 2º, são postos sob o regime estatutário todos os servidores em atividades inerentes ao Estado como poder público, sem correspondência no setor privado: diplomacia, Ministério Público, tributação, arrecadação e fiscalização de tributos federais e contribuições previdenciárias. Finalmente, estabelece:

[4] Ribeiro de Vilhena. *Relação de emprego.* p. 189-91.

"Para as atividades não compreendidas no artigo precedente, só se admitirão servidores regidos pela legislação trabalhista, sem os direitos de greve e sindicalização, aplicando-se-lhes as normas que disciplinam o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço".

Logo, não é possível atualmente pensar-se, na área federal, em regime jurídico para os servidores públicos que não seja o estatutário e o "celetário". Da possibilidade de erigir um terceiro e quarto regimes, prevista no art. 106 da Carta Emendada, não se serviu o Executivo Federal, preferindo conservar-se dentro da dicotomia estatuto-legislação trabalhista.

5. *Estados e municípios*

No âmbito estadual, não nos consta haver qualquer membro da Federação se valido do permissivo em foco para criar o regime especial, que continua norma inaplicável. Na realidade, os setores administrativos estaduais temem uma incursão mais corajosa nesta seara, especialmente por lhes faltar o parâmetro federal.

Vem a pêlo observar que, em Minas Gerais, a Lei Complementar nº 3, de 28 de dezembro de 1972, contendo a organização municipal do estado, em seu art. 153, estatui que:

"Para o desempenho de funções de natureza técnica ou especializada e a admissão em serviços e obras de caráter temporário, o regime jurídico do contrato será o da CLT ou o definido em lei".

Ensejou-se, portanto, ao município mineiro a adoção do chamado regime jurídico especial, que não será compulsoriamente contratual, ou o perfilhamento da legislação trabalhista, o que, aliás, não poderia ser de forma diferente, uma vez que ao estado não cabe impor nenhum regime especial a seus municípios, os quais, constitucionalmente, fruem de autonomia para a sua própria administração, no que respeite ao seu peculiar interesse (art. 15, II, *b*, da Constituição Federal). E, não optando o município pelo regime especial, não há que fugir dos ditames da CLT, pois "inadmite-se a inexistência de garantias sociais e jurídicas àqueles que prestem serviços ao poder público, como estado de direito, sob pena de transformar-se no Estado tirânico, explorador de homem, compondo um regime escravocrata de trabalho".[5]

[5] ———. *Contrato de trabalho com o Estado*. p. 149.

5.1 Uma tentativa frustrada

Nos idos de 1964, ao redigir o projeto que deu origem à Lei nº 3.214, de 16 de outubro daquele ano, reestruturando os cargos do funcionalismo do Estado de Minas Gerais, o então secretário da Administração, Prof. Paulo Neves de Carvalho, criou um contrato *sui generis,* a que denominou "contrato de direito público para prestação de serviços". Procurava-se, por meio deste contrato, atenuar os efeitos onerosos da aplicação da legislação trabalhista a certos funcionários contratados pelo Estado, publicizando o contrato de trabalho. Emprestava-se, então, a tal espécie de contrato o princípio da supremacia estatal, como se fosse uma subespécie do contrato administrativo, ao qual se reconhece, sem o apodo dos mais conservadores civilistas, o privilégio estatal de impor cláusulas exorbitantes, assegurando-se ao poder público o direito de alteração e rescisão unilateral do contrato, sem o correspondente direito à reparação, salvo casos excepcionais.

Conquanto transformada em norma positiva estadual, através do art. 131 da lei nº 3.214, a idéia do Prof. Paulo Neves de Carvalho foi combatida.

Ao escrever sua tese ao concurso de Docência-Livre, na UFMG, o Prof. e Magistrado Ribeiro de Vilhena não poupou críticas ao chamado contrato administrativo de emprego público, verberando seu nascimento e dizendo-o desamparado pelo nosso ordenamento jurídico.[6]

Também a jurisprudência não confortou a tentativa do mestre mineiro, morrendo, em seu nascedouro, o "contrato de direito público para prestação de serviços ao Estado".

Cremos, porém, que a situação se transmudou e o dispositivo da lei estadual de 1964 tem, hoje, respaldo constitucional de validade e aplicabilidade: exatamente os arts. 106, da Constituição Federal, e o 109, da Constituição de Minas Gerais. Basta que seja revalidado legislativamente.

De fato, para as funções especializadas e os trabalhos temporários, nada impede que se aplique o dispositivo que, em 1964, ressumava inconstitucionalidade, mas que hoje tem o agasalho das leis maiores.

Aliás, como já assinalamos, Martins Catharino preconiza o "contrato de emprego administrativo" como regime especial a ser adotado em lei, com fulcro no art. 106, da Carta Magna, reeditando, com a autoridade de juslaboralista da maior suposição, a tentativa malograda de um eminente administrativista, há mais de uma década.

[6] Id. ibid. p. 126-8.

6. *Solução de síntese*

Não se pode de modo algum condenar aprioristicamente o "contrato de emprego administrativo", ou "contrato de direito público para a prestação de serviço ao Estado", ou "contrato administrativo de trabalho", seja lá qual for o nome que se lhe queira emprestar.

Tal contrato é a única solução de síntese capaz de atender, a uma só vez, aos reclamos das peculiaridades do serviço público, sem descurar dos direitos fundamentais dos trabalhadores. Deveria ser adotado não apenas para os casos do art. 106, ora focalizado, mas de forma mais generalizada.

A legislação trabalhista não é, de modo algum, a mais indicada para regular as relações dos servidores estatais, em face dos pesados ônus que acarreta ao Estado empregador, por ser ela manifestamente tutelar da pessoa do empregado, não levando em conta as situações especiais da máquina da administração pública. Incorreta, pois, a nosso parecer, a posição da Lei nº 6.148, colocando sob tal égide a quase-totalidade dos agentes administrativos federais.

Por outro lado, o estatuto legal, protegendo imediatamente o cargo ou função pública, deve, por instituição, cercar de garantias especialíssimas seu titular, representante do próprio Estado.

Assim, gozam os funcionários estatutários de regalias tais que os transformam praticamente em verdadeiros marajás do serviço público. Abroquelados pela estabilidade no cargo, alcançada após somente dois anos de exercício (art. 100 da Constituição Federal), torna-se difícil sua extirpação dos quadros administrativos, quando a isso dão motivo, pois os processos administrativos (art. 105, II, da Constituição Federal), se instaurados, geralmente nada apuram, gerando abusos por parte dos servidores que ficam quase sempre impunes, cultivando a ociosidade remunerada — mal remunerada, aliás.

O regime estatutário só se justifica para os funcionários que prestam serviços nas atividades inerentes ao Estado como poder público (art. 2º da Lei nº 6.185).

Destarte, o equilíbrio entre os regimes legal e "celetário" poderá ser logrado através de um regime intermediário: o do contrato administrativo de trabalho, que contenha os benefícios essenciais da legislação trabalhista, sem seus pesados ônus, e algumas das garantias do estatuto, sem suas inconveniências e mazelas. Tudo isso será viável, se o art. 106 do Texto Maior for devidamente aproveitado pelo legislador ordinário das três esferas de poder, com a generalização aqui preconizada.