REVISTA DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

- A ADVOCACIA DE ESTADO E AS NOVAS COMPETÊNCIAS FEDERATIVAS
 - Diogo de Figueiredo Moreira Neto
- A CRT E O DIREITO AO TERMINAL TELEFÔNICO
 - Lisete Maria Skrebski
- **HIDRÔMETROS**
 - Fernando Dugacsek



PUBLICAÇÃO DA
PROCURADORIA DE INFORMAÇÃO, DOCUMENTAÇÃO
E ASSESSORAMENTO JURÍDICO E LEGISLATIVO
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

REVISTA DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

PUBLICAÇÃO DA PROCURADORIA DE INFORMAÇÃO, DOCUMENTAÇÃO E ASSESSORAMENTO JURÍDICO E LEGISLATIVO

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RPGE	PORTO ALEGRE	V.22	Nº 51	P.133	1995
------	--------------	------	-------	-------	------

Revista da Procuradoria-Geral do Estado.

v. 22 nº 51 - 1995 - Porto Alegre, Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, Procuradoria de Informação, Documentação e Assessoramento Jurídico e Legislativo.

v. 23 cm trimestral

Continuação da Revista da Consultoria-Geral do Estado.



Catalogação pela Equipe de Documentação da PGE

Os artigos de doutrina não representam necessariamente, a posição da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul

ANTÔNIO BRITTO

Governador do Estado

VICENTE JOAQUIM BOGO

Vice-Governador do Estado

MANOEL ANDRÉ DA ROCHA

Procurador-Geral do Estado

MAURÍCIO BATISTA BERNI

Procurador-Geral Adjunto

ROSA MARIA DE CAMPOS ARANOVICH

Coordenadora da Procuradoria de Informação, Documentação e Assessoramento Jurídico e Legislativo

CONSELHO EDITORAL

Rosa Maria de Campos Aranovich (Presidente)
Athos Rodrigues
Caio Martins Leal
Gabriel Pauli Fadel
Jorge Alberto Diehl Pires
Magda Brossard Iolovitch
Maria Alice Costa Hofmeister
Paulo Roberto Basso
Tânia Maria Prestes Porto Fagundes

EQUIPE TÉCNICA

Execução, Revisão e Distribuição

Indaiá Soares Dillenburg (Jornalista Responsável - Reg. 6082)

Angélica dos Santos Petrillo Guacira de Lima Abreu Parahyba Maria Claudia Bassi Polidori Marília Tomazzoli Santarosa Marlise Pasin Bergamaschi Vera Lucia Seelig Ana Lúcia Lima da Cruz (Estagiária)

SUMÁRIO

DOUTRINA

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO	A Advocacia de Estado e as Novas Competências Federativas	11
ADERBAL TORRES DE AMORIM	Tribunais de Contas e os Processos de Consultas: uma questão competêncial	21
ALEXANDRE MARIOTTI	Conselho Constitucional Francês: Uma Introdução	31
PARECERES		
PEDRO HENRIQUE POLI DE FIGUEIREDO	Natureza Jurídica do Con- trato de locação mantido entre Partícular e o Poder Público - 10391	47
LUIZ CARLOS SOUZA LEAL	Abandono de cargo: Nature- za e tenno inicial do prazo de Prescrição - 10554	57
MAURÍCIO DE AZEVEDO MORAES	Servidor Celetista - Transpo- sição para Cargo Efetivo - 10601	61
MARIA APARECIDA DIAS DE MORAES	Sociedade de Economia Mista: possibilidade de integrar consórcio para particiapação em licitação - 10603	65
ELAINE DE ALBUQUERQUE PETRY	Fundações de direito privado - 10658	71
LISETE MARIA SKREBSKI	A CRT e o Direito ao Terminal Telefônico - 10665	75
EUNICE ROTTA BERGESCH	Estatuto da Advocacia - Lei nº 8.906/94 - 10678	85
ROSA MARIA DE CAMPOS ARANOVICH	Competência Legislativa do Estado em Matéria de Segurança Pública - 10706	91

91

CESAR VITERBO MATOS SANTOLIM

A Obrigação de Prestar Alimentos e Pensão Previdenciária - 10754

97

LUIZ CARLOS SOUZA LEAL

FEPAM - Requisições do MP - 11033

101

TRABALHOS FORENSES

FERNANDO DUGACSEK

Hidrômetros

111

DOUTRINA

A ADVOCACIA DE ESTADO E AS NOVAS COMPETÊNCIAS FEDERATIVAS

Diogo de Figueiredo Moreira Neto*

- 1. Introdução: Novas expressões do federalismo contemporâneo.
- 2. Ampliação da atividade administrativa pública.
- 3. Transformações da Advocacia de Estado.
- 4. Considerações constitucionais e conclusões.

Procurador do Estado do Rio de Janeiro

^{*} Professor de Direito Administrativo na Faculdade de Direito Cândido Mendes.

1. NOVAS EXPRESSÕES DO FEDERALISMO CONTEMPORÂNEO

A experiência federalista se tem desenvolvido desde sua origem moderna, no século dezoito, agregando novas técnicas e novos institutos, distanciando-se do modelo pioneiro da Constituição dos Estados Unidos da América. Consagrado como método eficiente de contenção do poder, por diluído entre entidades políticas territoriais, o federalismo se tem diversificado e adaptado por todo o mundo, atendendo a toda sorte de circunstâncias históricas e processos políticos, produzindo modelos tão distintos como o helvetico e o soviético, não obstante assentes sobre o princípio fundamental da diversidade na unidade.

Deve-se também ao êxito da idéia federalista as suas novas e criativas expressões, em surgimento neste final de século e de milênio, despontadas nos fenômenos emergentes do quasi-federalismo das regiões autônomas, do meta-federalismo das comunidades de nações, no neo-federalismo da subsidiariedade e no transfederalismo da complementariedade.

O quasi-federalismo tem sido adotado por países tradicionalmente unitários para garantir certo grau de autonomia para algumas regiões etnicamente diferenciadas, ou economicamente atrasadas ou geograficamente distanciadas em seus territórios. O resultado, já colhido satisfatoriamente na Espanha, na Itália e em Portugal, se tem mostrado sedutor para vários países que são ameaçados, em sua unidade, por movimentos separatistas minoritários e por isso, posteriormente, se desdobrará em outros modelos, mesmo no seio de federações, como é o caso das regiões autônomas russas.

Da mesma forma, o modelo federal tem oferecido a base histórica e doutrinária sobre a qual se tem desenvolvido a idéia das associações comunitárias de nações, como a Comunidade Européia, articulando, em novo grau político, expressões legislativas, administrativas e judiciárias do poder de Estados independentes. A experiência européia tem sido atentamente acompanhada por outros países que também aspiram integrar seus mercados, seus recursos e suas ações governamentais em novas comunidades de nações, mais fortes e mais competitivas, a partir de alianças políticas, de uniões aduaneiras ou de mercados comuns. Este é o caso do Brasil, que, no MERCOSUL, busca a articula-

ção de uma futura Comunidade de Nações. Em termos jurídicos, o resultado, que se vislumbra com nitidez na Europa pós-Maastricht, é a superação dos quadros constitucionais individualizados e estanques, como marco político do poder estatal, descortinando-se, assim, no processo, uma transmutação de conceito de soberania e, por isso mesmo, do próprio constitucionalismo, num novo quadro que pode ser referido como um **meta-federalismo.**

Por outro lado, como resultado do crescente interesse dos países federados em aperfeiçoar a racionalidade de sua ação e, por isso, a eficiência do Estado, na linha do princípio da subsidiariedade, observase a emergência de um **neo-federalismo**, voltado a redefinição da partilha de poder entre as unidades federadas e o poder central, e a da correlata partilha de recursos tributários. O princípio da subsidiariedade, que tem sua origem na prática suíça e sua conceituação no pensamento político da Igreja Católica, desenvolvido em famosas encíclicas como a Quadragésimo Anno e a Máter et Magistra, adotado no constitucionalismo alemão e presente no Tratado de Maastricht, tornou-se conhecido por oferecer um seguro critério sociológico para justificar a concentração e a distribuição do poder; dois magnos problemas da Ciência Política e do Direito, geralmente tratados sob mera perspectiva histórica.

A idéia fundamental na subsidiariedade é dar ênfase e prestigio às bases individuais do poder político e, a partir delas, concentrar gradualmente o poder em instituições de dimensão e complexidade crescente. De início, a concentração produziria entidades não-estatais e só se passaria a concentrar poder (político) em entidades estatais quando certos problemas convivenciais não puderem ser solucionados regularmente e satisfatoriamente pela própria sociedade. Mas, ainda assim, a concentração no Estado deve seguir o mesmo gradualismo subsidiário: tudo o que possa ser resolvido na unidade política local deverá sê-lo e só se passará a concentrar poder, ou seja, competência, nas unidades superiores quando necessários. O mesmo princípio se aplica à concentração de poder em unidades políticas multi ou meta-nacionais e com relação à partilha de recursos entre as entidades envolvidas.

Mas não apenas como concentrar poder no Estado passa a ser o discurso da modernidade juspolítica mas o quê concentrar. Cada vez mais se observa que as sociedades não se vem valendo preferente ou prioritariamente do Estado para a satisfação de seus interesses. A pró-

pria diversificação dos interesses gerais em públicos, coletivos e difusos, estimula a multiplicação de entidades sociais secundárias, com ou sem outorga de delegação do Poder Público, que se destinam a solucionar problemas específicos fora das formalidades burocráticas e sem seus ônus. Tratam-se, em geral, de interesses coletivos e difusos, que cabendo ou não ao Estado, podem receber tratamento específico e mais ágil em agências ou entidades intermediárias, assim chamadas por se situarem a meio caminho entre os entes públicos e os privados.

São inúmeras as formas de que se revestem as entidades intermediárias, dificultando a classificação, mas, sem dúvida, já se constituem numa categoria em franca expansão pelas vantagens que apresentam, em relação ao Estado, para, solucionar problemas com maior flexibilidade, objetividade e menor custo, inclusive podendo atuar em inúmeras formas de cooperação, até mesmo com os próprios entes estatais, nacionais, internacionais, superando os limites do federalismo e da própria nacionalidade sempre que necessário. Desenha-se, a partir desse fenômeno, um **transfederalismo** da complementariedade.

2. AMPLIAÇÃO DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA PÚBLICA

Todas essas novas expressões do federalismo vêm acompanhadas de inúmeros reflexos sobre a administração pública, identificando-se novos tipos de interesses, novas competências, novos métodos para satisfazê-los, novas formas de descentralização e, sobretudo, num quadro de Estado Democrático de Direito, novas exigências de controle.

Assim é que, no **quasi-federalismo** das regiões autônomas ou semi-autônomas, multiplicam-se as relações entre essas entidades e o Poder Central, com sua moldura constitucional específica e com todas as consequências administrativas delas derivadas.

Também o **meta-federalismo** das comunidades de nações tem sido pródigo na diversificação do tratamento jurídico da administração pública, manifestada em órgãos e instrumentos de ação de amplo escopo que devem, de alguma maneira, se articular com os órgãos e instrumentos nacionais, regionais e até os locais para serem eficientes.

Do mesmo modo, o **neo-federalismo** da subsidiariedade, ao introduzir a busca de maior racionalidade na partilha federativa, de competência e de recursos, suscita maiores e mais sofisticadas exigências

técnicas nos procedimentos administrativos, notadamente como resultado do aquecimento da participação política democrática dos cidadãos e das entidades intermédias, principalmente quanto às atividades de controle de juridicidade - legalidade, - legitimidade e licitude - a todos os níveis.

Finalmente, o **transfederalismo** da complementariedade, abrindo e expandindo a cooperação, multiplica também as relações intersubjetivas sujeitas à disciplina jurídica administrativa e diversificada os regimes a elas aplicáveis, desde os que que regem os clássicos atos e contratos administrativos aos atos administrativos complexos mais atuais, como o são os acordos de programa.

Sobre esses quatro tipos de experiências federativas incidem dois fatores gerais de indiscutível modernidade: a incorporação de novos campos de intersubjetividade, potencialmente muito conflitivos, à atividade administrativa pública e a transformação dos modos de intervenção do Estado na ordem econômica.

Essas novas relações sociais, em contínuo surgimento pela expansão das telecomunicações, da informática, da genética, da saúde, da ecologia e de tantos outros campos abertos pela ciência e tecnologia contemporâneas, se têm demonstrado altamente conflitivos, demandando intervenção ordinatória estatal para estabelecer regras mínimas, sejam normas de poder de política, sejam de ordenamento social, para a manutenção da ordem. Expande-se, em conseqüência, a atividade administrativa, estatal ou não-estatal (auto-regulação) mas, de qualquer forma, a demandar tratamento especial nas federações, até mesmo no plano transfederativo, sempre que seja mais à efetividade de ação regulatória.

Por outro lado, as mudanças hoje observadas nos métodos de intervenção do Estado na ordem econômica, abandonando as formas concorrenciais e monopolistas para adotar soluções regulatórias, vem reduzindo o número de paraestatais que atuavam administrativamente na exploração econômica e, em compensação, aumenta a necessidade de multiplicar órgãos e agências de controle de todo o tipo sobre as atividades devolvidas aos mercados, tudo implicando em aperfeiçoamento técnico e procedimental das novas funções administrativas, ainda que não-estatais.

3. TRANSFORMAÇÕES DA ADVOCACIA DE ESTADO

Chega-se, assim, às consequências sobre a advocacia do Estado, enquanto função essencial à justiça, autônoma em relação aos Poderes do Estado.

Desde logo se constata que as tradicionais funções públicas desenvolvidas pela advocacia de Estado - A consultoria e a representação judicial - já não são mais suficientes para atender às novas experiências federativas e administrativas, que tornam ainda mais complexos os problemas da gestão dos interesses públicos.

Registram-se, em decorrência, transformações adaptativas da advocacia de Estado quanto às suas **finalidades**, às suas **modalidades** e às suas **características**.

Em maior ou menor grau, elas já são evidentes e, por isso, pautam a evolução próxima do instituto, revelando o que se deve entender em plenitude por **essencialidade à justiça**, como expresso no texto constitucional de 1988.

Quanto às **finalidades**, a ênfase na defesa dos interesses públicos se desloca do simples interesse fazendário da pessoa jurídica para o interesse público primário da defesa da juridicidade integral da ação administrativa. O novo conceito de advocacia pública não a esgota na tradicional prossecução dos interesses materiais da Administração Pública, senão que passa a envolver prioritariamente a satisfação dos interesses públicos imateriais, tal como expressos nos princípios constitucionais da administração pública (art. 37, caput, e 70, caput, da Constituição). A própria **legalidade**, como um dos princípios expressados, já não é mais suficiente para sustentar um conceito satisfatório de eticidade do agir administrativo; a **legitimidade** passa também a ser exigida, notadamente no controle dos excessos e distorções do emprego da discricionariedade, e a **licitude** vem a ser incorporada à ordem jurídica e passa a informar o controle da moralidade administrativa.

Quanto às modalidades, a consultoria e a representação judicial são hoje apenas o núcleo de uma constelação de funções da advocacia de Estado. Para a realização da promoção e da defesa do interesse público, as modernas funções dos órgãos dela encarregados se distribuem em três tipos de atividades: a orientação, a defesa e o controle jurídicos da atividade administrativa. A orientação jurídica

envolve as funções de assistência jurídica e as de consultoria jurídica; a assistência é função ancilar e de apoio, exercida sem autonomia e em benefício de um órgão de decisão administrativa, enquanto que a consultoria é função principal (essencial), exercida com autonomia e em benefício imediato da própria ordem jurídica. A defesa jurídica é a atuação contenciosa, que evoluiu da representação judicial para um conceito de defesa integral, judicial e extrajudicial, inclusive nos contenciosos de regulação não-estatal e nos tribunais administrativos e pára-administrativos, onde existam. O controle jurídico, por fim, se vem alçando a função mais importante da advocacia de Estado pelas extraordinárias potencialidades que se reconhece em qualquer de suas submodalidades: o controle prévio, o controle simultâneo e o controle posterior. Às vantagens da atuação preventiva, pela consultoria, acrescenta-se a do acompanhamento da atividade administrativa enquanto ela se desenvolve.

Assim diversificada, a advocacia de Estado vem apresentando certas características operacionais cada vez mais nítidas: a discricionariedade técnica, a despolitização, a privatividade e a independência funcional.

A discricionariedade técnica orienta a tomada de decisões segundo padrões objetivos cientificamente informados, sem interferência de considerações outras de qualquer natureza: o advogado do Estado decide e atua conforme sua ciência e sua consciência; segundo o direito e sua convicção.

Por isso mesmo, as ações da advocacia de Estado, no exercício de suas funções, são **despolitizadas**. Não importa o conteúdo de conveniência e oportunidade das escolhas dos agentes políticos e administrativos, mas apenas a sua submissão à ordem jurídica.

Mas para que isso se dê, para que essa atuação repouse em exclusiva discricionariedade técnica e seja despolitizada, é necessário que haja **privatividade** das funções de advocacia do Estado. De outra forma, os agentes políticos e administrativos inconformados com o controle poderiam se valer de serviços jurídicos avulsos, prestados por advogados privados, descompromissados com os interesses indisponíveis. A profissionalização da advocacia desses interesses é, por isso, princípio constitucional implícito que garante, por sua vez, os princípios substantivos que regem a administração pública e, mais além, o próprio Estado Democrático de Direito.

Finalmente, mas não com menor importância, o desempenho dos advogados de Estado, deve ser caracterizado pela independência funcional. Os órgãos da advocacia do Estado, tanto quanto os das demais advocacias públicas, o Ministério Público e a Defensoria Pública, são independentes nas suas funções técnicas, como funções essenciais à justiça que são, insuscetíveis de coação pela manipulação política de vencimentos, de vantagens, de progressão em carreira, de remoção ou transferência e por outros expedientes que visem a influenciar-lhes as decisões. Não sendo órgãos dos Poderes do Estado, situam-se a parte, entre este e a Sociedade (Constituição, Título IV, Capítulo IV). Como entidades intermédias especiais, porque estão dotados de poder estatal, do mesmo modo, por exemplo, que as autarquias corporativas, a Comissão de Valores Imobiliários e os serviços sociais autônomos, nelas coexistem a natureza estatal e a societal.

4. EVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL E CONCLUSÕES

No quadro evolutivo que nos apresentam as federações, a advocacia de Estado vem assumindo importância crescente. Não são mais, apenas, órgãos de defesa dos **interesses públicos**, mas a elas cabe a zeladoria de **valores indisponíveis** na administração pública bem como a de certos **interesses difusos** que também lhes são cometidos por lei e, no contexto federativo, incumbem-se a **proteção e defesa das próprias competências federativas** do ente a quem servem.

A definição constitucional dos órgãos da advocacia de Estado no Brasil, encontrada nos artigos 131 (União) e 132 (Estados e Municípios) da Constituição, embora já registrando muito dessa evolução, ainda não é satisfatória para recobrimento das características estudadas. No processo de reforma constitucional em curso, a modernização do Estado brasileiro não estaria completa sem a explicitação da função de controle interno da legalidade da administração pública, notadamente para zelar pela observância do artigo 37, caput, da Carta Magna, e pela afirmação das garantias de privatividade e independência funcionais. Isso contribuiria decisivamente para o robustecimento da federação e do Estado Democrático de Direito.

Essa função de zeladoria dos princípios da administração pública bem como da fiel observância da partilha das competências federativas poderia ainda ser mais eficientemente desempenhada se se dispuser, em todos os níveis administrativos, de **regras procedimentais** bem definidas, inclusive contemplando o **controle simultâneo do desenrolar do processo.**

Do mesmo modo,a evolução e aperfeiçoamento da advocacia de Estado, com as características examinadas, garantem, em última análise, o direito do cidadão a uma administração efetiva e honesta.

OS TRIBUNAIS DE CONTAS E OS PROCESSOS DE CONSULTAS: UMA QUESTÃO COMPETENCIAL

Aderbal Torres de Amorim *

^{*} Professor de Direito Constitucional na Escola Superior de Magistratura/RS e de Direito Processual Civil nas Escolas Superiores do Ministério Público/RS e do Instituto dos Advogados/RS. Auditor Substituto de Conselheiro do Tribunal de Contas/RS.

1. COMPETÊNCIA - UMA QUESTÃO CONSTITUCIONAL

1. Ainda se discute aqui e ali relativamente ao julgamento de consultas formuladas por Câmaras de Vereadores e Prefeitos Municipais acerca de matérias insertas na competência constitucional do Tribunal de Contas do Estado.

Decididamente, a Corte de Contas não é órgão consultivo e nem mesmo pode-se manifestar previamente sobre qualquer matéria que lhe venha ulteriormente para apreciação. Não há exceção à regra. Nem mesmo a norma que trata dos pareceres prévios postos no Texto Maior como atribuição dos Tribunais de Contas pode ser tomada como tal⁽¹⁾. Em verdade, emitido o parecer prévio, já não mais cabe aos Tribunais de Contas qualquer outro papel. Ao menos de órgão julgador.

Veja-se bem, o único caso em que a Constituição prevê função opinativa para as Cortes de Contas não desmente o que se diz: mesmo aí, não passa, ao depois, o Tribunal a ocupar-se da matéria sobre a qual manifestara-se opinativamente. Quem decide a partir desse momento é o Legislativo respectivo ao qual o Tribunal de Contas apenas auxilia, emitindo prévio parecer. Mas aí cessa a única atividade em que as Cortes de Contas agem como órgão auxiliar de um outro Poder. No mais, atuam essas com absoluta independência, no estrito cumprimento de sua destinação constitucional, julgando o que vier a lhes

Por outro lado, não prospera a pueril afirmativa de que "a lei prevê para o Tribunal tal atribuição", como se tem ouvido por aí. Em primeiro lugar, a Lei Orgânica, dentre as atribuições desta Corte, não inclui a de emitir pareceres (2). Ainda que o fizesse, seria regra contrária à Constituição e, nesse passo, afastável de logo. No particular, PONTES DE MIRANDA deixou escrito:

> "Se alguma regra jurídica, inserta em lei, é contrária à Constituição, com ela não se interpretam outras regras jurídicas que constem da

(1) Constituição, art. 71, inc. II, e Constituição Estadual, art. 71.

(2) Lei Estadual 6.850, de 20 de dezembro de 1974, arts. 36 e 37.

mesma lei, nem a regra jurídica contrária à Constituição pode ferir direitos de outrem". (3)

Quer dizer: mesmo que a Lei Orgânica previsse - e não prevê -. ainda assim não se poderia, por qualquer método interpretativo que fosse, levar ao Regimento Interno a norma que ali se pôs (4).

2. Ademais de não haver regra legal que preveja ao Tribunal de Contas a função opinativa e sobretudo porque, caso houvesse, seria regra oposta à Constituição, existe óbice ainda maior do que qualquer destes. Ainda que por "interpretação" se quisesse prever a "competência opinativa" dos Tribunais de Contas, esbarrar-se-ia no incontornável fato de que há regra constitucional dispondo sobre tal função. E se regra há, outra lição do grande PONTES é de ser trazida à colação para arrimo do que aqui se diz:

> "O direito que decorre do poder estatal faz seu o aue o titular desse poder entenda, desde que não ofenda o direito das gentes: o direito constitucional constitucionaliza o que lhe apraz, quer se trate de direito político, ou de direito administrativo, ou de outro ramo."(5)

Não pode haver ofensa ao direito das gentes o constituinte constitucionalizar matéria pertinente a consulta de órgãos públicos. É critério de constitucionalizar matéria que constitucional poderia não ser. Mas se assim resolveu o constituinte, assim haverá de ser atendido.

3. Prevê o Texto Maior Nacional que aos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal cabe o exercício da consultoria jurídica de suas respectivas unidades federadas (6). No Texto Local, prevê-se que à Pro-

⁽³⁾ Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1, de 1969, RT, 2º. ed. tomo I, p. 175

^{(4) &}quot;Art. 118 - O Tribunal Pleno decidirá sobre consultas relativas à matéria de sua competência, quando seja possível mais de um entendimento razoável".

⁽⁵⁾ Idem, idem, p.331.

⁽⁶⁾ Constituição, art. 132.

curadoria-Geral do Estado cabe, a título complementar (evidentemente dos próprios Municípios é a competência "principal"), "(...) prestar assistência jurídica e administrativa aos Municípios...".

Ora, se cabe à Procuradoria-Geral do Estado, ainda que em caráter "complementar ou supletivo", como diz a Constituição Estadual, a assistência jurídica aos Municípios, tem-se que tal competência está distribuída pela regra constitucional e contra ela já não se pode objetar. Se regra há, não pode o legislador ordinário inovar no particular. Menos ainda editando regra regimental quem legislador não é.(7)

4. Tratando da "Hierarquização das Regras Estatais", o mesmo PONTES DE MIRANDA ensina:

"As leis federais, as estaduais, inclusive as Constituições estaduais, e as municipais têm de obedecer às regras da Constituição Federal, quaisquer que sejam, e não só às regras jurídicas explícitas de competência, uma vez que ao conceito de superioridade da Constituição corresponde o princípio da regularidade constitucional da legislação. O direito criado pelas entidades intra-estatais, ou pelos poderes públicos intra-estatais, há de ser conforme o direito constitucional. A escala exige obediência de direito a direito." (grifei).

Revela-se aqui o vetusto princípio da regularidade constitucional da legislação o qual, na velha lição do mestre, destina-se"(...) não só às regras jurídicas explícitas de competência...", mas a outras mais.

Já se vê, a lição diz que **principalmente as regras sobre com- petência** haverão de ser atendidas pela legislação infraconstitucional ("não só as regras explícitas de competência", ou seja, estas regras sobremodo hão de ser retritissimamente respeitadas).

O regramento constitucional não deixa dúvidas a respeito: a competência para assessorar juridicamente os Municípios decididamente não é do Tribunal de Contas. A este pertencem as competências que o

(7) Idem, art. 44. Constituição local, art. 49.(8) Ob. cit., p. 297

Texto Maior explicitamente lhe atribui; aquela, igualmente por regra competencial-constitucional explícita, é da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul. Não pode qualquer outro órgão atribuir-se tal função sob pena de incidir em dolorosa **usurpação de competência**, um dos mais graves desrespeitos ao estado de direito. Incide com toda força o elementar princípio da supremacia das normas constitucionais sobre quaisquer outras e especialissimamente as que tratam de competência.

5. O regramento infraconstitucional, como não poderia deixar de ser, disso não destoa. Há regra afirmando que à Procuradoria-Geral do Estado compete "(...) prestar assessoria jurídica aos Municípios", distribuindo tal competência à Procuradoria de Assistência Jurídica aos Municípios. (9)

Em conclusão: sob pena de violar-se o princípio da estrita legalidade no âmbito da Administração Pública e, mais grave ainda, no âmbito da distribuição de competências constitucionais, a assessoria jurídica aos Municípios, **fora de seus próprios quadros**, haverá de ser exercida exclusivamente pela Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul através da Procuradoria de Assistência Jurídica aos Municípios.

6. Quanto a órgãos estaduais, não discrepa a erronia de responder o Tribunal de Contas a consultas por tais encaminhadas. É regra de eficácia plena assente - para adotar-se a consagrada classificação de JOSÉ AFONSO DA SILVA - a que atribui expressamente à Procuradoria-Geral do Estado a **orientação** (quem orienta indica, guia, mostra, encaminha, norteia) jurídico-normativa dos órgãos da administração pública (10). Quanto a estes, nem mesmo se podem autodeterminar juridicamente porque em tudo dependem da orientação advinda da Procuradoria-Geral do Estado. Mais do que os Municípios (para os quais, repita-se, age a Procuradoria-Geral suplementarmente), estão os órgãos da administração estadual absolutamente submetidos ao que en-

(10) Constituição Estadual, art. 115, inc. I.

⁽⁹⁾ Decreto nº 31.060/93, de 24 de janeiro de 1993, arts. 1º, inc. II, e 23, inc. I, respectivamente. Inicialmente, este Decreto teve sua vigência sustada pelo Decreto 31.098/93. Posteriormente, porém, teve-a restaurada por força do Decreto 32.287/96. Até a mais recente alteração do Decreto original efetivada pelo Decreto 34.717/93, de 29 de abril de 1993, **nada mudou** no que toca com a competência da Procuradoria-Geral do Estado para prestar assistência jurídica aos Municípios.

tender aquele órgão de consultoria jurídica e defesa judicial do Estado, nada importando a posição que sobre a respectiva matéria tenha o Tribunal de Contas. Ao menos enquanto a este não tocar o julgamento das questões porventura submetidas ao órgão opinativo estadual.

Não custa lembrar que a atribuição da Procuradoria-Geral do Estado de "pronunciar-se sobre a legalidade dos atos da administração estadual" obviamente não afasta a competência de, posteriormente, o Tribunal de Contas julgar ditos atos. Aquela evidentemente não afasta esta. Mas a atribuição da PGE afasta, isto sim, possibilidade qualquer do TCE exercer aquela mesma atividade opinativa, de sugerir, de solicitar isso ou aquilo. Isso é princípio sensível do Texto. E se princípio, como diz CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, é o "mandamento nuclear de um sistema", tem-se que a distribuição de competências antes vista é pilastra mestra em que se escora todo o sistema jurídico pátrio que não se compadece de desvios desse jaez. O princípio da legalidade, mais do que simplesmente instar, impõe, por imperativo categórico que é, se atenda rigorosamente à distribuição de competências e atribuições que aos órgãos estatais a Constituição prevê.

2. A QUESTÃO CONSTITUCIONAL DA MORALIDADE

7. No que pertine ao princípio da moralidade, igualmente a regra aqui fustigada encontra sério reparo. Vem ocorrendo com preocupante e inusitada freqüência que entes municipais verdadeiramente "espalham" a mesma consulta em diversos órgãos estatais (e até em entidades privadas de assessoria jurídica) para escolherem a resposta que melhor se ajuste a seus interesses. Não é demais enfatizar que várias consultas vêm sendo identicamente dirigidas a este Tribunal, à Procuradoria-Geral do Estado, à Federação das Associações dos Municípios e a escritórios de advocacia. Constatado qual o parecer que melhor atende aos interesses do consulente, adota este tal posição e, ao depois, sustentará junto a esta Corte - se a posição adotada não for aquela alvitrada por este Tribunal - a perfeita lisura da conduta administrativa adotada, vez que se arrimara ela em parecer oriundo de órgão capacitado a manifestar-se no caso de que se trata...

(11) Idem, idem, art, inc. II.

Insiste-se que tais agires também orçam por contornar a estrita legalidade competencial que a Constituição fixou e, sobretudo, por violar flagrantemente ao princípio da moralidade no trato da coisa pública, finalmente elevado a galas constitucionais (12).

3. OS JULGAMENTOS CONTRADITÓRIOS

8. Derradeira contradição da conduta de órgão parecerista das Cortes de Contas está no fato de que tudo pode resultar em grave indagação: se houver consulta formulada previamente por autoridade pública, ficará este Tribunal, mercê da resposta dada, jungido a esta? Se ficar a ela vinculado, não estará o Tribunal adotando função de órgão prejulgador, em flagrante violação ao texto constitucional? Nesse caso, não estará esta Corte deixando de exercer a função máxima de quem julga para reduzir-se à de simplesmente opinar? Quem meramente opina apenas aconselha e solicita.

E se o Tribunal, após responder a consulta, mudar a orientação que tivera? Nesse caso, quando do julgamento do respectivo processo, estará livre para julgar segundo seu novo entendimento? Qualquer das duas orientações - (a) ser coerente com a posição que tivera por ocasião da consulta, ou simplesmente (b) ignorá-la, julgando o caso com o novo entendimento - leva a desastres imprevisíveis. Assim, em (a), têm-se julgamentos conflitantes, dependendo de quem é julgado (será julgado consoante o entendimento anterior quem houver consultado o Tribunal; quem não consultou será julgado segundo o novo entendimento). Já no que pertine à situação (b), ocorrerão também julgamentos conflitantes, dependendo de quando é julgado o caso (se houver resposta a consulta segundo o entendimento aruterior e este se altera antes de vir o processo para julgamento, terá o Tribunal duas posições diametralmente opostas para o mesmo caso e mesma parte!)

Conclusão: **ou bem se opina, ou bem se julga.** Quem opina apenas sugere: quem julga, decide e ordena. Os afazeres de opinar são ontologicamente distintos de julgar. Ora, não é da natureza do julgador tais afazeres. O juiz - e o Tribunal de Contas é composto verdadeiramente de juízes, queira-se ou não se queira - não opina: **julga**. O juiz não solicita: ordem. Nesse passo, se o Tribunal incorporar funções de

(12) Constituição, art. 37.

aconselhamento, haverá de suportar ver sua autoridade contestada em virtude de que - é acaciano - não se pode esperar de quem é aconselhado, de quem recebe um parecer, de quem ouve o que se tem a dizer em termos de opinião, obediência ao que se aconselhou, atendimento ao que se contiver em parecer, observância do conteúdo da opinião. Quem opina está sujeito a ver sua posição rejeitada e o Tribunal de Contas não pode deixar de impor a seus destinatários a força de seus julgados os quais, se travestidos forem em meras respostas a consultas, força coercitiva não poderão ter. Não serão verdadeiramente julgados, como se espera e se exige de um Poder Julgador.

4 . A QUESTÃO INFRACONSTITUCIONAL DA SUSPEIÇÃO DE PARCIALIDADE

9. Finalmente, diga-se que o aconselhamento prévio contém principiologicamente (outro princípio!) grave objeção ao ulterior julgamento por parte deste Tribunal. A manifestação anterior sobre o caso que lhe vem para julgamento redunda em inafastável suspeição de parcialidade, como expressamente prevê a norma processual de regên-

O juiz que aconselha (responder a consulta nada mais é do que aconselhar) torna suspeita sua imparcialidade não só em termos factuais, mas sobretudo em termos legais, configurando tal situação violação reflexa de outra norma constitucional de princípio institutivo, na linguagem precisa de PONTES DE MIRANDA (14).

Como luva ao caso, outra lição do sempre lembrado mestre:

"A pessoa, jurisconsulto, ou simples funcionário público, que deu 'parecer', na causa, quando teve de responder a consulta da parte, ou de oficiar em processo administrativo, não pode vindo a ser juiz funcionar como julgador". (15) (grifei).

(13) Código de Processo Civil, art. 135, inc. IV, segunda parte.

(14) Constituição, art. 73 inc. I. alínea a - "(...) elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo..."

(15) Comentários ao Código de Processo Civil, 2ª ed., Forense, tomo II, p. 553.

Assim, se o Tribunal responde à consulta, já não mais pode oficiar como julgador do mesmo caso. E se não puder fazê-lo, quem o fará? Tomando-se a si próprio suspeito de funcionar no processo, em verdade estará alienando sua competência, dela se desvestindo.

10. Como assevera o insigne CELSO AGRÍCOLA BARBI, "(...) e juiz que aconselha a parte a (...) se conduzir de uma ou de outra forma (...) toma posição prévia em relação ao direito do litigante, vincula sua opinião". E finaliza: "tudo isso leva a tornar inconveniente sua participação no processo"(16). E é por causa dessa grave inconveniência que o legislador pátrio - e os legisladores, universalmente, sem qualquer exceção - impôs indelevelmente a vedação absoluta do julgador atuar no caso objeto de anterior aconselhamento.

Por tudo isso, o Tribunal de Contas é incompetente para responder a consultas. Caso contrário, é curial, não estará a Corte de Contas preservando vigilantemente sua competência de Órgão Julgador da legalidade dos atos da administração (uma das mais nobres funções no âmbito do estado de direito que quer a coisa pública bem administrada e bem fiscalizada) e respeitando as atribuições que a Constituicão entregou a outro órgão.

Finalmente, é infundada a pretensão de que a resposta a consultas por parte do Tribunal esteia-se em analogia com a Justiça Eleitoral já que esta, como se sabe, responde a consultas em matéria eleitoral. Em verdade, a competência da Justica Eleitoral não está na Constituição. Ao contrário do que ocorre com os demais Tribunais Judiciais do País bem como com os próprios Tribunais de Contas - todos eles com suas competências exaustivamente postas na Constituição -, a Justiça Eleitoral, por mandamento constitucional expresso, tem sua competência regulada em lei complementar.

Assim, é incontornável, tendo o Tribunal de Contas - diferentemente da Justiça Eleitoral - prevista expressa e exaustivamente na Constituição sua competência, não pode dela delirar, seja para afastá-la, seja para nela incluir o que o constituinte não fez. No caso de que se ora trata, a competência para tais mistéres é da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul.

(16) Comentários ao Código de Processo Civil, Forense, I Volume, tomo II, p. 565

CONSELHO CONSTITUCIONAL FRANCÊS: UMA INTRODUÇÃO

Alexandre Mariotti *

^{*} Procurador do Estado do Rio Grande do Sul. Professor de Teoria Geral do Estado e Direito Constitucional na UNISINOS, na FEMARGS e na ESAERS. Mestrando em Direito Público na UFRGS

UM ÓRGÃO DE DIFÍCIL CLASSIFICAÇÃO

O Conselho Constitucional Francês ("Conseil Constitutionnel")¹ é comumente apresentado nas obras de direito público e de direito comparado como o órgão encarregado, em França, do controle da constitucionalidade das leis.

1. Bibliografia:

CAPPELLETTI, Mauro. "O Controle Constitucionalidade das leis no Direito Comparado". Porto Alegre, Fabris, 1984.

DAVID, René. "Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo", 1. ed. bras. São Paulo, Martins Fontes, 1986.

DUVERGER, Maurice. "Éléments de Droit Public". 7. ed. atualizada. Paris, P.U.F., 1974.

"Institutions Politiques et Droit Constitutionnel", 14. ed. Paris, P.U.F.,

GOGUEL, François. "Le Conseil Constitutionnel" in Revue de Droit Public. n.1.(1979), p.5-25.

GRANRUT, Bernard du. "Faut-il accorder aux citoyens le droit de saisir le Conseil Constitutionnel?" in Revue de Droit Public, n.2. (1990), p.309-34.

HAURIOU, André et alii. "Droit Constitutionnel et Institutions Politiques", 6. ed. Paris, Montchrestien, 1975.

KNAUB, Gilbert. "Le Conseil Constitutionnel et la régulation des rapports entre les organes de l'Etat"in Revue de Droit Public.n.5 (1983), p. 1149-1168.

PHILIP, Loic. "Le développement du contrôle de Constitutionnalité et l'accroissement des pouvoirs du Juge Constitutionnel" in Revue de Droit Public, n. 2 (1983), p. 401-418.

PRÉLOT, Marcel. "Institutions Politiques et Droit Constitutionnel", 5. ed. Paris, Dalloz, 1972.

ROSEMBERG, Dominique. "Les anciens Présidents de la Republique, membres de droit du Conseil Constitutionnel: l'impossible retraite" in Revue de Droit Public, n. 5. (1985), p. 1263-1317.

A exposição reproduz trabalho apresentado pelo Autor no curso de Pós-Graduação/ Mestrado em Direito da UFRGS, em 1992. Em que pese o tempo decorrido, não lhe foi possível atualizar a pesquisa então realizada. Esta apresentação, se está correta no essencial, pouco revela sobre as peculiaridades desta instituição, criada pela Constituição da Va. República Francesa (1958) para substituir o Comitê Constitucional ("Comité Constitutionnel") no desempenho das funções de guardião da Constituição.

Aliás, seria mais adequado dizer que o papel confiado pelo Constituinte de 1958 a este Conselho foi a regulação da atividade normativa dos Poderes Públicos, especialmente do Parlamento.

É esclarecedora, a este respeito, a definição que lhe é dada por DUVERGER, para quem o Conselho Constitucional é um órgão jurisdicional encarregado de controlar um órgão político, o Parlamento².

A observação do conhecido publicista - que, como veremos, não é compreensiva do conjunto heterogêneo de atribuições de que é titular o Conselho Constitucional - levanta uma questão muito discutida na doutrina publicística francesa, a saber, pode este órgão ser definido como órgão jurisdicional?

A. Natureza Jurídica

É o próprio DUVERGER, em outro trabalho, que define o Conselho Constitucional como "uma espécie de jurisdição política suprema"³, para, a seguir, justificar esta verdadeira "indefinição": os termos "jurisdição política" teriam sido empregados a fim de exprimir o "caráter ambíguo da instituição".

Pensamento semelhante é expressado por outra figura estelar das letras jurídicas francesas, ANDRÉ HAURIOU. Segundo ele, o Conselho Constitucional é um órgão nascido sob o signo da ambigüidade: suas atribuições apresentam, no essencial, um caráter jurisdicional, mas, pelo modo de designação de seus membros e por sua composição, ele possui um caráter político marcante⁴.

^{2 &}quot;Éléments de Droit Public", p. 144.

^{3 &}quot;Institutions Politiques et Droit Constitutionel", pp. 321-322.4 "Droit Constitutionnel et Institutions Politiques", p. 1092

^{4 &}quot;Droit Constitutionnel et Institutions Politiques", p. 1092

As dificuldades na definição da natureza do órgão são bem ilustradas pelas palavras de FRANÇOIS GOGUEL, ele próprio um membro do Conselho. Depois de salientar o interesse meramente acadêmico da questão de se saber se o Conselho é órgão jurisdicional, ele se diz tentado a responder como um normando: de certo modo, sim, mas de outro modo, não⁵ - resposta que, evidentemente, diz mais sobre a Normandia que sobre a natureza do órgão em questão.

Não se conta entre os objetivos deste trabalho responder esta questão. A referência, todavia, é obrigatória, e serve como introdução às peculiaridades do órgão em exame. Dentre estas, digna de nota é sua singular composição.

B. Composição

Existem duas categorias de membros no Conselho Constitucional: os membros nomeados e os membros de direito.

Os membros nomeados são em número de nove. Três são designados pelo Presidente da República, três pelo Presidente do Senado, e três pelo Presidente da Assembléia Nacional. Um dos três membros designados pelo Presidente da República será o Presidente. O Conselho sofre renovação de um terço a cada três anos.

Estes membros permanecem no cargo por nove anos, vedada a recondução. Já ocorreu, contudo, um caso em que um membro compôs o órgão por prazo superior - um membro não teve condições de cumprir os nove anos e foi sucedido por outra pessoa, que permaneceu o tempo que faltava e, esgotado o prazo, acabou nomeado por outros nove anos.

A Constituição e os textos que a complementam, a fim de garantir a imparcialidade das decisões do Conselho, proíbem-nos de compor o escalão dirigente de partido político, de mencionar sua qualidade de membro em qualquer documento relativo a atividade pública ou privada e de praticarem qualquer ato que possa comprometer a independência e dignidade de suas funções. Ao assumirem, ademais, prestam juramento de manter em segredo os votos e deliberações da institui-

ção. Em caso de disputa de cargo eletivo, o membro deverá se licenciar.

A inobservância de qualquer destes deveres pode ensejar a demissão de ofício do membro faltoso, a ser decidida por decisão da maioria absoluta dos integrantes do Conselho. A demissão de ofício pode ocorrer também na hipótese de incapacidade física superveniente de um membro.

Também são previstas incompatibilidades. A função é incompativel com as de membro do Governo, do Conselho econômico e social e da Assembléia das Comunidades Européias. Não há incompatibilidade em relação ao exercício de atividade pública ou privada - se for remunerada, porém, o estipêndio de membro do Conselho será reduzido à metade. Em se tratando de função pública, o membro titular não terá direito a certos benefícios; de outra parte, um integrante do Conselho que não exerça função pública não poderá vir a exercê-la após deixálo.

O "quorum" mínimo para deliberação é sete membros, e, no caso de empate na votação, prevalece o voto do Presidente.

Os membros de direito são os ex-Presidentes da República, integrantes vitalícios do Conselho Constitucional.

A doutrina francesa destaca que o Constituinte de 1958, ao tentar resolver o problema de achar um lugar para os ex-presidentes, acabou inserindo-os numa instituição onde sua presença não se ajusta ao contexto. Seu "status"é diverso do dos membros nomeados, a começar pela existência de disposição expressa que os dispensa de prestar o juramento de guardar segredo quanto as deliberações e votos que tem lugar nas sessões do Conselho. Pairam dúvidas, de outra parte, quanto à aplicabilidade de outras restrições.

As incongruências que emergem da análise da posição dos membros vitalícios, extensamente demonstradas por ROSEMBERG⁶, não produziram maiores consequências durante as três décadas de existência do Conselho em razão da praxe introduzida a partir de DE GAULLE que jamais compareceu às sessões do Conselho. Antes dele, todavia,

^{5 &}quot;Le Conseil Constitutionnel", p. 25. E acrescenta: "L'essentiel ne me paraît pas être de déterminer exactement dans quelle catégorie juridique il convient de ranger le Conseil constitutionnel: elle est de savoir ce qu'il est, comment il fonctionne, en quel sens vont ses decisions".

^{6 &}quot;Les anciens Présidents de la République, membres de droit du Conseil Constitutionnel : l'impossibile retraite".

RENÉ COTY foi presença regular até seu falecimento (em 1962), e VINCENT AURIOL também compareceu a algumas sessões, antes de se agastar com decisões do órgão.

A maioria dos autores advoga a extinção da categoria dos membros vitalícios, questão que voltou à ordem do dia com as promessas de GISCARD de se fazer presente em ocasiões especiais - promessas estas que, para alivio dos juristas franceses, nunca foram cumpridas⁷.

Feitas as necessárias referências aos aspectos polêmicos que exsurgem da doutrina sobre o Conselho Constitucional, podemos dirigir nossa atenção às suas diferentes atribuições. Começaremos com as menos conhecidas (fora da França, certamente): primeiro, as funções desempenhadas pelo Conselho nos procedimentos eleitorais e na organização de referendos; depois, seus poderes excepcionais de intervenção no funcionamento das instituições.

Num segundo momento, nos ocuparemos mais demoradamente do seu papel como órgão controlador da conformidade das leis e tratados à Constituição, examinando as diferentes situações possíveis e suas particularidades.

I. COMPETÊNCIAS ELEITORAIS E EXCEPCIONAIS

A. Competências Eleitorais

Comecemos com as competências eleitorais, que são exercidas em três ocasiões: as eleições presidenciais, as eleições parlamentares e a organização de referendos.

1. Eleições Presidenciais

O Conselho Constitucional estabelece e torna pública a lista de candidatos, vela pela regularidade das operações eleitorais, controla a

7 E deram azo ao gracejo de ROSEMBERG: "Il serait bon qu'une future toilette de la Constitution donnât l'occasion, en supprimant l'article 56, alinéa 2, de rétablir la coincidence entre le droit et le fait. Au risque de désappointer ceux qi espéraient voir um jour se retrouver côte a côte F. Mitterrand et V. Giscard d'Estaing... au Conseil Constitutionnel" ("Les anciens Présidents...", cit., p. 1317).

apuração dos sufrágios, decide sobre as reclamações que surgirem e, não as acolhendo, proclama o resultado final.

Se houver necessidade de segundo turno, o esquema se repete. Segundo HAURIOU, no exercício de suas atribuições em matéria de eleição presidencial o Conselho nunca pôde ser censurado por timidez⁸.

2. Eleições Parlamentares

No regime constitucional anterior, cada Câmara controlava suas respectivas eleições, decidindo sobre as questões que se apresentas-sem.

Episódios ocorridos nesta época levaram ao abandono da tradição, tendo tido especial relevo a impugnação da eleição de onze deputados "poujadistes" em 1956. Nesta ocasião, a Assembléia Nacional deixou de convocar eleições suplementares para preencher os lugares vagos; ao revés, proclamou deputados onze candidatos que não haviam sido eleitos, todos pertencentes a partidos que compunham o "establishment" do regime.

O Conselho se divide em seções para fiscalizar as operações eleitorais e apurar eventuais reclamações. O julgamento das reclamações, todavia, é efetuado pelo Conselho reunido.

Cumpre ao Conselho controlar também as incompatibilidades eleitorais, inclusive as supervenientes no curso do mandato, a requerimento da mesa da Assembléia, da Guarda dos Selos ("Garde des Sceaux") ou do próprio interessado.

3. Operações de Referendo

Também neste caso o controle das operações tendentes à manifestação da vontade popular cabe ao Conselho Constitucional, a quem igualmente compete decidir as questões suscitadas durante seu desenvolvimento e proclamar o resultado final.

Quanto à questão de ser competente o Conselho para controlar a

^{8 &}quot;Droit Constitutionnel...", cit., p. 1102. No mesmo sentido, KNAUB: "Il a fait preuve du même dynamisme dans um autre domaine, eclui du contrôle de la régularité des élections présidentielles" ("Le Conseil Constitutionnel et la régulation des rapports entre les organes de l'Etat", p. 1160)

constitucionalidade do conteúdo da lei referendária falaremos na segunda parte, dado se tratar de operação de controle de constitucionalidade.

Antes, devemos mencionar os poderes excepcionais do Conselho, vistos a seguir.

B. Competências Excepcionais

Chamamos de competências excepcionais os poderes que a Constituição assegura ac Conselho Constitucional de, em circunstâncias especiais, intervir no funcionamento das instituições.

Duas são as hipóteses: aplicação do art. 16 da Constituição e impedimento do Presidente da República.

1. Aplicação do art. 16 da Constituição

O art. 16 da Constituição de 1958 autoriza o Presidente da República a assumir poderes excepcionais, em circunstâncias que envolvam ameaça às instituições, à integridade do território ou ao cumprimento de tratados internacionais, estando afetado o funcionamento dos Poderes Públicos.

A decisão do Presidente só pode ser tomada após consulta oficial ao Primeiro-Ministro, aos Presidentes da Assembléia e do Senado e ao Conselho Constitucional.

O parecer do Conselho deve ser motivado e publicado. Embora não vincule o Presidente - que pode não acatá-lo e assumir poderes excepcionais mesmo contra a opinião do Conselho - a doutrina destaca que tal atitude seria muito arriscada do ponto de vista político.9

O Conselho também deverá opinar sobre as providências tomadas pelo Presidente com força no art. 16. Nessa hipótese, o parecer será reservado.

Durante Va. República, somente por ocasião da crise na Argélia,

9. "Certes, sa compétence est purement consultative. Cependant, son avis relatif au principe même du recours a l'article 16, qui est publié, pèse d'un grand poids dans la décision du Président de la République qui aurait certainement des difficultés à faire admettre à l'opinion publique que toutes les circonstances étaient réunies, alors que le Conseil aurait exprimé un avis, motivé en sens contraire" (KNAUB, "Le Conseil...", cit., p. 1151)

em abril de 1962, houve recurso ao art. 16 - com parecer favorável da Alta Jurisdição.

2. Impedimento do Presidente da República

Incumbe ao Conselho Constitucional declarar o impedimento do Presidente da República, a requerimento do Governo. Convém deixar claro que esse impedimento diz respeito à incapacidade <u>física</u> do chefe de Estado - o direito francês não conhece figura análoga ao "impeachment" norte-americano¹⁰.

A decisão ser tomada por maioria absluta. Uma vez declarado o impedimento, a Presidência é assumida interinamente pelo Presidente do Senado. Nova eleição presidencial será convocada, devendo se realizar num prazo entre 20 e 35 dias.

É tempo de passar ao exame da atuação do Conselho como órgão de controle da constitucionalidade, que ocupará a segunda parte desta exposição.

II. CONTROLE DA CONFORMIDADE À CONSTITUIÇÃO DOS ATOS NORMATIVOS

No seu desenho constitucional originário, dois traços marcavam o papel do Conselho Constitucional no controle da conformidade das leis à Constituição: primeiro, esse controle não foi estabelecido em favor do cidadão, mas no interesse dos Poderes Públicos; em segundo lugar, esse controle é sempre prévio à vigência do texto legal - jamais, no sistema francês, se controla a constitucionalidade de lei já promulgada¹¹.

10 "On notera que la Constituition n'a pas défini la notion d'empêchement: elle n'a pas précise qu'll s'agit d'un empêchement physique, provenant de maladie, d'un accident, etc. Mais il ne peut pas s'agir évidemment d'un empêchement politique: il s'agit d'un empêchement physique" (DUVERGER, "Institutions...", cit., p. 331- sublinhamos)
11 Apesar de seus termos peremptórios, veremos que esta regra comporta exceção. Ver item B1.

12 "O Controle da Constitucionalidade da Leis no Direito Comparado", pp. 94-100

O controle, a rigor, não é da constitucionalidade das leis, mas dos projetos de lei - o que, segundo CAPPELLETTI, caracterizaria uma modalidade de controle político, antes que jurisdicional¹².

Estabelecidos estes pressupostos, podemos distinguir, para maior clareza, as hipóteses nas quais o controle da constitucionalidade pelo Conselho é automática, daquelas nas quais o Conselho só realiza este controle mediante provocação.

A. Intervenção Automática

A intervenção do Conselho Constitucional ocorre como etapa normal de um procedimento estabelecido. Não há necessidade de requerimento especial para que esta intervenção se consume. Tem lugar em três hipóteses - duas de leis votadas e uma de projeto de lei:

1. Leis Orgânicas

Nenhuma lei orgânica pode ser promulgada sem que o Conselho Constitucional declare sua conformidade com a Constituição.

A verificação se refere não só à forma como também ao conteúdo.

2. Regimentos das Assembléias Parlamentares

A razão de tais atos normativos serem submetidos obrigatoriamente ao crivo do Conselho é histórica.

Durante a IVa República, o Parlamento editou regulamentos que faziam uma interpretação extensiva de preceitos constitucionais, de molde a aumentar seu poder.

De fato, o Conselho Constitucional várias vezes declarou não conformes à Constituição dispositivos que tinham fornecido ao Parlamento meios para por em causa, indiretamente, a responsabilidade do Governo em hipóteses sem previsão constitucional.

Em maio de 1978, por exemplo, o Conselho barrou dispositivo regulamentar do Senado que dificultava o controle da admissibilidade de proposições de lei na forma do art. 40 da Constituição - que veda iniciativas parlamentares que diminuam a receita ou aumentem a despesa pública.

A competência do Conselho, entretanto, não passa da declaração de não conformidade à Constituição.

3. Projetos de lei invadem o domínio regulamentar

Quando o Governo entender que o projeto de lei ou emenda em debate no Parlamento trata de matéria reservada a regulamento, na forma do art. 34 da Constituição, ou contraria delegação de poder feita ao Governo na forma do art. 38, pode declarar sua inadmissibilidade.

Se o Presidente da Assembléia interessada concordar, a questão está resolvida. Se não, o Conselho Constitucional é chamado a se manifestar e dizer quem tem razão.

A questão só se compreende à luz do sistema estabelecido pela Constituição de 1958. Esta reconheceu ao Poder Executivo um poder regulamentar autônomo, ao qual foram reservadas determinadas matérias, que passaram a ser insuscetíveis de regulação por lei¹³. Daí a possibilidade de conflitos.

Deve-se destacar que a hipótese em tela se refere a projeto de lei não votado, o que as distingue das demais hipóteses citadas até aqui.

B. Intervenção Provocada

Aqui a intervenção do Conselho Constitucional se dá mediante requerimento específico de pessoa ou grupo legitimado pela Constituição, sendo admissível nas seguintes circunstâncias:

1. Determinação dos domínios da lei e do regulamento

Temos aqui, de certa forma, uma exceção ao princípio de que, no sistema francês, não pode haver controle de constitucionalidade de lei já promulgada. A lei não pode, na verdade, ser declarada não conforme à Constituição; de fato, todavia, perderá muito de seu valor. Vejamos por quê.

Se o Governo deixa passar uma lei que invada sua competência regulamentar, não intervindo na fase de discussão do projeto para argüir sua inadmissibilidade e dar causa ao seu exame pelo Conselho

13 DAVID, "Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo", p. 99.

Constitucional (conforme descrito no item A3, "supra"), ainda poderá, após sua promulgação, requerer que o Conselho se pronuncie sobre seu caráter regulamentar.

Se o Conselho se pronunciar neste sentido, o Governo poderá modificar a lei por via de regulamento. Nem mesmo a desatenção do Governo em relação ao processo legislativo consente, portanto, na invasão das competências regulamentares¹⁴.

2. Controle de lei votada pelo Parlamento

Podemos, com GOGUEL, colocar a Lei Constitucional de 29 de Outubro de 1974 como um divisor de águas no controle da constitucionalidade das leis votadas pelo Parlamento¹⁵.

Com efeito, antes desta lei, somente quatro pessoas podiam provocar o exame de constitucionalidade de uma lei votada pelo parlamento e em via de promulgação: o Presidente da República, o Primeiro-Ministro, o Presidente do Senado e o Presidente da Assembléia Nacional. A autoridade que suscitava a questão deveria comunicar o fato às outras três.

Uma vez requerida a manifestação do Conselho Constitucional, o prazo para promulgação ficava suspenso, enquanto o Conselho, no prazo de um mês - salvo requerimento de urgência, que reduzia o prazo para oito dias - deveria se pronunciar sobre a conformidade ou não da lei com a Constituição. Se declarasse a conformidade, a lei era promulgada e entrava em vigor. Se não, não poderia mais ser promulgada.

Este era o sistema original da Constituição de 1958. Até a entrada em vigor da Lei de 29 de Outubro de 1974, o Conselho Constitucional havia sido chamado a se manifestar apenas oito vezes.

A lei de 1974 fez somente uma modificação: permitiu que o conselho fosse chamado a se manifestar por um grupo de 60 deputados ou 60 senadores.

Em cinco anos de vigência da nova legislação, o Conselho foi acionado 29 vezes, das quais 27 a requerimento de grupos de parla-

14 A propósito, a observação de DUVERGER: "Décidément, les barriéres destinées à contenir le Parlement sont solides" ("Institutions...", cit., p. 326).

15 "Le Conseil...", cit., p. 18-21

mentares.

As sucessivas decisões afirmativas de liberdades públicas produziram, nas palavras de JEAN RIVERO, "um balanço impressionante" ¹⁶, que seria enriquecido nos anos 80.

Ainda a respeito do controle de lei ordinária, cumpre referir que o Conselho, em decisão famosa (decisão de 6 de novembro de 1962), declarou não ter competência para examinar o conteúdo de lei aprovada por referendo. Os fundamentos desse entendimento foram os seguintes: primeiro, a lei referendaria é expressão direta da soberania popular, não cabendo ao Conselho, órgão regulador dos Poderes Públicos, pretender controlá-la; segundo, sua lei orgânica só se refere a leis vindas do parlamento, não mencionados leis provenientes de referendo.

3. Tratados Internacionais

Também os tratados internacionais podem ser submetidos ao controle do Conselho Constitucional, mediante requerimento do Presidente da República, do Primeiro-Ministro, do Presidente do Senado ou do Presidente da Assembléia Nacional.

A Lei de Outubro de 1974 não ampliou a legitimação ativa neste particular. Mas a decisão de 20 de abril de 1978 - concernente ao FMI - demonstrou que uma demanda de origem parlamentar pode provocar o controle da constitucionalidade.

Se o Conselho declara existir num tratado cláusula contrária à Constituição, ele não poderá ser ratificado antes que se altere a Constituição.

A questão cresceu de importância com as medidas tendentes à união européia.

Conclusões

A atuação do Conselho Constitucional nos últimos anos foi no sentido de se afirmar como órgão efetivo de controle da constitucionalidade, papel a que foi chamado mais frequentemente após a modificação constitucional de 1974. Ao alargamento da legitimidade ativa para provocar o Conselho seguiu-se todo um elenco de decisões que mudaram a imagem da instituição, que se impôs no papel de guardia das liberdades públicas.

16 Citado por GOGUEL, "Le Conseil...", cit., p.21.

42

A bem da verdade, a decisão de julho de 1971, que declarou não conforme à Constituição um texto que subordinava o registro das associações a um controle prévio de legalidade de seus fins - decisão esta que considerou vigente e apoiou-se na declaração de direitos constante do Preâmbulo da Constituição de 1946 -, já tinha sido um marco neste sentido.

No entanto, esse papel só pode ser afirmado a partir do aumento significativo da demanda que começou após a reforma de 1974 e só fez aumentar na década passada.

O aumento da atividade do Conselho Constitucional na área do controle da constitucionalidade das leis provocou reações contraditórias

De um lado, autores denunciam que o controle de constitucionalidade passou de excepcional a sistemático, dando ensejo do crescimento excessivo do poder do juiz constitucional¹⁷.

De outro, juristas reivindicam um alargamento ainda maior deste controle, através da introdução da possibilidade de suscitá-lo por via de exceção¹⁸ - reivindicação corporificada num projeto de reforma constitucional e legislativa apresentada em 1990.

Qualquer que seja o desenlace deste debate, parece certo que o Conselho Constitucional ocupa hoje um papel central no panorama das instituições francesas¹⁹, posição esta que certamente surpreenderia o Constituinte de 1958, que o concebeu, fundamentalmente, como mero fiscal do legislativo.

17 PHILIP, "Le développment du contrôle de constitutionnalité et l'accroissement des pouvoirs du juge constitutionnel". As preocupações deste autor com os caminhos trilhados pela jurisprudência constitucional estão bem expressas na seguinte passagem: "Il est difficile de justifier un tel pouvoir du juge constitutionnel. S'il est normal qu'il puisse imposer aux autorités publiques le respect de la Constitution, il n'est pas admissible qu'il dispose d'une aussi large liberté pour créer de noveaux principes de valeur constitutionnelle et pour fixer leur portée" (p. 417).

18 GRANRUT, "Faut-il accorder aux citoyens le droit de saisir le Conseil Constitutionnel?"

19 O papel do próprio Conselho no crescimento de sua importância, através da expansão do controle de constitucionalidade, é salientado por KNAUB: 'Il convient de souligner d'emblée: cette mutation du bloc de constitutionnalité est l'oeuvre exclusive du Conseil Constitutionnel lui-même" ("Le Conseil...", cit., p. 1162).

PARECERES

NATUREZA JURÍDICA DO CONTRATO DE LOCAÇÃO MANTIDO ENTRE PARTICULAR E O PODER PÚBLICO

Pedro Henrique Poli de Figueiredo Procurador do Estado do Rio Grande do Sul Coordenador da Procuradoria de Domínio Público Estadual. Professor de Direito Administrativo na ESMP, na ESAERS, no IARGS e PUC.

Parecer nº 10391

Contrato de locação mantido entre particular, como locador e o poder público, como locatário. Apesar da exigência de procedimento licitatório, trata-se de contrato privado firmado pela Administração, sendo regido pela Lei Civil de Locações, inclusive quanto aos prazos.

O Senhor Secretário de Estado da Fazenda Substituto encaminha, para análise e parecer por esta Procuradoria-Geral do Estado, dúvidas levantadas pela Assessoria Jurídica da Superintendência de Administração de Pessoal relativamente à prorrogação de contrato de locação de imóvel em que o Estado do Rio Grande do Sul figura como locatário.

Origina-se o presente expediente de pedido de aditamento do Contrato de locação onde estão instaladas as repartições fazendárias no município de Butiá, encaminhado pela Coordenadora do Departamento de Administração Geral. O pedido foi acompanhado do Contrato de Locação firmado sem data e Termo de Aditivo firmado em 24 de janeiro de 1994 e do qual se desprende que o Contrato fora assinado em 1º de novembro de 1993. Dito Termo Aditivo inovou no Contrato o

seu objeto, que passou a ser reduzido com a exclusão do telefone, e o preço que também sofreu redução, sendo mantidas todas as demais cláusulas.

No que se refere ao prazo, o Contrato de Locação, em sua cláusula sexta, traz a seguinte estipulação:

"O prazo de locação será de 01(um) ano, a contar de 01-11-93 até 31-10-94. Este prazo será prorrogado automaticamente por periodos de 01 (um) ano, nas mesmas condições, se não houver manifestação expressa das partes, por escrito, com antecedência mínima de 90 (noventa) dias do vencimento de cada período".

Em 29 de agosto deste ano o locador, Sr. Dálcio Barbieri de Almeida, manifestou seu desinteresse na continuidade da locação, requerendo que findo o prazo do contrato fosse o mesmo restituído nas condições de uso em que foi entregue ao locatário.

O expediente foi encaminhado à consideração do Sr. Coordenador da Divisão de Finanças que levantou a hipótese de o desinteresse do locador decorrer das normas de conversão do valor locativo em face do Plano Real.

Na seqüência, a documentação foi submetida à Assessoria Jurídica do Departamento. Esta, após tecer considerações acerca do tratamento legal e doutrinário no tocante à vigência dos contratos de locação de imóvel em que o Poder Público figura como locatário, fez os seguintes questionamentos, que são o objeto da consulta:

"As disposições sobre a duração de contrato desta natureza são regidas pela Lei 8.245/91 ou 8.666/93?

Em sendo considerada regida pela Lei 8.245/91, no caso em tela, o estatuído na cláusula dos prazos sobre prorrogação contraria disposição legal, sendo portanto a sua previsão nula de pleno direito, face o que dispõe o art. 45 da mesma lei?

Em se entendendo porérn, que as regras sobre duração dos contratos são normas gerais previstas na Lei 8.666/93 e que devem ser aplicadas aos contratos de locação em que o Poder público é locatário, pergunta-se:

No caso em tela, deve-se levar em conta o entendimento doutrináno de que é necessária para a efetivação da prorrogação, sua previsão no instrumento convocatório e/ou contrato e formalização por termo aditivo ou, porque o contrato faz lei entre as partes e porque a cláusula referente à vigência não contraria dispositivo legal, deve ser considerada plenamente válida, restando somente a obrigatoriedade de a autoridade competente justificar a prorrogação por escrito, independente de formalização por termo aditivo?

Por último, devendo ser formalizada necessariamente por aditamento: considera-se não prevista a prorrogação já que a forma estabelecida na cláusula contraria a exigência na formalização por termo aditivo, ou se considera prevista a prorrogação, porque legal, restando prejudicadas somente a determinação de ser automática e dependência de implemento de condição - manifestação c/90 dias de antecedência devendo, neste caso, ser feita mediante concordância expressa de ambas as partes e formalizada por termo aditivo?

É o relatório.

A questão de fundo proposta diz respeito à natureza jurídica e à legislação aplicável a contrato de locação mantido entre particular e o Poder Público, no qual este figura como locatário. Partiremos inicialmente da legislação aplicável, eis que a compreensão desta facilitará a visualização da natureza jurídica deste contrato.

O art. 2° , caput, da Lei 8.666 exige procedimento licitatório prévio aos contratos de locação mantidos com o Poder Público, ao dispor que:

"Art. 2º - As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e **locações** da Administração Pública, quando contratadas com terceiros serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei"(grifamos).

Prevê, ainda, no art. 24, X, modalidade de dispensa quando as situações peculiares do imóvel, no que pertine à instalação e localização, condicionem a escolha, desde que o valor seja compatível com os padrões mercadológicos.

Note-se que a Lei 8.666/93, conforme se deflui do art. 1° , traz as normas gerais sobre licitação e contratos administrativos e submete as locações pactuadas com o Poder Público ao seu regime.

Tirante as normas acima referidas, não traz a Lei 8.666/93 qualquer outra previsão específica sobre locação de imóvel para o Poder Público. Nem mesmo nas definições constantes do art. 6º, que dedica 16 longos incisos para explicar o que a lei entende como sendo o objeto de sua incidência. Nas seções seguintes, dos artigos 7º a 19º ricos em disposições em parágrafos, incisos e alíneas, dispôs o legislador sobre as obras, e serviços técnicos profissionais especializados, compras e alienações, novamente sem nada prever a respeito das locações.

Teria sido um terrivel cochilo por parte do legislador? Evidentemente que não! A omissão é proposital em face da legislação especial existente acerca da locação de imóveis. A locação de imóveis, inclusive sua definição e tratamento, é regida por normas de direito civil, presentemente a Lei 8.245, de 18 de outubro de 1991, que se aplica, inclusive aos contratos em que o Poder Público é locatário, por força do art. 1º e parágrafo 1º e parágrafo único, que assim rezam:

"Art. 1º - A locação de imóvel urbano regula-se pelo disposto nesta lei.

Parágrafo Único - continuam regulados pelo Código Civil e pelas leis especiais:

a) as locações

1. De imóveis de propriedades da União, dos Estados e dos Municípios, de suas autarquias e fundações públicas.

Da leitura deste dispositivo verifica-se que a exceção ocorre somente quando se trata de imóveis de propriedade do Estado voltados ao interesse público, em face da submissão dos mesmos a regime jurídico próprio tendente a sua indisponibilidade.

Note-se que o contrato de locação mantido entre particular e a Administração Pública sequer é considerado contrato administrativo. Para a consideração de contrato administrativo, não basta a presença do interesse público, mas sim a presença do Poder Público com supremacia do poder. Nos contratos de locação entre particular e ente público, não há esta supremacia.

Sobre isto, com muita propriedade, HELY LOPES MEIRELLES legou a seguinte lição:

"A locação e o comodato são contratos de Direito privado, impróprios e inadequados para a atribuição de uso especial de bem público a particular..."

(in Direito Administrativo Brasileiro, Malheiros, São Paulo, 1992, pág. 438).

Acrescenta-se a isto o fato de que a Lei de locações traz dispositivos próprios tendentes à manutenção do equilíbrio econômico e financeiro, além da cláusula de correção monetária, com a possibilidade de revisão judicial da avença.

A subordinação ao regime da licitação como **conditio sine qua** para a celebração deste contrato não o guinda à condição de contrato administrativo, uma vez que, realizado este ato-condição, ou melhor procedimento-condição, passa a ser celebrado nos moldes do direito privado.

Sobre isto já se posicionou a brilhante Procuradora LISETE MARIA SKREBSKI, no Parecer 9795, que traz os seguintes ensinamentos:

"O Decreto-lei 2.300/86, que ainda rege os contratos em vigor, e a lei nova, Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, a reger as futuras contratações, expressamente contemplam o contrato de locação por submisso às normas gerais de licitação e contratos administrativos, remetendo igualmente os imóveis da União, e apenas estes, às disposições do Decreto-lei n.9.760/46 (artigos 1º de ambos os diplomas, artigo 88 do Decreto-lei nº 2.300/86 e artigo 121 da Lei n. 8.666/93).

Neste caso, inexistindo lei especial de aplicação em âmbito estadual, resulta ao Administrador Público a remissão à lei civil, reguladora do Código Civil, como adotada no Edital e no contrato.

Forma-se a figura do contrato semipúblico, definido por HELY MEIRELLES como sendo aquele "Firmado entre Administração e particular, pessoa física ou jurídica, com predominância das normas pertinentes do direito privado, mas com as formalidades previstas para os ajustes administrativos e relativa supremacia do Poder Público" (Licitação e Contrato Administrativo, 10^{2} .edição, p.186).

Ao eleger o instituto da locação, o Administrador Público adota e sufraga contratação tipicamente civil, com legislação especial e regras que subsumem ampla disponibilidade da vontade para convencionar o aluguel, ao mesmo tempo em que impõe-se-lhe conduta de indisponibilidade dos interesses públicos, subentendida na total e irrestrita submissão à lei, aos contornos da lei, aos princípios que a inspiram, e onde a "vontade" justifica-se sempre e, quase sempre, justifica-se em critérios técnicos.

Por estes motivos, aplica-se a Lei 8.666/93, no que diz respeito à

obrigatoriedade da licitação como requisito essencial, mas a regência do contrato dar-se-á pela Lei 8.245/91.

No que diz respeito ao prazo de duração do contrato de locação, pelos motivos já expostos, devem ser aplicadas as normas da Lei 8.245/ 91, mais precisamente os arts. 56 e 57 que dispõem:

"Art. 56 - Nos demais casos de locação não residencial, o contrato por prazo determinado cessa, de pleno direito, findo o prazo estipulado, independentemente de notificação ou aviso. Parágrado único - Findo o prazo estipulado, se o locatário permanecer no imóvel por mais de trinta dias sem oposição do locador, presumir-se-á prorrogada a locação nas condições ajustadas, mas sem prazo determinado.

Art. 57 - O contrato de locação por prazo indeterminado pode ser denunciado por escrito, pelo locador, concedidos ao locatário trinta dias para a desocupação."

Questiona-se sobre a possibilidade de estipulação, pela vontade das partes, de prazo diferenciado do aqui previsto para efeitos de desocupação de imóvel, a exemplo do que consta no contrato de locação objeto da consulta, que exige antecedência mínima de 90 (noventa) dias do vencimento do contrato, sem o que o contrato é prorrogado automaticamente, por períodos anuais, a teor do disposto na cláusula sexta do instrumento.

Em se tratando o contrato de locação um contrato de direito privado, a autonomia de vontades é elemento basilar de sua formação, excluindo-se esta quando a lei tiver vedação expressa para a estipulação.

No caso em tela não há qualquer norma proibitiva de conceder prazo para a notificação de desinteresse na locação, o que traz, em relação à sistemática legal, uma vantagem para o inquilino, a quem a lei, por esta norma, pretende proteger. O que a lei não admite é que as partes estipulem prazo menor para o aviso, pois isto traria grave prejuízo ao locatário. Não há, portanto, qualquer nulidade na cláusula sexta do contrato.

Note-se que, a teor da cláusula contratual, o contrato já está automaticamente prorrogado até 31-10-95, eis que não observada a antecedência mínima de aviso. Logo, a comunicação de desinteresse por parte do proprietário se presta à extinção do contrato naquela data, e não no dia 31 de outubro p.v.

No que diz respeito à necessidade ou não de termo aditivo para a continuidade do pacto, entendemos ser prescindível em face da natureza jurídica do contrato de locação. Além do mais, o contrato ora firmado o é para atender uma finalidade pública, cuja continuidade não pode ser obstada.

Pertinente referir que a continuidade do contrato se dará, no que se refere à cláusula de preços e reajustes, tendo em vista a implantação do Plano de Estabilização Econômica. É inafastável que o reajustamento contratual se faca em obediência à Medida Provisória 596, de 26 de agosto de 1994, que traz normas para a conversão.

Ao contrato sub examine deve ser aplicada a norma de adequação prevista no art. 21 da Medida Provisória 596/94, que dispõe:

- "Art. 21 As obrigações pecuniárias em Cruzeiros Reais, com cláusula de correção monetária baseada em índices de preços em que a peridiocidade de reajuste pleno é maior que a peridiocidade de pagamento, serão convertidos em REAL, no dia 1º de julho de 1994, de acordo com as disposições abaixo:
- I dividindo-se o valor em Cruzeiros Reais da obrigação vigente no dia do aniversário em cada um dos meses imediatamente anteriores. em número igual aos do último período do reajuste pleno, pelo valor em Cruzeiros Reais do equivalente em URV nesses mesmos dias:
- II extraindo-se média aritmética dos valores resultantes do inciso anterior;
- III reconvertendo-se, em Cruzeiros Reais, o valor encontrado pela URV do dia do aniversário em junho de 1994;
- IV aplicando-se, pro rata tempore, sobre o valor em Cruzeiros Reais de que trata o inciso o índice anterior o índice contratual ou legal até 30 de junho de 1994; e
- V convertendo-se em REAL o valor corrigido na forma do inciso anterior pela paridade fixada para aquela data.

RPGE, Porto Alegre, 22(51):47-56, 1995

Parágrafo 1º - O cálculo da média a que se refere este artigo será feito com base nos preços unitários, nos casos dos contratos para a aquisição ou produção de bens para entrega futura, execução de obras, prestação de serviços, locação uso e arrendamento, quando as quantidades de bens e serviços, a cada mês foran variáveis.

Parágrafo 2º - No caso de obrigações em que tenha transcorri-

do um número de meses menor que o da peridiciodade de reajuste pleno, a conversão será feita, na forma do *caput* deste artigo, levando-se em conta apenas os valores referentes aos meses a partir da contratação.

O contrato em análise apresenta previsão de reajustamento de preços quadrimestral referenciada ao IGP, conforme se vê pela cláusula quarta.

O chamado dia do aniversário está previsto no artigo no art. 22 da MP em estudo, que estabelece:

"Para os efeitos desta Medida Provisória, "dia de aniversário" corresponde:

a) no caso de obrigações pecuniárias em Cruzeiros Reais com cláusula de correção monetária por índice de preço ao dia do vencimento; na falta deste, o dia do último reajuste; e, na falta deste, ao dia do surgimento, em qualquer mês, da obrigação, do título, do contrato ou da parcela contratual; e

b) no caso dos contratos que tenham por objeto a aquisição ou produção de bens para entrega futura, a execução de obras, ou a prestação de serviços que tenham cláusulas de reajuste de preços por índices de preços setoriais, regionais ou específicos, ou ainda, que reflita a variação ponderada dos custos dos insumo utilizados, ao último dia de validade dos preços contratuais em cada período de reajuste".

Da aplicação deste dispositivo legal ao contrato sub examine deduz-se que o dia do aniversário é o dia do vencimento, ou seja o dia 10 de cada mês, conforme cláusula terceira, o que leva à necessidade de utilização do valor da URV daquele dia para cada um dos meses imediatamente anteriores, e do cálculo pro rata tempore de 10 de junho até o dia 30 daquele mês.

Assim processada a conversão (o valor de 30 de junho, em cruzeiros reais, dividindo por 2.750, para chegar-se ao valor em reais), os reajustes seguintes far-se-ão nos termos do art. 24 da mesma MP, que estabelece:

"Art. 24 - Nas obrigações convertidas em real na forma dos arts. 20 e 21, o cálculo da correção monetária a partir de 1° de julho de 1994 somente é válido quando baseado em índice de preços calculados na forma do art. 38 da Lei n. 8.880, de 27 de maio de 1994.

Parágrafo 1º - O cálculo dos índices de correção monetária das obrigações a que se refere o *caput* deste artigo tomará por base preços em REAL o equivalente em URV dos preços em Cruzeiros Reais, e os preços nominados ou convertidos em URV dos meses anteriores.

Parágrafo 2º - Observando o disposto no art. 28, sobre os valores convertidos em REAL, na forma dos arts. 20 e 21, serão aplicados pro rata tempore da data da conversão até a data do aniversário, os índices de correção monetária a que estiverem sujeitos, calculados de conformidade com o art. 38 da Lei n. 8.880, de 27 de maio de 1994, de acordo com as respectivas disposições legais, regulamentares, contratuais ou decisões judiciais com base nas quais tiverem sido constituídos.

Parágrafo 3º - No cálculo dos índices de que trata este artigo, os preços em Cruzeiros Reais deverão ser convertidos em URV do dia de sua coleta.

Parágrafo 4º - Caso o índice de preços constante do contrato não esteja disponível na forma do caput deste artigo, será utilizado, para os fins do disposto no art. 38 da Lei n. 8.880, de 27 de maio de 1994, e nesta Medida Provisória, índice equivalente substituto, na forma da regulamentação a ser baixada pelo Poder Público.

Parágrafo 5º - É nula de pleno direito e não surtirá nenhum efeito a aplicação de índice, para fins de correção monetária, calculado de forma diferente da estabelecida neste artigo."

E o referenciado art. 38 da Lei 8.880/94 estabelece:

RPGE, Porto Alegre, 22(51):47-56, 1995

"Art. 38 - O cálculo dos índices de correção monetária, no mês em que se verificar a emissão do Real de que trata o art. 3º desta Lei, bem como no mês subseqüente, tomará por base os preços nominados ou convertidos em URV dos meses imediatamente anteriores, segundo os critérios estabelecidos em lei. Parágrafo único - observando o disposto no parágrafo único do

artigo 7º, é nula de pleno direito e não surtirá nenhum efeito a aplicação do índice, para fins de correção monetária, calculado de forma diferente da estabelecida no caput deste artigo".

No que diz respeito aos reajustamentos futuros, deve ser observado o disposto nos artigos 27 e parágrafos 4º e 28 da Medida Provisória

566/94 que dispõem:

"Art. 27 - A correção em virtude de disposição legal ou estimulação de negócio jurídico, da expressão monetária da obrigação pecuniária contraída a partir de 1º de julho de 1994, inclusive, somente poderá dar-se pela variação acumulada do IPC-r.

Parágrafo 4º - A correção monetária dos contratos convertidos na forma do art. 21 desta Medida Provisória será apurada somente a partir do primeiro aniversário da obrigação, posterior à sua conversão em REAIS.

Art. 28 - Nos contratos celebrados ou convertidos em REAL em cláusula de correção monetária por índices de preço ou por índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados, a periodicidade de aplicação dessas cláusulas será anual".

Em conclusão:

Os contratos de locação de imóvel mantidos entre particular, como locador, e a Administração Pública, como locatário, estão submetidos ao procedimento licitatório de que trata a Lei 8.666/93;

Estes contratos, posto que contratos privados mantidos com o poder público, são regidos pela lei civil reguladora das locações de imóveis, observados os requisitos procedimentais precedentes determinados pela lei de licitações;

A cláusula que confere prazo superior ao determinado em lei para manifestação de desinteresse no prosseguimento da locação é válida, porquanto resguarda o locatário, a quem a lei, com a determinação de prazo para aviso, pretende resguardar;

A ausência de Termo Aditivo não obsta o prosseguimento do con-

trato de locação por prazo indeterminado;

Os valores contratuais devem observar as normas de conversão estabelecidas no Plano Real, atualmente através da Medida Provisória 596, de 26 de agosto de 1994, independentemente da anuência do locador.

É, s.m.j. o parecer.

Porto Alegre, 06 de outubro de 1994

ABANDONO DE CARGO: NATUREZA E TERMO INICIAL DO PRAZO DE PRESCRIÇÃO

Luiz Carlos Souza Leal Procurador do Estado do Rio Grande do Sul Professor na Escola Superior de Advocacia de Estado do Rio Grande do Sul

Parecer nº 10554

Abandono de cargo. Prescrição, termo inicial. O abandono de cargo, dada a sua natureza de ilícito administrativo permanente, tem como TERMO INICIAL do prazo de prescrição da pena aplicável a data em que o funcionário reinicia o exercício do cargo, exceto quando este exercício lhe tenha sido negado, impedido ou obstaculizado pela Administração Pública. Nesta hipótese, a PRESCRIÇÃO começa a fluir da data da negativa, do impedimento ou da obstaculização.

- 1. Vem a este Conselho, para exame e parecer, o Processo Administrativo nº 01579-1200/SJ-1986, através do qual respondeu a Processo Administrativo Disciplinar (PAD) a funcionária Maria Helena Amaral de Quadros, Agente de Segurança Penitenciária, classe A, matrícula nº 1184.3225, indiciada por ter incorrido em Abandono de Cargo.
- 2. O PAD foi realizado de forma regular, tendo a funcionária exercido plenamente o seu DIREITO DE DEFESA constitucionalmente assegurado. Em seu RELATÓRIO, a Comissão Processante, depois de rejeitar a PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO, opinou nos sentido da aplicação da PENA DE DEMISSÃO, por ter entendido que a funcionária

praticara o ilícito administrativo de ABANDONO DE CARGO que lhe fora imputado.

- 3. Com a devida vênia, somos de parecer diverso, no que respeita à QUESTÃO PRESCRICIONAL levantada como PRELIMINAR.
- 4. Não resta dúvida de que o ABANDONO DE CARGO PÚBLI-CO, dada sua natureza de ilícito administrativo de natureza permanente, só cessa, em princípio, quando o funcionário reassume suas funções e reinicia o exercício do cargo que fora abandonado, segundo entendimento de longa data consagrado na jurisprudência administrativa do Estado. Essa REGRA GERAL, todavia, não é isenta de EXCE-CÕES.
- 5. Assim, quando o funcionário que abandonara o cargo manifesta inequivocamente sua vontade de reassumir as funções e reiniciar o exercício e é disto impedido ou obstaculizado pela Administração Pública, que lhe nega desse modo um direito inconteste (o direito ao exercício do cargo decorrente da investidura regular no mesmo, geradora do vínculo funcional ainda não desfeito), é da data desta NEGATIVA, deste IMPEDIMENTO ou OBSTACULIZAÇÃO que deve ter início a contagem do PRAZO PRESCRICIONAL respectivo, porque a partir desta data se apresenta descaracterizada a situação de ABANDONO do cargo, na exata medida em que a responsabilidade pela mesma não mais pode ser imputada ao servidor. E foi precisamente isso que ocorreu no caso dos autos.
- 6. O NOVO ESTATUTO do funcionalismo estadual (Lei Complementar nº 10.098, de 3 de fevereiro de 1994) estabelece o PRAZO DE DEZOITO (18) MESES para a PRESCRIÇÃO da ação disciplinar (sic) nos casos de ABANDONO DE CARGO, sendo aplicável mesmo às infrações que lhe forem anteriores, tendo em vista o PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENIGNA - vigorante em matéria Penal (CP, art. 2º, parágrafo único) e de aplicação subsidiária ao Direito Administrativo Disciplinar.
- 7. A indiciada, em data de 15 de julho de 1986, havia requerido o reinício de suas atividades, ainda que sob a equivocada denominação de PEDIDO DE REINTEGRAÇÃO, pedido esse que fora indeferido a 15 de dezembro daquele mesmo ano (fls. 28 e 38 dos autos, respectivamente). Posteriormente alertada por manifestação desta Procuradonia-Geral do Estado de que o pedido da servidora deveria ser considerado como de retorno à atividade (fls. 44 dos autos, ainda assim nada fez

- a respeito o órgão de lotação da mesma. No caso do PAD, a servidora voltou a manifestar sua intenção de retomar o exercício do cargo em pelo menos duas oportunidades: a primeira, implicitamente, em seu depoimento pessoal, quando disse não desejar exonerar-se do cargo (fls. 63 dos autos); a segunda, expressamente, quando da formulação de sua DEFESA (fls. 150).
- 8. Desse modo, parece claro que iá ocorreu a PRESCRICÃO da aplicação da PENA DE DEMISSÃO por ABANDONO DE CARGO. consumada após o transcurso de 18 meses, qualquer que seja o evento. dentre aqueles enumerados no item anterior, considerado como caracterizador do TERMO INICIAL do prazo prescricional na espécie, muito embora, em nosso entendimento, não haja a menor dúvida de que como tal deva ser considerado o primeiro deles, ou seja, a data do indeferimento do pedido da servidora de retorno à atividade, ocorrido a 15-12-86.
- 9. A nossa opinião, portanto, é no sentido do acolhimento da PRELIMINAR levantada pela indiciada em sua defesa, declarando-se a PRESCRIÇÃO do direito de punir da Administração Pública, na espécie.
- 10. Caso seja a mesma aceita, deve a Secretaria a que pertence a servidora entrar em contato imediatamente com ela, comunicando-lhe a decisão do PAD e intimando-a para que retorne ao serviço ou, se preferir, apresente pedido de EXONERAÇÃO, cabendo ainda, na primeira hipótese, cumprir com o restante do ESTÁGIO PROBATÓRIO a que estava submetida e não se acha ainda concluído.

É o parecer, s.m.j.

Porto Alegre, 14 de novembro de 1994.

RPGE, Porto Alegre, 22(51):57-59, 1995

SERVIDOR CELETISTA - TRANSPOSIÇÃO PARA CARGO EFETIVO

Maurício de Azevedo Moraes Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

Parecer nº 10601

SERVIDOR CELETISTA.

Transposição para cargo efetivo (Lei nº 10.098, art. 276). Concessão da liminar em ADIn, sustando "ex-nunc" a eficácia de dispositivo, quanto aos não-concursados. Efeitos.

O Senhor Procurador-Geral Adjunto encaminha a este setor especializado, "para exame e manifestação, a fim de esclarecer se o servidor, já transposto para cargo público, adquire direito a novas vantagens estatutárias, tendo em vista a decisão liminar do Supremo Tribunal Federal, de 23 de março de 1995, que suspendeu em parte, com efeitos ex-nunc, o artigo 276 da Lei nº 10.098, de 3 de fevereiro de 1994". No mesmo despacho é concedido avanço trienal a servidor "transposto", sob o fundamento de que tal vantagem também é concedida aos celetistas.

É o relatório.

Realmente, o STF, em decisão liminar, proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1150-2, suspendeu, "ex-nunc", a eficácia de dispositivo da Lei nº 10.098, que permitia a **transposição**, para cargos efetivos, de servidores celetistas que não tinham se sujeitado a concurso público para ingresso na função.

A rigor, a medida liminar, como no caso, antecipa, embora de maneira provisória, e até o julgamento do mérito da ação, a decisão sobre a inconstitucionalidade da lei frente à Constituição Federal; consequentemente, a decisão liminar, reconhecendo a inconstitucionalidade

da lei atacada, deveria ter como efeito a imediata desconstituição dos atos de transposição e de suas conseqüências, voltando os beneficiados à condição que detinham anteriormente, ou seja, de celetistas; resumindo: os efeitos da liminar deveriam ser "ex-tunc".

Entretanto, não é esse o entendimento da Suprema Corte sobre a matéria. Para o STF, só tem efeitos "ex-tunc" a decisão final da ADIn, que julga inconstitucionais tais ou quais dispositivos legais; as decisões liminares geram apenas efeitos "ex-nunc".

Ao conceder a liminar na ação direta em causa, limitou-se o relator a dizer que a suspensão da eficácia de disposições da lei estadual era "ex-nunc"; não explicitou, como talvez fosse desejável para evitar interpretações equivocadas do que fora decidido, os efeitos da decisão.

Sendo "ex-nunc" os efeitos da liminar, é absolutamente claro que a partir dela - pois aplica-se para o futuro - não mais poderá haver transposições de celetistas não-concursados (concursados são ressalvados), com fundamento no artigo 276 da Lei nº 10.098.

Ademais, os transpostos permanecem na situação em que estão até o final da ação, mas não lhes poderão ser concedidas quaisquer novas vantagens estatutárias decorrentes da transposição ou fundadas na Lei nº 10.098. Eventuais vantagens dessa natureza atribuídas antes da concessão da liminar, permanecem, provisoriamente; entretanto, as outorgadas após a liminar devem ser retiradas - tornados sem feito os atos de sua concessão -, dispensados os beneficiários da devolução das importâncias já recebidas, diante da evidente boa-fé com que agiram, de conformidade com a jurisprudência administrativa a respeito. Entretanto, vantagens estatutárias também atribuídas aos celetistas poderão ser concedidas aos "transpostos", como entendeu o Procurador-Geral Adjunto, até por uma questão de isonomia.

A orientação preconizada está de acordo com o entendimento do STF sobre os efeitos da medida liminar em ação direta de inconstitucionalidade.

Com efeito, disse o ministro relator na Representação 1. 418-5 sobre matéria semelhante - efetivação de servidores sem concurso igualmente oriunda de lei do Estado do Rio Grande do Sul (mostrando a reincidência do Estado em editar - sempre contra a posição da PGE leis inconstitucionais sobre temas já repelidos pelo STF) ao esclarecer o alcance da liminar concedida:

"A suspensão dos efeitos da lei (...) tem

PDGE Porto Alegre, 22(51):61-63, 1995

eficácia "ex-nunc"(...) a legislação impugnada não mais poderá ser aplicada a situações novas, até o julgamento definitivo. No caso concreto, outras efetivações não podem ocorrer (...) ou sequer o deferimento de novas vantagens, com base nessas leis ou em virtude delas. Relativamente a situações já constituídas (...) de acordo com as leis impugnadas, em data anterior à suspensão dos efeitos, tendo em conta a eficácia "ex-nunc" dessa suspensão, (...) não são cassados (...) o que significa não são desconstituidos. (...) Dessa maneira, os servidores (...) que estavam no exercício de suas funções, em virtude das leis impugnadas, anteriormente ao aforamento da representação, deverão prosseguir percebendo as vantagens que recebiam à data da concessão da medida cautelar". (grifei)

Em conclusão, e respondendo resumidamente à questão formulada: aos servidores transpostos, a partir da liminar não poderão ser outorgadas novas vantagens estatutárias.

Porto Alegre, 24 de maio de 1995.

SOCIEDADE DE ECONOMIA MIŞTA: POSSIBI-LIDADE DE INTEGRAR CONSÓRCIO PARA PARTICIPAÇÃO EM LICITAÇÃO

Maria Aparecida Dias de Moraes Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul

Parecer nº 10603

Sociedade de Economia Mista - possibilidade de formação de consórcio para participação em licitação.

- Natureza contratual do vínculo que se estabelece entre os consorciados -Escolha da parceria - licitação - situação de inexigibilidade - adoção das medidas previstas no art. 26 - Lei 8.666/ 93.

Através do Oficio D.P. 104/95, do Senhor Diretor-Presidente da Companhia Rio-Grandense de Mineração é formulada consulta a esta Procuradoria-Geral acerca da viabilidade legal de efetivação de Consórcio, com vistas à participação em certame licitatório instaurado pelas Centrais Elétricas do Sul do Brasil - Eletrosul - para a aquisição de Carvão Mineral para a UTE-Jacuí I.

Integram o expediente, além do Edital de Licitação - Concorrência nº 202.202.301040, solicitado por esta Procuradoria de Domínio Público Estadual, os seguintes elementos:

- elenco de razões, que no entender da CRM, dizem dos fundamentos e méritos da solução proposta;
- ofício SCD, 95, da Empresa Copelmi Mineração, manifestando interesse em formar consórcio com a CRM para fornecimento de carvão à UTE-Jacuí I, garantindo a esta a posição de liderança;

- quadro demonstrativo da capacidade financeira e produtiva das Empresas Mineradoras de Carvão do Rio Grande do Sul.

Este os termos da consulta e do relatório.

1 Tratando-se de Sociedade de Economia Mista e revestindo, pois, a forma de Sociedade Anônima, nos termos da lei que autorizou a sua Constituição - Lei nº 5.835, de 20 de outubro de 1969, torna-se imperativa a observância dos preceitos contidos na Lei das Sociedades por Ações compatibilizando-os às normas estatutárias da entidade, às prescrições de Direito Público e aos princípios Constitucionais, entre eles o de legalidade, moralidade, impessoalidade e publicidade aos quais está sujeita enquanto integrante da Administração Indireta (art. 37, CF).

A Lei estadual que autorizou a criação da CRM sob a forma de Sociedade Anônima é omissa a respeito da matéria objeto da Consulta, deixando claro, no particular, a regência das normas pertinentes a forma que lhe conferiu.

Como bem observa MIGUEL REALE, "se a lei institui uma Sociedade de Economia Mista, elegendo para ela a forma de Sociedade por Ações, uma vez posta "in esse" a entidade, todo o seu campo decisório e operacional se situa no âmbito e para os efeitos da Lei das S/A, desde que não lhe contraponha outro preceito legal específico" (Estudos e Pareceres - Forense - pág. 41).

Na mesma linha, a lição de SEABRA FAGUNDES, em artigo publicado na Revista Forense, 146, pág. 88:

66

"Do mesmo modo não será possível vacilar na aplicação da Lei comum sobre as sociedades mercantis, naquilo que for omissa a lei especial pelo só receio de recorrer ao direito privado a propósito de relações em que participa o Estado. Se nada impedia o legislador de ir mais longe ao derrogar a Lei das Sociedades por Ações, caso fosse intuito seu emprestar à Sociedade de Capital Misto características distantes do tipo padrão da Sociedade Comercial, e ele preferiu restringir-se a umas poucas disposi-

ções especiais, há de entender-se que agiu deliberadamente, com o propósito de preservar, ao máximo, a estrutura e o sistema de funcionamento prescrito pelo direito comum, às sociedades do tipo adotado. Esse sistema tem, portanto, plena oportunidade na regulação da vida comercial. Tanto mais quando o apelo, por parte do Estado, na organização de determinada empresa, aos moldes usados nas relações da vida comercial, significa uma eleição dos processos que o regem, porque certamente considerados, na flexibilidade e simplicidade do seu mecanismo, os mais adequados à realização do objetivo que se tem em vista".

Assim, salvo disposição legal em contrário, as Sociedades de Economia Mista, instituídas sob a forma de Sociedade Anônima, sujeitamse as disposições da Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976.

2. O referido diploma legal, após autorizar as Companhias e quaisquer outras Sociedades a constituírem consórcio para executar determinado empreendimento (art. 278, caput), estabelece no art. seguinte e seus sete incisos a forma e as regras para sua Constituição, nos seguintes termos:

> "Art. 279. O consórcio será constituído mediante contrato aprovado pelo órgão da sociedade competente para autorizar a alienação de bens do ativo permanente, do qual constarão:

I - a designação do consórcio, se houver:

II - o empreendimento que constitua o objeto do consórcio:

III - a duração, endereço e foro:

RPGE, Porto Alegre, 22(51):65-70, 1995

IV - a definição das obrigações e responsabilidade de cada sociedade consorciada, e das prestações específicas;

V - normas sobre recebimento de receitas e partilha de resultados;

VI - normas sobre administração do consórcio contabilização, representação das sociedades consorciadas e taxa de administração, se houver:

VII - forma de deliberação sobre assuntos de interesse comum, com o número de votos que cabe a cada consorciado;

VIII - contribuição de cada consorciado para as despesas comuns, se houver.

Parágrafo único - O Contrato de consórcio e suas alterações serão arquivados no registro do comércio do lugar da sua sede, devendo a certidão do arquivamento ser publicada".

O Estatuto Jurídico das Licitações por sua vez, - Lei nº 8.666/93, ao abrir a possibilidade de que as licitações sejam disputadas por empresas reunidas em consórcio, desde que tal circunstância conste expressamente do edital, apresenta sistemática simplificada em relação ao ritual constante da Lei da Sociedades por Ações, exigindo apenas, no art. 33, I, seja firmado pelas consorciadas um compromisso público ou particular de Constituição do Consórcio sem necessidade de registro, exigência feita tão somente ao licitante vencedor (art. 33, parágrafo 2°).

Além disso, inova em relação ao Estatuto anterior - Decreto-Lei 2.300, ao admitir (art. 33, III), para efeito de qualificação técnica, o somatório dos quantitativos de cada consorciado, e para efeitos econômico-financeiros o somatório dos valores de cada consorciado na proporção de sua respectiva participação e ao estabelecer (inc. V) a responsabilidade solidária aos integrantes pelos atos praticados em consórcio, tanto na fase da licitação quanto na execução do contrato.

Em consequência, inexistindo vedação legal, seja da lei que autorizou a constituição e funcionamento da CRM, seja das normas estatutárias da entidade ou de outra qualquer pertinente a matéria, tem-se que o empreendimento de que cuida a consulta poderá ser levado a efeito, atendendo aos preceitos contidos nos arts. 278 e 279, da Lei 6.404/ 76, mediante contrato aprovado pelo Conselho de Administração da entidade (art. 17, VII, do Estatuto Social), observadas as prescrições constantes da Lei 8.666/93, por tratar-se de consórcio para participar em licitação.

3. Definida, assim, a possibilidade de efetivação de consórcio por Sociedade de Economia Mista, à luz do sistema instituído pela Lei das Sociedades Mercantis, quando omissa a respeito a lei estadual de criação, cuida-se agora de examinar a questão concernente à escolha da parceria.

Conceituado como uma associação de pessoas físicas ou jurídicas

que conjugam recursos humanos, técnicos ou materiais para participar de uma concorrência (CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO) (Licitação - E.RT - SP 1980, pág. 57), ou como uma "simples reunião operativa de firmas, contratualmente comprometidas a colaborar no empreendimento para o qual se consorciaram" (HELY LOPES MEIRELLES - D. Adm. Bras. 16ª. edição, EDR, pág. 28, ou ainda, no dizer de IVAN RIGOLIN como "uma simples reunião ou ajuntamento provisório de empresas ou profissionais, cada qual propondo contratar parte do objeto total do certame, em lotes de empresas cujo conjunto de propostas resulte na proposta do objeto total", é inequivoca a natureza contratual do vínculo que se estabelece entre os consorciados.

A definição da participação de cada um nos direitos e deveres a serem assumidos pelo Consórcio em relação ao seu objeto, no presente caso - o fornecimento de carvão à UTE-Jacuí I -, corresponde necessariamente ao vínculo contratual.

Seja qual for o "nomem juris" que se dê a esta regulação das relações e da participação das empresas consorciadas - punctuação, protocolo de intenções - acordo etc...- o que sobra, feita a necessária depuração, é contrato. Este aliás, o espírito do Estatuto Jurídico das Licitações que, ao conceituar, da forma mais abrangente possível, o contrato, reza:

"Art. 2º -...

RPGE, Porto Alegre, 22(51):65-70, 1995

Parágrafo Único - para os fins desta lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos e entidades da Administração Pública e particulares em que haja um acordo de vontades para a formação do vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada".

De outra parte, a imposição de licitação às Sociedades de Economia Mista decorre de própria Constituição Federal ao atribuir, privativamente, à União legislar sobre "normas gerais sobre licitação e contratação, em todas as modalidades, para a Administração Pública, direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, nas diversas esferas do governo e empresas sobre seu controle (art. 22, XXVII, CF).

Quanto à CRM, há previsão específica no Estatuto Social da entidade (art. 32).

Sujeita, portanto, como já observado anteriormente, aos princípios norteadores de Administração Pública, inclusive ao 'dever de licitar',

com fundamento no art. 37, XXI, da CF, tem-se que a participação da CRM, no empreendimento, pressupõe, necessariamente, como medida prévia ao ajuste, a realização de certame licitatório, ou verificada situação de inexigibilidade ou de dispensa, a adoção das medidas preconizadas no Estatuto próprio - Lei n^2 8.666/93 (art. 26).

É o parecer.

Porto Alegre, 27 de junho de 1995.

FUNDAÇÕES DE DIREITO PRIVADO

Elaine de Albuquerque Petry Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul

Parecer nº 10658

10.098. de 1994.

Sugestão de anteprojeto de lei. Transformação das fundações de direito privado integrantes da Administração Indireta do Estado em fundações de direito público. Artigo 19 do ADCT da Constituição Federal de 1988. Artigo 276 da Lei Complementar nº

Remete a SECRETARIA DA FAZENDA a esta Procuradoria-Geral do Estado, para manifestação, processo que contém sugestão de anteprojeto de lei, alterando "a natureza jurídica" das fundações de direito privativo, integrantes da Administração Indireta do Estado, para fundações de direito público, circunstância que, pela Justificativa aposta, se adequaria à noção conceitual trazida pela Lei (federal) nº 7596, de 10 de abril de 1987, ao alterar o item II do artigo 4º e item IV do artigo 5º do Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, modificado pelo Decreto-lei nº 900, de 29 de setembro de 1969, e pelo Decreto-lei nº 2.299, de 21 de novembro de 1986.

Os efeitos da proposição retroagiriam a 1º de janeiro de 1994.

A matéria passou a tramitar, inicialmente, para ser conhecida a sua repercursão financeira - o que não ocorreu; todavia, o Departamento de Cargos, Funções e Avaliação de Desempenho - DCFAD da hoje Secretaria da Administração e dos Recursos Humanos manifestou-se favoravelmente à proposta, pois de lá adviera a iniciativa de formalizá-

la.

No Órgão Fazendário cogita-se da viabilidade da aplicação aos servidores das entidades sujeitas à transformação do artigo 19 do Ato das Disposições Transitórias da Constituição da República de 1988 e do artigo 276 da Lei Complementar nº 10.098, de 3 de fevereiro de 1994 (Estatuto).

É o relatório.

Estabelece o Artigo 19 do ADCT da Constituição da República de 1988:

"Art. 19 - Os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no art. 37 da Constituição, são considerados estáveis no serviço público. ..." (grifei)

A data a que faz menção o artigo 19 acima reproduzido é 5 de outubro de 1988.

Nesta oportunidade, consolidaram-se direitos e prerrogativas e definiram-se os destinatários de benesses ou vantagens; dentre esses, em 5 de outubro, encontravam-se os servidores da Administração Direta e Autárquica e os das fundações públicas, que foram agraciados com a estabilidade excepcional no serviço público, cumpridas as exigências da Carta Maior.

Efetivamente, há simultaneidade entre a definição dos pressupostos da aplicação da regra constitucional e os sujeitos pessoas físicas ou jurídicas abrangidos no seu momento de incidência: quer dizer, os servidores estabilizados são aqueles contemporâneos à declaração contida na norma excepcional bem como as entidades são as que, também contemporaneamente, se enquadravam nos respectivos conceitos de administração direta, autárquica e fundacional pública.

Outrossim, o dispositivo tem natureza transitória, para aplicação na situação definida naquele momento, enquadrando-se, por seu conteúdo, dentre as Disposições Transitórias da Carta Constitucional de 1988.

É pertinente mencionar que o Estado do Rio Grande do Sul, atra-

vés da Ordem de Serviço Governamental nº 43/87-91, publicada no Diário Oficial de 28-11-88, tratou de explicitar as medidas administrativas decorrentes da norma constitucional, assim discorrendo, entre outros aspectos:

"2. Fundações públicas, na administração estadual, são as fundações autárquicas, isto é, a Fundação Orquestra Sinfônica de Porto Alegre e o Instituto Gaúcho de Tradição e Folclore."

Destarte, os servidores estabilizados pelo artigo 19 do ADCT da Carta Constitucional de 1988 são os vinculados à Administração Direta, às autarquias e fundações públicas existentes e perfeitamente ajustadas na sua definição legal em 05-10-88.

O pessoal de autarquias futuras a 05-10-88, bem assim o das fundações de direito público posteriormente criadas, como é o caso da FEPAGRO, não estão abrangidos pelo preceito transitório, cujos efeitos de há muito se extinguiram.

A norma do artigo 19 do ADCT da Constituição da República de 1988 não se aplicou nem se aplicará às fundações de direito privado da Administração Indireta do Estado que, por circunstancial objetivo, venham a ser transformadas em fundação de direito público.

De outra parte, os servidores das fundações de direito privado da Administração Indireta do Estado, ainda que tais entidades venham a travestir a sua vocação, transformando-se, por lei, em entidades de direito público, não terão reconhecido direito à "transposição" instituída pelo artigo 276 da Lei Complementar nº 10.098, de 03 de fevereiro de 1994 (Estatuto).

Primeiramente, cumpre referir, o preceito em tela encontra-se atacado por ação direta de inconstitucionalidade.

Em segundo, o mesmo artigo 276 é também uma disposição transitória do Estatuto, tendo exaurido os seus efeitos no momento demarcado pela Lei.

Ademais, ainda que se cogitasse em repristinação de prazos por regra legal de igual hierarquia - lei complementar - o pessoal das fundações com a natureza jurídica objeto de transmutação (se a sugestão prosperasse), por não serem os "estabilizados" referidos no caput do artigo 276 não poderiam se valer da esdrúxula figura da "transposição".

Pelos motivos acima aduzidos, não teria nenhum sentido operar a alteração de estrutura jurídica das fundações de direito privado da Ad-

ministração Indireta do Estado - com efeitos retro operantes a 1º de janeiro de 1994, ofendendo, ademais, o princípio da moralidade administrativa, hoje inserido expressamente no artigo 37 da Constituição da República.

Entendo oportuno, de outra parte, assinalar que é extremamente simplista a afirmativa do Departamento de Cargos, Funções e Avaliação de Desempenho - DCFAD - da Secretaria da Administração e dos Recursos Humanos, assegurando que a medida proposta no processo acarretará decesso de gastos públicos (sem repercussão financeira expressiva), por terem os servidores das entidades abrangidas pela mudança várias prerrogativas privativas do pessoal estatuário.

A Lei Complementar nº 10.098 - novo Estatuto e Regime Jurídico Único - é verdadeiro Código de direitos, vantagens e obrigações do servidor público.

As relações dos agentes das Instituições de direito privado tratadas no expediente se desenvolveram sob o regime do Direito do Trabalho, tanto no aspecto de direitos e vantagens, quanto no aspecto disciplinar, sendo inviável, senão impossível, revertê-las para o plano do direito público. Ademais, há a questão da aposentadoria e da vinculação previdenciária do pessoal - circunstância que não foi levada em conta na elaboração da sugestão de anteprojeto de lei.

Por fim, cabe acrescentar que a natureza jurídica das entidades privadas acarreta vantagens ou restrições, seja no plano do direito obrigacional, tributário, processual, trabalhista, previdenciário, etc.

Este elemento não foi considerado ou circunstanciado nos autos.

EM VISTA DO EXPOSTO, respondo objetivamente à questão enunciada no processo, no sentido de que a alteração da natureza jurídica das fundações de direito privado da Administração Indireta do Estado desserve à aplicação do artigo 19 do ADCT da Constituição da República de 1988 ou do artigo 276 da Lei Complementar nº 10.098, ao respectivo pessoal.

É o parecer.

Porto Alegre, 1º de março de 1995.

A CRT E O DIREITO AO TERMINAL TELEFÔNICO

Lisete Maria Skrebski Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul

Parecer nº 10665

CRT. DESVINCULAÇÃO DA AQUISI-ÇÃO DE LOTE DE AÇÕES PARA A OBTENÇÃO DE PREFERÊNCIA A INS-TALAÇÃO DE TERMINAL TELEFÔNI-CO. POSSIBILIDADE, PARECER Nº 8448 - PGE. DIREITO DE RECESSO.

Através da Secretaria de Energia, Minas e Comunicações, esta Procuradoria-Geral do Estado é consultada a respeito de aspectos jurídicos que envolvem a questão acionária da Companhia Riograndense de Telecomunicações - CRT, mormente sobre as normas de conversão das atuais ações preferenciais classe A, vinculadas à linha telefônica, em ações classe B, desvinculadas dos terminais.

No expediente, diversos aspectos foram questionados, entretanto, em reunião realizada nas dependências da CRT, com a presença de membros da sua Diretoria, Consultoria Jurídica e Secretaria da Fazenda, consideradas as deduções constantes dos anteriores Pareceres desta PGE, em especial aqueles de nº s. 8448, do Doutor MARIO BERNARDO SESTA, nº s. 7878, 9525 e 10183, da Doutora SILVIA LA PORTA, a presente consulta foi refeita para que seu tema cingisse resposta à seguinte questão:

- acaso viesse a CRT a promover a desvinculação das ações do direito de uso do terminal telefônico, sem solicitação dos acionistas, estes, eventualmente sentindo-se prejudicados, teriam direito de recesso?

É o relatório.

O direito de retirada, capitulado no art. 137 da Lei 6.404/76 (Lei das S. As.) é posto nos seguintes termos:

"Art. 137 - A aprovação das matérias previstas nos números I, II e IV a VIII do art. 136 dá ao acionista dissidente direito de retirar-se da companhia, mediante reembolso do valor de suas ações (art. 42), se o reclamar à companhia no prazo de 30 dias contados da publicação da ata da assembléia geral.

§1º - O acionista dissidente de deliberação da assembléia, inclusive o titular de ações preferenciais sem direito a voto, pode pedir o reembolso das ações de que, comprovadamente, era titular na data da assembléia, ainda que se tenha abstido de votar contra a deliberação ou não tenha comparecido à reunião.

§ 2º - É facultado aos órgãos da administração convocar, nos 10 (dez) dias subsequentes ao término do prazo de que trata este artigo, a Assembléia Geral, para reconsiderar ou ratificar a deliberação, se entenderem que o pagamento do preço de reembolso das ações aos acionistas dissidentes que exercerem o direito de retirada, porá em risco a estabilidade financeira da empresa.

§ 3º - decairá do direito de retirada o acionista que não exercer no prazo fixado."

A matéria a que se refere o *caput* do artigo 137, incisos I, II e IV a VIII do artigo 136, diz respeito a:

 (I) - criação de ações preferenciais ou aumento de classe existente sem guardar proporção com as demais, salvo se já previsto ou autorizados pelo estatuto;

- (II) - alterações nas preferências, vantagens e condições de resgate ou amortização de uma ou mais classes de ações preferenciais, ou criação de nova classe mais favorecida;

- (IV) alteração do dividendo obrigatório;
- (V) mudança do objeto da companhia;
- (VI) incorporação da companhia em outra, sua fusão ou cisão;
- (VII) dissolução da companhia ou cessação do estado de liquidação;
- (VIII) participação em grupos de sociedades (art. 265).

Pretendendo a CRT converter as ações preferenciais Classe A em ações preferenciais classe B, conseqüentemente desvinculando aquelas da preferência sobre a linha telefônica, o direito de retirada dar-se-ia, então, na hipótese do inciso II do art. 136, enquanto poderia, tal alteração, por algum modo, atingir as "preferências, vantagens, e condições de resgate ou amortização de uma classe de ações preferenciais".

No seu Parecer nº 8448, o Doutor MARIO BERNARDO SESTA, ao abordar a vinculação de ações ao terminal telefônico, anotava:

"Assim, tendo em vista o teor dos artigos estatuários que sucessivamente fundamentaram este vínculo acionista-usuário; tendo em vista que a telefonia é serviço público **federal**, sendo poder concedente a União; tendo em vista que o poder concedente tem exercido largamente seu poder normativo sobre esse serviço e **não estipulou** qualquer vinculação entre o acesso ao serviço e a tomada de ações das concessionárias, rigorosamente parecer-nos que a interpretação mais correta dos estatutos da CRT é aquela que vislumbra, na relação acionista-usuário, prevista no art. 10, não um **direito puro e simples** mas, atendo-se o intérprete à literalidade do dispositivo, a um mero direito de preferência, do qual decorrá, talvez, limitado as injunções de ordem técnica, um direito à prenotação, baseada na sucessão cronológica da aquisição dos diversos lotes de ações.

Por outro lado não se pode deixar de considerar, até pela circunstância de não lhe ser inteiramente favorável, o entendimento que a CRT, inspirada no art. 13 da Lei Estadual nº 4.073/60, sempre e ininterruptamente deu ao art. 11 e depois ao art. 10, de seus estatutos sociais, o qual entendimento, como se viu, vincula a aquisição de ações da companhia à instalação de terminal telefônico.

Como porém, pelas razões já duzidas, a CRT pelo menos **não está mais** adstrita ao disposto no art. 13, da Lei Estadual nº 4.073/60, e como o novo **poder concedente** não exige a vinculação entre ações da concessionária e acesso a seus serviços, **nada impede** que a CRT, obedecidas as formalidades legais, revogue o art. 10 de seus estatutos ou o modifique de modo a suprimir aquela vinculação."(grifos do original).

As disposições estatuárias que regulam esta vinculação vem assim postas:

"Art. 5º -

RPGE, Porto Alegre, 22(51):75-84, 1995

§ 3º - As ações preferenciais da Classe A gozarão das seguin-

tes vantageris:

a) prioridade no reembolso do capital;

b) prioridade no recebimento de um dividendo anual de 6% sobre o respectivo valor nominal;

c) preferência à instalação de terminal telefônico, nos casos e nas condições estabelecidas no art. 10 e seus parágrafos."

As condições do art. 10:

"Art. 10 - O acionista que subscrever e realizar integralmente a quantidade de ações preferenciais que representem, pelo seu valor patrimonial, o valor do contrato de assinatura de serviço público de telefonia, terá direito à preferência na instalação de terminal telefônico para o seu próprio uso.

Parágrafo único - Tal direito será transferível, juntamente com as ações que o asseguram, desde que as partes interessadas compareçam à Companhia e formalizem os atos de transferência, conforme estabelecido pela Diretoria, na forma exigida em lei e em atos normativos sobre serviços telefônicos."

À fls. 19 de seu Parecer 8448, o Doutor MARIO BERNARDO SESTA questiona e deduz:

"9. A essa altura, cabe questionar se essa alteração pode atingir os terminais já instalados ou já compromissados, seja com contratos quitados seja em vias de pagamento, ou se a nova modalidade operacional, desvinculados os terminais da aquisição de ações, só pode efetivar-se a partir da alteração estatutária correspondente.

Tendo em vista as inarredáveis conseqüências do próprio comportamento da CRT que, até hoje **sempre** se presumiu obrigada ao vínculo **acionista-usuário**, seria mais prudente adotar a desvinculação, respeitados os terminais telefônicos já instalados ou compromissados, a não ser que se disponha a exercer o direito de **resgate** previsto no art. 10 da versão original dos estatutos sociais e no art. 11 da versão atual.

Como essa vinculação hoje é sem dúvida estranha à natureza publicística do serviço de telefonia e se fundamenta tão só nos estatutos da CRT, segundo sua interpretação, fica claramente

RPGE, Porto Alegre, 22(51):75-84, 1995

posta como uma relação de caráter privado, de cunho societário, que se estabelece entre a companhia e seus acionistas e que, inquestionavelmente, tem caráter econômico.

Assim, uma alteração, como a pretendida, sujeitaria a CRT, excetuada a hipótese de utilização do direito de "resgate", já mencionada, à possibilidade do ajuizamento das pretensões de acionistas que se julgassem prejudicados em razão da desvinculação.

É bem verdade que a desvinculação, por assim dizer, retroativa, **não alteraria** substancialmente a segurança dos usuários no que respeita à **continuidade da fruição** do serviço de telefonia, porque, como se disse, trata-se de um serviço público federal.

Por ser **federal**, a CRT, e naturalmente os usuários, estão sujeitos, todos, às normas editadas pelo órgão federal competente.

Por outro lado, na medida em que se trata de um serviço público, está ele sujeito ao regime de legalidade, de modo que, com ou sem respaldo de lote acionário, a CRT jamais poderá, salvo por razões de interesse público ou por contigências técnicas, sujeitas a demonstração até judicial, retirar arbitrariamente terminais telefônicos instalados.

Pelas mesmas razões, a desvinculação pretendida em nada obstaculizada, ao contrário, facilita, a eventual transferência, enquanto transação privada, de terminais telefônicos instalados, desde que permitida e dentro das condições eventualmente postas pelo poder concedente e atendidos os condicionamentos técnicos antes mencionados. (grifos do original).

A questão, por este ângulo, tem demonstrado, antes de um prejuizo, uma vantagem a mais para o acionista, esta desvinculação ações/ terminal telefônico, a possibilitar, **também**, a venda de ações no mercado, e sem a perda, ou a necessidade de transferir, a linha telefônica.

A desvantagem que então poderia ser alegada reduz-se ao modo de transferir o terminal telefônico, tal seja, através da negociação das ações com outro particular.

Esta desvantagem esvanecer-se-ia totalmente, se, por hipótese, ficasse estatutariamente assegurado aos até então detentores de terminais telefônicos a transferência direta a terceiros do contrato de assina-

tura de serviço público de telefonia (uso do terminal), em processo a ser formalizada perante a Companhia, como aliás sugerido no Parecer nº 8.448.

Os casos previstos em lei, que geram o direito de retirada, são taxativos, não compreendem extensão.

J. C. SAMPAIO DE LACERDA assim introduz seu estudo sobre o direito de retirada:

"Nas sociedades anônimas, os acionistas não estarão obrigados a ficar a ela vinculados para sempre. Há para eles a facilidade de dela se retirar, quando queiram, mediante a venda de suas ações a outros acionistas ou mesmo a terceiros, no mercado. Entretanto, em certos casos previstos na lei, lhes é assegurado o direito de retirada da companhia se estiverem em desacordo com as deliberações da assembléia geral extraordinária concernentes às hipóteses fixadas taxativamente na lei. É, portanto, um direito restrito àquelas hipóteses. Não se admite exista direito de recesso em hipóteses análogas. Nem o estatuto pode acrescentar qualquer outro caso em que esse direito possa ser admitido. Trata-se de um dos direitos essenciais mencionados na lei de que nem o estatuto, nem a assembléia geral podem privar o acionista (art. 109, V). E isso porque ao acionista dissidente a lei reconhece o direito de ser ele reembolsado do valor de suas ações, trazendo-lhe, pois, uma situação favorável já que nunca esse reembolso pode ser inferior ao valor do patrimônio líquido das ações, de acordo com o último balanco aprovado em assembléia geral (art. 45, § 1º). Portanto, o direito de recesso deve ser reduzido aos casos em que é absolutamente necessário, por colocar em risco a sobrevivência da companhia, da qual o acionista pode sempre, como dissemos, e a qualquer tempo retirar-se pela alienação de suas ações. Daí o caráter taxativo do texto ao indicar exclusivamente as matérias previstas nos nos nos I, II e IV a VIII do art. 136 a que nos referimos anteriormente."(Comentários à Lei das Sociedades Anônimas, vol. 3, p. 136 - grifos nossos).

Também WILSON DE SOUZA CAMPOS BATALHA, nos seus "Comentários à Lei das SA", assinala, quanto ao disposto no art. 137:

80

"Não basta ser dissidente. É mister provar legítimo interesse e

o prejuízo resultante da deliberação assemblear. Não pode o preceito, norteado pelos propósitos mais elevados de proteger as minorias contra as arbitrariedades da maioria, constituir-se em fonte de abusos e locupletamentos.

Assim, é indispensável, a justificar o direito de retirada, que a modificação do objeto social seja substancial ou fundamental, não bastando qualquer ligeira modificacão, acréscimo ou redução, desde que o núcleo fundamental dos interesses persista integro. (ob. cit., vol II, p. 645 - grifos nossos).

Manifestações colhidas na jurisprudência inclinam-se no mesmo sentido, a exemplo:

> - "Verifica-se que o direito de recesso assegurado pela lei anterior e mantido por esta tem o mesmo fundamento. É a alteração das condições de vida da sociedade ou a alteração das relações da sociedade com os acionistas. Quando a alteração destas relações afeta os direitos dos acionistas, dá o direito de recesso.

> Como acentuado da tribuna que a Lei nº 6.404 nasceu para proteger o acionista minoritário, o que é uma verdade indiscutível. No caso do direito do recesso, foi mais previdente do que a anterior, no sentido de resguardar os direitos dos acionistas, pois o art. 137, I, autoriza o uso deste direito ainda que o acionista tenha-se abstido de votar contra deliberação ou não tenha comparecido à reunião, coisa que a anterior não tinha. Interpretar restritivamente este dispositivo, como pretende a apelante, é matar o espírito da Lei. Não se pode interpretar um dispositivo de lei insulando-o do seu conjunto e, muito menos, insulando-o do sistema positivo em que ele foi editado."(trecho do voto do Des. Cristiano Graeff Junior, no Ac 37797 - 07-04-81 - TJRS).

> - "Mas, entretanto, não obstante a cerrada argumentação da recorrente e a farta invocação de ensinamentos doutrinários que fez nas suas razões, a sentença apelada bem decidiu, aplicando com equilíbrio os princípios jurídicos que regem a espécie.

> O Direito de recesso do acionista não é um direito absoluto que possa ser exercido "à outrance" e sem que haja um justo funda-

RPGE, Porto Alegre, 22(51):75-84, 1995

mento que autorize o seu exercício; um justo fundamento não só legal, mas sobretudo moral e compatível com as finalidades do direito facultado ao acionista.

Ele existe para proteger os interesses da minoria contra a prepotência da maioria e os abusos eventuais que esta possa cometer, comprometendo, com isso, os interesses patrimoniais dos minoritários, ou simplesmente os seus interesses políticos, como sejam as alterações assembleares que acarretam perda da expressão votante do pacote acionário da minoria dissidente.

No caso sob exame, uma ou outra das hipóteses ocorreram. Não ficaram afetados os interesses patrimoniais da apelante, porque, pelo contrário, foi dada a ela a oportunidade para optar por ações com prioridade de dividendos de 6%, como também continuou a lhe ser garantido o direito de voto, sem que a opção que lhe foi facultada importasse, de qualquer forma, direta ou indireta, o desembolso de novos investimentos para realizá-la.

E o que determinou as alterações estatuárias que implicaram na alteração da composição do capital acionário foi, não o interesse do grupo controlador, mas exigências externas, a que a empresa teve que ceder, dada a natureza da sua atividade comercial, que, do contrário, ficaria irremediavelmente comprometida, com substancial perda de mercado interno, o que acarretaria irreparável prejuízo à companhia e, consequentemente, prejudicaria sensivelmente a todos os acionistas.

Esse ponto é muito importante para se averiguar se houve abuso de poder da maioria, ou se pelo contrário o que há é mero abuso de direito da minoria, que, valendo-se de uma aplicação literalista do texto legal que faculta o recesso dos dissidentes, quer descapitalizar a companhia, obtendo injustificável proveito econômico em detrimento dos interesses sociais.

Por mais que envidasse esforços não conseguiu a apelante demonstrar qualquer espécie de prejuízos que lhe pudessem advir da alteração estatuária ocorrida na companhia. Nem simples inconveniência logrou por em destaque, por mais que argumentasse. (do Acórdão 16312-1- 10-01-81 - TJSP - 4º CC - Des. **Freitas Camargo** - Relator).

O exercício do direito de recesso assim exige, se não a demonstração cabal de um prejuízo ao acionista dissidente, no mínimo haverá de ter um justo motivo que, no caso, tende a espairecer-se com as paralelas vantagens que advém da alteração estatuária, tanto para o acionista quanto para a companhia.

Não se pode, todavia, afirmar que não serão opostas dissidências, visando o exercício do direito de retirada, o que, deduzido em juízo, haverá de ter melhor solução à luz da boa doutrina e dos antecedentes jurisprudenciais, o que, como se viu, reduziria significativamente as chances de prosperar, mais ainda considerando que a fruição dos serviços telefônicos, vantagem antes oferecida preferencialmente aos acionistas, esta não seria afetada pela alteração estatuária, consistindo, portanto, vantagem já fruída.

Em conclusão:

- havendo de ser o recesso condicionado de maneira estrita aos termos e condições legais e deduzido em função de justa causa, vislumbram-se pálidas as chances de prosperar as argumentações de desvantagens, prejuízos, ou abuso de poder do acionista majoritário, embora não inteiramente afastada a hipótese de uma dedução em juízo;
- assegurando a CRT ao menos aos atuais acionistas detentores de terminais a transação privada do contrato de prestação de serviços telefônicos, a desvinculação pretendida representará uma vantagem extraordinária, tal seja, ainda a comercialização das ações em bolsa e sem a necessidade de simultaneamente alienar o direito ao serviço público de telefonia;
- constituindo-se a alteração estatuária salutar para os destinos da companhia, mormente no momento em que significativas alterações em nível constitucional levam a empresa a concorrer com a iniciativa privada nos serviços de telecomunicações, deve a CRT atuar sobretudo no interesse público, prestadora que é de serviços públicos, ainda mais

restando-lhe, nos termos, prazos e condições legais, ao final, reconsiderar tal deliberação, nos termos do parágrafo segundo do art. 137 da Lei n° 6.404/76.

É o parecer.

Porto Alegre 6 de julho de 1995

ESTATUTO DA ADVOCACIA -LEI № 8.906/94

Eunice Rotta Bergesch Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul

Parecer nº 10678

ESTATUTO DA ADVOCACIA. LEI Nº 8.906/94. ADVOGADO-EMPREGA-DO DE FUNDAÇÃO PRIVADA INTE-GRANTE DA ADMINISTRAÇÃO INDI-RETA DO ESTADO. JORNADA DE TRABALHO DE QUATRO HORAS OU REGIME DE DEDICAÇÃO EXCLUSIVA. A jornada de trabalho normal do advogado empregado é de 4 horas diárias ou aquela livremente pactuada em acordo ou convenção coletiva ou contratada sob regime de dedicação exclusiva, limitada à jornada máxima constitucionalmente fixada no artigo 7º, XIII.

Por determinação do Senhor Secretário de Estado da Fazenda vem a esta Procuradoria-Geral do Estado o expediente em que o Advogado da Fundação Estadual de Proteção Ambiental Dr. PAULO REGIS ROSA DA SILVA, com fundamento no artigo 20 da Lei nº 8906/94, requer, considerando que exerce a representação judicial da entidade, que seu horário normal de trabalho seja reduzido para quatro horas diárias sem prejuízo do seu salário, aduzindo, ainda, que a Lei institucional da FEPAM não estabeleceu regime de dedicação exclusiva para o seu quadro funcional, o mesmo ocorrendo com seu Plano de Cargos e Salá-

rios, bem como de que não há acordo judicial regulando a jornada de trabalho dos servidores daquela instituição.

Este é o relatório.

2. A Lei nº 8906, de 4 de junho de 1994, que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil, dentre as inúmeras inovações, cuidou da relação profissional do advogado empregado nos seus artigos 18 a 22.

Importante lembrar, desde logo, como faz EDUARDO GABRIEL SAAD, que "as normas do Estatuto são dirigidas ao advogado que, na empresa, exerce sua profissão, ficando à margem o profissional contratado para prestar serviços que não tenham essa natureza" (Suplemento Trabalhista, LTr, 110/94, p. 617 a 623).

As empresas públicas, sociedades de economia mista e as fundações privadas vinculadas ao Estado da natureza da FEPAM, instituída pela Lei nº 9077, de 4 de junho de 1990, com personalidade jurídica de direito privado, estão sujeitas, na forma do parágrafo 1º do artigo 173 da Constituição Federal, ao regime próprio das empresas privadas, mormente quanto às obrigações trabalhistas. Logo, aplica-se aos seus empregados o direito do trabalho e o amparo do artigo 7º da Constituição Federal que, dentre outros direitos sociais, garante "o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho", inscritos no artigo 7º, XXVI e, ainda, nos itens III e XII, bem como os artigos 18 a 22 da Lei nº 8906/94.

3. Quanto à jornada de trabalho, objeto específico deste trabalho, deve-se destacar que o artigo 7º, XIII, da Constituição Federal estipulou a duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro horas semanais e a possibilidade de redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho.

Essa é a jornada normal de trabalho para o universo de trabalhadores brasileiros, excetuados aqueles que, por lei, acordo ou convenção coletiva, sejam destinatários de jornadas reduzidas.

Já as horas suplementares ou extras, ensina VALENTIN CARRION, são aquelas "trabalhadas além da jornada normal de cada empregado, comum ou reduzida; é o caso do bancário que trabalhe sete horas, ou do comerciário que pactue e trabalhe apenas quatro horas por dia, a quinta hora já será extra; de outro modo o empregador podia contratar

jornada inferior habitual, convocando o empregado a trabalhar oito horas apenas quando lhe conviesse, sem garantir-lhe salário de 8 horas" (Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho, 15ª ed., Editora Revista dos Tribunais, p. 99).

No que se refere à jornada de trabalho dos advogados, o artigo 20, inserido no Capítulo V, do Título I, da Lei nº 8906/94 - "DO ADVO-GADO EMPREGADO" - assim dispõe:

"A jornada de trabalho do advogado empregado, no exercício da profissão, não poderá exceder a duração diária de quatro horas contínuas e a de vinte horas semanais, salvo acordo ou convenção coletiva ou em caso de dedicação exclusiva.

§ 1º - Para efeitos deste artigo, considera-se como período de trabalho o tempo em que o advogado estiver à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, no seu escritório ou em atividades externas, sendo-lhe reembolsadas as despesas feitas com transporte, hospedagem e alimentação.

§ 2º - As horas trabalhadas que excederem a jornada normal são remuneradas por um adicional não inferior a cem por cento sobre o valor da*hora normal, mesmo havendo contrato escrito.

§ 3º - As horas trabalhadas no período das vinte quatro horas de um dia até as cinco horas do dia seguinte são remuneradas como noturnas, acrescidas do adicional de vinte e cinco por cento."

Quando o transcrito artigo 20 estipula que a jornada de trabalho do advogado empregado, no exercício da profissão, não poderá exceder a duração diária de 4 horas contínuas e de 20 horas semanais, parece estar vedando, como faz a Lei nº 3270/57 em relação aos cabineiros de elevador, jornada superior àquela. Não é essa, contudo, a conclusão autorizada, quando cotejado o início do texto com o restante da regra, que admite jornada de trabalho mais dilatada desde que decorrente de acordo ou convenção coletiva ou em caso de dedicação exclusiva.

Forçoso é concluir, então, não ter a Lei nº 8906 estipulado jornada de trabalho máxima com fins higiênicos para o advogado empregado, senão que imposto um parâmetro para a fixação do salário profissional de que fala o artigo 19 do mesmo Estatuto.

5. As duas primeiras hipóteses, resultantes de negociação coletiva, seja na forma de convenção, seja na forma de acordo coletivo, poderão

RPGE, Porto Alegre, 22(51):85-90, 1995

estipular, pois, jornada superior à fixada expressamente na Lei nº 8906. Essa será então a jornada normal dos advogados destinatários dos respectivos instrumentos coletivos. Não se há de falar, nessa situação, de horas extras a partir da 4º hora, senão que em horas suplementares, se ocorrerem, a partir daquela convencionada que, à toda evidência, não poderá exceder à jornada diária normal constitucionalmente limitada, salvo hipótese de compensação de horário ou prorrogação nas situações expressamente previstas na CLT.

6. A outra possibilidade de dilatação do horário de trabalho é o da dedicação exclusiva, figura jurídica própria do direito administrativo, onde tem definição legal e doutrinária, que migrou para o campo das relações privadas.

Como não possui definição legal própria nessa última esfera, é possível entendê-la exatamente no conceito do direito público como sendo "a atividade funcional integral que o agente público exerce quanto está sujeito ao denominado regime de tempo integral (= ful time). Ao optar "sponte sua" ou obrigatoriamente pelo regime da "dedicação exclusiva" o funcionário fica proibido de exercer cumulativamente outro cargo, função ou atividade profissional de caráter empregatício particular ou público, de qualquer natureza" (J. CRETELLA JÚNIOR, Dicionário de Direito Administrativo, Forense, 1978, p. 170/171).

Também nessa hipótese legal de dedicação exclusiva, jornada maior poderá ser fixada dentro dos limites da jornada constitucionalmente delimitada.

De sorte que os advogados empregados de empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações vinculadas ao Estado que laborem em jornadas superiores as quatro horas diárias, deverão ser submetidos ao regime da dedicação exclusiva, não havendo que se falar em trabalho extraordinário senão após ultrapassada a jornada normal diária ou semanal do art. 7º da Constituição Federal.

Conclui-se, pois, que, independentemente de previsão na lei instituidora da Fundação e no seu Plano de Cargos e Salários de regime de trabalho com dedicação exclusiva, pode a direção da entidade livremente pactuar com seu advogado-empregado o trabalho nesse regime, sem necessidade de negociação com intervenção sindical.

Se o ora postulante não aceitar o regime de dedicação exclusiva, deverá ter sua jornada reduzida para o máximo de quatro horas com a proporcional redução de sua remuneração.

RPGE, Porto Alegre, 22(51):85-90, 1995

7. Não há óbice, repita-se, à dilatação dessa jornada eis que o próprio texto legal cuidou de excetuar os mecanismos autorizadores dessa prorrogação. Essa definição é importante na medida em que o parágrafo 2° do artigo 20 define o pagamento da hora suplementar nos seguintes termos:

"As horas trabalhadas que excederem a jornada normal são remuneradas por um adicional não inferior a cem por cento sobre o valor da hora normal, mesmo havendo contratado escrito."

Ora, já se viu que tanto é normal a jornada diária de 4 horas, como o é a jornada fixada através de acordo ou convenção coletiva ou mesmo no caso de dedicação exclusiva, que podem somar 5, 6 ou mesmo 8 horas diárias. Se não se fizer presente um desses instrumentos, o trabalho que exceder 4 horas diárias será remunerado com o acréscimo de 100% (cem por cento). Idêntico adicional incidirá sobre as horas excedentes às convencionadas nos respectivos acordos ou convenções coletivas ou no contrato sob dedicação exclusiva.

Não foi outra a conclusão de EDUARDO GABRIEL SAAD em seus recentes comentários ao novo Estatuto da Advocacia:

"A duração diária do trabalho de advogado é de 4 horas contínuas e de vinte horas semanais. Outra jornada poderá ser fixada num acordo coletivo de trabalho ou numa convenção também coletiva.

Estamos em que, no caso de divergência entre as parte, a Justiça do Trabalho está impedida de manifestar-se a respeito, uma vez que a lei, de modo expresso, estatui que o assunto só poderá ser regulado por acordo ou convenção coletiva de trabalho (ob. cit., p. cit).

89

Lembra o mesmo autor que o adicional que remunera a hora extraordinária não poderá ser inferior a 100% sobre o valor da hora normal, para, em seguida, definir a hora extra como a que exceder a jornada de 4 horas ou aquela prevista no contrato de dedicação exclusiva. Nessa última hipótese, afirma, será normal a jornada de 8 horas e a de 44 horas semanais.

EM VISTA DO EXPOSTO, concluo deva ser proporcionada opção

ao requerente entre o regime de dedicação exclusiva, com manutenção do nível salarial, ou redução da jornada de trabalho, com a conseqüente diminuição salarial.

É o parecer.

Porto Alegre, 22 de novembro de 1994.

COMPETÊNCIA LEGISLATIVA DO ESTADO EM MATÉRIA DE SEGURANÇA PÚBLICA

Rosa Maria de Campos Aranovich Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul Professora na Faculdade de Direito da UFRGS e na Escola Superior de Advocacia de Estado do Rio Grande do Sul

Parecer Nº 10706

SEGURANÇA PÚBLICA. Competência legislativa estadual. Inconstitucionalidade da Lei Federal nº 7.102/83 e suas alterações quando invade a matéria estadual.

Consulta o Senhor Procurador-Geral do Estado a respeito da constitucionalidade da Lei Federal nº 7.102, de 20 de junho de 1983, alterada pela Lei nº 8.863, de 28 de março de 1994, pela Medida Provisória nº 818, de 5 de janeiro de 1995 e pela Lei nº 9.107, de 30 de março de 1995 (e regulamentada por decretos e portarias federais), mais especificamente quando a referida legislação federal dispõe sobre o sistema de segurança para os estabelecimentos financeiros que atuam no âmbito dos Estados, bem como quando estabelece normas para a constituição e funcionamento de empresas particulares que exploram serviços de vigilância.

É o relatório.

Estabelecem tais textos legais, basicamente, o sistema de segurança que deve ser adotado pelas instituições financeiras, oficiais e privadas, e regulam o serviço de vigilância ali definido, assim como o exercício da profissão de vigilante, a formação profissional respectiva e os direitos e deveres básicos da categoria (artigos 1º, 2º, 15, 16, 17, 18 e 19 da lei questionada). Estatuem, ainda, normas para a constitui-

ção e funcionamento das empresas particulares que exploram serviços de vigilância e das que exploram o servico de transporte de valores. bem como as condições essenciais para que operem nos Estados, Territórios e Distrito Federal (artigos 10, par. Único, 11, 12, 13, 14 da mesma lei). Em decorrência do mesmo diploma legal, à União, por intermédio do Ministério da Justiça, compete fiscalizar os estabelecimentos financeiros quanto ao cumprimento da lei, encaminhar parecer conclusivo ao seu prévio cumprimento, e aplicar as penalidades cabíveis, sendo que a execução da fiscalização poderá ser objeto de convênio a ser celebrado com as Secretarias de Segurança dos Estados e Distrito Federal (art. 6º). Também compete ao mesmo Ministério Federal, através do órgão competente (Departamento da Polícia Federal), conceder autorização para o funcionamento das empresas de vigilância, transporte de valores e dos cursos de formação de vigilantes, aplicar-lhes as penalidades previstas, aprovar o seu uniforme, fixar o currículo dos cursos antes mencionados, o número de vigilantes das empresas especializadas em cada unidade da federação, a natureza e a quantidade das armas de prioridade das empresas especializadas e dos estabelecimentos financeiros, autorizar a aquisição e a posse de armas e munições e fiscalizar e controlar o armamento e a munição utilizados, sendo que as Secretarias de Seguranças Públicas dos Estados e do Distrito Federal poderão, através de convênio, exercer tais competências, com exceção das relativas à autorização de funcionamento e à fixação dos currículos dos cursos de vigilância (art. 20).

De acordo com o art. 144 da Constituição Federal, a segurança pública se constitui em dever do Estado, mas também é direito e responsabilidade de todos, e é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através da polícia federal, polícia rodoviária federal, polícia ferroviária federal, policiais civis e policiais militares e corpos de bombeiros.

Embora, à primeira vista, pudesse se pensar que a competência dos órgãos policiais da federação fosse ampla e indefinida quanto à questão da segurança pública, estruturando-se apenas em atenção às peculiaridades regionais ou nacional, em realidade, os parágrafos do mesmo art. 144, quando enumeram e delimitam as atribuições das diversas polícias, acolhem o princípio da atribuição especifica das competências dos órgãos federais (conforme elenco estabelecido nos parágrafos 1º, 2º e 3º do mesmo dispositivo), deixando aos Estados a com-

petência **residua**l e **remanescente** na matéria que se constitui no volume maior da segurança pública, qual seja, a preservação da ordem e da incolumidade das pessoas e do patrimônio.

Aos **Municípios**, igualmente, a Carta Política não conferiu qualquer competência quanto à prestação dos serviços de polícia ostensiva e de preservação da ordem pública, que não são, por certo, predominantemente, de interesse local. Em razão disso, a possibilidade de criação da guarda municipal prevista no mesmo artigo 144, § 8º, ficou com sua área de atuação restrita tão somente "à proteção de seus (do município respectivo) bens, serviços e instalações".

Cabe, pois, aos Estados, e especialmente aos seus servidores policíais militares,, a fatia maior na questão da garantia material da ordem pública, sob pena, inclusive, de intervenção federal (art. 34, III, da CF) na hipótese de insucesso desta tarefa.

É o que afirma a doutrina:

"Quando a Constituição atribui às polícias federais competência na matéria, logo se vê que são atribuições em campo e questões delimitadas e devida e estritamente enumeradas, de maneira que, afastadas essas áreas especificadas, a segurança pública é de competência da organização policial dos **Estados**, na forma prevista no art. 144, §§ 4º, 5º e 6º. Cabe, pois, aos Estados organizar a segurança pública. Tanto é de sua responsabilidade primária o exercício dessa atividade que, não a cumprir devidamente, poderá haver ocasião de intervenção federal, nos termos do art. 34, III, que dá, como um dos objetivos da intervenção federal, por termo a grave comprometimento da ordem pública "(SILVA, José Afonso da, <u>Curso de Direito Constitucional Positivo</u>, 9ª ed., 1994, p. 659).

"A função de polícia, tanto preventiva quanto judiciária, ou seja, a manutenção da ordem pública interna, é tarefa pertencente aos Estados. ... É certo que a União mantinha um departamento policial, o Departamento Federal de Segurança Pública, cujo campo de atração era, porém, restrito. Atuava ele no Distrito Federal e nos Territórios como polícia comum, exercia a censura de diversões públicas, apurava certos ilícitos fazendários, principalmente. A Constituição de 1967 é que veio dar à União a competência de organizar uma Polícia, que deve se manter para o exercício de funções nela

especificadas. Em decorrência, o antigo DFSP foi transformado em Departamento de Policia Federal, subordinado ainda ao Ministério da Justiça. A Constituição em vigor manteve a Policia Federal praticamente como a herdou"(FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, Comentários à Constituição Brasileira de 1988, vol. 3, Ed. Saraiva, 1994, p. 83).

De longa data, já afirmava também esta Procuradoria-Geral, no Parecer nº 487/ DAJ, que "(...) a tarefa de vigilar pelo sossego e pela **incolumidade** dos indivíduos **e do seu patrimônio** é função por excelência do **Estado**, avultando, mesmo, em conceito amplo, sobre as demais atribuições que lhe estão afetadas".

Se aos Estados compete, assim, a prestação dos serviços de segurança pública que não foram expressamente atribuídos aos órgãos policiais da União e, especialmente, a manutenção da ordem pública, será também a legislação respectiva, em razão da autonomia administrativa dos Estados, que irá organizá-los e estruturá-los, de acordo com suas peculiaridades e em cosonância com os critérios de conveniência e oportunidade que lhe forem próprios. E mais, respeitadas as competências legislativas privativas da União, aos Estados compete, na legislação respectiva, fixar condições ou impor obrigações aos particulares, bem como fiscalizá-los, em nome da defesa da incolumidade dos indivíduos e do seu patrimônio.

Nada impede, pois, que os Estados estabeleçam um sistema de segurança, próprio e peculiar, para as instituições financeiras ou para outras atividades que atuem no seu território, bem como disciplinem a execução das atividades de vigilância ostensiva ou de segurança privada nestas mesmas instituições, visto que estas competências não colidem, com as matérias da lei federal elencadas nos arts. 22, VI, VII, XVI e XIX, 48, XIII e XIV e 192, IV, da Constituição Federal. Com efeito, tais normas estaduais, por certo, não versariam sobre a organização bancária, o sistema monetário, a política de crédito, etc., mas sim, considerando que aquelas atividades atraem assaltos e outros ilícitos, a finalidade que procuram alcançar é a proteção dos cidadãos no interior e fora daqueles recintos, ou seja a manutenção da ordem pública e incolumidade das pessoas e de seu patrimônio.

Resta, ademais, dizer que é induvidosa a competência da lei federal para regulamentar profissões e para condicionar o seu exercício (art. 22, XVI da CF). Nada impede, porém, aos Estados que detém a

RPGE, Porto Alegre, 22(51):91-95, 1995

titulariedade do serviço público respectivo - na hipótese, - segurança pública, manutenção da ordem pública e defesa da incolumidade dos cidadãos e de seu patrimônio - estabelecer requisitos prévios para delegar a terceiros a sua execução, como é o caso dos vigilantes e demais empresas especializadas na segurança dos indivíduos e de seus bens.

Em razão do exposto e mormente na vigência da Constituição Federal de 1988, que reforçou a competência dos entes federados, temos que várias disposições da legislação federal questionada podem ser reputadas como inconstitucionais, já que a União extrapolou a sua competência específica e invadiu a dos Estados quanto à questão da segurança pública e à autonomia administrativa destes.

É o que ocorre com os artigos 1º, 2º, 6º, 7º, 14, 20, 21, 23 e 24 da Lei Federal nº 7.102/83 quando: 1º) estabelecem para todo o território nacional um único sistema de segurança para os estabelecimentos financeiros, e, através de órgão federal específico, autorizam o seu funcionamento, os fiscalizam e aplicam as penalidades administrativas correspondentes; e 2º) fixam condições para que empresas especializadas em segurança privada operem nos Estados e estabelecem a competência do Ministério da Justiça para conceder-lhes autorização de funcionamento, fiscalizá-las e puní-las. E mais, quando prevêem a realização de convênios com as Secretarias de Seguranças Públicas dos Estados para execução de serviços que já são de sua competência própria e constitucional.

Considere-se, ainda, que o vicio daquela legislação ficou mais claro com a alteração operada pela recente Medida Provisória nº 818/95, convertida na Lei nº 9.017/95, que transferiu todas as atribuições que conferia ao Banco Central para o Ministério da Justiça, o que torna mais evidente que não se trata de questão bancária ou financeira, mas sim de segurança pública.

São as razões pelas quais, em CONCLUSÃO, opinamos pela inconstitucionalidade dos artigos antes citados da Lei Federal nº 7.102/83 e pela afirmação da competência dos Estados legislar sobre esta matéria, respeitada, de qualquer modo, a competência constitucionalmente atribuída à União, no art. 22 da Carta Federal.

É o parecer, s. m. j.

Porto Alegre, 04 de agosto de 1995.

A OBRIGAÇÃO DE PRESTAR ALIMENTOS E PENSÃO PREVIDENCIÁRIA

Cesar Viterbo Matos Santolim Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

Parecer nº 10754

IPERGS.

PENSÃO. EX-ESPOSA. DIREITO À PENSÃO. A EXONERAÇÃO DA OBRI-GAÇÃO DE PRESTAR ALIMENTOS, A QUALQUER TEMPO, RETIRA DA ALI-MENTADA A CONDIÇÃO DE PENSIONISTA, DA QUAL É PRESSUPOSTO LÓGICO. CONCENTRAÇÃO DO VALOR DA PENSÃO NA PENSIONISTA REMANESCENTE.

Ex-cônjuge (separada judicialmente) de falecido segurado do IPERGS habilitou-se à percepção de pensão, pois, quando da separação, foralhe assegurada a prestação de alimentos, pelo ex-marido, inicialmente em valor fixo, depois alterada para 30% dos vencimentos do alimentante (fl. 8) e, mais tarde, reduzida para 15% desses vencimentos (fl. 86).

O pedido foi deferido em 26 de maio de 1994, com a inclusão da requerente no rol de beneficiários do ex-segurado, com funcionamento no art. 9º, inc. I, e § 1º, da Lei nº 7.672/82, devendo ser observado o artigo 27 acrescentado à citada Lei pela 7.716/82... (fl. 79).

Através de requerimento datado de 3 de agosto de 1994, a companheira do mesmo segurado, igualmente habilitada à pensão, requereu a exclusão da ex-mulher, sob o fundamento de que, em ação de exoneração de alimentos proposta pelo falecido, julgada procedente, fora ele desobrigado do ônus, perdendo a até ali alimentanda, consequentemente, o direito à parcela da pensão paga pelo IPERGS. A sentença é de 27 de abril de 1994 (fl. 88), com trânsito em julgado em 13 de junho de 1994 (fl. 89, verso).

A Assessoria Jurídica do Instituto entendeu que, em decorrência da sentença exoneratória da obrigação de prestar alimentos, a ex-cônjuge perderá o direito à sua parte na pensão previdenciária. Entretanto, manifesta dúvida sobre quem seria o legítimo destinatário da quota de pensão retirada da ex-mulher, sugerindo o envio do expediente à Procuradoria-Geral do Estado, a fim de ser proposta ação de consignação em pagamento.

O pagamento da pensão foi suspenso, e o Presidente da autarquia pede a manifestação deste órgão.

É o relatório.

Prevê o art. 26 da Lei nº 7.672/82:

Ao conjunto de dependentes de segurado falecido o instituto pagará uma quantia sob o título de Pensão por Morte, calculada na forma do artigo 27 e seus parágrafos, devida a partir da data do óbito.

- O art. 27, a sua vez, teve redação conferida pela Lei nº 7.716/82: O valor da pensão por morte será constituído de uma Quota Familiar correspondente a quarenta e cinco por cento do salário de benefício, acrescida de tantas Quotas Individuais, correspondentes a cinco por cento do Salário de Benefício, quantos forem os dependentes habilitados, até o máximo de onze.
 - § 1º O valor monetário assim obtido será transposto para Unidades-Padrão de Serviços, para efeito de reajustes posteriores, e rateado, em partes iguais, entre os dependentes habilitados.
 - \S 2° Para os efeitos de cálculo e pagamento da Pensão por Morte, serão considerados apenas os dependentes habilitados, independentemente da existência de outros que não hajam acorrido ao processo de habilitação.
 - § 3º Encerrado o processo de habilitação com a concessão da Pensão por morte aos dependentes habilitados, qualquer conclusão ulterior somente produzirá efeitos a partir da data em que for requerida.

§ 4° - A habilitação do dependente qualifica-o como pensionista.

Não pode haver dúvida, neste contexto sobre a absoluta vinculação entre o conceito de **pensionista** (conseqüente) e o de **dependente** (antecedente), o que, ademais, é da natureza mesmo da relação previdenciária. Pensiona-se, post mortem do segurado, àquele que, em vida, era seu dependente.

A condição de **dependente** é dada pelo art. 9º da já citada Lei nº 7.672/82, de onde se extrai a possibilidade de a companheira do segurado desfrutar desta condição simultaneamente com a sua (do segurado) ex-cônjuge, desde que esta credora efetiva da obrigação de prestar alimentos, em relação a esse mesmo segurado:

Para os efeitos desta lei, são dependentes do segurado:

I - a esposa; a ex-esposa divorciada...

II - a companheira...

 $\S 1^{\circ}$ - Não será considerado dependente o cônjuge desquitado, separado judicialmente ou o ex-cônjuge divorciado, que não receba pensão alimentícia...

E, adiante, no art. 10:

"A companheira como tal definida nesta lei concorre com o filho, com a esposa do segurado, se esta estava judicialmente dele separada, e com ex-esposa dele divorciada, desde que ambas percebam pensão alimentícia."

Vê-se, portanto, que a condição de **dependente** previdenciário não se desliga do pressuposto lógico da **dependência econômico-financeira**, que se assenta na relação jurídica civil que lhe serve como parâmetro. Assim que a ex-esposa, embora potencialmente conserve sempre a condição de alimentada em relação ao ex-marido, somente será considerada **dependente** de e enquanto tal condição for efetiva.

Consolida-se tal entendimento quando se observa o conteúdo do art. 14, do recém citado diploma legal:

A perda da qualidade de dependente, que é pressuposto da qualidade de pensionista, ocorrerá:

b) pela anulação do casamento; pela separação judicial ou pelo divórcio, quando não haja percepção de pensão alimentícia...

Não pode haver dúvida que, in casu, quando da habilitação da ex-

cônjuge do ex-segurado à pensão, era ela **dependente** e, pois, cumpria o pressuposto para ser **pensionista**: embora separada judicialmente, ao ex-cônjuge varão era imputada a obrigação de prestar-lhe alimentos, **efetivamente**, a base de 15% de seus vencimentos. Portanto, tal habilitação foi correta e inatacável.

Sobrevindo a decisão judicial, e com seu trânsito em julgado, que exonerou o ex-segurado da obrigação de prestar alimentos à ex-mulher, decisão esta plenamente válida e eficaz (a circunstância da pré-morte do autor, caso fosse determinante da extinção do processo sem julgamento do mérito - o que não parece ser o caso -, importaria, no máximo, na rescindibilidade da sentença, jamais na sua nulidade), desde a sua publicação a ex-cônjuge deixou de ser dependente e, por conseguinte, perdeu o pressuposto para ser pensionista.

Excluída do rol de beneficiários a ex-mulher, deve consolidar-se na pessoa da companheria a íntegra do valor da Pensão por Morte deixada pelo ex-segurado.

É o parecer.

Porto Alegre, 13 de outubro de 1995.

OBRIGATORIEDADE DE ATENDIMENTO A REQUISIÇÃO DO MP

Luiz Carlos Souza Leal Procurador do Estado do Rio Grande do Sul. Professor na Escola Superior de Advocacia de Estado do Rio Grande do Sul.

Parecer nº 11033

FEPAM. REQUISIÇÕES DO MP. LEIS FEDERAIS NºS 7347/85 (Art. 8º, § 1º) e 8625/93 (art. 26, inciso I, letra "a"). A FEPAM não está sujeita ao atendimento de tais requisições em caso de IMPOSSIBILIDADE MATERIAL ABSO-LUTA DE EXECUÇÃO do pedido. Pode também EXCEDER os prazos estipulados, nos casos de IMPOSSIBILIDA-DE MATERIAL TEMPORÁRIA DE EXE-CUÇÃO do requisitado ou quando o atendimento importe em SOLUÇÃO DE CONTINUIDADE DO SERVICO PÚBLI-CO ESPECÍFICO ou DESCUMPRIMEN-TO DAS FINALIDADES INSTITUCIO-NAIS DA ENTIDADE.

I

1. Através deste expediente (Proc. Adm. n° 003783-20.67 - FE-PAM/95.3) - A FEPAM-Fundação Estadual de proteção Ambiental solicita "Orientação jurídica desta Procuradoria-Geral sobre a obrigatorie-dade... de atender, indistintamente, a todas as requisições do Ministério Público feitas com fundamento nas Leis n° s 7347/85 (art. 8° , § 1°)

e 8625/93 (art. 26, inciso I, letra "a"). A redação de tais artigos é a seguinte:

"LEI FEDERAL Nº 7347, de 24 de julho de 1985 (LEI DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA), art. 8º, §1º: "O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a 10 dias úteis."

LEI ORGÂNICA NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (Lei Federal nº 8625, de 12 de fevereiro de 1993, artigo 26, inciso I, letra "B"): "No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá: I - instaurar inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes e, para instruí-los: ... (omissis) ...

- b) requisitar informações, exames periciais e documentos de autoridades federais, estaduais e municipais, bem como dos órgãos e entidades da administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;...".
- 2. Informa a entidade consulente que, com base nesses dispositivos legais, órgãos do MP têm requisitado informações, cópias de processos, vistorias, perícias e laudos sobre os mais diversos assuntos atinentes ao meio ambiente em todo o território do Estado (lixões, dragagens, exploração de minério, derivação de água, ruídos, odores, lançamento de efluentes industriais, loteamentos, remoção de dunas, aterros, etc.), sempre no prazo de dez dias: só nos meses de março e abril deste ano deram entrada naquela Fundação 107 (CENTO E SETE) novas requisições, as quais se somaram aos mais de mil processos em tramitação ou já arquivados.
- 3. O atendimento a essas requisições tem gerado um ônus considerável para a Fundação (uso de veículos, gastos com combustível, diárias, xerox), a par de agravar suas carências de toda ordem (apenas 130 técnicos e dezenove veículos, dos quais só dez em condições de uso, para atuação em todo território estadual), o que acaba por impedíla de dar cumprimento a suas **funções institucionais**, obstaculizando

ou retardando a prática de seus procedimentos de rotina.

4. Encerra informando que, em passado recente, chegou a ser celebrado um TERMO DE COOPERAÇÃO entre a Secretaria da Saúde e Meio Ambiente e a Procuradoria-Geral da Justiça, para atuação conjunta e harmônica nessa área, o qual, no entanto, não foi prorrogado.

П

- 5. A matéria, sem dúvida, é das mais complexas.
- 6. Em meu modesto e particular entendimento, a estipulação final do art. 8º, § 1º, da Lei de Ação Civil Pública, quando permite o estabelecimento de PRAZO para o cumprimento das providências requisitadas, já nasceu morto, fulminado pela ordem constitucional então vigente e por seus princípios básicos referentes à Separação dos Poderes, à Federação e à Autonomia das Entidades da Administração Indireta. Vamos adiante, no entanto, deixando de lado a questão da INCONSTITUCIONALIDADE CONGÊNITA da PARTE FINAL do § 1º do art. da Lei da Ação Civil Pública e do único modo de validamente superá-la, através de uma interpretação conforme à Constituição, até mesmo porque nossa intenção é a de colaborar com o MP na realização de sua nobre tarefa, desde que para tanto não se imponha a paralisação de outro órgão público com funções igualmente nobres e relevantes.
- 7. No dia 12 de fevereiro de 1993, foi editada a LEI ORGÂNICA NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, sob forma de LEI ORDINÁRIA, quando a Constituição Federal, expressamente, estabelecera RESERVA DE MATÉRIA para LEI COMPLEMENTAR (veja-se, por exemplo, o caput do § 5º do seu artigo 128 e a parte final do inciso VI de seu artigo 129): aqui também, em meu entendimento, estamos igualmente em face de flagrante e manifesta, INCONSTITUCIONALIDADE, do que, no entanto, uma vez mais, não iremos aprofundar a discussão, pela razão já exposta. Continuemos, pois, admitindo a plena validade e eficácia da LONMP.
- 8. O artigo 26, inciso I, letra "b", dessa Lei (acima transcrito) voltou a tratar das REQUISIÇÕES DO MP, só que, agora, sem estabelecer qualquer prazo, ou a possibilidade de fixá-lo, para cumprimento das providências requeridas. Parece que, se não se pode chegar a dizer que tenha havido revogação da lei anterior quanto à possibilidade de fixação de PRAZO para cumprimento das REQUISIÇÕES, pode-se segura-

mente vislumbrar um RECUO do legislador federal, provavelmente duvidoso de que pudesse fazê-lo, em face de ter o permissivo constitucional (art. 129, inciso VI, da CF) silenciado complemente a respeito de PRAZO.

- 9. De qualquer modo, em busca de um porto seguro em meio a esta caótica e ensandecida legislação, conseguimos estabelecer CON-SENSO ABSOLUTO a respeito do seguinte ponto: das situações que, em decorrência de uma interpretação lógica e RAZOÁVEL do art. 8º, § 1º, da LEI DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA, ensejariam JUSTIFICÁVEL ultrapassagem do PRAZO fixado para cumprimento das REQUISIÇÕES. Tais situações seriam: (a) a impossibilidade material de execução do pedido; (b) a impossibilidade de sua execução sem solução de continuidade do SERVIÇO PÚBLICO ESPECÍFICO ou sem descumprimento das FINALIDADES INSTITUCIONAIS da entidade.
- 10. No primeiro caso, há que se distinguir a IMPOSSIBILIDADE TEMPORÁRIA da IMPOSSIBILIDADE ABSOLUTA. A IMPOSSIBILIDADE TEMPORÁRIA (como, por exemplo, a falta de veículos necessários para deslocamento ao interior do Estado, por estarem todos em conserto) ensejaria o cumprimento da REQUISIÇÃO além do PRAZO que tivesse sido fixado, ao passo que a IMPOSSIBILIDADE ABSOLUTA (exemplo: a inexistência de técnico habilitado para a realização da perícia solicitada), devidamente comunicada ao requisitante, conduziria à desoneração total do encargo imposto.
- 11. No tocante às outras duas hipóteses cumpre não esquecer que o PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO é um daqueles princípios de todo o Direito Administrativo, como assinala JOSÉ CRETELLA JÚNIOR ("Direito Administrativo Brasileiro", Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1983, v. I, p. 37/40). A outra questão, que de certa forma com essa se confunde, resume-se naquilo que a doutrina administrativista designa por PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE, assim enunciado pelo mesmo JOSÉ CRETELLA JÚNIOR 9(ob. e loc. cits.):

"As pessoas jurídicas públicas administrativas deverão empregar o patrimônio, os meios técnicos e o pessoal de que dispõem para a consecução do fim específico, em virtude do qual foram criadas" (embora o enunciado do princípio refira-se apenas a pessoas PÚBLICAS, o autor deixa suficientemente claro que o mesmo se aplica a todas as entida-

des da chamada Administração Indireta, inclusive àquelas dotadas de personalidade jurídica de DIREITO PRIVADO).

- 12. Desse modo, sempre que o atendimento da REQUISIÇÃO no PRAZO estipulado possa causar INTERRUPÇÃO com EFEITOS IRRE-PARÁVEIS para o SERVIÇO PÚBLICO ESPECÍFICO ou impedir o cumprimento INADIÁVEL das FUNÇÕES INSTITUCIONAIS da entidade, justifica-se a DILAÇÃO DO PRAZO, em termos de rigorosa RAZOABI-LIDADE, critério que só a natureza dos fatos permitirá determinar com precisão.
- 13. Caberia ressaltar, a esta altura de minhas cogitações, que se constituiria em lamentável equívoco a busca de qualquer paralelo ou semelhança entre o tipo de REQUISIÇÃO que o MP costuma fazer à FEPAM e aquelas que são feitas à POLÍCIA JUDICIÁRIA, para subsidiarem a propositura da Ação Penal ou o desenvolvimento da persecutiuo criminis. As POLÍCIAS CIVIS são, por definição constitucional (art. 144, § 4º), órgãos encarregados de exercerem AS FUNCÕES DE POLÍCIA JUDICIÁRIA e da APURAÇÃO DE INFRAÇÕES PENAIS. exceto as militares têm, portanto, uma função constitucionalmente definida como ACESSÓRIA e ANCILAR da atividade judiciária penal, em que o MP exerce o relevante papel de dominus litis (na generalidade dos casos, ao menos). Assim, quando o MP REQUISITA providências à POLÍCIA JUDICIÁRIA, está simplesmente solicitando a esta que cumpra a FINALIDADE para a qual foi constituída e é toda a justificação de sua existência: auxiliar na apuração das infrações penais (exceto as militares). No caso da FEPAM, muitas vezes essas REQUISIÇÕES acabarão é por IMPEDIR ou INVIABILIZAR a realização daquelas finalidades para cujo cumprimento a Fundação foi criada, dotada de personalidade jurídica própria, distinta da personalidade jurídica do Estado, e de autonomia administrativa e financeira. Nada há que justifique, desse modo, que, para o adequado funcionamento de uma instituição estatal, se paralise ou desvirtue o funcionamento de outra, já que ambas, em última análise, perseguem o mesmo e relevante FIM: a satisfação do INTERESSE PÚBLICO.

Ш

14. Impende considerar, por derradeiro, a questão dos CUSTOS

RPGE, Porto Alegre, 22(51):101-107, 1995

OPERACIONAIS que o cumprimento das REQUISIÇÕES DO MP possam acarretar à FEPAM.

15. Em seu particular entendimento, alicerçado nos princípios constitucionais antes referidos e na natureza mesma do instituto da REQUI-SIÇÃO, nada justifica que possa o MP FEDERAL impor ÔNUS FINAN-CEIROS a entidades públicas ESTADUAIS ou que, no plano do próprio Estado, tais ônus possam ser impostos por uma entidade a outra, quando ambas gozam de autonomia administrativa, mas, sobretudo, de autonomia FINANCEIRA. Daí por que, segundo penso, os ÔNUS FINAN-CEIROS decorrentes do cumprimento de REQUISIÇÕES formuladas à FEPAM pelo MP deverão ser suportadas pela MP da União, se se tratar de REQUISIÇÃO FEDERAL, ou pelas verbas próprias do orçamento do MP Estadual, quando se trate de REQUISIÇÕES ESTADUAIS, devendo aquela Fundação aparelhar-se para poder fornecer com segurança os valores a serem RESSARCIDOS, em cada caso.

16. Deixando de lado, contudo, uma vez mais, a tormentosa questão constitucional (razão pela qual deixo também de aprofundar sua discussão), o que não se pode negar é que, entre nós, a situação atual se caracteriza como praticamente INSUSTENTÁVEL, pois não pode uma entidade estadual, o MP, para cumprir com suas relevantes funções, impedir que outra entidade igualmente estadual, a FEPAM, exerça suas funções não menos relevantes.

17. Desse modo, impõem-se como inadiável a necessidade de reativação do TERMO DE COOPERAÇÃO que já existiu entre a Procuradoria-Geral da Justiça e a Secretaria da Saúde, a fim de que o Estado do Rio Grande do Sul possa, através da ação harmônica e coordenada de seus órgãos, cumprir com suas funções em matéria de MEIO AMBIENTE E POLÍTICA AMBIENTAL.

IV

18. Este é, pois, em resumo, o pensamento desta Procuradoria do Domínio Público Estadual:

I - AS REQUISIÇÕES FORMULADAS pelo MP à FEPAM, combase nas leis nº s 7347/85 (art. 8º, § 1º) e 8625/93 (art. 26, inciso I, letra "a"):

a) não estão sujeitas a atendimento, na hipótese de **impossi**bilidade material absoluta de sua execução;

RPGE, Porto Alegre, 22(51):101-107, 1995

b) poderão ter seus PRAZOS EXCEDIDOS razoavelmente, nos casos de impossibilidade material temporária de atendimento do pedido ou quando a imediatidade do atendimento importe em solução de continuidade do SERVIÇO PÚBLICO ESPECÍFICO ou descumprimento das FINALIDADES INSTITUCIONAIS da entidade:

II - deve ser restabelecido, com a necessária atualização, o TERMO DE COOPERAÇÃO outrora já existente entre a PGJ e a Secretaria Estadual da Saúde, como forma, inclusive, de se equacionar adequadamente a questão dos custos financeiros decorrentes do cumprimento de tais requisições.

É o parecer, s.m.j.

Porto Alegre, 20 de novembro de 1995.

TRABALHOS FORENSES

HIDRÔMETROS

1 - PETIÇÃO INICIAL

Fernando Dugacsek. Procurador do Estado

Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da 3ª Vara Cível da comarca de Santa Maria.

- 1. A COMPANHIA RIOGRANDENSE DE SANEAMENTO CORSAN, por seu representante judicial, nos autos da Ação Civil Pública que lhe move o MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL, inconformado com a medida liminar concedida por Vossa Excelência, pretende revogá-la, interpondo, para tanto, o presente Agravo de Instrumento. as razões do recurso encontram-se anexas.
- 2. Acaso Vossa Excelência mantenha sua decisão, requer a concessão de efeito suspensivo ao recurso, consoante a autorização prevista no artigo 14 da Lei nº 7.347, de 24.07.85, remetendo-o, após, à superior instância competente para apreciá-lo.
- 3. Para a formação do instrumento, pleiteia o traslado das seguintes peças do processo:
 - a) inicial da ação;
 - b) decisão agravada, concessiva da liminar;
 - c) certidão de intimação da agravante quanto à liminar;
 - d) procuração da agravante ao signatário;

EGRÉGIA CÂMARA:

1. Merece revogação a liminar concedida pelo juízo *a quo*, determinando que a agravante "reinstale, no prazo de 10 dias, todos os hidrômetros retirados, sob pena de pagar multa diária de um salário mínimo para cada hidrômetro não reinstalado", porquanto, sobre acarretar prejuízos à recorrente, se mantida, outrossim se apresentam ausentes os pressupostos hábeis a justificá-la.

RPGE, Porto Alegre, 22(51):111-127, 1995

112

a. EXCESSO DA MULTA

2. Começa-se examinando a multa fixada. Segundo diz o autor, na inicial, "as notícias dão conta de retirada de cerca de 10 mil hidrômetros na Comarca, (...)". Ora, considerando que a liminar restou concedida inaudita altera parte, constata-se que o número apontado na inicial era o único disponível para o magistrado avaliar o alcance da astreinte. quando optou em deferi-la. Dai surpreende que ele a tenha concedido naquele elevado patamar: um salário mínimo por dia para cada hidrômetro retirado. Pois deveria ter ponderado que, a ser verídica a afirmação do autor. BASTARIA UM DIA APENAS DE DESCUMPRIMENTO DA LIMINAR - UM SÓ! - PARA A AGRA-VANTE AMARGAR UM ESTRATOSFÉRICO PREJUÍZO DE, NADA MAIS, NADA MENOS, R\$ 1.000.000,00 (UM MILHÃO DE RE-AIS). Como se vê, a medida padece de moderação, porquanto pode levar, inclusive, a agravante - já assoberbada por sérios problemas financeiros, como são conta, diuturnamente, os meios de comunicação sulrio-grandense - à bancarrota, o que, certamente, não seria do interesse, não só dos usuários representados pelo autor, mas de toda a comunidade gaúcha, que se veriam privados de um servico essencial, qual seja, o abastecimento de água potável e o tratamento de esgoto. Calha, a propósito, a advertência de RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO:

> "Todavia, como não é, nem pode ser a multa o meio de o devedor se exonerar do cumprimento da obrigação decorrente da lesão a um interesse difuso (a ação civil pública não é ação de cobrança...), essa multa há que ser mantida e exigida até certo ponto, não devendo o juiz permitir que ela se converta em causa de insolvência do devedor. Até porque, tratando-se de tornar efetiva a tutela de um interesse difuso, não se pode raciocinar como se fosse um litígio entre particulares, onde se busca a satisfação do "credor"individual: dai a importância da dosagem na fixação da multa, fazendose com que ela constrania o devedor a cumprir o julgado. mas sem arruiná-lo, Impedindo-se, assim, a consecução do objetivo primordial da ação, que é a tutela específica do interesse difuso." 1 (Grifou-se)

1 Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, patrimônio cultural e dos consumidores: Lei no 7.347/8 e legislação complementar. 3. ed São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994, p. 147.

3. Em seguida, interpretando a expressão "multa suficiente". insculpida no artigo 11 da Lei nº 7.347, de 24.07.85, toma o autor a chamar a atenção para a gravidade e os perigos do excesso na quantificação da astreinte. Deste modo:

> "No tocante à indicação constante do art. 11 da Lei 7.347/85 - que o juiz apenas opte pela multa se esta lhe parecer suficiente ou compatível"- cremos que, à vista do antes exposto, sua carga impositiva sobre o devedor deve ser tal que produza sobre o seu animus o estímulo suficiente para que ele opte pela prestação específica, ao invés de pagar a multa diária: normalmente, para se obter esse efeito, bastará que, o ônus financeiro representado pelo reiterado pagamento da astreinte se revele mais oneroso do que o cumprimento do julgado. Isso, porém, sem se chegar ao extremo de fixar uma multa tão elevada que possa ocasionar a ruína do devedor, procedimento que configuraria um retrocesso no atual estágio do processo de execução, onde se quer que está se faca "pelo modo menos gravoso para o devedor" (CPC, art. 620). (...)". 2 (Grifou-se)

A bem da verdade, segundo RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO, "visto como essa multa não corresponde a uma prefixação das perdas e danos, pode ela exceder o valor da obrigação"3, embora o STF já tenha decidido que "a pena imposta em ação cominatória não pode ser superior ao quanto da obrigação principal - Cód. Civil, art. 920"4. Mas também não se pode ir ao ponto de estabelecê-la, como aqui se fez, em proporções infinitamente superiores ao apregoado dano; a margem a maior, quando estatuída, sempre há de guardar comedimento, até para que não se conduza o devedor à ruína, como lembra MANCUSO. Apenas para se ter idéia da desproporção entre a multa e o dano, na espécie, um simples cotejo de valores é suficiente.

2 Op. cit. p. 148. 3 Op. cit, p. 147.

RPGE, Porto Alegre, 22(51):111-127, 1995

114

Pegue-se, por exemplo, o caso do consumidor VICENTINO PEDROSO GOULART, que, no dizer do autor, "reclama que com a retirada do hidrômetro sua conta subiu de R\$ 5,80 para R\$ 41,02"- um levantamento da inicial indica que VICENTINO teria, supostamente, suportando o maior dano com o recolhimento do medidor. O seu prejuízo, portanto, seria da ordem de R\$ 35,22 mensais. Já a agravante, se deixar de recolocar o equipamento na sua residência, durante um mês, desembolsaria, a título de sanção pecuniária, imposta pela liminar, a expressiva quantia de R\$ 3.000,00: UM PREJUÍZO 85 (OITENTA E CINCO) VEZES MAIOR DO QUE O EXPERIMENTADO PELO INDIGITADO CONSUMIDOR. A desigualdade, portanto, é gritante, e não encontrar justificativa plausível. Qual o critério eleito para a fixação da multa? Não existe: é completamente aleatório.

5. Acrescente-se a isso o exíguo prazo de 10 (dez) dias, concedido à agravante para a reinstalação dos hidrômetros - quando, em contrapartida, o programa de retirada dos aparelhos demandou mais de dois meses para a sua consecução -, e ver-se-á, nítido, o fundado temor de a liminar ocasionar-lhe danos irrecuperáveis. Urge, pois, cassála.

b. DESCABIMENTO DA MULTA.

6. A par de demasiada e fortuita, a multa também se descortina impertinente. Isso porque, tratando-se, no caso, de obrigação de fazer fungível - e ninguém, por certo, ousará sustentar que a reinstalação dos hidrômetros, ditada pela liminar, só poderá ser feita pela agravante -, não há de se falar em imposição de astreinte, compatível tão-só com as execuções de obrigação de fazer infungíveis. Não é outra a lição de RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO:

> "Cotejando-se esse regime do CPC com o do art. 11 da Lei 7.347/85 pode-se inferir que a cominação da multa diária, neste prevista, não é sub-rogativa do cumprimento da prestação específica, mas um meio de levar o devedor, mais cedo ou mais tarde, a prestar o fato ou dele se omitir, na pressuposição

4 Ac. unân do STF em sessão plena de 10.12.75, em embs, no RE 78.314, rel. min. Antônio Neder, RTJ 77/489, apud ALEXANDRE DE PAULA, in Código de Processo Civil anotado, V. II. 5. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1992, p. 1215, n. 1.

de que, bem dosada a multa, o devedor ficará desestimulado a resistir ao cumprimento do julgado. Isso está de acordo com o sistema das astreintes, do Direito francês, e , como se infere da leitura do art. 287 do CPC, a multa em questão só é cabivel nos casos de obrigação infungivel já que, nas fungíveis, bem pode o fato ser prestado por terceiro, ou pelo próprio credor, às expensas do devedor. (...). "5 (Grifou-se)

7. Há quem vá mais longe, entendendo que o sistema implantado pela Lei nº 7.347/85 contempla somente duas sanções, excludentes entre si, conforme se cuide de obrigação de fazer ou não fazer: pena de execução específica, na primeira hipótese, ou de multa diária, na segunda. Repare-se, corroborando a assertiva, neste aresto do Tribunal de Justiça de São Paulo, bastante elucidativo:

> "A alternativa da lei é: condenação em prestação da atividade devida ou em cessação da atividade nociva: e, correspectivamente, pena de execução específica (para a obrigação de fazer) ou de multa diária (para a obrigação de não fazer). A decisão liminar, aqui impugnada, ordenou a cessação da atividade (interdição) e cominou multa diária corretamente. O 2º (sic) do artigo 12, aliás, confirma a licitude da cominação liminar de multa, prescrevendo de resto que essa multa só será exigível depois de transitada em julgado a sentença de procedência, mas que será devida desde o dia do descumprimento do preceito cominatório."6 (Grifou-se)

8. No mesmo sentido o magistério de GALENO LACERDA, ao abordar a norma contida no artigo 11 da Lei da Ação Civil Pública:

> "As obrigações de fazer nessa matéria possuem natureza fungível, de tal sorte que a execução específica significa que,

5 Op. cit, p. 147

RPGE, Porto Alegre, 22(51):111-127, 1995

6 J. 10.08.90, rel. Des. Walter Moraes, v.u. RJTJESP, 128/383, apud RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO, op.cit., p. 147, n. r. 10.

não cumprida a condenação pelo réu, será ela efetivada por terceiro à custa do mesmo réu.

'Já a inexecução da obrigação de não fazer acarreta multa diária, astreinte, por prazo indeterminado, enquanto durar a desobediência à sentença, sendo o respectivo produto recolhido ao fundo mencionado."⁷

9. Por seu turno, HUGO NIGRO MAZILLINI, conquanto não o diga expressamente, parece perfilhar idêntico posicionamento dos demais, antes transcritos. dessume-se isso ao ler o comentário que ele tece à multa liminar - a expressão - prescrita no § 2º do artigo 12 da Lei nº 7.347/85:

"Além das astreintes previstas no art. 11, estipuladas como cominações diárias para forçar o cumprimento do preceito da sentença, também prevê a Lei da Ação Civil Pública outro instrumento poderoso de influenciação na vontade da parte. O § 2º do art. 12 prevê a imposição de multa liminar que, embora só seja exigível depois do trânsito em julgado da decisão favorável ao autor, já será devida desde o descumprimento da cominação liminar. "Ainda aqui temos eficiente meio de pressão para obter de imediato A CESSAÇÃO DA ATIVIDADE NOCIVA, pois, embora só posteriormente seja exigível, a multa será computada desde o dia do descumprimento da ordem judicial." (Os grifos e os versaletes não constam no original)

10. Sob qualquer ângulo, portanto, que se examine a questão da multa, observa-se o seu descabimento, no caso vertente. A ordenada colocação dos hidrômetros implica obrigação de fazer, por óbvio, e, além do mais, genuinamente fungível. Logo, segundo os ensinamentos doutrinários e jurisprudenciais recém trazidos a lume, extraídos da melhor exegese das normas incrustadas nos artigos 11 e 12 da Lei da

Ação Civil Pública, a única alternativa que o ordenamento prevê, no caso, é a pena de execução específica, que, acaso inadimplida pela agravante, poderia ser delegada a terceiro ou ao próprio credor a tarefa de cumpri-la, às expensas dela. A multa, no entanto, é estranha à hipótese aqui configurada. Mais uma razão, conseguintemente, para revogar-se a liminar.

c. ESGOTAMENTO DO OBJETO DA AÇÃO.

11. Além de mandar reinstalar os hidrômetros retirados, ordenou o magistrado a quo, liminarmente: "Por isso, as faturas que tiverem por referência mês ano de 04/95 e 05/95 deverão ser refeitas, tomando-se como referência de cobrança a média de consumo dos três (3) meses imediatamente anteriores àqueles, relativamente aos consumidores que tiveram os hidrômetros retirados. Reinstalados os hidrômetros, as faturas correspondentes serão expedidas de modo a possibilitar a cobrança em função dos efetivos consumos apurados".

12. Ora, assim agindo, o julgador de primeiro grau simplesmente exauriu o objeto da ação, procedimento que, a toda evidência, lhe é vedado. ⁹ Até se admite - em tese, naturalmente - que ele pudesse impor à agravante a recolocação dos hidrômetros - mas, de qualquer modo, sem a cominação da pena pecuniária, como visto alhures, já que se cuida de obrigação de fazer fungível. Não lhe era lícito, porém, mandá-la receber apenas a tarifa efetivamente consumida, justamente porque a ordem traduz antecipação da tutela condenatória postulada pelo autor, a saber: "declarar nula e ilegal a prática de cobrança de tarifa mínima de água, obrigando a empresa Ré a informar e cobrar o consumo exato de água dos usuários". Destarte, tem-se, aí, perfeitamente caracterizada, a malsinada "liminar satisfativa", "instituto", hoje, infelizmente, disseminado, e que mereceu de J. J. CALMON DE PASSOS esta mordaz, mas irreprochável nota:

"O processo cautelar tem assumido, nos últimos tempos, entre nós, um relevo tão acentuado e uma utilização tão generalizada que não tarda muito ele se tomará o principal, tudo o mais passando a figurar como mero acessório.

"Nem ficam ai as coisas. No próprio processo cautelar, em que

7 Ação civil pública e meio ambiente, Revista da AJURIS, 43/16.
8 A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e patrimônio cultural.
2. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais.
1990, p. 167

9 Convém notar, no particular, que a Lei nº 8.437, de 30.06.92, no seu artigo 1° , § 3° , proibe a concessão de medida liminar contra atos do Poder Público que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação, norma que, malgrado dirigida à específica atuação da administração pública, consegue aplicação análoga ao caso concreto.

pese a sua sumariedade, predominam as liminares fulminantes e decisivas, concedidas sem audiência da parte contrária, em larga cópia satisfativa.

"Num paralelo que espero não seja visto como desrespeitoso, assim como (ingênua ou perversamente?) a nossa sociedade acredita que se livrará do problema da violência crescente legitimando a execução, pela polícia - por seus vários e sofisticados segmentos - da pena de morte, sem processo e sem necessidade de tipificação penal, assim também advogados e magistrados acreditam (ingênua ou perversamente) que nos livraremos dos graves e sérios problemas da eficácia da prestação jurisdicional entre nós - fulminando (pena capital?) de logo e de pronto, todo litígio, com liminares mortiferas e decisivas.

O gostinho pegou tanto, que já cheguei a dizer estar ocorrendo, no Brasil, um fenômeno curiosíssimo. À velha presunção de que todo aquele que pretende de alguém alguma coisa perturba a ordem da paz, um determinado estado de coisas, e para fazê-lo deve comprovar satisfatoriamente a procedência do que postula, sucede, entre nós, uma presunção em contrário. Todo sujeito que alega alguma coisa em Juízo tem razão. E o réu esse figurante incômodo e inimigo da efetividade do processo, que se dane e vire-se para provar o contrário, mas já se tendo previamente atendido a quanto postula o autor.

"Costuma-se denominar de ponta-cabeça a posição incomum em que nos colocamos, com os pés para cima e as mãos no chão. Parece que estamos todos diligenciando para que a nossa Justiça e o nosso processo aprendam a andar de "ponta-cabeça". É original, sem dúvida, mas não é normal, nem é cômodo". 10

d. AUSÊNCIA DE PERICULUM IN MORA.

13. Ademais, reza o artigo 273 do CPC, com a redação que lhe emprestou a Lei nº 8.952, de 13.12.94 - aplicável, subsidiariamente, à Lei da Ação Civil Pública, por força do artigo 19 deste diploma -, que "o juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e"(caput) "haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação"(inciso l) - despreze-se a alternativa contida no inciso II do dispositivo, porquanto não aplicável ao caso concreto, por óbvio.

14. Como se observa, para promover a antecipação da tutela jurisdicional, não basta o magistrado convencer-se da existência de prova inequívoca da alegação inicial, nem da probabilidade dos argumentos expedidos pelo autor. É imprescindível, ainda, que "haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação"à parte requerente. Surge, então, a inevitável pergunta: Existe, no caso, fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação aos consumidores patrocinados pelo autor? E não se hesita em responder: é lógico que não. Se eles porventura resultarem bem-sucedidos na ação, disporão, evidentemente, de título executivo para exigir da agravante a restituição das tarifas que indevidamente lhes foram cobradas. Assim sendo, convém indagar novamente: Onde se localiza o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação aos usuários representados pelo demandante, apto a autorizar, liminarmente, a precipitação da tutela postulada? Em lugar nenhum, sem dúvida. Diga-se que a possibilidade de dano, no caso, não existe sequer remotamente, mesmo na eventual insolvência da agravante, já que o ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, como seu acionista majoritário, garantiria o pagamento do débito. Donde se conclui inexistir motivo, também sob esse prisma, para a manutenção da liminar.

e. AUSÊNCIA DO FUMUS BONI JURIS.

- 15. Alega o autor, em síntese, que a retirada dos hidrômetros, com a conseqüente cobrança da tarifa mínima, durante o período em que os consumidores estiverem privados dos aparelhos, configura ato ilegal, abusivo e autoritário da agravante. No seu entender, o custo dos serviços há de limitar-se à metragem da água aferida nos medidores, Dai porque pediu, sendo atendido, a recolocação dos equipamentos, de maneira que a tarifa continue a ser paga no moldes anteriores, ou seja, através da efetiva medição do consumo d'água.
- 16. Em que pese todo o enfoque dado pelo autor à questão dos hidrômetros, na realidade o cerne da questão aí não se assenta. Por dois motivos. Primeiro, porque a retirada dos medidores não implicou

10 Até quando abusarás, ó, Catilina? Cautelares e liminares - catástrofe nacional, Revista de Processo, n. 71, jul/set/93. p. 227.

corte no fornecimento de água aos usuários; nesse aspecto, nenhum prejuízo a medida lhes acarretou. Segundo, porque a contrariedade deles não diz respeito à retirada dos aparelhos, mas sim ao aumento da tarifa que, em consequência do ato, passaram a arcar; tivesse a agravante continuado a lhes exigir a mesma importância que despendiam antes da retirada dos hidrômetros, com toda a certeza a presente ação não se instauraria. Aliás, é curioso notar que o próprio autor se encarrega, prodigamente. de identificar a sua verdadeira pretensão - ou, em última análise, dos consumidores atingidos com a retirada dos medidores. Assim, lá pelas tantas, assegura: "No caso presente não buscará, por evidente, o Ministério Público, defender interesses ilegítimos de consumidores que desejam pagar menos do que realmente devem. Defende, isto sim, o direito social e geral, e por isso difuso, de cobranças de tarifa de consumo de água, na exata medida do consumo" (Grifou-se). E, noutra passagem afirma: "A exigência de pagamento de taxa mínima implica em vantagem manifestamente excessiva, o que é vedado pelo já citado art. 39, (...)" (sic) (grifou-se) . Mais adiante, assevera: "A cobrança de taxa mínima de 10 metros cúbicos ou qualquer outra é até crime, nos termos do artigo 66 do CDC, pois implica em falsa declaração de quantidade de consumo"(sic) (Grifou-se). Por fim, "requer seja julgada procedentes a ação para: d. declarar indevida a cobrança de consumo presumido da taxa de água na Comarca de Santa Maria; (...) f. declarar nula e ilegal a prática de cobrança de tarifa mínima de água, obrigando a empresa Ré a informar e cobrar o consumo exato de água dos usuários" (Grifou-se).

17. Infere-se, portanto, com tranquilidade, que não é exatamente contra a retirada dos hidrômetros que o autor se insurge, mas sim com a cobrança da tarifa mínima dai decorrente, que ele julga indevida. Repise-se até o cansaço: se os usuários permanecessem pagando tarifa idêntica, ou ao menos aproximada, daquela que, antecedente à retirada dos medidores, alcançavam à agravante, nenhuma importância danam ao fato de verem-se destituídos, temporariamente, dos aparelhos. Relevante, pois, à elucidação da lide, não é a retirada dos hidrômetros: é, acima de tudo, saber se a tarifa mínima tem incidência, ou não. O resto é discussão vã.

18. Delimitada, então, a matéria de fundo da ação - do ponto de vista cautelar, o *fumus boni júris* autorizador da liminar, ao lado do *periculum in mora*, que já se mostrou afastado -, resta agora examiná-

la.

19. Antes, porém, uma palavra sobre a retirada dos hidrômetros para que não se cogite de fuga do assunto. A medida nada teve de ilegal, tampouco revelou-se abusiva ou atoritária. É solar o direito - direi-se-ia até que se trata de um dever - da agravante de promover o conserto dos aparelhos, sempre que apresentarem defeitos na medição, de modo a evitar prejuízos à sua receita - convém frisar, neste ponto, que a CORSAN, como empresa prestadora de serviço público, não visa lucro; o produto da sua arrecadação, descontadas as despesas de manutenção, é repassado, integralmente, para o desenvolvimento e o aperfeiçoamento de suas atividades, sempre voltadas ao benefício do usuário dos seus serviços. Mas, para tanto, outrossim é palmar que necessita retirá-los das residências onde se encontram instalados. Que ilegalidade há nisso?

20. Argumenta o autor que os consumidores "que de fato gastam pouco são penalizados com a retirada do hidrômetro, pois gastavam 2 ou 3 metros cúbicos e passarão a pagar 10 metros cúbicos, que é a taxa mínima" (sic). Ora, concessa vênia, não é crível imaginar que uma pessoa possa consumir tão-somente 2 ou 3 m³ de água por mês, a não ser que deixe de tomar banho, não acione a descarga do sanitário, e assim por diante. A própria cota mínima, fixada em 10 m³, já é difícil ao usuário deixar de ultrapassá-la, o que dirá uma quantidade três ou quatro vezes inferior. Logo, forçoso é concluir que os aparelhos instalados nas residências de tais usuários certamente não mediam corretamente o consumo d'água, circunstância que legitimou a sua retirada.

21. Dito isso, retorna-se ao âmago da demanda, o qual, recapitulando, consiste em saber se a agravante, ao retirar o hidrômetro para conserto, pode cobrar do consumidor a tarifa mínima, estipulada, no mês de junho do ano em curso, em R\$ 5,15, R\$ 10,87, R\$ 24,12 e R\$ 42,04, conforme a categoria do usuário ¹¹. E não é preciso muito esforço para se concluir que sim. ALIÁS, A TARIFA MÍNIMA PODE SER COBRADA MESMO COM O HIDRÔMETRO INSTALADO - e se assim o é (como, a seguir se verá, realmente o é), cai por terra, integralmente a fundamentação do autor. Quem garante é o Ministro GARCIA VIEIRA, do STJ, ao relatar acórdão em que se lhe colocou a questão. Eis a ementa do julgado:

"TARIFA DE ÁGUA = CONSUMO MÍNIMO PRESUMIDO.

É correta a cobranca de áqua em valor correspondente a um consumo mínimo presumido de 20 m³ mensais e não de acordo com o registrado no hidrômetro, conforme os arts. 4º da Lei 6.528/78 e 11, 29 e 32 do Decreto 82.587/78."12

22. Extrai-se, ainda, do acórdão, este significativo excerto: "O fato de ter sido estabelecida tarifa mínima não quer dizer que não existem as tarifas diferenciadas. Aqueles usuários que ultrapassarem o mínimo pagarão de acordo com o excesso por eles consumido, e o § 2º do art. 11 do Decreto 82.587/78 deixa claro que a conta mínima de água será o resultado do produto da tarifa mínima pelo consumo mínimo de pelo menos 10m³ por mês, por economia de categoria residencial. Se a norma legal fala em pelo menos 10 m³... podia a recorrida estabelecer o mínimo de 20 m3. Houve distribuição de tarifas pelas faixas de consumo para a obtenção da tarifa média, possibilitando, assim, o equilíbrio econômico-financeiro das companhias estaduais de saneamento básico, em condições eficientes de operação - art 12 do Decreto 82.587/78. Foi também atendido o disposto no art. 15 do citado decreto. Em regime de violenta inflação como o nosso, que já chegou a quase 90% ao mês, pretender revisão apenas uma vez por ano é desejar pagar apenas parte simbólica da dívida. Hoje os reaiustes são diários, e o disposto no art. 29 do Decreto 82.587/ 78 não está mais em vigor, revogado que foi pela legislação subsequente."13

- 23. Diz tudo o aresto do STJ, mostrando-se desnecessário comentálo; cair-se-ia, inevitavelmente, na sempre malquista superfluidade.
- 24. Não se pense, contudo que tal decisão surge isolada no contexto pretoriano. O Tribunal de Justiça de Minas Gerais também lhe segue os passos. Atente-se para a suma do seu acórdão:

11 Circular 04/95 - DC, de 01.06.95, em anexo

122

12 STJ - Ac. unân, da 1ª T. publ. em 21-2-94- Rec. Esp. 39.652-2-MG- Advs.: Aloisio Maciel Ferreira e Dalton Pimenta, in Boletin ADCOAS de Jurisprudência, n. 143750.

"TARIFA = ÁGUA E ESGOTO = PRECO MÍNIMO = CO-BRANCA = LEGALIDADE. A cobranca de tarifa de áqua e esgoto por preço mínimo, e não pelo consignado no hidrômetro, encontra-se absolutamente em consonância com o princípio da subvenção consagrado na Lei 6.528/ 78, que se presta a garantir a boa prestação do serviço. também aos consumidores verdadeiramente hipossuficientes; ao invés de afrontar dispositivos, tal cobrança se coaduna com o espírito do Código de Proteção aos direitos de quem consome o que lhe põe a dispor o organismo social."14 (Grifou-se)

25. E. respeitante à particularizada circunstância de inexistir hidrômetro na residência do usuário, ou, se existir, ostentar defeito, o Tribunal de Justica do Rio de Janeiro, em dois julgados, já decidiu favoravelmente à cobrança da tarifa mínima de consumo d'água. Veiam-se as ementas dos arestos:

> "TARIFAS DE ÁGUA E ESGOTO - INEXISTÊNCIA DE HIDRÔMETRO - INSTALAÇÃO - COBRANÇA POR ESTI-MATIVA - CABIMENTO. Cabe a cobrança de tarifas de água e esgoto na base de estimativa, quando no prédio não existe hidrômetro. Por outro lado, a instalação de hidrômetro só é obrigatória em imóveis novos ou em economias classificadas na categoria industrial, para os imóveis já existentes, prevendo-se a instalação de forma progressiva."15

> "ÁGUA - CONSUMO - HIDRÔMETRO - MEDICÃO. O consumo de água deve ser apurado, havendo hidrômetro no prédio em funcionamento regular, pela medição deste, sendo cabível a estimativa onde não haja hidrômetro, ou havendo, esteja defeituoso ou sem funcionamento."16

14 TJ-MG- Ac. unân. da 2ª Câm. Civ. publ. no DJ de 25-11-94 - Ap. 10.538/7-Capital - Rel. Des. Paulo Medina - Advs: Ruth de Paula Moreira Volpini e Zuleica Maria da Silva Correa, in Boletim ADCOAS de Jurisprudência, n. 146217. 15 TJ-RJ - Ac. unân. da 4a Câm. Civ. reg, em 22-9-89 - Ap. 189 - Rela Desa. Aurea Pimentel Pereira, in Boletim ADCOAS de Jurisprudência, n. 126270. 16 TJ-RJ- Ac. unan. da 4º Cam. Civ. reg, em 7-7-92 - Ap. 418 - Rel. Des. Semy Glanz - CEDAE vs. Condomínio do Edifício Ernesto Campos, in Boletim ADCOAS de Jurisprudência, n. 137729.

124

26. Está aí a fala dos tribunais - direito vivo, que é o que realmente interessa -, a sepultar - acredita-se que irremediavelmente - a argumentação do autor. É válida sim a cobrança da tarifa mínima de água, quer exista hidrômetro instalado, quer não, ex vi das disposições estabelecidas na Lei nº 6.528/78 e no Decreto nº 82.587/78 - tal como já consignado no ofício nº 026/95 -DC, de 14.06.95, do Diretor Comercial da agravante, endereçado ao Procurador-Geral da Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

27. Esvai-se, desse modo, a plausibilidade do direito invocado na inicial, fator decididamente recomendatório à revogação da liminar. Afinal, a carência do *periculum in mora* já restara comprovada em linhas preteritas; demonstrada, agora, a falta do *fumus boni juris*, tudo indica não haver mais motivos para que o pedido ora formulado não seja acolhido.

Pede deferimento.

Santa Maria, 26 de junho de 1995.

2 - REVOGAÇÃO DE LIMINAR

PROCESSO Nº 271950180026. AÇÃO: AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AUTOR: MINISTÉRIO PÚBLICO. RÉU: COMPANHIA RIOGRANDENSE DE SANEAMENTO - CORSAN. OF. JUSTIÇA: GIANE.

O Exmo. Sr. Dr. GILBER-TO LA-FLOR, MM. Juiz de Direito da 3ª Vara cível da Comarca de SANTA MA-RIA/RS.

MANDA o Sr (a) Oficial de Justiça deste Juízo que, em cumprimento ao presente mandado, devidamente assinado, INTI-ME-SE:

COMPANHIA RIOGRANDENSE DE SANEAMENTO - CORSAN, pessoa jurídica de Direito Privado representada pelo gerente Engenheiro Elias Pacheco Neto do despacho a seguir transcrito: "Em reexame. Convenci-me do equívoco da liminar, pois é impossível reinstalar em apenas dez (10) dias cerca de 10.000 hidrômetros que teriam sido retirados (fl.11). Realmente, o ponto fundamental da lide consiste em saber se deve ser cobrada a tarifa mínima ou a do efetivo consumo. Jurisprudência recente do STJ está a mostrar a licitude da cobrança de tarifa mínima, mesmo que haja hidrômetro instalado (fl. 11 do agravo). Estes fundamentos por sì só estão a impor a revogação da medida liminar. Isto posto, REVOGO, POR INTEIRO, a liminar que havia concedido. Intimem-se. Em 29.06.95. Ass: Gilberto La-Flor, Juiz de Direito."

3 - SENTENÇA

Processo nº. 27195018026, da 3ª Vara Cível da Comarca de Santa Maria. Ação: Civil Pública.

126

Autor: Ministério Público.

Ré: Companhia Rio-Grandense de Sane-

amento (CORSAN).

Juiz Prolator da Sentença: Gilberto La-

Flor.

Data: 06-09-95.

Vistos. etc.

O Ministério Público ajuizou ação civil pública contra a Companhia Rio-Grandense de Saneamento (CORSAN), visando a que ela seja obrigada a cobrar o consumo exato de água dos usuários, na Comarca, e não a tarifa de consumo mínimo, bem como a reinstalar todos os hidrômetros retirados dos imóveis dos consumidores.

Diz o autor que a ré efetuou retirada em massa de hidrômetros de imóveis de usuários, nesta Comarca. Isso lesou os consumidores, que passaram a pagar mais, pois houve aumento dos valores da taxa de água e esgoto. Quem pagava de 2 a 3 m3 de consumo real passou a pagar valor equivalente a 10 m3, que é a taxa mínima cobrada. A ré teria alegado que retirava hidrômetros danificados, para consertá-los. Feito o conserto, seriam reinstalados. Estaria ela a praticar uma política de taxas mínimas de consumo, sendo que a retirada dos hidrômetros era consequência de programa estadual de manutenção. A retirada era daqueles hidrômetros que marcavam baixo consumo ou que nada registravam. Os de baixo consumo poderiam indicar fraude ou defeito.

Medida liminar, de reinstalação dos hidrômetros retirados e de proibição de cobrança de fatura de acordo com a taxa mínima de consumo, foi concedida e, após, a requerimento da ré, revogada (fls. 122/124; 157).

O autor interpôs agravo de instrumento da decisão que revogou a liminar.

Contestou a ré (fls. 264/281). Em preliminar argüiu a ilegitimidade ativa, por não haver razão para ajuizamento de ação civil pública na proteção dos consumidores, cujos direitos não são difusos nem coletivos, mas individuais. Afirmou haver inconstitucionalidade na regra da alínea "a", inc. IV, do art. 25 da Lei 8.625/93. No mérito, sustentou que, nos termos da lei e da jurisprudência, pode ser aplicada a tarifa mínima, mesmo havendo hidrômetro instalado.

O autor teve vista para replicar a contestação, mas não o fez (fl. 296).

Em essência, é o relatório. Passo a decidir.

É de duvidosa constitucionalidade a ampliação do campo da ação civil pública a interesses individuais indisponíveis e homogêneos (Lei 8.625/93, art. 25, IV, "a", em confronto com o art. 129, III, da CF).

Entretanto, não conheco nenhum caso, em ações similares, em que o nosso Tribunal de Justica tenha reconhecido essa ilegitimidade, a qual cumpre, aliás, como é de lei, que seja conhecida de ofício pelo iuiz (CPC, art. 267, VI e § 3º).

Enquanto a inconstitucionalidade não for declarada ou não haja forte iurisprudência a respeito da matéria, é prudente aceitar a legitimidade ativa do Ministério Público nessa ações.

Por isso, rejeito a preliminar arguida, de ilegitimidade ativa.

O julgamento do mérito da ação, face à forte defesa apresentada pela ré, tornou-se singelo.

O autor quer que a ré seja obrigada a cobrar o consumo exato de água, em lugar da tarifa mínima. Não pode, contudo, ser acolhida sua pretensão, pois há acórdão recentes, um do Superior Tribunal de Justiça, que reconhecem ser correta a cobrança de água, em valor correspondente a um consumo mínimo presumido, e não de acordo com o registrado no hidrômetro (fls. 277: 278; 282/286; 287/292).

Assim, haja ou não hidrômetro na residência, correta é a cobrança de acordo com a tarifa mínima. Por ai se vê que não há sentido algum em mandar reinstalar os hidrômetros retirados.

Isto posto, rejeitada a preliminar, julgo improcedente a ação civil ajuizada contra a CORSAN.

Sem imposição de ônus de sucumbencia, nos termos da lei e da jurisprudência.

Converto o agravo de instrumento em agravo retido, o que lá deverá ser certificado, apensando-o, porém, a estes autos.

Publicar, registrar e intimar.

Santa Maria (RS), 6 de setembro de 1995.

Gilberto La-Flor Juiz de Direito da 3ª Vara Cível.

ÍNDICE DE ASSUNTOS

•	
ABANDONO DE CARGOS	
- Abandono de cargo: natureza e termo inicial do prazo de pre	scri-
ção. Parecer do Procurador do Estado Luiz Carlos Souza Leal	5
ADVOCACIA DE ESTADO	-
- A Advocacia de Estado e as novas competências legislativas.	
Artigo do Procurador do Estado do Rio de Janeiro Diogo de	
Figueiredo Moreira Neto	11
ADVOCACIA-ESTATUTO	
- Estatuto da Advocacia - Lei n. 8.906/94. Parecer da	
Procuradora do Estado Eunice Rotta Bergesch	85
ADVOCACIA PÚBLICA	
- Competência legislativa do Estado em matéria de segurança	
pública. Parecer da Procuradora do Estado Rosa Maria de Cam	ıpo:
Araonovich	91
Advogado-empregado de fundação privada do Estado ver ADV	
CACIA-ESTATUTO	85
Consorciados - natureza contratual - vínculo ver SOCIEDADE I	
ECONOMIA MISTA FORMAÇÃO DE CONSÓRCIO	65
Constituição Federal de 1988 - Lei Complementar 10.098/92	
FUNDAÇÕES	71
CONTRATO DE LOCAÇÃO - PARTICULAR/LOCADOR - PO)- '
DER PÚBLICO/LOCATÁRIO - Natureza jurídica do contrato o	
locação mantido entre particular e poder público. Parecer do P	
curador do Estado Pedro Henrique Poli de Figueiredo	47
Direito de recesso ver TERMINAL TELEFÔNICO - DIREITO	75 ~
Exceção de prazos estipulados ver FEPAM - REQUISIÇÕES DO MP	
	101
Ex-esposa - direito a pensão ver IPERGS - PENSÃO	97
FEPAM - REQUISIÇÕES DO MP - Parecer do Procurador do Estado Luiz Carlos Souza Leal	101
TSMOOT THE CATIOS SOUZA LOW	1111

FRANÇA - CONSELHO CONSTITUCIONAL			
- Conselho Constitucional Francês: uma introdução. Artigo	do		
Procurador do Estado Alexandre Mariotti	31		
FUNDAÇÕES			
- Fundações de direito privado. Parecer da Procuradora do Estado			
Elaine de Alburquerque Petry	71		
HIDRÔMETROS			
- Trabalho Forense do Procurador do Estado Fernando Dugacsel			
	111		
Impossibilidade material absoluta de execução ver FEPAM -	REQUI-		
SIÇÕES DO MP	101		
Impossibilidade material temporária de execução ver FEPAM	V -		
REQUISIÇÕES DO MP	101		
IPERGS - PENSÃO			
- A obrigação de prestar alimentos e pensão previdenciária.	Parecer		
do Procurador do Estado Cesar Viterbo Matos Santolim	97		
Jornada de trabalho ver ADVOCACIA - ESTATUTO	85		
Lei civil de locação ver CONTRATO DE LOCAÇÃO	47		
Lei Federal nº 7.102/83 - inconstitucionalidade ver ADVC			
PÚBLICA	91		
Licitações - Situação de inexibilidade ver SOCIEDADE DE I			
NOMIA MISTA - FORMAÇÃO DE CONSÓRCIO	65		
Lote de ações - desvinculação da aquisição ver TERMINAL TELE-			
FÔNICO - DIREITO	75		
Prescrição ver ABANDONO DE CARGO	57		
Procedimento licitatório - exigência ver CONTRATO DE LO			
ÇÃO	47		
Regime de dedicação exclusiva ver ADVOCACIA -			
ESTATUTO	85		
Segurança pública ver ADVOCACIA PÚBLICA	91		
SERVIDOR CELETISTA - CARGO EFETIVO -			
TRANSPOSIÇÃO - LEI NO 10.098	_		
- Servidor celetista: transposição para cargo efetivo. Parece			
Procurador do Estado Maurício Azevedo Moraes	61		
Serviço público específico - continuidade ver FEPAM - REQUISI-			
ÇÕES DO MP	101		

SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA - FORMAÇÃO DE CONSÓRCIO

 Possibilidade de efetivação do consórcio para participação em licitação - Parecer da Procuradora do Estado Maria Aparecida Dias de Moraes

TERMINAL TELEFÔNICO - DIREITO

- A CRT e o direito ao terminal telefônico. Parecer da Procuradora do Estado Lisete Maria Skrebski 75
 TRIBUNAIS DE CONTAS
- Os tribunais de contas e os processos de consulta: uma questão competencial. Artigo do Auditor Substituto de Conselheiro do Tribunal de Contas/RS Aderbal Torres de Amorim 21

ÍNDICE DE AUTOR

AMORIM, Aderbal Torres de Os Tribunais de Contas e os	pro-
cessos de consultas: uma questão competencial. Artigo	21
ARANOVICH, Rosa Maria de Campos Competência leg	islativa
do Estado em matéria de segurança pública. Parecer	91
BERGESCH, Eunice Rotta Estatuto da Advocacia - Lei r	f°
8.906/94. Parecer	85
DUGACSEK, Fernando Hidrômetros 1 Petição Inicial. 2	Revo-
gação de Liminar. 3 Sentença. Trabalho Forense	111
FIGUEIREDO, Pedro Henrique Poli de Natureza juridíca o	ob
contrato de locação mantido entre particular e o poder púb	
Parecer	47
LEAL, Luiz Carlos Souza Abandono de cargo: natureza	e term
iricial do prazo de prescrição. Parecer - FEPAM, reqisição	do MP.
Parecer	101
MARIOTTI, Alexandre Conselho Constitucional Francês:	uma
introdução. Artigo	31
MORAES, Maria Aparecida Dias de Possibilidade de	
efetivaçãso de consórcio para participação em licitação.	
Parecer	65
MORAES, Maurício de Azevedo Servidor celetista: trans	
ção para cargo efetivo. Parecer	61
MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo A Advocacia de	
e as novas competências legislativas. Artigo	11
PETRY, Elaine de Albuquerque Fundação de Direito Priv	
Parecer	71
SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos A obrigação de presta	
mentos e pensão alimentícia. Parecer	97
SKREBSKI, Lisete maria A CRT e o direito ao terminal	
nico, parecer.	75

A Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul foi criada em 1971, pelo Prof. Orlando Vanin, então Consultor-Geral do Estado. Tomou a feição atual em 1974, sendo Consultor-Geral do Estado o Prof. Mário Bernardo Sesta, quando passou a ser publicada pelo Instituto de Informática Jurídica. Em decorrência da alteração trazida pela Emenda Constitucional nº 10, de 30 de novembro de 1979, passou a chamar-se Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul. A correspondência deve ser dirigida para Av. Borges de Medeiros nº 1501, 13º andar (CAERGS) em Porto Alegre.

