

EMENTA: PROFESSORES — CONTRATADOS — ANTIGO ESTADO DO RIO DE JANEIRO — REGIME JURÍDICO — Relação Contratual ou Estatutária — Concomitância — Legalidade.

1. No Processo n.º 13.892/75-RJ a Procuradoria de Assuntos do Pessoal, tendo em vista a aposentadoria de professor contratado do antigo Estado do Rio de Janeiro entendeu, com base na Constituição Estadual e Estatuto do Magistério daquele Estado, configurar a contratação de professores uma relação *ex legis*.
2. Por sua vez, a Procuradoria de Assuntos Trabalhistas e Previdenciários, manifestando-se sob o ângulo restrito da matéria de sua competência em processos em que cogitava, quase sempre, sobre a situação de professores que vinham prestando serviços sem qualquer contrato, sustentou ter se constituído relação tácita de natureza trabalhista que carecia ser regularizada, caso não optasse a administração pela dispensa e conseqüente ônus. Tais processos são os de n.ºs 40.725/75, 08.643/75, 03/67.827/74, 03/42.678/ e 040.723/75. Neste último a contratação de professores foi havida, de forma geral, como de natureza trabalhista.
3. Cumpre, pois, seja apreciada, em tese, a situação dos professores contratados, e não à luz de um problema específico.
4. Como nos propomos a demonstrar, ambas as teses, aparentemente conflitantes, são corretas. O problema está em ser delimitado o âmbito de incidência de cada uma delas.
5. Assim, não pode ser dito que todos os professores contratados sejam empregados regidos pela C.I.T., o que implicaria em negar-se valia à legislação fluminense baixada a respeito, inclusive de hierarquia constitucional (a par das implicações previdenciárias). Sob outro aspecto, não pode ser sustentado que os professores substitutos, os que prestam serviço sem qualquer contrato, e os admitidos após o Decreto-lei 133, de 16.6.75, tenham vinculação *ex legis* com o Estado. Com exceção destas hipóteses se estabeleceu uma relação *ex legis*, vale dizer, estatutária, que conferiu ao professor a condição de *servidor extranumerário*.
6. A circunstância de por longos anos a legislação e as administrações fluminenses, com o *placet* de seu Tribunal de Conats considerarem os professores contratados como não sendo empregados trabalhistas (haja vista, *v. g.*, a concessão de licença-especial, de aposentadoria às custas do erário — doc. junto — e que não contribuíam para a previdência federal, mas para o mesmo órgão local de que eram contribuintes os *funcionários*), milita no sentido do acerto desse entendimento.

7. O intérprete tem que se nortear pelo magistério de CARLOS MAXIMILIANO (*Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 3.ª ed, págs. 362 e 369, n.ºs 365 e 376):

“Forte é a presunção da constitucionalidade de um ato ou de uma interpretação, quando datam de grande número de anos.”

“A prática constitucional longa e uniformemente aceita pelo Poder Legislativo, ou pelo Executivo, tem mais valor para o intérprete do que as especulações engenhosas dos espíritos concentrados”.

8. Tais precedentes de fato poderiam levar o parecerista a seguir na esteira do entendimento do Consultor Jurídico do DASP, Dr. CLENÍCIO DA SILVA DUARTE, no sentido de que —

“Os atos administrativos viciosos podem, excepcionalmente, consolidar-se, quando praticados na constância de um entendimento generalizado e habitual, por todos aceitos como legítimo e mais tarde considerado impróprio. A teoria do erro comum, de filiação civilista, mas aplicável ao direito administrativo, autoriza que o erro de muitos, acatado longamente no consenso geral como idóneo, possa validar a ação administrativa desde que não ofenda ao interesse público e não cause grave lesão de direito”.

9. Não se faz porém necessário invocar a teoria do erro comum, porque erro não há.
10. É o que veremos, começando pelo exame do direito positivo, sempre atentos para o que importa: a *mens legis* e não a *mens legislatoris*.
11. Já o “Estatuto” dos funcionários fluminenses, baixado pelo Decreto-lei 344, de 28.10.41, determinava:

“Nenhum imposto ou taxa gravará vencimento, remuneração ou gratificação do funcionário e o *salário do extranumerário*...”

12. Em 1945, o Decreto-lei 1.321, do Interventor do Estado do Rio, previa em seu artigo 3.º que:

“O pessoal extranumerário divide-se em:
I — contratado;

.....”

13. A Constituição fluminense de 20.6.47 previa, em seu artigo 122:

"Art. 122. Os extranumerários serão admitidos em consequência de programas periódicos, para *função de caráter transitório* (redação da Lei Const. n.º 1/49).

14. A Lei estadual n.º 1.870, de 18.4.53, em seu artigo 2.º estabeleceu que

"O magistério estadual é constituído dos professores ocupantes de cargos públicos e *funções de extranumerários mensalistas e contratados.*"

15. Em 1965, a Lei 5.575, de 9 de setembro — ESTATUTO do magistério fluminense, dispôs:

"Art. 1.º *Esta lei regula o provimento e vacância de cargos, o preenchimento e dispensa de funções do magistério, primário e médio; o direito e vantagens de seus membros.*

.....
§ 2.º — *No magistério haverá apenas uma categoria de extranumerário: o contratado*" (inserção feita pelo art. 1.º da Lei n.º 5.710, de 1.6.66).

16. Na União, a Lei 1.711, de 28-10-52 — o ESTATUTO do Funcionário Público Civil — havia *estendido o regime estatutário aos extranumerários*, nos seguintes termos:

"Art. 252 — O regime jurídico deste estatuto é extensivo:

I — aos extranumerários amparados pelo artigo 23 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição;

II — aos demais extranumerários

16.1. Entre mencionados extranumerários se incluíam os contratados, a quem se aplicaram as regras do Decreto n.º 34.395, de 28-10-53 *ex vi* seu artigo 2.º:

"Art. 2.º — São aplicáveis aos mensalistas, *contratados e tarefeiros* as disposições relativas a"

16.2. Segue-se extensa relação que abrange: prestação de fiança, deveres, proibições, responsabilidades, penalidades, prisão administrativa, suspensão preventiva, processo administrativo, revisão, formas de afastamento, etc.

17. Por sua vez, a Lei fluminense n.º 6.702, de 28-10-71, tornou expresso:

"Art. 1.º —"

§ 1.º — Aos membros do magistério, regidos por leis especiais, serão aplicados subsidiariamente as disposições deste Estatuto.

.....
"Art. 263 — *O regime jurídico deste Estatuto é extensivo aos extranumerários.*..."

18. A Constituição federal de 1967 determinou:

"Art. 104 — Aplica-se a legislação trabalhista aos servidores admitidos temporariamente para obras, ou contratados para funções de natureza técnica e especializada."

18.1. O constituinte federal deixou um vazio: *os admitidos temporariamente, mas não para obras.*

18.2. E o constituinte fluminense preencheu esse vazio dispondo sobre o professor. Leia-se seu artigo 90 e parágrafos:

"Art. 90 — Fora do quadro permanente da Administração Pública, só será admitido, em caráter temporário e sob a forma de contrato: (37)

I — pessoal para obras de natureza braçal e subalterna;

II — pessoal para funções de natureza técnica ou especializada;

III — pessoal para funções de professor.

§ 1.º — Os contratos do pessoal, a que se refere o item I, serão considerados automaticamente rescindidos, logo que terminadas as obras que os motivaram; os de que cogitam os itens II e III, no encerramento, respectivamente, do exercício financeiro e do ano letivo dentro do qual foram firmados. (38)

§ 2.º — A exceção dos contratos para funções de professor, que se subordinarão ao regime estatutário, os demais serão regidos pela legislação trabalhista. (39)

18.3. Verifica-se desse texto: a) que o professor contratado era admitido temporariamente, por período igual ao do ano letivo; b) que o constituinte embora definisse o professor como um servidor temporário o distinguia do pessoal para obras e do de natureza técnica e especializada (conceitos sem precisão legal); c) que, assim, a regra da Constituição fluminense não se choca com a Lei Magna; d) que, como se verá, o contratado subordinado ao regime estatutário corresponde ao *extranumerário*. Certamente por isso o artigo 90 não foi incluído no vasto rol de impugnação objeto da Representação n.º 755, de iniciativa do Governador fluminense.

19. A Emenda Constitucional federal n.º 1/69 editou regra nova — o artigo 106 — do seguinte teor:

“Art. 106 — O regime jurídico dos servidores admitidos em serviços de caráter temporário ou contratado para funções de natureza técnica especializada será estabelecida em lei especial.”

20. E a Emenda n.º 1/69 do antigo Estado do Rio de Janeiro reproduziu em seu artigo 89 o artigo 106 acima transcrito e no artigo 191, inserto nas Disposições Gerais e Transitórias observando a tradição fluminense prescreveu:

“Art. 191 — Enquanto não for instituído o regime jurídico a que se refere o artigo 106 da Constituição Federal, a admissão de pessoal temporário será feita sob a forma de contrato, observando-se:

- I — para as funções de professor, o estatutário; e
- II — nos demais casos, o da legislação trabalhista.”

20.1. A primeira dúvida que assalta o intérprete dessa norma e a do artigo 90, § 2.º, da Constituição estadual de 1967 é a aparente contradição da concomitância de uma relação contratual, e outra, estatutária. Basta porém o exame da legislação acima transcrita para evidenciar que tanto a União como o antigo Estado do Rio, haviam estabelecido mencionada concomitância na figura do *extranumerário contratado*, a quem foi estendido o regime estatutário.

21. Vale dizer, “contratado sujeito a regime estatutário” equivale, *ex vi legis*, a *extranumerário*. O que leva a dúvida ao intérprete é o seu mau posicionamento de aprioristicamente considerar o “contratado” como um empregado de relação trabalhista, e não um servidor de vinculação *ex legis*. O direito positivo já referido é o que define a natureza jurídica do vínculo e não o direito do trabalho, que só incidiria na falta daquele.

22. O contrato que o professor assinava não infirma a conclusão.

22.1. Dos termos contratuais — sem qualquer conteúdo negocial — denota-se a relação *ex legis*, não trabalhista, da sujeição do professor, sem consideração a direitos subjetivos, a todas as leis que viessem a ser aplicáveis (e não apenas, evidentemente, às que já o fossem no momento da contratação, exegese inaceitável pois levaria à inutilidade da cláusula). Por sua vez, a regra de rescisão ao invés de ser nula (o seria sob a ótica trabalhista) é a expressão de uma vinculação não contratual.

23. Retornemos ao exame do artigo 106 da Lei Magna consoante a Emenda n.º 1/69.

23.1. Ao contrário do previsto em outros dispositivos o constituinte, no particular, não prevê lei complementar, que pressupõe lei, de uma só origem — a federal. Não há, outrossim, outros dados que autorizem caracterizar-se o que seja mencionada lei especial. Considerando que cada pessoa jurídica de direito público pode dispor sobre os assuntos de sua competência e peculiar interesse, notadamente os Estados, aos quais são conferidos todos os poderes que lhes não sejam vedados pela Lei Magna (§ 1.º do art. 13), conclui-se que cada uma delas pode baixar a lei especial enfocada.

23.2. É o que entende a doutrina. Tanto HELY LOPES MEIRELLES (*Dir. Adm. Bras.*, 3.ª ed., pág. 417), CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, (ed. 1972, págs. 57/58), como CAIO TÁCITO (*Rev. de Dir. Publ.* n.º 26, pág. 29), entendem que a lei especial do artigo 106 da Emenda n.º 1/69 poderá ser federal, estadual ou municipal consoante se trate de servidores federais, estaduais ou municipais.

23.3. Em face de sua competência, o constituinte fluminense de 1969, de sorte a que os professores “contratados — estatutários” não ficassem sem sua tradicional vinculação *ex legis* enquanto não fosse instituído o regime do artigo 106 (89, da Carta estadual), baixou, em norma transitória, regra especial para os reger até o advento da lei especial que dispusesse a respeito.

23.4. Não há nisso qualquer ilegitimidade.

23.5. Do exame do dispositivo estadual comentado se verifica que o embasamento da regra é o artigo 106 da Constituição Federal, ainda que isso seja expresso sob a forma de condicionar a sua vigência à instituição do regime jurídico nele previsto, posto que o constituinte estadual não almejou a tanto; mas apenas a baixar uma só regra especial relativa aos professores.

23.6 Assim, se com fundamento no artigo 106 poderia o legislador estadual baixar lei especial regulando todos os casos dos admitidos para serviços temporários, poderia o constituinte fluminense editar norma especial para um caso especial, se respeitadas os contornos do permissivo federal. Com isso não fica prejudicada a lei especial

ordinária de caráter abrangente, posto que o constituinte, em atenção à competência do Governador, previu que a "sua" norma cederia ante aquela lei especial ordinária.

23.7. Considerando que o artigo 106 não fixa qual o regime jurídico objeto da lei ordinária, se adequa à *mens legis* federal a adoção do vínculo de extranumerário (o contratado — estatutário), que apesar de ter natureza *ex legis* se aproxima, sem se confundir, com o funcional, e se destaca do trabalhista. Vale dizer, exatamente, o *tertius genus* visado pelo artigo 106 da Emenda Federal n.º 1/69.

23.8. Concluímos, pois, que o inciso I, do artigo 191, da Emenda n.º 1/69 da Constituição fluminense, consiste em mandamento válido, fundado no já mencionado artigo 106.

23.9. *Em tais condições, pela Emenda n.º 1/69 do antigo Estado do Rio de Janeiro, os professores contratados sujeitos ao regime estatutário não se subordinam à legislação trabalhista, mas ao regime do artigo 106 da Lei Magna, que por opção do legislador fluminense coincide com o do extranumerário.*

24. Esclareça-se, por demasia, na hipótese que pudesse haver qualquer dúvida quanto ao caráter temporário dos serviços dos contratados (períodos determinados, ainda que renováveis), que a regra do § 1.º do artigo 90 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, de 1967, apesar de não reproduzida nas Cartas de 1969 e 1975, continua a vigor como lei ordinária, posto que não conflita com o novo ordenamento constitucional.

24.1. Com efeito, segundo o magistério do doutíssimo PONTES DE MIRANDA, invocando KARL SCHMITT:

"Determinações legais — Constitucionais (verfassungsgesetzliche Bestimmungen) podem seguir valendo como determinações legais, depois de por-se de lado a Constituição, ainda que (auch) sem especial reconhecimento legal (Coment. à Const. de 1967 com a Emenda n.º 1/69 — tomo II, pág. 155).

25. O mesmo é de ser dito quanto a não ter a atual Constituição do Estado reproduzido a regra do artigo 191 da Emenda fluminense n.º 1/69, que dispôs que enquanto não fosse instituído o regime do artigo 106 da Lei Magna, as funções temporárias de professor corresponderiam à contratação subordinada ao regime estatutário.

26. Essa situação foi alterada pelo parágrafo único do artigo 1.º do Dec.-lei n.º 133, de 16-6-75 — o atual Estatuto do Magistério (excluído o de nível superior) que prevê:

"Ao pessoal contratado, regido pela legislação trabalhista, aplica-se, no que couber, o presente Decreto-lei."

27. Uma vez que, até então, o professor contratado seria, necessariamente, regido pelo regime estatutário entendemos que o artigo em exame revogou a regra do n.º I do artigo 191 da Constituição fluminense de 1969 que, vigendo como lei ordinária, dispunha naquele sentido. Apesar do prestígio da interpretação literal, reforça esse entendimento o fato de a expressão — "regido pela legislação trabalhista", achar-se entre vírgulas, referindo-se pois a *todo* o pessoal contratado, não ensejando interpretar-se haver pessoal contratado regido pela legislação trabalhista, a par de outro pessoal contratado, regido por legislação não trabalhista.

28. Tal regra há porém de ser entendida como incidindo apenas sobre os novas contratações. Não as anteriores, sujeitas ao regime estatutário, posto que a mutabilidade de regramento que lhe é peculiar, sem ofensa a direitos adquiridos, não val ao extremo de permitir a troca de regime.

29. É oportuno salientar a conveniência da revogação da parte final do artigo em exame. A aplicação ao pessoal trabalhista das normas Estatutárias (inclusive a do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis) criou nova e privilegiada categoria de servidores: a que soma todas as vantagens funcionais (que não lhe poderão ser retiradas ou diminuídas), com todas as vantagens de empregado (como o 13.º salário).

30. Ante o exposto, é forçoso concluir que, salvo eventual contrato caracterizando a regência da legislação trabalhista:

30.1. os professores contratados até o advento da Emenda Constitucional n.º 1/69, eram extranumerários, como vínculo *ex legis*, e não trabalhista, em decorrência da legislação estadual e da Constituição fluminense de 1967;

30.2. são também extranumerários os admitidos após a Emenda n.º 1/69 à Constituição estadual, mas por opção feita através do artigo 191, fundada no artigo 106 da Lei Magna;

30.3. são empregados trabalhistas os admitidos a partir do Dec.-lei 133, de 16-6-75;

30.4. os serviços prestados sem a assinatura pelo professor do contrato comum aos extranumerários regem-se pela legislação trabalhista. (A Lei 5.575/65, artigos 27 e segs. e Lei 7.242/73, artigos 46 e segs. exigem contratação instrumentada). Na eventualidade de ter havido posterior assinatura de contrato o professor assume a condição de extranumerário, ficando rescindida a relação trabalhista, situação que equivale à dispensa.

31. Em face do exposto abre-se a seguinte opção, a ser definida através de critérios de conveniência e oportunidade:

a) manutenção dos extranumerários (anteriores ao Dec.-lei 133, de 16-6-75);

b) sua transformação em funcionários, do Quadro III (a exemplo do que fizeram a Lei Federal 3.780/60 e Lei 14/60 do antigo Distrito Federal).

32. Em qualquer das hipóteses releva considerar que para a admissão de professor contratado estatutário, tanto a Lei 5.575/65 (só se refere ao contratado no ensino primário — artigo 30), como a Lei 7.242/76 (artigo 49) exigiam prova de o candidato ter participado do último concurso de ingresso.

33. Na primeira hipótese (manutenção dos extranumerários) é aconselhável ser baixado Decreto-lei regulando a sua condição funcional e caracterizando melhor as normas estatutárias de sua regência, bem assim ser substituído o teor do contrato até agora adotado.

34. Na segunda hipótese (transformação em funcionários), deveriam ser verificadas quais as funções que poderiam ser havidas como permanentes.

35. Esta última alternativa teria a vantagem de não se manter no Estado uma terceira categoria de servidores. Melhor dirá porém a Secretaria de Estado de Administração.

36. Finalmente existem os professores substitutos. Estes não são extranumerários, mas empregados sujeitos à C.L.T.

36.1 Com efeito, não eram eles contratados, mas admitidos por Portaria de admissão de Diretor de Departamento (artigos 48 e 449 da Lei 5.575/65), ou como diz o artigo 53 da Lei 7.242/73, por ato do Diretor.

36.2. Expressando a diferença entre os professores extranumerários e os substitutos, embora versando a mesma matéria, o Ato Constitucional das Disposições Transitórias da Constituição fluminense de 1947 os trata destacadamente, em seus artigos 29 e 30.

36.3. De toda sorte, já o Dec.-lei 1.321/45 considerava extranumerário o contratado, e a Lei 5.575/65 era taxativa em dispor que no magistério haveria apenas o contratado como única categoria de extranumerário. Como o regime estatutário só foi estendido aos extranumerários (Lei 6.702/71 — artigo 263) e só a estes se referem as Constituições de 1967 e 1969 (contratados subordinados ao regime estatutário), o substituto não tem vinculação *ex legis*.

É empregado trabalhista.

36.4. Recomendável, pois, assinem todos eles o contrato-padrão em vigor, ouvida previamente a Secretaria de Estado de Educação quanto a eventuais peculiaridades.

37. Caso o presente parecer venha a ser aprovado pelo Sr. Procurador Geral, conviria dele fossem cientificados os Ilustres Procuradores-Chefes das Procuradorias de Assuntos do Pessoal e de Assuntos Trabalhistas e Previdenciários.

38. Por derradeiro, seria oportuno fosse enviada cópia do presente às Secretarias de Estado de Administração e de Educação.

É o parecer.

ROBERTO RICHELETTE FEIRE DE CARVALHO
Procurador-Assessor

Visto, de acordo.

Os Procuradores-Chefes das Procuradorias de Assuntos do Pessoal e de Assuntos Trabalhistas e Previdenciários já tomaram ciência do parecer a ele aderindo.

Expeçam-se ofícios às Secretarias de Estado de Educação e de Administração encaminhando cópia do parecer, e do documento a ele acostado.

Rio de Janeiro, 14 de outubro de 1976.

ROBERTO PARAISO ROCHA
Procurador-Geral do Estado

INTERPRETAÇÃO DO PARAGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 233 DA LEI FEDERAL N.º 6.404, DE 15-2-76

1 — A cisão, com versão de todo o patrimônio em outras atividades, constitui espécie de extinção de uma companhia. Se, porém, a versão for parcial, ocorre tão-somente a divisão do seu capital, subsistindo a companhia cindida.

Na primeira hipótese, as sociedades que absorverem parcelas do patrimônio da companhia cindida sucederão a esta, na proporção dos patrimônios líquidos transferidos, nos direitos e obrigações não relacionados. Trata-se de um caso simples de sucessão de empresas, sem maiores problemas, estabelecendo-se a solidariedade entre as sucessoras.

Na segunda hipótese, estabeleceu o art. 233 da Lei n.º 6.404/76 a solidariedade também entre a companhia cindida e as que absorverem partes do seu patrimônio. Mas, no parágrafo único, foi admitida a possibilidade de as sociedades absorventes responderem apenas pelas obrigações que lhes forem transferidas, facultando aos credores oposição ao ato, mediante notificação.

2 — A dúvida suscitada enseja, ao que me parece, solução singela.