



Estado do Rio Grande do Sul
Procuradoria-Geral do Estado

Revista da
PGE

Procuradoria-Geral do Estado RS

Nº 53
Março/2001



REVISTA DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO



PUBLICAÇÃO DA
PROCURADORIA DE INFORMAÇÃO,
DOCUMENTAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO PROFISSIONAL

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

| | | | | | |
|------|--------------|-------|-------|---------|------|
| RPGE | PORTO ALEGRE | V. 24 | Nº 53 | P - 215 | 2001 |
|------|--------------|-------|-------|---------|------|





Revista da Procuradoria-Geral do Estado.
v. 24 nº 53 - 2001 - Porto Alegre, Procuradoria-Geral do
Estado do Rio Grande do Sul, Procuradoria de Informação,
Documentação e Aperfeiçoamento Profissional.
Periodicidade Semestral.
Continuação da Revista da Consultoria-Geral do Estado.

 **O ISSN0101-1480**

Catálogo pela
PGE/PIDAP

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



OLÍVIO DUTRA

Governador do Estado

MIGUEL ROSSETTO

Vice-Governador do Estado

PAULO PERETTI TORELLY

Procurador-Geral do Estado

IGOR MOREIRA

Procurador-Geral Adjunto

JOSÉ LUIS BOLZAN DE MORAIS

Coordenador da Procuradoria de Informação,
Documentação e Aperfeiçoamento Profissional





CONSELHO EDITORIAL

Paulo Peretti Torelly
José Luis Bolzan de Moraes
Ricardo Antônio Lucas Camargo
Justino Adriano Farias da Silva
Luiz Carlos Adams Coelho
Maria Alice Costa Hofmeister
Edmar Viane Marques Daudt

EQUIPE TÉCNICA

Execução, Revisão e Distribuição

Eliane Silveira
Jornalista Responsável
(Mtb. 7193)

Maria Claudia Bassi Polidori
Marlise Pasin Bergamaschi
Vera Lucia Seelig



SUMÁRIO

EDITORIAL 9

DOCTRINA

Direitos Humanos,
Democracia e Integração
Regional: Os Desafios da
Globalização FLÁVIA PIOVESAN 15

Interesse Público e Interesse
Privado: É Possível Colisão? LUCIANA MABÍLIA
MARTINS 41

Influência das Práticas
Negociais das Empresas
Transnacionais na
Compreensão Jurídica das
Medidas de Política
Econômica RICARDO ANTÔNIO
LUCAS CAMARGO 63

A Obsessão Científica -
Direito e Estado em Kelsen SANDRO SUBTIL SILVA 73

Estatuto Mínimo do
Contribuinte FERNANDO FACURY
SCAFF 91

ATIVIDADE FORENSE

Agravo de Instrumento com
pedido de liminar, contendo
a transcrição da petição
inicial da Ação Civil Pública
contra a ANATEL,
Telebrasil Sul Participações
e Brasil Telecom S/A 123



PGE: UMA INSTITUIÇÃO REPUBLICANA

A Revista da PGE retoma sua periodicidade em um momento particularmente crítico para o Direito e suas instituições. O mundo jurídico que conhecemos nos bancos acadêmicos, de inspiração neokantiana, construído sob a neutralidade quanto a valores – mundo conceitual, puramente normativo, distante e sem compromisso com a realidade social – começa a enfrentar a crise de paradigmas posta pela pós-modernidade.

Conceitos e categorias tão bem definidos pela modernidade, como autonomia, independência e soberania, que constituíram a própria pedra de toque da aparente neutralidade valorativa do Direito e fundamentaram moralmente o sistema do Estado Constitucional Liberal – separação entre o público e o privado - e o formalismo do Estado de Direito - neutralidade do Poder Judiciário diante do interesse público, social ou de grupo -, já não são suficientes para organizar o pensamento jurídico.

Ainda assim o esforço de compreender o Direito como compromisso com o humanismo, a democracia e a emancipação dos povos, bem como a resistência em tomar a norma pelo Direito, colocando a discussão da não coincidência entre Justiça e Lei, legitimidade e legalidade e o próprio reconhecimento de Direitos supra-estatais, como o Direito à revolução e à resistência apregoados por São Tomás de Aquino, permanecem na pauta libertária dos homens e mulheres de nosso tempo. Desfazer a confusão positivista da norma com o Direito, do legítimo com o legal, da Justiça com a lei, do Direito como sendo descolado da história – longe dos processos reais de luta e produção social -, sem jamais descurar da segurança jurídica imprescindível para a paz social, ainda faz parte da pauta conturbada deste início de milênio. Os paradigmas podem estar em mutação, mas os valores humanos ainda são os mesmos da Atenas de Péricles, quando Protágoras afirmou: “O homem é a medida de todas as coisas.”



O Direito é antes de tudo liberdade que se afirma em um processo evolutivo dentro dos padrões de justiça histórica constituídos na convivência social. A justiça histórica e concreta se determina pelo estabelecimento gradual de posições crescentes de liberdade conscientizada entre dominadores e dominados. Somente assim poderemos construir a verdadeira libertação como direitos e deveres iguais e abolição de toda forma de dominação. A mesma efetivação gradual e em luta dos direitos, que muito bem nos ensinou Jhering, não se estanca numa dada ordem social, pois a própria repulsa social pode revogar as normas estatais ou não estatais.

O Estado, concebido pelos positivistas como ordenação objetiva e unitária da sanção, onde esta ordenação se estrutura em ordenamentos, constituídos pelo conjunto de normas, categorias e instituições, não pode prescindir de uma relação estreita e de legitimação permanente com o tecido social. Mas o Estado, em um país dependente em tecnologia e financiamento, não é capaz nem mesmo de realizar a aplicação plena de suas regras de Direito e realizar no mínimo o Direito formal.

A República apenas começa, mas não se realiza plenamente, na superação da impossibilidade do Estado, num país de desenvolvimento capitalista dependente, ser, no mínimo, um Estado de Direito formal, onde a própria ilegalidade deixe de ser parte estruturante deste na convivência pacífica com a autocondescendência das elites e seus aliados. Não há como negar, portanto, que o positivismo de combate, a pura e simples aplicação da lei em seu pleno sentido proposicional, constitui uma postura verdadeiramente revolucionária. No esforço de construção de uma autêntica justiça social esta tem sido a primeira missão institucional da Procuradoria-Geral do Estado em nossa ainda incipiente consciência republicana.

Este começo de República torna explícito que, se todas as outras formas pré-capitalistas de organização da sociedade baseavam-se em relações extra-econômicas de coerção e dependência (crenças, misticismo, força bruta, etc.), o capitalismo mistificou as relações livres de trocas baseadas na mercadoria, dissimulando a sujeição econômica dos homens e mulheres e lhes dando a ilusão de igualdade e



liberdade. A igualdade e a liberdade, assim, são formais, e o capitalismo globalizado mais do que nunca, com seus trilhões de capitais especulativos alheios ao trabalho produtivo, existe e sobrevive independente das comunidades e povos.

A verdadeira República está em não duvidar do dever do Estado de priorizar as demandas dos grupos populares já consagradas inclusive na Constituição. A PAIDÉIA da antigüidade clássica grega, o verdadeiro sentimento da Constituição que deve ser vivida solidariamente pelo povo, de quem emana todo o poder. Não há dúvida de que é na alteridade, como qualidade de referir-se a outro, que encontramos a felicidade. O ideal republicano universal reside na superação do egoísmo. É universal por estar assente na declaração universal dos direitos humanos.

O *Fórum Social Mundial*, recém realizado nesta cidade de Porto Alegre e já consagrado como uma referência alternativa ao lucro como critério de valoração e organização da sociedade, apregou que “um outro mundo é possível”, mas cabe a nós, operadores do Direito, fazer da JUSTIÇA acima de tudo um movimento real de luta e resistência que construa uma sociedade mais humana e igualitária. Há que se trazer o Direito para junto dos processos reais de luta e produção social, a nossa realidade, pois o Direito está a serviço da vida.

O esforço de encontrar uma análise histórica que explique a origem e o fundamento do Direito permanece atual, tão atual quanto a ameaça de auto-extermínio da humanidade em sua cruel cruzada de destruição do ambiente natural e dominação de muitos por tão poucos. A Revista da PGE, em sua já consagrada trajetória de contribuição ao debate científico e divulgação desta instituição republicana comprometida com nosso tempo, retoma sua periodicidade no 36º aniversário da Procuradoria-Geral do Estado com a convicção de que pode contribuir neste permanente processo civilizatório.

Uma boa leitura!

Paulo Peretti Torelly
Procurador-Geral do Estado





DOCTRINA





DIREITOS HUMANOS, DEMOCRACIA E INTEGRAÇÃO REGIONAL: OS DE- SAFIOS DA GLOBALIZAÇÃO

*Flávia Piovesan**

1. Introdução
2. Desvendando os termos referenciais desta investigação: Qual é a concepção contemporânea de direitos humanos? Qual é a concepção de democracia a ser adotada?
3. De que modo o processo de integração regional no âmbito europeu e latino-americano tem incorporado as denominadas cláusulas referentes aos direitos humanos e à democracia?

* Professora doutora em Direito Constitucional e Direitos Humanos da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Procuradora do Estado de São Paulo, Coordenadora do Grupo de Trabalho de Direitos Humanos da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo.



1. INTRODUÇÃO

O objetivo deste ensaio é propor uma reflexão a respeito do impacto da globalização econômica no tocante aos direitos humanos e à democracia, no contexto da integração econômica regional, mais especificamente das experiências da União Européia e do Mercosul.

Para que se possa enfocar os dilemas e os desafios propostos pela globalização, no que se refere aos direitos humanos e à democracia, à luz do processo de integração regional, há que se enfrentar três questões centrais a este ensaio: 1) Como compreender os termos referenciais desta investigação? Qual é a concepção contemporânea de direitos humanos? Qual é a concepção de democracia a ser adotada?; 2) De que modo o processo de integração regional no âmbito europeu e latino-americano tem incorporado as denominadas cláusulas referentes aos direitos humanos e à democracia?; 3) Qual tem sido o impacto da globalização econômica no que tange à proteção dos direitos humanos e da democracia no âmbito da integração regional, particularmente da União Européia e do Mercosul?

Assim, fixado, ainda que brevemente, o alcance conceitual de direitos humanos e democracia, e examinado o modo pelo qual a integração regional tem incorporado estes valores, buscará este ensaio avaliar o impacto da globalização econômica em relação ao processo de integração regional, com ênfase nos principais desafios e perspectivas para a implementação dos direitos humanos e da democracia.

2. DESVENDANDO OS TERMOS REFERENCIAIS DESTA INVESTIGAÇÃO: QUAL É A CONCEPÇÃO CONTEMPORÂNEA DE DIREITOS HUMANOS? QUAL É A CONCEPÇÃO DE DEMOCRACIA A SER ADOTADA?

No dizer de Hannah Arendt, os direitos humanos não são um dado, mas um construído, uma invenção humana, em constante



processo de construção e reconstrução¹. Considerando a historicidade destes direitos, pode-se afirmar que a definição de direitos humanos aponta a uma pluralidade de significados. Tendo em vista tal pluralidade, destaca-se neste estudo a chamada concepção contemporânea de direitos humanos, que veio a ser introduzida com o advento da Declaração Universal de 1948 e reiterada pela Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993.

Esta concepção é fruto do movimento de internacionalização dos direitos humanos, que constitui um movimento extremamente recente na história, surgindo, a partir do pós-guerra, como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos durante o nazismo. Apresentando o Estado como o grande violador de direitos humanos, a era Hitler foi marcada pela lógica da destruição e da descartabilidade da pessoa humana, que resultou no extermínio de 11 milhões de pessoas. O legado do nazismo foi condicionar a titularidade de direitos, ou seja a condição de sujeito de direitos, à pertinência a determinada raça - a raça pura ariana. No dizer de Ignacy Sachs, o século XX foi marcado por duas guerras mundiais e pelo horror absoluto do genocídio concebido como projeto político e industrial².

É neste cenário que se desenha o esforço de reconstrução dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional contemporânea. Se a 2ª Guerra significou a ruptura com os direitos humanos, o Pós-Guerra deveria significar a sua reconstrução.

Neste sentido, em 10 de dezembro de 1948, é aprovada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, como marco maior do processo de reconstrução dos direitos humanos. Introduce ela a concep-

¹ Hannah Arendt, *As Origens do Totalitarismo*, trad. Roberto Raposo, Rio de Janeiro, 1979. A respeito, ver também Celso Lafer, *A Reconstrução dos Direitos Humanos: Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*, Cia das Letras, São Paulo, 1988, p.134. No mesmo sentido, afirma Ignacy Sachs: "Não se insistirá nunca o bastante sobre o fato de que a ascensão dos direitos é fruto de lutas, que os direitos são conquistados, às vezes, com barricadas, em um processo histórico cheio de vicissitudes, por meio do qual as necessidades e as aspirações se articulam em reivindicações e em estandartes de luta antes de serem reconhecidos como direitos". (Ignacy Sachs, *Desenvolvimento, Direitos Humanos e Cidadania*, In: *Direitos Humanos no Século XXI*, 1998, p.156).

² Ignacy Sachs, "O Desenvolvimento enquanto apropriação dos direitos humanos", in *Estudos Avançados* 12 (33), 1998, p.149.



Direitos Humanos, Democracia e Integração Regional: Os Desafios da Globalização

ção contemporânea de direitos humanos, caracterizada pela universalidade e indivisibilidade destes direitos. Universalidade porque clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a dignidade e titularidade de direitos. Indivisibilidade porque a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa. Quando um deles é violado, os demais também o são. Os direitos humanos compõem assim uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, capaz de conjugar o catálogo de direitos civis e políticos ao catálogo de direitos sociais, econômicos e culturais.

Neste contexto, pode-se afirmar que uma das principais preocupações do movimento de internacionalização dos direitos humanos foi converter estes direitos em tema de legítimo interesse da comunidade internacional. Como observa Kathryn Sikkink: “O Direito Internacional dos Direitos Humanos pressupõe como legítima e necessária a preocupação de atores estatais e não estatais a respeito do modo pelo qual os habitantes de outros Estados são tratados. A rede de proteção dos direitos humanos internacionais busca redefinir o que é matéria de exclusiva jurisdição doméstica dos Estados.”³

Fortalece-se, assim, a idéia de que a proteção dos direitos humanos não deve se reduzir ao domínio reservado do Estado, isto é, não deve se restringir à competência nacional exclusiva ou à jurisdição doméstica exclusiva, porque revela tema de legítimo interesse internacional. Por sua vez, esta concepção inovadora aponta duas importantes conseqüências:

1^a) a revisão da noção tradicional de soberania absoluta do Estado, que passa a sofrer um processo de relativização, na medida em que são admitidas intervenções no plano nacional em prol da proteção dos direitos humanos; isto é, permitem-se formas de

³ Kathryn Sikkink, Human Rights, Principled issue-networks, and Sovereignty in Latin America, In: International Organizations, Massachusetts, IO Foundation e Massachusetts Institute of Technology, 1993, p.413. Acrescenta a mesma autora: “Os direitos individuais básicos não são do domínio exclusivo do Estado, mas constituem uma legítima preocupação da comunidade internacional.” (op. cit. p.441).



Direitos Humanos, Democracia e Integração Regional: Os Desafios da Globalização

monitoramento e responsabilização internacional, quando os direitos humanos forem violados ⁴;

2^a) a cristalização da idéia de que o indivíduo deve ter direitos protegidos na esfera internacional, na condição de sujeito de Direito.

Prenuncia-se, deste modo, o fim da era em que a forma pela qual o Estado tratava seus nacionais era concebida como um problema de jurisdição doméstica, decorrência de sua soberania.

O processo de universalização dos direitos humanos permitiu, por sua vez, a formação de um sistema normativo internacional de proteção destes direitos. Na lição de André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros: “Em termos de Ciência Política, tratou-se apenas de transpor e adaptar ao Direito Internacional a evolução que no Direito Interno já se dera, no início do século, do Estado-Polícia para o Estado-Providência. Mas foi o suficiente para o Direito Internacional abandonar a fase clássica, como o Direito da Paz e da Guerra, para passar à era nova ou moderna da sua evolução, como Direito Internacional da Cooperação e da Solidariedade” ⁵.

⁴ Destaque-se a afirmação do Secretário Geral das Nações Unidas, no final de 1992: “Ainda que o respeito pela soberania e integridade do Estado seja uma questão central, é inegável que a antiga doutrina da soberania exclusiva e absoluta não mais se aplica e que esta soberania jamais foi absoluta, como era então concebida teoricamente. Uma das maiores exigências intelectuais de nosso tempo é a de repensar a questão da soberania (...). Enfatizar os direitos dos indivíduos e os direitos dos povos é uma dimensão da soberania universal, que reside em toda a humanidade e que permite aos povos um envolvimento legítimo em questões que afetam o mundo como um todo. É um movimento que, cada vez mais, encontra expressão na gradual expansão do Direito Internacional.” (Boutros-Ghali, *Empowering the United Nations, Foreign Affairs*, vol.89, 1992/1993, p.98-99, apud Henkin et. al., *International Law - Cases and Materials*, p.18).

⁵ André Gonçalves Pereira e Fausto Quadros, *Manual de Direito Internacional Público*, 3^a edição, Coimbra, Livraria Almedina, 1993, p.661. Acrescentam os autores: “As novas matérias que o Direito Internacional tem vindo a absorver, nas condições referidas, são de índole variada: política, econômica, social, cultural, científica, técnica, etc. Mas dentre elas o livro mostrou que há que se destacar três: a proteção e a garantia dos Direitos do Homem, o desenvolvimento e a integração econômica e política”. (op. cit. p.661). Na visão de Hector Fix-Zamudio: “(...) el establecimiento de organismos internacionales de tutela de los derechos humanos, y que el destacado tratadista italiano Mauro Cappelletti ha calificado como jurisdicción constitucional transnacional, en cuanto el control judicial de la constitucionalidad de las disposiciones legislativas y de los actos concretos de autoridad, ha rebasado al derecho interno, particularmente en la esfera de los derechos humanos y se ha proyectado en el ámbito internacional e inclusive comunitario.” (*Proteccion Juridica de los Derechos Humanos*, México, Comision Nacional de Derechos Humanos, 1991, p.184)



Direitos Humanos, Democracia e Integração Regional: Os Desafios da Globalização

A partir da aprovação da Declaração Universal de 1948 e a partir da concepção contemporânea de direitos humanos por ela introduzida, começa a se desenvolver o Direito Internacional dos Direitos Humanos, mediante a adoção de inúmeros tratados internacionais voltados à proteção de direitos fundamentais. Como leciona Norberto Bobbio, os direitos humanos nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares (quando cada Constituição incorpora Declarações de Direito), para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais⁶.

Pode-se afirmar que a concepção contemporânea de direitos humanos caracteriza-se pelos processos de universalização e internacionalização destes direitos, compreendidos sob o prisma de sua indivisibilidade. Cabe ressaltar que a Declaração de Direitos Humanos de Viena, de 1993, reitera a concepção da Declaração de 1948, quando, em seu parágrafo 5º, afirma: “Todos os direitos humanos são universais, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos globalmente de forma justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase.”

Logo, a Declaração de Viena de 1993, subscrita por 171 Estados, endossa a universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos.

Quanto à concepção de democracia, tal como a concepção de direitos humanos, aponta a múltiplos significados e definições. A democracia invoca um conceito aberto, dinâmico e plural, em constante processo de transformação⁷.

Na acepção formal, pode-se destacar que a democracia compreende o respeito à legalidade, constituindo o chamado Governo das Leis, marcado pela subordinação do poder ao Direito. Esta con-

⁶ Norberto Bobbio, *Era dos Direitos*, trad. Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro, Campus, 1988, p.30.

⁷ Sobre a matéria ver Robert A. Dahl, *On Democracy*, Yale University Press, New Haven, 1998. Note-se que a Declaração de Direitos Humanos Viena de 1993 afirma que “a democracia é baseada na vontade livremente expressa do povo para determinar os seus próprios sistemas político, econômico, social e cultural e sua participação completa em todos os aspectos de suas vidas”.



cepção acentua a dimensão política do conceito de Democracia, na medida que enfatiza a legitimidade e o exercício do poder político, avaliando quem governa e como se governa. As regras do jogo democrático representam a civilidade da passagem do reino da violência para o da não violência.

Por outro lado, na acepção material, pode-se sustentar que a democracia não se restringe ao primado da legalidade, mas também pressupõe o respeito aos direitos humanos. Isto é, além da instauração do Estado de Direito e das instituições democráticas, a democratização requer o aprofundamento da democracia no cotidiano, por meio do exercício da cidadania e da efetiva apropriação dos direitos humanos. Neste sentido, não há democracia sem o exercício dos direitos e liberdades fundamentais. A democracia exige o efetivo e pleno exercício de direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais. Há, portanto, uma conexão necessária entre democracia e direitos humanos – esta é a acepção adotada por este ensaio.

Feitas essas breves considerações a respeito de democracia e direitos humanos, passa-se à reflexão do modo pelo qual estes valores têm sido incorporados no âmbito do processo de integração econômica regional.

3. DE QUE MODO O PROCESSO DE INTEGRAÇÃO REGIONAL NO ÂMBITO EUROPEU E LATINO-AMERICANO TEM INCORPORADO AS DENOMINADAS CLÁUSULAS REFERENTES AOS DIREITOS HUMANOS E À DEMOCRACIA?

Se o Pós-Guerra permitiu a criação do sistema internacional de proteção dos direitos humanos, fomentou também a criação de organizações de cooperação e integração econômica.

Além do processo de internacionalização dos direitos humanos, a ordem contemporânea tem sido marcada pela consolidação de blocos econômicos, que decorrem do crescente processo de integração regional. O surgimento de blocos econômicos passa a redefinir os



Direitos Humanos, Democracia e Integração Regional: Os Desafios da Globalização

contornos do cenário mundial, a partir da intensificação das relações internacionais, mediante a cooperação e integração entre Estados e mediante a celebração de inúmeros tratados internacionais.⁸

É neste contexto que tem início o processo de integração regional europeia. Com efeito, a partir de 1945 deflagrou-se o movimento em prol da criação de uma nova Europa, que deveria ter unidade e força capazes de evitar as atrocidades perpetradas ao longo das duas guerras mundiais, bem como deveria apresentar melhores condições de inserção no âmbito das relações internacionais (seja em relação às super-potências, seja em relação às antigas colônias)⁹. Neste cenário, em 1951, seis países europeus (Bélgica, França, Alemanha, Itália, Luxemburgo e Países Baixos) celebraram a formação da *European Coal and Steel Community* (ECSC, Comunidade Europeia do Carvão e do Aço). Com o tratado que criou o ECSC é constituído um mercado comum de carvão e aço, controlado e gerenciado com base em políticas adotadas em comum acordo acerca da produção, consumo, preços, comércio, expansão e desenvolvimento de transações e ainda das condições sociais e econômicas dos trabalhadores nas indústrias.

Com o gradativo processo de integração econômica, começa a ser consolidada a concepção de “comunidade econômica europeia”. Tal concepção passa, por sua vez, a exigir o desenvolvimento de instituições comuns (como a Comissão, o Conselho, o Parlamento e a

⁸ No dizer de José Joaquim Gomes Canotilho: “A globalização das comunicações e informações e a “expansão mundial” de unidades organizativas internacionais, privadas ou públicas, deslocam o papel obsidiante do “ator estatal”, tornando as fronteiras cada vez mais irrelevantes e a interdependência política econômica cada vez mais estruturante. (...) O dogma do Direito Constitucional centrado no Estado e na soberania estatal tende a fragilizar-se. A internacionalização e a “marcosualização” tornam evidente a transformação das ordens jurídicas nacionais em ordens jurídicas parciais, nas quais as Constituições são relegadas para um plano mais modesto de “leis fundamentais regionais”. Mesmo que as Constituições continuem a ser simbolicamente a magna carta da identidade nacional, a sua força normativa terá parcialmente de ceder perante novos fenótipos político-organizatórios e adequar-se no plano político e no plano normativo aos esquemas regulativos das novas associações abertas de Estados nacionais abertos.” (José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Livraria Almedina, Coimbra, 1998, p.1217)

⁹ Sobre o assunto, consultar Stanley Henig, *The Uniting of Europe – from discord to concord*, London/New York, Routledge, 1997, p. 4.



Direitos Humanos, Democracia e Integração Regional: Os Desafios da Globalização

Corte europeia), a criação de um mercado comum e a progressiva coordenação de políticas econômico-sociais, de forma também a integrar os novos Estados-membros¹⁰.

Da comunidade europeia transitou-se à União Europeia, a partir do tratado de Maastricht, assinado em 1991 e implementado em 1993. O tratado de Maastricht teve como objetivo central estabelecer a União Europeia, com base nas seguintes finalidades: a) promoção do progresso social e econômico, facilitado pela união monetária e econômica; b) implementação de uma política externa e de uma política de segurança comum, com a busca da preservação da paz; c) cooperação na justiça e nos assuntos internos dos Estados, mediante o princípio da subsidiariedade; d) estabelecimento de uma cidadania comum e e) desenvolvimento e consolidação da democracia na região, com a observância do Estado de Direito e com o respeito aos direitos e às liberdades fundamentais. Acrescenta-se que em 1989 o Conselho Europeu adotou a chamada *Social Charter*, que posteriormente veio a consistir em um protocolo ao tratado de Maastricht, denominado *Social Chapter*. No sentido de implementar políticas sociais, o *Social Chapter* tem como objetivos a promoção do emprego, a melhoria das condições de trabalho (incluindo saúde e segurança), bem como igualdades salariais no âmbito da União Europeia.

O processo de integração econômica europeia hoje orienta-se por um modelo supra-nacional e não meramente inter-governamental¹¹. Baseada na concepção de supra-nacionalidade, que implica a cessão de direitos de soberania dos quinze Estados membros às instituições da União Europeia, vigora a supremacia e a aplicação direta do Direito Comunitário em relação ao Direito interno dos Estados. No dizer de Canotilho: "(...) a normativa comunitária tem preferência

¹⁰ Em 1973, houve o ingresso da Inglaterra, da Dinamarca e da Irlanda como novos membros da comunidade, seguido do ingresso da Grécia em 1981, Portugal e Espanha em 1986 e Áustria, Finlândia e Suécia em 1995.

¹¹ Note-se que a história da comunidade europeia foi, no entanto, marcada por uma intensa controvérsia entre as correntes federalista e funcional. Enquanto a primeira corrente defendia a transferência de poderes dos Estados a instâncias supra-nacionais, com a flexibilização das soberanias nacionais, a segunda corrente defendia tão-somente a fórmula de integração dos países nos processos decisórios, com a manutenção das soberanias dos Estados.



relativamente à legislação estatal. (...) a doutrina mais recente afirma a superioridade do direito comunitário, traduzida na força activa dos regulamentos comunitários (podem revogar e modificar as leis) e na resistência passiva dos mesmos relativamente a leis posteriores internas (não podem ser revogados e nem modificados).”¹² A União Européia, baseada no supra-nacionalismo, tem exigido a criação de estruturas governamentais e a adoção de objetivos comuns¹³. A União Européia combina características de organizações econômicas e políticas, posto que objetiva a progressiva integração econômica entre Estados membros, com o fim último da unificação política da Europa¹⁴.

Adicione-se que, em 1º de maio de 1999, entrou em vigor o Tratado de Amsterdam, que oferece um novo impulso à construção institucional da União Européia. O Tratado de Amsterdam avançou consideravelmente na garantia dos direitos humanos, que devem ser respeitados por todos os Estados membros. Com efeito, ineditamente, o Tratado de Amsterdam de 1997 proclama que: “A União Européia é fundada nos princípios da liberdade, democracia, respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais e Estado de Direito.” Acrescenta o tratado que qualquer Estado membro que violar os direitos humanos, de forma séria e sistemática, poderá perder seus

¹² Ver José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, ed. Almedina, Coimbra, p.725-726. Para Elizabeth Accioly, o modelo comunitário consiste na limitação da soberania dos Estados, de forma a assegurar o poder de integração, em que a relação é vertical, vinculando os Estados-membros ao chamado direito comunitário, com primazia em relação a todo o direito nacional (Mercosul e União Européia – Estrutura Jurídico-Institucional, ed. Juruá, Curitiba, 1998, p. 27-28).

¹³ Para Stanley Henig, o processo de integração européia há de ser considerado como uma resposta específica da Europa em relação ao contexto externo, marcado por questões de guerra e paz, a problemática da Alemanha e a bipolaridade mundial no campo das relações internacionais (hoje substituída pela hegemonia de apenas uma super-potência – os EUA). Ademais, considerando a globalização econômica, a revolução tecnológica nas áreas da informação e comunicação, os países europeus isoladamente considerados (com exceção da Alemanha) estariam em condição de desvantagem no plano da competitividade econômica internacional, se confrontados com os EUA e o Japão. Daí a necessidade de fortalecimento da integração econômica européia. (Stanley Henig, *The Uniting of Europe – from discord to concord*, London/New York, Routledge, 1997)

¹⁴ A respeito, Paulo Borba Casella, *Soberania, Integração Econômica e Supranacionalidade*, In: *Anuário Direito e Globalização – A Soberania*, Rio de Janeiro, Renovar, 1999, p.79.



Direitos Humanos, Democracia e Integração Regional: Os Desafios da Globalização

direitos em relação ao tratado, ou seja, a União estará autorizada a impor-lhe sanções políticas e econômicas. Como ressalta Manfred Nowak: “O novo artigo 7 do Tratado da União Europeia (e também o artigo 309) pela primeira vez estabelece um procedimento para a suspensão de direitos dos Estados membros (incluindo o direito de voto), no caso de séria e persistente violação pelo Estado membro dos princípios mencionados no artigo 6 (1).”¹⁵

Para Philip Alston e J.H.H. Weiler: “O tratado de Amsterdam de 1997 introduziu uma série de preceitos que requerem o desenvolvimento de uma nova política de direitos humanos no âmbito da União Europeia: a) o tratado ineditamente afirma que a União Europeia é fundada nos princípios da liberdade, democracia, direitos humanos e Estado de Direito; b) o tratado exige que a Corte de Justiça aplique os parâmetros de direitos humanos aos atos das instituições comunitárias; c) o tratado amplia significativamente os poderes da União para adotar as medidas necessárias ao combate às diversas formas de discriminação; d) o tratado introduz a possibilidade de suspender os direitos do Estado membro, na hipótese de violação aos direitos humanos”.¹⁶ No mesmo sentido, afirma Manfred Nowak: “Tem sido alegado que a maior inovação do Tratado de Amsterdam foi no sentido de fortalecer as competências da União Europeia no campo dos direitos e liberdades fundamentais. De fato, o progressivo desenvolvimento da União Europeia no campo da liberdade, segurança e justiça tem sido reconhecido como um dos cinco objetivos da União, consagrado no artigo 2 do Tratado da União Europeia.(...) Na medida em que a União Europeia gradativamente transforma-se de uma organização econômica em uma organização política, os direitos humanos têm se tornado mais e mais importantes, tanto nas relações

¹⁵ Cf. Manfred Nowak, Human Rights Conditionality in Relation to Entry to, and Full Participation in, the EU, In: The EU and Human Rights, ed. Philip Alston, Oxford, Oxford University Press, 1999, p.690.

¹⁶ Cf. Philip Alston e J.H.H. Weiler, An Ever Closer Union in Need of a Human Rights Policy: The European Union and Human Rights, In: The EU and Human Rights, ed. Philip Alston, Oxford University Press, Oxford, 1999, p.17-18. Adicionam os autores: “A União Europeia tem insistido que os Estados que objetivam sua admissão na União devem estrito respeito aos parâmetros de direitos humanos. Outros Estados que pretendam celebrar acordos de cooperação com a União, ou dela receber auxílio, benefícios ou preferências comerciais devem necessariamente respeitar os direitos humanos”. (op. cit. p.6-7)



Direitos Humanos, Democracia e Integração Regional: Os Desafios da Globalização

internas, como nas relações externas da União. O tratado de Amsterdam foi um avanço significativo nesta direção. (...) A obrigação da União de respeitar os direitos fundamentais, que foi ineditamente reconhecida em Maastricht em 1992, é hoje, explicitamente, objeto de controle jurisdicional pela Corte de Justiça. Ainda mais importante é o fato de que o respeito aos direitos humanos é hoje um pré-requisito essencial para o ingresso na União Européia, e na hipótese de sérias e persistentes violações aos direitos humanos por um Estado membro, sanções poderão ser aplicadas em relação ao Estado.”¹⁷

Assim, gradativamente, ao lado da integração de âmbito econômico, a União Européia passa a incluir na agenda de suas preocupações a questão da consolidação da democracia e do respeito aos direitos humanos na região. Em face das cláusulas democráticas e de direitos humanos, como condição imperativa para que um Estado pertença à União Européia, destaca-se o respeito aos direitos humanos, à democracia e a qualidade de Estado de Direito.

Neste sentido, merece menção o caso da Turquia, cujo ingresso na União Européia tem sido condicionado à observância dos direitos humanos e do regime democrático¹⁸.

Inobstante a exigência da cláusula democrática, cumpre observar que um grande desafio para a própria União Européia refere-se ao chamado “déficit democrático”. Nas lições de Ángel G. Checa Sancho: “Apesar de tudo, subsiste o déficit democrático na União Européia.(...) Um déficit sobre todo o sistema de funcionamento das instituições da União, que prejudica diretamente as pessoas. A principal manifestação deste déficit se encontra no terreno da adoção das normas da União. Sem dúvida, aqui são necessárias reformas institucionais que transformem esta situação. A superação deste déficit se realiza principalmente através da eleição direta do Parlamento

¹⁷ Cf. Manfred Nowak, op. cit. p.689 e p.697-698.

¹⁸ Note-se que a União Européia impôs à Turquia – como condição para sua candidatura a membro da União Européia — a implementação de profundos avanços no regime político e no regime de proteção aos direitos humanos, o que inclusive demandará alterações na Constituição daquele país. A respeito, ver The European Union decides it might one day talk Turkey, In: The Economist, 18 de dezembro de 1999, p.42-43.



Direitos Humanos, Democracia e Integração Regional: Os Desafios da Globalização

Europeu, peça chave para o processo integrador. Todavia, a simples eleição da Parlamento Europeu, a cada cinco anos, não é capaz de produzir efeitos globais. Com efeito, a democracia na União Europeia não pode consistir exclusivamente na eleição quinzenal do órgão parlamentar, o que significa que o déficit há de ser superado por meios adicionais.”¹⁹

No que tange aos direitos humanos, cumpre ainda ressaltar que, no âmbito da União Europeia, firma-se paulatinamente, além dos direitos sociais dos trabalhadores enunciados na *Social Chapter*, um catálogo de direitos humanos concernente à proibição da discriminação baseada em nacionalidade, bem como à liberdade de movimento dos trabalhadores, o que requer a harmonização de leis internas dos Estados membros, na medida em que vige o princípio do primado do direito comunitário (pelo qual é reconhecida primazia às normas editadas pela Comunidade em relação às leis internas de cada Estado). Cabe enfatizar que o tratado de Amsterdam aprimorou os mecanismos de combate à discriminação por razões de sexo, raça, origem, etnia, religião, crença, deficiência, idade ou orientação sexual. Assegurou também a igualdade de oportunidades para homens e mulheres e a não discriminação por razão de nacionalidade, especialmente no âmbito da livre circulação de trabalhadores europeus²⁰.

Outra relevante questão é a relação entre a União Europeia e o sistema normativo de proteção internacional dos direitos humanos. Uma vez mais, o tratado de Amsterdam introduziu um significativo avanço, ao afirmar que a União Europeia deve respeitar os direitos

¹⁹ Cf. Ángel G. Chueca Sancho, *Los Derechos Fundamentales en La Unión Europea*, 2ª edição, editorial Bosch, Barcelona, 1999, p.44. Para Jacques Attali: “O século 21 será o do conflito entre mercado e democracia. O mercado é mundial e a democracia é local. O mercado estimula o egoísmo e a democracia estimula a solidariedade.” (Utopia da fraternidade dá lugar à ideologia, In: *O Estado de São Paulo*, 01.01.2000).

²⁰ Foram ainda lançados objetivos para a chamada Agenda 2000 da União Europeia. Os principais objetivos do avanço institucional europeu assinalados na Agenda 2000 são: 1) consolidação do euro; 2) ampliação da União com o ingresso de países da Europa Central e Oriental candidatos à adesão (atualmente há negociações bilaterais com Chipre, República Checa, Estônia, Hungria, Polônia e Eslovênia, e há solicitação de ingresso da Bulgária, Letônia, Lituânia, Romênia e Eslováquia); e 3) a aplicação efetiva do Tratado de Amsterdam.



Direitos Humanos, Democracia e Integração Regional: Os Desafios da Globalização

humanos fundamentais assegurados na Convenção Europeia de Direitos Humanos, bem como os direitos decorrentes das tradições constitucionais comuns aos Estados membros, como princípios gerais do Direito Comunitário. Sobre a matéria, pondera Ángel G. Chueca Sancho: “Desde 1997 (sentença Kremzow), a jurisprudência tem afirmado que a comunidade não admite medidas incompatíveis com os direitos humanos reconhecidos e garantidos na Convenção de Roma.”²¹ Além disso, como observam Philip Alston e J.H.H. Weiler: “O Conselho Europeu tem insistido para que todos os Estados membros da União Europeia aceitem os principais instrumentos internacionais de direitos humanos dos quais ainda não sejam parte e tem encorajado os Estados a implementarem plenamente tais instrumentos.”²² Deste modo, afirma-se na União Europeia a exigência da observância dos parâmetros internacionais constantes do sistema internacional de proteção dos direitos humanos, como, por exemplo, a Convenção Europeia de Direitos Humanos.

No tocante à experiência latino-americana de integração econômica, destaca-se particularmente a experiência do Mercosul. O Mercosul representa um passo inovador no processo de cooperação e integração latino-americana e insere-se dentro da realidade atual de formação de blocos econômicos entre países de uma mesma região.

Como marco do processo de aproximação entre os países do cone Sul, o Mercosul, instituído pelo Tratado de Assunção de 1991, propõe uma inédita cooperação e integração econômica no âmbito da América Latina, mediante a constituição de um mercado comum

²¹ Op.cit. p.280

²² Philip Alston e J.H.H. Weiler, op. cit., p.28. Entretanto, os autores ponderam que nem todos os Estados membros da União Europeia ratificaram os seis principais tratados de direitos humanos das Nações Unidas. A respeito da matéria, observa Antônio Augusto Cançado Trindade: “Não há de passar despercebido, que, no presente, a Convenção Europeia foi ratificada por todos os 22 Estados membros do Conselho da Europa; do mesmo modo, o direito de petição sob a Convenção (artigo 25) foi aceito por todos os 22 Estados-partes, e a jurisdição compulsória da Corte Europeia (artigo 46 da Convenção) foi aceita por todos os Estados-partes com a única exceção da Turquia”. (Antônio Augusto Cançado Trindade, A Proteção Internacional dos Direitos Humanos - Fundamentos Jurídicos e Instrumentos Básicos, São Paulo, ed. Saraiva, 1991, p.16).



Direitos Humanos, Democracia e Integração Regional: Os Desafios da Globalização

entre a Argentina, o Brasil, o Paraguai e o Uruguai. O propósito básico é a ampliação das atuais dimensões dos mercados nacionais destes países, através da integração²³, como condição fundamental para acelerar seu processo de desenvolvimento com justiça social.

A agenda inaugural do Mercosul compreendeu: a) a livre circulação de bens, serviços, mercadorias e fatores produtivos entre os países; b) a adoção de uma política comercial comum em relação a terceiros Estados ou agrupamentos de Estados; c) a coordenação de políticas macroeconômicas e setoriais entre Estados, a fim de assegurar condições adequadas de concorrência entre Estados; e d) o compromisso dos Estados de harmonizar suas legislações, para lograr o fortalecimento de integração.

Observa-se, contudo, que esta agenda inicial do Mercosul tem sido gradativamente ampliada, de forma a compreender, por exemplo, a cooperação e assistência jurisdicional em matéria civil, comercial, trabalhista e administrativa (Protocolo de Las Leñas, de 1992); o cumprimento de medidas cautelares destinadas a impedir a irreparabilidade de dano em relação às pessoas, bens e obrigações (Protocolo de Medidas Cautelares, de 1994); o direito do consumidor e da concorrência (Protocolo de Santa Maria sobre jurisdição internacional em matéria de relações de consumo de 1996 e o Protocolo de Defesa da Concorrência do Mercosul); educação e cultura (Protocolo de Integração Cultural para favorecer o enriquecimento e a difusão de expressões culturais e artísticas do Mercosul, de 1996 e o Protocolo de Integração Educacional para prosseguimento de estudos de pós-graduação nas Universidades dos países do Mercosul, de 1996) e meio ambiente (Acordos sobre Cooperação em matéria ambiental celebrado entre o Brasil e a Argentina em 1997 e entre o Brasil e Uruguai em 1997).

Percebe-se, deste modo, que a agenda do Mercosul está gradativamente abrindo-se à temática dos direitos humanos, como atestam os recentes Acordos em matéria educacional, cultural e

²³ Para Paulo Borba Casella: “No caso do Mercosul, percebe-se já ter ultrapassado o patamar da estrita operação intergovernamental, sem que se reconheça, abertamente, a ocorrência de elementos supranacionais”. (op. cit. p.86)



Direitos Humanos, Democracia e Integração Regional: Os Desafios da Globalização

ambiental de 1996 e 1997²⁴. Acrescente-se ainda a chamada “cláusula democrática” do Mercosul, que exige como condição indispensável de seus membros a vigência do regime democrático. A respeito, vale destacar o caso da crise política do Paraguai de março de 1999, em que tal cláusula democrática foi invocada, firmando-se que eventual golpe de Estado poderia levar a expulsão daquele país do Mercosul.

Também relevante é avaliar a relação entre o aparato normativo internacional de proteção dos direitos humanos e os tratados referentes ao Mercosul. Ressalte-se que na experiência latino-americana o processo de democratização da região, deflagrado na década de 80, é que propiciou a incorporação de importantes instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos pelos Estados latino-americanos. A título de exemplo, note-se que a Convenção Americana de Direitos Humanos, também denominada Pacto de San José da Costa Rica, adotada em 1969, foi ratificada pela Argentina em 1984, pelo Uruguai em 1985, pelo Paraguai em 1989 e pelo Brasil em 1992. Já o reconhecimento da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos deu-se na Argentina em 1984, no Uruguai em 1985, no Paraguai em 1993 e no Brasil em 1998. Hoje pode-se constatar que os países integrantes do Mercosul subscreveram os principais tratados gerais e especiais de direitos humanos adotados pela ONU e pela OEA, com destaque aos Pactos Internacionais de Direitos Cívicos e Políticos e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; Convenções contra a Tortura, sobre os Direitos da Criança, sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, dentre outras.

No que tange à incorporação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, observa-se que as Constituições da Argentina, Brasil, Uruguai e Paraguai conferem a estes instrumentos uma hierarquia especial e privilegiada, distinguindo-os dos tratados tradicionais. Neste sentido, merecem destaque o artigo 75, 22 da

²⁴ Cabe realçar, no entanto, que a proteção dos direitos humanos no Mercosul está absolutamente condicionada à necessidade de fortalecimento do processo democrático na região, tendo em vista todas as dificuldades decorrentes da herança de três séculos de dominação colonial combinados com regimes autoritários recentemente abolidos por gradativos processos de transição democrática.



Direitos Humanos, Democracia e Integração Regional: Os Desafios da Globalização

Constituição Argentina, que expressamente atribui hierarquia constitucional aos mais relevantes tratados de proteção de direitos humanos e o artigo 5º, parágrafo 2º, da Carta Brasileira que incorpora estes tratados no universo de direitos fundamentais constitucionalmente protegidos²⁵.

Importa ressaltar que as Constituições da Argentina, Brasil, Uruguai e Paraguai, na qualidade de marcos jurídicos da transição democrática nestes países, fortalecem extraordinariamente a gramática dos direitos humanos, ao consagrar o primado do respeito a estes direitos como paradigma propugnado para a ordem internacional²⁶. Este princípio invoca a abertura das ordens jurídicas nacionais ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos e, ao mesmo tempo, exige uma nova interpretação de princípios tradicionais como a soberania nacional e a não intervenção, impondo a flexibilização e relativização destes valores. Os direitos humanos passam a constituir tema de legítimo interesse da comunidade internacional, traduzindo um tema global.

Tecendo um paralelo entre as experiências do Mercosul e da União Européia, no que tange às cláusulas referentes à democracia e aos direitos humanos, pode-se concluir que, originalmente criados para propiciar maior integração e cooperação de natureza econômica, a União Européia e o Mercosul passaram gradativamente a

²⁵ Portanto, à luz do regime jurídico diferenciado aplicável aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, estes textos constitucionais acolhem um sistema misto, que combina regimes jurídicos distintos: um aplicável aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e outro aplicável aos tratados tradicionais. Este sistema misto se fundamenta na natureza especial dos tratados internacionais de direitos humanos que - distintamente dos tratados tradicionais que objetivam assegurar uma relação de equilíbrio e reciprocidade entre Estados pactuantes - priorizam assegurar a proteção da pessoa humana, até mesmo contra o próprio Estado pactuante.

²⁶ Note-se que as próprias Constituições da Argentina, Brasil, Uruguai e Paraguai consagram esta interpretação. A título ilustrativo, a Constituição do Paraguai de 1992, em seu artigo 145, admite uma ordem jurídica supranacional que garanta a vigência dos direitos humanos, da paz, da justiça, da cooperação e do desenvolvimento político, econômico, social e cultural. Já a Constituição da Argentina (com a reforma de 1994), em seu artigo 75, parágrafo 24, estabelece a competência do Congresso de aprovar tratados de integração que deleguem competências e jurisdição a organizações supra-estatais em condições de reciprocidade e igualdade, e que respeitem a ordem democrática e os direitos humanos.



Direitos Humanos, Democracia e Integração Regional: Os Desafios da Globalização

ampliar a agenda de integração, no sentido de incluir a consolidação da democracia e a efetivação dos direitos humanos como objetivos comuns a serem desenvolvidos.

Quanto à aplicação da chamada cláusula democrática, merece menção o caso da Turquia, no âmbito da União Européia e o caso do Paraguai, no âmbito do Mercosul, como exemplos de esforços empreendidos pelos aludidos blocos econômicos em prol da consolidação da democracia na região.

No que se refere à implementação dos direitos humanos — embora inexista até o presente momento a previsão de um catálogo expresso de direitos fundamentais no âmbito da União Européia e do Mercosul — constata-se que o processo de integração econômica primeiramente pautou-se pela proteção dos direitos sociais para, em um segundo momento, tratar dos direitos civis. Neste sentido, na experiência européia destaca-se a preocupação da então comunidade européia em adotar políticas em comum acordo acerca das condições sociais e econômicas dos trabalhadores, bem como, posteriormente, destaca-se a previsão de direitos sociais dos trabalhadores enunciados na *Social Chapter*. Na experiência do Mercosul, destacam-se os recentes Acordos em matéria educacional, cultural e ambiental de 1996 e 1997.

Outro tema de especial relevância atém-se à relação da União Européia e do Mercosul com o sistema normativo de proteção internacional dos direitos humanos. Há que se enfatizar que tanto os países membros da União Européia, como os países integrantes do Mercosul, ratificaram os principais tratados de proteção dos direitos humanos, seja do sistema global (ONU), seja dos respectivos sistemas regionais (o sistema europeu e o sistema interamericano). Como já dito, afirma-se na União Européia a exigência da observância dos parâmetros internacionais constantes do sistema internacional de proteção dos direitos humanos, como, por exemplo, da Convenção Européia de Direitos Humanos. No caso do Mercosul, ainda que tão recente seja sua experiência, sustenta-se que os países que o integram não de conferir plena observância à normatividade internacional de direitos humanos, que foi acolhida por estes países antes



Direitos Humanos, Democracia e Integração Regional: Os Desafios da Globalização

mesmo da criação deste bloco econômico. É, assim, fundamental que os tratados do Mercosul sejam elaborados, interpretados e aplicados à luz dos instrumentos internacionais de proteção de direitos humanos ratificados pelos países que o integram.

Conclui-se que, tanto no âmbito da União Européia, como no âmbito do Mercosul, a normatividade internacional de proteção aos direitos humanos conjugada com as “cláusulas democráticas e de direitos humanos” estabelecem um conjunto de parâmetros materiais mínimos impositivos aos Estados integrantes daqueles blocos econômicos, que devem ser observados como condição para a própria permanência destes países na União Européia ou no Mercosul²⁷. Estes parâmetros conferem lastro ético e moral a tais organizações regionais, que não se reduzem à criação de um mero mercado comum para a livre circulação de bens, mercadorias e serviços. Aos objetivos de integração e cooperação econômica, somam-se objetivos de natureza política concernentes à consolidação da democracia e à efetivação dos direitos humanos na região. Como acentua Canotilho, o Direito Internacional tende a transformar-se em suporte das relações internacionais através da progressiva elevação dos direitos hu-

²⁷ A respeito, vide o caso da Turquia e o caso do Paraguai, já mencionados por este artigo.

²⁸ Sobre a matéria, leciona Canotilho: “Se ontem a conquista territorial, a colonização e o interesse nacional surgiam como categorias referenciais, hoje os fins dos Estados podem e devem ser os da construção de “Estados de Direito Democráticos, Sociais e Ambientais”, no plano interno e Estados abertos e internacionalmente amigos e cooperantes no plano externo. Estes parâmetros fortalecem as imbricações do direito constitucional com o direito internacional. (...) Os direitos humanos articulados com o relevante papel das organizações internacionais fornecem um enquadramento razoável para o constitucionalismo global. O constitucionalismo global compreende não apenas o clássico paradigma das relações horizontais entre Estados, mas o novo paradigma centrado: nas relações Estado/povo, na emergência de um Direito Internacional dos Direitos Humanos e na tendencial elevação da dignidade humana a pressuposto ineliminável de todos os constitucionalismos. Por isso, o Poder Constituinte dos Estados e, conseqüentemente, das respectivas Constituições nacionais, está hoje cada vez mais vinculado a princípios e regras de direito internacional. É como se o Direito Internacional fosse transformado em parâmetro de validade das próprias Constituições nacionais (cujas normas passam a ser consideradas nulas se violadoras das normas do *jus cogens* internacional). O Poder Constituinte soberano criador de Constituições está hoje longe de ser um sistema autônomo que gravita em torno da soberania do Estado. A abertura ao Direito Internacional exige a observância de princípios materiais de política e direito internacional tendencialmente informador do Direito interno.” (José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Livraria Almedina, Coimbra, 1998, p.1217-1218).



manos e da democracia a padrão jurídico de conduta política interna e externa²⁸. Neste contexto, a recusa a estes parâmetros materiais torna internacionalmente suspeitos os Estados violadores, na medida em que, cada vez mais, a democracia e os direitos humanos têm se tornado um aspecto crucial de legitimidade governamental, tanto no âmbito doméstico, como internacional²⁹.

Considerando as peculiaridades e complexidades do processo de integração regional, transita-se, por fim, à análise do impacto da globalização econômica, no que tange à democracia e aos direitos humanos.

4. QUAL TEM SIDO O IMPACTO DA GLOBALIZAÇÃO ECONÔMICA NO QUE TANGE À PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E DA DEMOCRACIA NO ÂMBITO DA INTEGRAÇÃO REGIONAL, PARTICULARMENTE DA UNIÃO EUROPÉIA E DO MERCOSUL?

O processo de globalização econômica, inspirado na agenda do chamado “Consenso de Washington”, passou a ser sinônimo das medidas econômicas neoliberais voltadas para a reforma e a estabilização das denominadas “economias emergentes”. Tem por plataforma o neoliberalismo, a redução das despesas públicas, a privatização, a flexibilização das relações de trabalho, a disciplina fiscal para a eliminação do déficit público, a reforma tributária e a abertura do mercado ao comércio exterior. Há a crescente internacionalização da produção e a criação de mercados mundiais integrados³⁰. No dizer de

²⁹ Ver Diane F. Orentlicher, Addressing Gross Human Rights Abuses: Punishment and Victim Compensation, In: Louis Henkin & John Lawrence Hargrove, Ed., Human Rights: An Agenda for the next century, Washington, Studies in Transnational Legal Policy, n.26, p.435, 1994.

³⁰ Para Hesse: “Globalização da economia significa que as fronteiras entre países perdem importância, quando se trata de decisões sobre investimentos, produção, oferta, procura e financiamentos. As consequências são uma rede cada vez mais densa de entrelaçamentos das economias nacionais, uma crescente internacionalização da produção, no sentido de que os diferentes componentes de um produto final passam a ser manufaturados em diferentes países, e a criação de mercados mundiais integrados para inúmeros bens, serviços e produtos financeiros”. (Helmut Hesse – Globalização, Dicionário de Ética Econômica, organizado por Georges Enderle, 1997, p. 305 apud Celso A. Mello, A Soberania através da História, In: Anuário Direito e Globalização – A Soberania, Rio de Janeiro, Renovar, 1999, p.21).



Direitos Humanos, Democracia e Integração Regional: Os Desafios da Globalização

Jurgen Habermas: “Hoje são antes os Estados que se acham incorporados aos mercados, e não a economia política às fronteiras estatais.”³¹

Todavia, a globalização econômica tem agravado ainda mais as desigualdades sociais, aprofundando-se as marcas da pobreza absoluta e da exclusão social. Os mercados têm se mostrado incompletos, falhos e imperfeitos. De acordo com o relatório sobre o Desenvolvimento Humano de 1999, elaborado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), a integração econômica mundial tem contribuído para aumentar a desigualdade. A diferença de renda entre os 20% mais ricos da população mundial e os 20% mais pobres, medida pela renda nacional média, aumentou de 30 para 1 em 1960 para 74 em 1997. Adiciona o relatório que, em face da globalização assimétrica, a parcela de 20% da população mundial que vive nos países de renda mais elevada concentra 86% do PIB mundial, 82% das exportações mundiais, 68% do investimento direto estrangeiro e 74% das linhas telefônicas. Já a parcela dos 20% mais pobres concentra 1% do PIB mundial, 1% das exportações mundiais, 1% do investimento direto estrangeiro e 1,5% das linhas telefônicas³². Acrescente-se que o próprio Banco Mundial reconheceu, em relatório recente, que a pobreza tem crescido em virtude da globalização econômica. De acordo com o relatório do BIRD, no período de maior adesão ao neoliberalismo aumentaram a pobreza e o protecionismo em escala internacional³³.

O forte padrão de exclusão sócio-econômica constitui um grave comprometimento às noções de universalidade e indivisibilidade dos direitos humanos. O alcance universal dos direitos humanos é mitiga-

³¹ Jurgen Habermas, *Nos Limites do Estado*, Folha de São Paulo, Caderno Mais!, p.5, 18 de julho de 1999.

³² A respeito do Brasil, o relatório do PNUD afirma que 15,8% da população brasileira (26 milhões de pessoas) não tem acesso às condições mínimas de educação, saúde e serviços básicos, 24% da população não tem acesso a água potável e 30% estão privados de esgoto. Este relatório, que avalia o grau de desenvolvimento humano de 174 países, situa o Brasil na 79ª posição do ranking e atesta que o Brasil continua o primeiro país em concentração de renda — o PIB dos 20% mais ricos é 32 vezes maior que o dos 20% mais pobres.

³³ Pobreza cresce, diz Banco Mundial, In: Folha de São Paulo, 16.09.1999.



Direitos Humanos, Democracia e Integração Regional: Os Desafios da Globalização

do pelo largo exército de excluídos, que se tornam supérfluos em face do paradigma econômico vigente, vivendo mais no “Estado da natureza” que propriamente no “Estado Democrático de Direito”. Por sua vez, o caráter indivisível destes direitos é também mitigado pelo esvaziamento dos direitos sociais fundamentais, especialmente em virtude da tendência de flexibilização de direitos sociais básicos, que integram o conteúdo de direitos humanos fundamentais. A garantia dos direitos sociais básicos (como o direito ao trabalho, à saúde e à educação), que integram o conteúdo dos direitos humanos, tem sido apontada como um entrave ao funcionamento do mercado e um obstáculo à livre circulação do capital e à competitividade internacional. A educação, a saúde e a previdência, de direitos sociais básicos transformam-se em mercadoria, objeto de contratos privados de compra e venda — em um mercado marcadamente desigual, no qual grande parcela populacional não dispõe de poder de consumo. Como acentua José Eduardo Faria: “(...) os serviços públicos essenciais nos campos da educação, saúde, moradia, transporte ou até mesmo de segurança, convertidos em objeto de ambiciosos programas de privatização, passam a ser comercializados como uma mercadoria qualquer, formalizados por contratos de caráter estritamente mercantil e apropriados por organizações empresariais exclusivamente voltadas ao lucro”³⁴. No mesmo sentido, salienta Marilena Chauí: “A reforma do Estado retirou educação e saúde do campo dos direitos sociais e as incluiu no dos serviços não exclusivos do Estado. Essa pequena alteração terminológica – passar do direito ao serviço – não só as transferiu para a rede do mercado, como também legitimou seu tratamento como uma mercadoria qualquer, sujeita aos mecanismos contratuais que regem as ações mercantis e que identificam o cidadão com o consumidor.”³⁵

Em razão da indivisibilidade dos direitos humanos, a violação aos direitos econômicos, sociais e culturais propicia a violação aos

³⁴ A respeito, ver José Eduardo Faria, O Futuro dos Direitos Humanos após a Globalização Econômica, In: O Cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem, São Paulo, Edusp, 1999, p.56.

³⁵ Marilena Chauí, Nova barbárie: aluno inadimplente, In: Folha de São Paulo, 12.12.1999.



Direitos Humanos, Democracia e Integração Regional: Os Desafios da Globalização

direitos civis e políticos, eis que a vulnerabilidade econômico-social leva à vulnerabilidade dos direitos civis e políticos³⁶. No dizer de Amartya Sen: “A negação da liberdade econômica, sob a forma da pobreza extrema, torna a pessoa vulnerável a violações de outras formas de liberdade.(...) A negação da liberdade econômica implica na negação da liberdade social e política.”³⁷ Acrescente-se ainda que este processo de violação dos direitos humanos alcança prioritariamente os grupos sociais vulneráveis, como as mulheres e a população negra (daí os fenômenos da “feminização” e “eticização” da pobreza).

Ressalte-se que os próprios formuladores do Consenso de Washington, dentre eles Joseph Stiglitz, Vice-Presidente do Banco Mundial, hoje assumem a necessidade do “Pós Consenso de Washington”, capaz de incluir temas relativos ao desenvolvimento humano, à educação, à tecnologia e ao meio ambiente - enfim, entende-se fundamental apontar às funções que o Estado deve assumir para assegurar um desenvolvimento sustentável e democrático³⁸.

³⁶ Para José Eduardo Faria: “Com a globalização econômica os excluídos dos mercados de trabalho e consumo perdem progressivamente as condições materiais para exercer em toda a sua plenitude os direitos humanos de primeira geração e para exigir o cumprimento dos direitos humanos de segunda e terceira geração.” (op. cit. p. 68-69)

³⁷ Amartya Sen, *Development as Freedom*, Alfred A. Knopf, New York, 1999, p.08.

³⁸ Em 30 de setembro de 1999, o diretor-gerente do FMI, Michel Camdessus, ao reconhecer explicitamente a insuficiência das receitas liberais, defendeu a humanização da globalização. (FMI questiona Consenso de Washington, In: Folha de São Paulo, 30.09.1999). A respeito, ainda merece menção o ocorrido na conferência da Organização Mundial do Comércio (OMC), em Seattle, em dezembro de 1999, em que fortes protestos e críticas foram feitas por inúmeros manifestantes e organizações não-governamentais em relação ao impacto excludente da globalização econômica. Os protestos acenavam para a importância da proteção da democracia, meio ambiente, direitos humanos, direitos sociais dos trabalhadores no âmbito da globalização. Sobre o assunto, ver *The non-governmental order – Will NGOs democratise, or merely disrupt, global governance?*, In: *The Economist*, 11 de dezembro de 1999, p. 20-21. Na avaliação de Marilena Chauí: “A guerra de Seattle, tanto dentro como fora da OMC, indica que a contradição entre interesses nacionais é uma contradição de poder e entre poderes locais, regionais e nacionais. Indica, portanto, contradição entre a internacionalização da economia e as formas assumidas pela luta de classes no plano nacional e internacional. É notável ver que a luta entre excluídos e incluídos, que parecia acontecer apenas no campo social nacional, ressurgiu com máxima força em Seattle, como se viu na divisão espacial das salas dos grupos de discussão, na questão dos subsídios e das tarifas protecionistas e nas cláusulas trabalhistas.” (Fantasias da Terceira Via, Folha de São Paulo, 19.12.1999).



Direitos Humanos, Democracia e Integração Regional: Os Desafios da Globalização

Como leciona Jack Donnelly, se os direitos humanos são o que civilizam a democracia, o Estado de Bem Estar Social é o que civiliza os mercados³⁹. Se os direitos civis e políticos mantêm a democracia dentro de limites razoáveis, os direitos econômicos e sociais estabelecem os limites adequados aos mercados. Mercados e eleições, por si só, não são suficientes para assegurar direitos humanos para todos. No mesmo sentido, acentua Celso Lafer ser da convergência entre as liberdades clássicas e os direitos de crédito que depende a viabilidade da democracia no mundo contemporâneo⁴⁰.

Embora a formação de blocos econômicos de alcance regional, tanto na União Européia, como no Mercosul, tenha buscado não apenas a integração e cooperação de natureza econômica, mas posterior e paulatinamente a consolidação da democracia e a implementação dos direitos humanos nas respectivas regiões (o que se constata com maior evidência na União Européia e de forma ainda bastante incipiente no Mercosul), observa-se que as cláusulas democráticas e de direitos humanos não foram incorporadas na agenda do processo de globalização econômica.

Ao revés, a globalização econômica tem comprometido a vigência dos direitos humanos, em especial dos direitos sociais. Em face da indivisibilidade dos direitos humanos, como já mencionado, a violação aos direitos sociais acaba por implicar a violação aos direitos civis e políticos, o que resulta na fragilização da própria democracia. Testemunha-se, ainda, o impacto transformador e desagregador da transnacionalização dos mercados sobre as estruturas político-institucionais, na medida em que as decisões passam a ser tomadas no âmbito de organismos multilaterais e conglomerados multinacionais, com a substituição da política pelo mercado, enquanto instância decisória⁴¹.

³⁹ Jack Donnelly, *International Human Rights*, Colorado, Westview Press, 1998, 160.

⁴⁰ Celso Lafer, In: *Direitos Humanos no Século XXI*, 1998.

⁴¹ A respeito, ver José Eduardo Faria, *O Futuro dos Direitos Humanos após a Globalização Econômica*, In: *O Cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem*, São Paulo, Edusp, 1999, p.56. Consultar ainda José Eduardo Faria, *O Direito na Economia Globalizada*, São Paulo, ed. Malheiros, 1999. Sobre a matéria, observa Maria Helena Chauí: "Com o deslocamento da política para o campo internacional, o que é exatamente a política local? De um lado, ela é inócua e irrelevante, pois as questões fundamentais da sociedade não passam por ela – nela se consolida periodicamente o consenso quanto aos interesses que serão internacionalmente negociados." (*Fantasia da Terceira Via*, Folha de São Paulo, 19.12.1999).



Direitos Humanos, Democracia e Integração Regional: Os Desafios da Globalização

Vislumbram-se assim os paradoxos que decorrem das tensões entre a tônica excludente do processo de globalização econômica⁴² e os movimentos que intentam reforçar a democracia e os direitos humanos como parâmetros a conferir lastro ético e moral à criação de uma nova ordem internacional.

Para a consolidação da democracia e implementação dos direitos humanos, emerge o desafio da construção de um novo paradigma, pautado por uma agenda de inclusão, que seja capaz de assegurar um desenvolvimento sustentável, mais igualitário e democrático, nos planos local, regional e global⁴³. A prevalência dos direitos humanos e do valor democrático há de constituir a tônica deste novo paradigma global, que demanda o enfoque das ordens local, regional e global a partir da dinâmica de sua interação e impacto. Ao imperativo da eficácia econômica deve ser conjugada a exigência ética de justiça social, inspirada em uma ordem democrática que garanta o pleno exercício dos direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais.

Em um contexto cada vez mais caracterizado pela relação entre Estados, regiões e instituições internacionais, o próximo milênio reserva como maior débito e desafio a globalização da democracia e dos direitos humanos.

⁴² Para Hobsbawn: “Talvez a característica mais impressionante do fim do século XX seja a tensão entre esse processo de globalização cada vez mais acelerado e a incapacidade conjunta das instituições públicas e do comportamento coletivo dos seres humanos de se acomodarem a ele.” (Eric Hobsbawn, *Era dos Extremos – O Breve Século XX 1914-1991*, São Paulo, Cia das Letras, 1995, p. 24), Apud Celso A. Mello, *A Soberania através da História*, In: *Anuário Direito e Globalização – A Soberania*, Rio de Janeiro, Renovar, 1999, p.22).

⁴³ Para Amartya Sen: “O desenvolvimento deve ser considerado como um processo de expansão das liberdades reais que as pessoas podem usufruir”. (op. cit. p.36 e p.297)



INTERESSE PÚBLICO E INTERESSE PRIVADO: É POSSÍVEL COLISÃO?

*Luciana Mabilia Martins**

Introdução.

I. DISTINÇÕES PRELIMINARES

1. Interesse Público
2. Interesse Privado

II. O CHAMADO *PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO*

1. Princípios e Regras
2. A idéia de confronto entre interesse público e interesse privado e a posição de Robert Alexy quanto à colisão de princípios
3. A posição da jurisprudência brasileira

Conclusão

* Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul, Mestranda em Direito.



INTRODUÇÃO

Desde os mais remotos tempos encontramos na história dos povos a tributação sob as mais variadas formas. A evolução da tributação demonstra a formação da própria noção de Estado e a obrigatoriedade que este respeite limites anteriormente fixados para a arrecadação de fundos que financiem a sua atividade como ente público central.

A palavra *fiscus*, originariamente, significava a cesta ou o recipiente de vime que os coletores colocavam o dinheiro proveniente da arrecadação dos tributos em Roma¹. Na República, o tesouro do Estado Romano era designado como *aerarium populi romani*. No Principado, provavelmente em razão da distinção entre as províncias subordinadas a Caesar e aquelas subordinadas ao Senado, houve necessidade de distinguir o patrimônio público diretamente administrado pelo Príncipe dos demais bens públicos. Surge, assim o *fiscus Caesaris*, que se distinguia do patrimônio particular do Caesar, as *res privatae*.

Posteriormente, no âmbito do direito bárbaro e da Idade Média os tributos ora foram considerados como doações, auxílios e contribuições espontâneas, ora como despojos de guerra, confiscos e exigências arbitrárias de soberanos, para financiamento de guerras, formação de cavalaria, pagamento de casamentos e coroações.

As exigências constantes dos soberanos determinaram, entre os contribuintes, a necessidade de ser imposta limitação para os tributos cobrados. A Magna Carta inglesa é exemplo da contenção do poder real pela supremacia constitucional.

Também pode ser citado como precedente histórico de insurgência de contribuintes, a independência das colônias norte-americanas, provocada - dentre muitas outras razões - pela ganância da tributação inglesa sobre os colonos que povoavam o território.

¹ De acordo com Couto e Silva, Almiro do, in Os indivíduos e o Estado na realização de tarefas públicas, p. 04.



Interesse Público e Interesse Privado: É Possível Colisão?

A forma de obtenção da receita tributária foi, portanto, pouco a pouco, sendo disciplinada por normas, paralelamente à evolução da concepção de direito público e de constitucionalismo. Neste passo, a chamada função fiscalizadora do Estado se ampliou, não buscando somente arrecadar, mas efetivamente interferir no mercado econômico, com vistas à proteção de um determinado *status quo*.

No primórdio, assim, a prestação tributária ficava ao arbítrio dos particulares como um favor ou auxílio destes à comunidade; em fase posterior tal requisição ficava ao arbítrio do soberano, que exigia dentro da relação de força-poder; com o Estado de Direito, a prestação tributária passou a ser exigida por meio de uma relação jurídica, disciplinada por lei, de cunho geral.

O desempenho das atividades típicas atribuídas ao Estado, que, em seu conjunto, formam o que se convencionou chamar de fins do Estado, requer uma gama de recursos materiais. Contudo, a atividade de angariar dinheiro aos cofres públicos é instrumental, o seu objetivo é que, com os valores arrecadados, seja possível e viável promover o bem comum.

Mas, além de sua função instrumental de arrecadação de recursos para custeio da despesa pública, a tributação tem por finalidade essencial ser um instrumento de intervenção estatal no meio social e na economia privada²

O cerne deste trabalho é, justamente, tentar definir este *interesse público* que, afinal, movimenta a cobrança de tributos e sua colisão com o chamado *interesse privado*, dos contribuintes.

Até que ponto é possível aferir a desigualdade na relação do Estado com o particular? Em que situação ficam os direitos fundamentais do indivíduo-contribuinte? Há possibilidade ou não de comparação entre estes dois conceitos - interesse público e interesse privado - e o que efetivamente eles representam, em casos como, e.g., em que o sigilo fiscal ou bancário do contribuinte é desvendado para que se alcance a arrecadação necessária às tarefas do Estado?

² Neste sentido, Becker, Alfredo Augusto, Teoria Geral do Direito Tributário, 3ª ed., p. 587.



I. DISTINÇÕES PRELIMINARES

Parte significativa da doutrina de direito administrativo no País considera que, quando se afere relações nas quais o Estado encontra no outro pólo um particular, não se poderia esquecer a evidente desigualdade jurídica entre a Administração e o administrado³. E, como interface desta assertiva, consideram que move tais relações o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado⁴, dada a prevalência do interesse coletivo sobre o interesse individual.

O mesmo preceito é usualmente utilizado pela dogmática de direito tributário, em sintonia com o direito administrativo, descrevendo como um dos “princípios” que regulariam a relação entre o poder tributante e o contribuinte. Paulo de Barros Carvalho⁵ e Misabel Derzi⁶, e.g., o consideram como um princípio implícito na Constituição, que direciona a ponderação das limitações constitucionais estabelecidas.

De imediato se afere a diferença entre as relações de direito público daquelas regidas pelo direito privado, onde se estabelece o princípio contrário, baseado em uma igualdade formal entre as partes.

Mas, afinal, o que é interesse público? A expressão, de muitas faces, é usada diuturnamente quando se quer afirmar a supremacia da Administração sobre os Administrados, ou do Ente tributante sobre os contribuintes, mas, efetivamente, a sua definição é peculiar.

Não basta alegar o *interesse público* como expressão retórica, para respaldar todos os atos da Administração. O conteúdo do conceito de *interesse público* não é de determinação objetiva. É preciso aferir, na experiência prática, como concretização das normas constitucionais, o seu conceito.

³ Cfe. Meirelles, Hely Lopes, in *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 39.

⁴ Bandeira de Mello, Celso Antônio, in *Curso de Direito Administrativo*, p. 43.

⁵ In *Curso de Direito Tributário*, p. 98.

⁶ In *Notas a Aliomar Baleeiro. Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar*. 7ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1997, pp 21-35.



1. Interesse Público

A idéia de *interesse público* dissociado na idéia de *interesse do governante*, tem origens nos movimentos revolucionários oitocentistas, como reação à fórmula absolutista *le roi ne peut mal faire*, quando a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão determinou que a privação da propriedade só poderia ser norteadada pelo interesse público. A noção de interesse público, hoje, está intimamente ligada com a própria concepção de Estado Democrático de Direito.

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello⁷, a Administração Pública está por lei adstrita ao cumprimento de certas finalidades, sendo-lhe obrigatório objetivá-las para colimar interesse de outrem: o da coletividade. É, assim, em nome do interesse público - o do corpo social - que o Estado tem de agir. Não existe para o ente Estatal aquela liberdade característica dos indivíduos, os quais podem tudo fazer, desde que a lei não proíba. O Estado, ao contrário, somente pode agir de acordo com o que a lei determina e, no silêncio do mandamento legal ele é inerte.

Entretanto, evidente que não estamos mais no iluminismo, em que os juízes e funcionários da administração apenas subsumiam as situações fáticas a conceitos jurídicos fixos.

O Estado exerce, pois, uma função, o que implica, necessariamente, condutas atreladas a um fim específico, o qual deve ser atendido. É situação oposta a de autonomia da vontade, típica do direito privado. Assim, onde há função, não há autonomia da vontade, não há liberdade de expressão, nem autodeterminação de finalidades e, muito menos, busca de interesses pessoais. Há adstricção a uma vontade pré-traçada pela Constituição.

O interesse a ser defendido - conceituado como interesse público - é o da coletividade como um todo, e não da entidade governamental.

Daí diferenciar-se “interesse público” de “bem comum” ou de “fins estatais”. O primeiro, que determina os fins e fundamentos

⁷ In Curso de Direito Administrativo, p. 45.



Interesse Público e Interesse Privado: É Possível Colisão?

legítimos da atuação estatal, distingue-se do chamado *bem comum*, considerado como o real fundamento da permanência da vida social. Quanto aos *fins estatais*, são estes interesses próprios do Estado.

Nesta linha de raciocínio, aponta Osvaldo Aranha Bandeira de Mello⁸ que a manifestação de vontade do Estado se faz de forma unilateral, tendo em vista o interesse estatal, como expressão do interesse do todo social.

Humberto Bergmann Ávila⁹, sustenta que o interesse público, tal como descrito pela doutrina, não se identifica com o bem comum. Bem comum seria “a composição harmônica do bem de cada um com o de todos; não o direcionamento dessa composição em favor do ‘interesse público’”.

Ponderando, justamente, sobre a distinção entre o interesse público - da coletividade - e o interesse das entidades governamentais, que podem, eventualmente, ser coincidentes, a doutrina italiana fundada em Renato Alessi, denomina o interesse público como *interesse público primário* e aquele próprio dos entes estatais como *interesse público secundário*¹⁰.

O interesse público primário seria, assim, todas aquelas atividades políticas, sociais, econômicas, policiais e administrativas que, conjuntamente, costuma se denominar como as finalidades do Estado. Para viabilizar tais atividades, como já mencionado acima, necessário se faz uma atividade meio que garanta a efetividade dos fins do Estado. Daí a natureza do *interesse público secundário*, de caráter instrumental.

Por conseguinte, é possível dizer que a atividade arrecadatória, vinculada diretamente ao direito tributário, tem esta característica de meio para a realização das reais tarefas do Estado; a tributação traz no seu bojo o veículo pelo qual se viabiliza a concretização do estabelecido pela coletividade. Toda a atividade ligada a tributos, pois, se

⁸ *Apud* Bandeira de Mello, Celso Antônio, op. cit. p. 20.

⁹ *In* O Direito Público em tempos de crise. *Repensando o “Princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”*, p. 101.

¹⁰ De acordo com Roque Antonio Carrazza, em artigo *O ICM na Constituição*, *Revista de Direito Tributário*, ano 8, nº 29/30, p. 162.



Interesse Público e Interesse Privado: É Possível Colisão?

qualifica como atividade própria do Estado, por ele mesmo desenvolvida, tendo em vista a gestão de interesses públicos. O seu fim último é, pois, financiar o setor público com eficácia.

Como refere Eduardo Carestiato Daniel¹¹, a Administração Pública, incluída a Fazendária, exerce função administrativa, pois se encontra investida do *dever* de satisfazer determinados fins. Logo, os poderes de que se vale o Estado para a consecução dessas mesmas finalidades só são legítimos se destinados a proporcionar ou a satisfazer *interesse público*.

O conceito de interesse público, pois, só pode ser aferido na prática, na medida da sua concretização.

No caso do direito tributário, especialmente, o que se afere é a compatibilização de um valor fundamental constitucionalmente protegido, a liberdade humana (entendida como liberdade de empresa, de trabalho, de propriedade privada), com o dever dos contribuintes de suprir o Estado com os valores necessários à promoção do bem-comum, sua finalidade.

Nesse sentido English¹² intuía a irreversível tendência no sentido dos conceitos jurídicos indeterminados - de conteúdo e extensão em larga medida incertos, conceitos normativos, conceitos discricionários e cláusulas gerais.

Garcia de Enterría e Fernandez¹³, aliás, refere que a teoria da indeterminação conceitual considera que os conceitos indeterminados são exatamente um instrumento moderno de vinculação do administrador à Lei.

É que o conceito indeterminado não implica indeterminação de sua aplicação. Insere-se, desta forma, o princípio da proporcionalidade, no âmbito tributário, na medida em que se tem em conta a adequação da lei tributária aos fins a que ela se destina constitucionalmente - norteado pelo *interesse público*, o que só se faz

¹¹ *In* A Teoria do Abuso do Direito e sua aplicabilidade no Direito Tributário, Revista dos Tribunais, Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas, nº 24, p. 19.

¹² *In* Introdução ao Pensamento Jurídico, Lisboa, trad. ed. alemã de 1983, Fundação Calouste Gulbenkian, 1988, p. 206.

¹³ *In* Curso de Direito Administrativo, São Paulo, trad. da ed. espanhola, Ed. RT, 1991, pp. 93.



Interesse Público e Interesse Privado: É Possível Colisão?

possível pela utilização da técnica dos conceitos indeterminados. É, assim, um controle finalístico da aplicação da lei tributária pela administração, ciente que sua conduta estará sujeita a reexame jurisdicional.

O chamado conceito jurídico indeterminado não significa que seja indeterminável, mas sim, que não parecia conveniente ou possível a determinação na lei, em contornos absolutos, interagindo na sua interpretação elementos fáticos, técnicos ou de cunho científico que somente o intérprete e o aplicador, frente à hipótese concreta, teriam condições de aferir.

No caso tributário, especialmente, não é possível se afastar grandes passos da realidade econômica, pois a tributação incide - ou é graduada, justamente, sobre elementos co-relacionados com valores monetários ou signos de riqueza, os quais - evidentemente - se modificam com a evolução da ciência e dos fatos.

2. Interesse privado

Na definição de interesse público - e até em contraposição - inserem-se elementos privados. É difícil, pois, analisar tanto interesse privado como interesse público de forma separada, quando se tem por base a relação bipolar entre Estado e particular.

É inegável que durante uma longa sucessão de séculos, desde a antigüidade clássica, o sistema que governou a humanidade - com algumas variações - foi o da civilização individual. Entretanto, o indivíduo reflete e ao mesmo tempo é reflexo da existência do outro e da coletividade. Logo, ser membro de uma sociedade organizada faz com que o indivíduo possa ter aspirações pessoais.

A teoria clássica do direito natural e o individualismo que a gerou marcaram - sobretudo nos séculos XVIII e XIX - uma divisão profunda entre a esfera pública e a esfera privada, entre o individual e o coletivo. Daí originaram numerosas doutrinas distinguindo direito público de direito privado e, em paralelo, desenvolvendo-se a idéia de *vontade geral*, no âmbito público, e de *autonomia da vontade*, no âmbito privado.

48 - RPGE, Porto Alegre 24(53): 41-62, 2001



Interesse Público e Interesse Privado: É Possível Colisão?

Neste período, a vontade individual ganha força, sendo apontada como causa primeira do direito objetivo e também do direito subjetivo.

Não é mais possível imaginar que a somatória dos interesses privados dos cidadãos resulta no interesse público a ser defendido pelo Estado, na perspectiva defendida por Rosseau e mais tarde por Hegel¹⁴.

Misabel Derzi, tratando especialmente da relação entre interesses particulares e interesses coletivos menciona a passagem de Hegel, em que este afirma que *“l’individu dans l’accomplissement de son devoir doit trouver en même temps son comte, son intérêt personnel ou sa satisfaction et, de sa situation dans l’État, résulte un droit par lequel la chose publique devient en même temps as chose particulière. Dans la verité, l’intérêt particulier ne doit être ni négligé ni refoulé, mais accordé à l’intérêt général, et ainsi l’un et l’autre sont maintenus”*¹⁵.

É evidente que, inobstante o indivíduo conviva em uma comunidade, existem interesses que são seus, particulares, os quais não restam absorvidos pelo interesse público da coletividade. Assim como mencionamos no item precedente, a conceituação precisa dos limites do chamado *interesse privado* deve ter em conta o caso particular e os preceitos constitucionais e legais incidentes sobre o fato.

No direito tributário, especificamente, seria possível afirmar que a busca pela diminuição da carga tributária, sem violação da lei ou cometimento de infração, insere-se como interesse particular ou privado do contribuinte. Assim, em um Estado Democrático de Direito, em que pese o dever geral de favorecimento da solidariedade social, também se manifesta o interesse privado de procurar resultado econômico com a maior economia, desde que de modo legítimo, sem violação legal.

¹⁴ Cfe. Faria, José Eduardo, *Interesse Público versus Interesse Privado: As antinomias jurídicas na gestão pública*, Revista da Procuradoria Geral do Estado do Ceará, ano 6, nº 8, p.33.

¹⁵ *In a Sobrevivência do direito privado e o direito público*, artigo publicado em Revista de Direito Público nº 62, p. 67.



Ao mesmo tempo, tal raciocínio pode facilmente incentivar a que os ganhos e a produtividade das empresas e pessoas físicas sejam obtidos à custa da sonegação fiscal, com evidente prejuízo às tarefas que o Estado tem por obrigação realizar, norteadas pelo bem comum.

De outra parte, importante salientar que, em determinadas situações, interesse público e interesse particular caminham conjuntamente, quando a incidência tributária tem por finalidade (extrafiscal) implementar política econômica ou social, ainda que tal fato sobre-carregue financeiramente o contribuinte.

II. O CHAMADO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

A hegemonia do interesse público sobre o particular configura dogma aceito por grande parte da doutrina de direito constitucional, administrativo e tributário.

Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁶, e.g., refere expressamente a chamada *supremacia do interesse público sobre o privado* trata-se de verdadeiro axioma, visto que, segundo o autor, “*proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o do particular, como condição, da sobrevivência e asseguramento deste último*”.

Igualmente, como já referido neste trabalho, para atingir a sua finalidade de promover o bem comum, o Estado exerce funções para cujo custeio precisa de recursos financeiros, os quais advêm - principalmente - da arrecadação de tributos. O direito de tributar, como muitos autores referem¹⁷ decorre do seu poder de império, pelo qual interfere no direito de propriedade dos contribuintes.

Outrossim, no plano tributário, por evidente, se observa o intervencionismo do Estado através do planejamento da tributação,

¹⁶ Op. cit. p. 19.

¹⁷ P. ex. Moreira, Ruy Barbosa, in Curso de Direito Tributário, p. 29.



Interesse Público e Interesse Privado: É Possível Colisão?

eis que é o intervencionismo estatal na ordem social e na economia privada meio à concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, assim, não só o tributo tem cabimento como meio arrecadatório de fundos para custear a despesa pública, como presta-se à implementação de determinado plano político, na medida em que intervém no plano econômico. Coexiste, pois, uma finalidade fiscal e outra extrafiscal.

Da mesma forma, as constantes fusões de grandes empresas buscando a formação de conglomerados gigantescos, com vistas a dominação de segmentos, transnacionalização de mercados, competitividade e liberdade de circulação de capitais, que se vislumbram, revelam-se - ao menos pontencialmente - incompatíveis com os princípios básicos de convivência e sociabilidade tendentes a um equilíbrio social, o que pode, por exemplo, ser contido através dos meios acima mencionados.

Ressalva, porém, Humberto Bergmann Ávila¹⁸ que, quando a doutrina administrativista tem em conta, nomeando ora como princípio ora como axioma, a supremacia do interesse público sobre o privado, tido como pressuposto de uma ordem social estável, refere-se ao interesse público como necessidade racional para a comunidade política, cuja validade precede a qualquer positivação. Não se trataria de uma norma-princípio ou de postulado normativo, mas do bem comum, como princípio fundamental da ética comunitária ou da política.

Assim, este autor pondera que *o discutido princípio da supremacia explica, antes, uma “regra de preferência”*.

Não se pode olvidar, outrossim, que tanto o interesse público como o interesse privado estão instituídos pela Constituição (no caso a Brasileira), sendo que elementos privados incluem-se também nos fins do Estado, com ocorre em sede de direitos fundamentais.

Assim, tem-se que o interesse público e o privado não se mantêm em antagonismo, ao contrário, entre eles há um liame estrutural, são eles conceitualmente inseparáveis, e é inegável que o interesse

¹⁸ Op. cit. pp. 120-1.



Interesse Público e Interesse Privado: É Possível Colisão?

privado tem intensa relação como bem público perseguido pela Constituição. E congregam, assim, na verdade, dois princípios a serem aplicados.

Necessário, pois, sejam estudados alguns pontos a fim de bem situar a temática da discussão que ora se propõe.

1. Princípios e regras

Os princípios são, como ensina Dworkin¹⁹, *standards* juridicamente vinculantes radicados nas exigências de justiça, ou na idéia de direito (Larenz); são, assim, fundamentos das regras. São normas de base, que constituem a *ratio* de regras jurídicas.

De ser salientado que a distinção entre regras e princípios como espécimes do gênero norma - e a conseqüente análise das questões daí decorrentes - compõe o alicerce para a compreensão da natureza principialista do Direito Contemporâneo.

Importante ter em conta, assim, que os princípios são verdadeiras normas, qualitativamente distintas das outras categorias de normas, as regras jurídicas. Ocorre que, como nos ensina Aléxy²⁰, os princípios são *normas jurídicas de otimização*, as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência. Conseqüentemente, os princípios permitem o balanceamento de valores e interesses, consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes. As regras, por sua vez, não deixam margem para outra solução.

No caso de conflito de princípios, estes podem ser objeto de ponderação e harmonização, o que não ocorre quando há conflito de regras, uma vez que estas são reciprocamente excludentes.

A existência de regras e princípios - como exposto acima - permite, consoante Alexy, a descodificação, isto é, permite a compreensão da Constituição como sistema aberto de regras e princípios.

¹⁹ Canotilho, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*, p. 166.

²⁰ *Derecho y Razon Practica*. Mexico, Fontamara, 1993, p. 10.



Interesse Público e Interesse Privado: É Possível Colisão?

Um sistema só de regras não subsistiria pelo excessivo legalismo. Haveria segurança, mas inexistiria espaço livre para a complementação e desenvolvimento do sistema. Um modelo baseado exclusivamente em princípios também não poderia ser aceito. A indeterminação, a inexistência de regras precisas conduziriam a um sistema falho de segurança. Assim um sistema intermédio congrega princípios e regras, sendo que os primeiros têm uma função normogénética e uma função sistêmica, dando fundamento às regras jurídicas. Além disso, os princípios formam elos de ligação entre as regras, a fim de montar o sistema constitucional integrado.

O pensamento jurídico contemporâneo é unânime em reconhecer aos princípios jurídicos o *status* conceitual e positivo de norma de direito, de norma jurídica. Os princípios têm, assim, positividade, vinculatividade, são normas, obrigam, têm eficácia positiva e negativa sobre comportamentos públicos ou privados bem como sobre a interpretação e a aplicação de outras normas, como as regras e outros princípios derivados de princípios de generalizações mais abstratas. E esse caráter normativo não é predicado somente dos “princípios positivos de Direito”, mas também dos “princípios gerais de Direito”. Ou seja, reconhece-se normatividade não só aos princípios que são expressa e explicitamente contemplados no âmago da ordem jurídica, mas também aos que, defluentes de seu sistema, são anunciados pela doutrina e descobertos no ato de aplicar o Direito.

Para que fosse alcançado esse *status* de normatividade dos princípios jurídicos, tanto no campo teórico quanto no normativo, trilhou-se um longo caminho com embates entre o jusnaturalismo (axiomas jurídicos) e o positivismo jurídico (não são encarados como superiores às leis, mas delas deduzidos). Segundo alguns autores, há uma terceira fase - chamada pós-positivista - que se inaugura nas últimas décadas deste século, em que os princípios jurídicos conquistam o patamar de normas jurídicas vinculantes, vigentes e eficazes.

Na questão que ora se coloca, Humberto Bergmann Ávila²¹, citando Alexy, pondera que a regra chamada de prevalência, segun-

²¹ Op. cit. p. 105.



do a qual determinada norma-princípio em determinadas condições tem preferência sobre outra norma-princípio, institui uma hierarquia móvel entre ambas as medidas, já que pode ser modificada caso alterado o contexto normativo e fático.

Nesta linha, analisa-se, no ponto seguinte, como tal se coloca, como e sob quais circunstâncias se entrecrocaram os dois princípios aqui trabalhados, um relacionado ao interesse do Estado, na aplicação da norma tributária, que traz em si meio e finalidade de concretização do interesse público, e outro, relativo ao contribuinte, tipicamente privado, e qual é a solução oferecida pela teoria dos princípios.

2. A idéia de confronto entre interesse público e interesse privado e a posição de Robert Alexy quanto à colisão de princípios.

Humberto Bergmann Ávila²², tratando do *princípio da supremacia do interesse público sobre o privado*, assim denominado em grande parte pela doutrina pátria, em sede administrativa, constitucional e tributária, pondera que, tendo por base a teoria geral do direito, tal “princípio” da supremacia, seria *uma regra abstrata de preferência no caso de colisão em favor do interesse público, nunca, porém, uma norma-princípio prima-facie*.

Sustenta o autor, assim, que não pode haver um “princípio” da supremacia do interesse público, porque ele não se insere na idéia acima descrita de mandamento de otimização, visto que não admite ponderação. Ou é aplicado ou não é.

Contudo, há outra forma de ver os mesmos fatos. Tudo parece indicar que na realidade se observam dois princípios, contidos em conceitos indeterminados: um relativamente ao interesse público e outro, a defender os princípios fundamentais no âmbito privado. A idéia de supremacia do interesse público não seria um princípio,

²² Op. cit. p. 108.



Interesse Público e Interesse Privado: É Possível Colisão?

mas uma das conseqüências possíveis da ponderação destes dois preceitos.

Mas, enfim, será possível afirmar possível uma colisão entre interesse público e interesse privado? E, nesta hipótese, subsistiria sempre o preceito sustentado por diversos doutrinadores como implícito na Constituição de que há supremacia do ente público perante o particular, na esfera da relação de direito tributário?

Não se questiona que a sonegação gera um menor ingresso de receita o que diminui as possibilidades de investimentos do Estado, agravando o fenômeno no qual excluídos dos mercados de trabalho perdem as condições materiais para exercer em toda a sua plenitude os direitos fundamentais de primeira geração e para exigir o cumprimento dos direitos fundamentais de segunda e terceira gerações.

Faz-se importante, pois, que através da tributação, sejam controladas a mobilidade e a acumulação privada de capitais, sob pena de os direitos fundamentais ingressarem em fase regressiva.

Não se pode olvidar, contudo, que, no desempenhar tal atividade o Estado deve levar em conta aspectos essenciais dos contribuintes, tais como: a necessidade de sigilo, com a preservação da esfera privada dos indivíduos etc.

Nestas hipóteses temos, como já mencionado, em realidade, dois princípios em colisão.

Sobre o tema, Alexy²³ refere que “o cumprimento dos postulados do Estado de direito social apresenta poucos problemas quando um equilíbrio econômico cuida disto, que todos os cidadãos mesmos ou por sua família estejam dotados suficientemente. Quanto menos isso é o caso, tanto mais os direitos fundamentais sociais pedem redistribuição”. Daí extrai o jurista que uma das formas pela qual será efetuada tal redistribuição social “ocorre quando o Estado, por impostos ou outras contribuições, consegue o dinheiro que é necessário para atender o mínimo existencial dos pobres. O dever de pagar impostos, porém, intervém em direitos fundamentais. Duvidoso é somente quais são eles: o direito de propriedade ou a liberdade de ação

²³ Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático, trad. Pelo Prof. Dr. Luís Afonso Heck, datilog.



Interesse Público e Interesse Privado: É Possível Colisão?

geral. Como o Estado nunca cobra impostos somente para a finalidade do cumprimento de postulados estatal-sociais, não é conveniente aduzir diretamente os direitos fundamentais sociais para a justificação dessa intervenção”.

Refere, ainda o mestre que “a cobrança de impostos serve diretamente só à produção da capacidade de ação financeira do Estado”. Esta, por sua vez, seria um pressuposto de sua capacidade de ação, e o Estado social pede que esta capacidade de ação seja consideravelmente ampliada.

Alexy considera que a teoria dos princípios de direitos fundamentais oferece a melhor solução para a problemática da colisão.

Segundo a teoria dos princípios, como já mencionado, princípios são *standards*, mandados de otimização, são normas que ordenam que algo seja realizado em uma medida tão ampla quanto possível, aferindo-se as questões fáticas e jurídicas incidentes na hipótese. Assim os princípios podem ser cumpridos em graus diferentes, consoante as circunstâncias do caso possibilitem.

Nesta linha de raciocínio, não é impossível que princípios sejam colidentes. A solução para o impasse é a ponderação.

As regras, por sua vez, obedecem à máxima ou tudo ou nada, ou elas são cumpridas ou não o são, não aceitando caminhos intermediários, são mandamentos definitivos.

Observa-se, pois, que a posição de Alexy, salientando que a solução pela teoria dos princípios é a via pela qual se faz valer a Constituição, sem lhe exigir o impossível, isto é, na medida da concretização dos casos concretos se afere a prevalência dos princípios, ponderando-se a fim de alcançar a melhor aplicação possível das disposições constitucionais.

Logo, não se poderia partir da máxima de supremacia do interesse público sobre o privado *a priori*. Necessário é verificar na prática quais são os valores em jogo. Resta evidenciado que existem dois princípios - que eventualmente se colidem - um relativo ao interesse público, baseado na própria concepção de Estado de Direito, e o outro relativo ao privado, este intrinsecamente relacionado aos direitos fundamentais. A aferição destes valores e a sua solução é tarefa do jurista e da jurisprudência.



3. A posição da jurisprudência brasileira

A solução pela teoria dos princípios, como abordado no item acima é o caminho que a jurisprudência brasileira vem trilhando acerca do assunto ora discutido, em que se batem interesse público e interesse particular.

Necessário aferir as questões atuais, tendo em vista as práticas de narcotráfico internacional, fraude fiscal e de lavagem de dinheiro, quando, então tem se observado o sigilo bancário com temperamentos. A norma geral, por obediência ao princípio maior da privacidade, permanece sendo a do sigilo, considerando-se que ele pode ser rompido de acordo com as circunstâncias fáticas.

Os tribunais vêm entendendo, assim, no passo da doutrina, que o sigilo bancário e fiscal dos cidadãos não é absoluto. O Supremo Tribunal Federal tem admitido a quebra deste sigilo quando há interesse público relevante, como o da investigação criminal fundada em suspeita razoável de infração penal²⁴, considerando que a quebra do sigilo bancário não afronta o artigo 5º, X e XII, da Constituição Federal²⁵. Também o Superior Tribunal de Justiça já ponderou que, inobstante a proteção do sigilo bancário constitua espécie do direito à intimidade, consagrado no art. 5º, X, da Constituição, direito esse que revela uma das garantias do indivíduo contra o arbítrio do Estado, *não consubstancia ele direito absoluto, cedendo passo quando presentes circunstâncias que denotem a existência de um interesse público superior, sua relatividade, contudo, deve guardar contornos na própria lei, sob pena de se abrir caminho para o descumprimento da garantia da intimidade*²⁶.

Resta apontado pelo Tribunal superior, assim, o cuidado que se deve ter no manejo da possibilidade de quebra de sigilo ban-

²⁴ RMS-23002/ RJ; Rel. Min. ILMAR GALVÃO; Publicação DJ DATA-27-11-98, PP-00033, EMENT VOL-01933-01, PP-00059, Julgamento 02/10/1998 - Primeira Turma; Votação: Unânime.

²⁵ AGRINQ-897/ DF; Rel. Min. FRANCISCO REZEK; Publicação DJ, DATA-24-03-95, PP-06806, EMENT VOL-01780-01, PP-00171, Julgamento 23/11/1994 - TRIBUNAL PLENO.

²⁶ Acórdão AGINQ 187/DF; Fonte DJ 16/09/1996; PG:33651; Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA; Data da Decisão 21/08/1996; Órgão Julgador CE - CORTE ESPECIAL.



Interesse Público e Interesse Privado: É Possível Colisão?

cário. O mau-uso da quebra de sigilo, ou a exposição do indivíduo desnecessariamente, dão oportunidade ao ajuizamento de ação e indenização. Também fica ressalvada que a via judicial é a única aberta para a quebra do sigilo bancário, com análise caso-a-caso, para que seja aferida a real necessidade de tal medida.

Em posicionamento relevando o sigilo do particular, no famoso caso Collor, o Supremo Tribunal Federal declarou a inadmissibilidade como prova de laudo de degravação da memória contida em microcomputador *ao arrepio da garantia da inviolabilidade da intimidade das pessoas (art. 5º, X e XI, CF)*²⁷, tendo em conta o posicionamento até então prevalente no Pretório Excelso, que entendia não ser possível tal procedimento sem regulamentação através de lei do dispositivo constitucional que permitisse a interceptação de comunicações telemáticas.

CONCLUSÃO

Primeiramente cumpre afirmar que não se pode ter o que a doutrina chama de “*princípio da supremacia do interesse público sobre o privado*”, como efetivamente um preceito, como, aliás é posição de Humberto Bergmann Ávila, aqui já mencionada. Contudo, entende-se que também não pode ser tomada tal premissa como regra. Pelo contrário, trata-se de possibilidade de solução entre dois princípios evidentemente existentes: o interesse particular e o interesse público, concretizado na função fiscalizadora do Estado, prevista também constitucionalmente.

Há momentos em que o sentido social da atividade do Estado se impõe, traduzido no dever de fiscalizar. Em outros momentos, considera-se que o interesse do indivíduo não pode ser tocado.

Como bem coloca Tércio Sampaio Ferraz Junior²⁸ “*a cidadania, exigência do princípio republicano, que a reclama como uma*

²⁷ (Apn nº 307-3/DF, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ - I - 13.10.95, p. 34.247).

²⁸ *In* Sigilo de Dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado, publicado em Revista dos Tribunais, Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, nº 1, p. 88.



Interesse Público e Interesse Privado: É Possível Colisão?

espécie de fundamento primeiro da vida política e, por consequência, do Estado, antecede o Estado, não sendo por ele instituída. É ela que constitui a distinção entre o público e o privado, sob pena de perversão da soberania popular (Cf, art. 1º, parágrafo único). As competências estabelecidas e atribuídas ao Estado devem, pois, estar submetidas ao reconhecimento do indivíduo como cidadão, cuja dignidade se corporifica em direitos fundamentais”.

No caso específico do sigilo de dados, aqui referido, a atuação do Poder Judiciário garante ao cidadão o devido processo legal e a dialética processual ensejadora do contraditório e da ampla defesa. Contudo, não pode este sigilo prestar-se a encobrir fraudes fiscais.

É, enfim, o temperamento de tais situações que demonstra a efetiva existência de um Estado de Direito, que não bloqueia o Estado, mas permite que este aja, no exercício de suas atividades, no contorno conferido pela Carta Constitucional.

BIBLIOGRAFIA

1. ALEXY, Robert. *Derecho y Razon Pratica*. Mexico: Fontamara, 1993.
2. _____. *El concepto y la validez del Derecho*. Barcelona: Gedisa, 1997.
3. _____. *Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático*, trad. pelo Prof. Luís Afonso Heck, datilog.
4. ÁVILA, Humberto Bergmann. *Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”*, O Direito Público em tempos de Crise - Estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 1999, pp. 99-127.
5. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 4ª ed., São Paulo, Malheiros, 1993.
6. BASTOS, Celso Ribeiro. “o princípio da moralidade no direito público. *Revista dos Tribunais*. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, nº 22, pp. 44-54.
7. BECKER, Alfredo Augusto, *Teoria Geral do Direito Tributário*, 3ª ed., São Paulo, Lejus, 1998.
8. CARRAZZA, Roque Antonio. *O ICM na Constituição*, *Revista de Direito Tributário*, ano 8, nº 29/30, pp. 162-170.
9. CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 7ª ed., São Paulo, Saraiva, 1995.
10. _____. *Proposta de Modelo Interpretativo para o Direito Tributário*. *Revista de Direito Tributário*, nº 70.
11. COELHO, Sasha Calmon Navarro. *Comentários à Constituição de 1988*. 4ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1992.
12. COUTO E SILVA, Almiro. *Os indivíduos e o Estado na realização de tarefas públicas*. Datilog.
13. CRETILLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, col. 1, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1988.
14. DANIEL, Eduardo Carestiatto. *A teoria do Abuso do Direito e sua aplicabilidade do Direito Tributário*. *Revista dos Tribunais*, Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas, nº 24, pp. 60 - RPGE, Porto Alegre 24(53): 41-62, 2001

15. DERZI, Misabel de Abreu Machado. Notas a Aliomar Baleeiro. *Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar*. 7ª ed. Rio de Janeiro, Forense 1997, pp. 21-35.
16. _____. *A Sobrevivência do direito privado e o direito público*. Revista de Direito Público nº 62, pp. 47-71.
17. ENGLISH, *Introdução ao Pesamento Jurídico*, Lisboa, tra. da ed. alemã de 1983, Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.
18. FARIA, José Eduardo, *Interesse público versus Interesse Privado: As antinomias jurídicas na gestão pública*. Revista da Procuradoria Geral do Estado do Ceará, ano 6, nº 8, p. 31-42.
19. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado*. Revista dos Tributários, Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, nº 1, São Paulo, 1992.
20. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988; interpretação e crítica*. 2ª ed, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1991.
21. HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República da Alemanha*. Trad. da 20ª ed. alemã de Luís Afonso Heck. Porto Alegre, Fabris, 1998.
22. MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 9ª ed., São Paulo, Malheiros, 1994.
23. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 19ª ed., São Paulo, Malheiros, 1994.
24. MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais: Eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas - análise da jurisprudência da corte constitucional alemã*. Revista dos Tributários, Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas. nº 24, 1998, pp. 48-49.
25. MENDONÇA, Maria Luiza Vianna Pessoa de Mendonça. *O Princípio Constitucional da Irretroatividade da lei Tributária - A irretroatividade da Lei Tributária*. Belo Horizonte, Del Rey, 1996.
26. MOLINA, Pedro M. Herrera. *Capacidad Económica y Sistema Fiscal: Análisis del ordenamiento español a la luz del Derecho alemán*. Madrid, Marcial Pons, 1998.



Interesse Público e Interesse Privado: É Possível Colisão?

27. MOREIRA, Ruy Barbosa. *Curso de Direito Tributário*. 10^a ed., São Paulo, Saraiva, 1990.
28. OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. *Legalidade Tributária - O princípio da proporcionalidade e a tipicidade aberta*. Revista de Direito Tributário, n^o 70, pp. 106-115.
29. PASQUALINI, Alexandre. *Reflexões para uma tese sobre o público e o privado*. Revista da AJURIS, n^o 45, pp. 43-62.
30. ROLIM, João Dácio. *Os direitos fundamentais e o fato gerador da obrigação Tributária - Majoração do Imposto de Importação - Princípios Éticos-jurídicos da Constituição e a Responsabilidade sem culpa do Estado*. Revista Dialética de Direito Tributário, n^o 1, pp. 26-40.
31. SACCANI, Romeu. *Direitos fundamentais e tributação da pessoa física*. Revista de Direito Tributário n^o 44, pp. 93-96.
32. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9^a ed., 4^a tiragem, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1994.
33. TÁCITO, Caio. *Proteção dos Direitos Fundamentais*. Revista dos Tribunais, Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas, n^o 6, pp. 07-10.
34. TORRES, Ricardo Lobo. *Justiça Distributiva: social, política e fiscal*. Revista de Direito Tributário, n^o 70, pp. 27-39.
35. _____. *O mínimo existencial e os direitos fundamentais*. Revista de Direito Administrativo 177:32, 1989.
36. WALD, Arnoldo. *Sigilo Bancário e os Direitos Fundamentais*. Revista dos Tributários e Finanças Públicas n^o 22, pp. 15/31.



INFLUÊNCIAS DAS PRÁTICAS NEGOCIAIS DAS EMPRESAS TRANSNACIONAIS NA COMPREENSÃO JURÍDICA DAS MEDIDAS DE POLÍTICA ECONÔMICA^(a)

*Ricardo Antônio Lucas Camargo**

^(a) O presente texto constitui a base de intervenção feita na Fundação Universidade de Rio Grande – FURG, em painel de que participaram, além do autor, os Profs. Drs. Werter Faria, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e Martha Lucia Olivar Jiménez, da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, em evento promovido pela Associação dos Estudiosos do Direito Internacional – AEDI, em 3 de julho de 1999.

* Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais – Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

RPGE, Porto Alegre 24(53): 63-72, 2001 - **63**



O tema que nos propomos a desenvolver, hoje, não é dos mais simples de se tratar desapaixonadamente. Entretanto, é nosso desiderato fazê-lo, a fim de que se possa perceber quais os desafios que se apresentam para o jurista do próximo milênio, no tocante às medidas de política econômica.

Uma das primeiras noções que se tem da teoria geral do Direito construída pelo liberalismo é a pirâmide normativa, segundo a qual uma norma sempre se fundamenta em outra norma de nível superior, sendo o ápice a Constituição. As leis somente valeriam se estivessem de acordo com a Constituição. Os atos do Executivo de caráter normativo somente valeriam se estivessem de acordo com leis válidas, isto é, leis perfeitas e constitucionais. Os atos negociais, realizados no exercício da autonomia da vontade, somente são válidos em se observando as normas de ordem pública. Esta a teoria geral do Direito construída pelo liberalismo.

A existência de normas de ordem pública não se mostrava incompatível com a autonomia da vontade como base da convivência negocial. Ao contrário, os empresários privados necessitavam da previsibilidade apta a possibilitar o cálculo de seus próximos passos, a definição das estratégias aptas a propiciarem o aumento de seus lucros. Entretanto, com a conquista do espaço político por parte das massas desprovidas de poder econômico, o Estado, como garante do funcionamento do sistema capitalista, necessitou construir instrumentos para legitimá-lo. O temor da repetição da experiência soviética, sobretudo, conduziu a que se admitisse o reconhecimento de direitos aos que não fossem titulares do poder econômico e que se condicionasse o exercício do poder econômico privado ao cumprimento de uma função social, sem, contudo, nulificar a liberdade de iniciativa como direito fundamental. O espaço para o reconhecimento destes direitos foi o dos textos constitucionais.

Entretanto, o comparecimento dos direitos econômicos, sociais e culturais nos textos constitucionais e também em tratados internacionais não foi assimilado com muita facilidade pelos titulares do poder econômico privado (21:353-360), tal como a própria idéia



da relativização do poder estatal não foi assimilada pelos Chefes de Estado ao início do século XIX – não esqueçamos que a derrota de Napoleão Bonaparte em Waterloo foi saudada pelas cabeças coroadas como o fim do pesadelo iniciado com a Revolução Francesa e que um dos direitos que hoje se têm como indiscutíveis, a liberdade de manifestação de pensamento, foi tida como uma verdadeira excrescência por ninguém menos que o Papa Pio VI, como salientado por Bobbio (3:129-130) –. E, para se garantir um certo resquício de absolutismo do poder econômico privado, engendrou-se uma entidade que estaria sujeita a mais de um ordenamento jurídico distinto, fixando-se-lhe a nacionalidade de acordo com o que melhor consultasse seus interesses. Esta entidade é conhecida na literatura jurídica pelos nomes de empresa multinacional – porque se sujeita a mais de um ordenamento jurídico, tendo, assim, plúrima nacionalidade – ou empresa transnacional – porque suas decisões ultrapassam o âmbito do território de um Estado soberano e produzem, assim, efeitos em ordenamentos jurídicos distintos -. Para este trabalho, adotar-se-á a segunda denominação, uma vez que o objeto das preocupações de quantos têm que com tais empresas lidar é exatamente a extensão de seu poder decisório.

É o momento de se advertir que não se está adotando a postura passional, nacionalista – antigamente, esta palavra era elogio, hoje, é quase um palavrão – de se combater as empresas transnacionais. Não. O que se traz é a preocupação existente, desde que foram elas criadas, de se encontrar mecanismos para se conviver com o poder econômico de que elas são dotadas, por mais que haja quem lance tais dificuldades à conta da incompetência dos governos e negue o seu real poder (5:451). Que diria o Sr. Roberto de Oliveira Campos das palavras do difusor do evangelho do neoliberalismo mais em voga no Brasil, Friedrich von Hayek, que vão ser transcritas a seguir! Com toda a certeza, reconsideraria a posição segundo a qual o falecido pensador austríaco teria sempre razão, ante esta passagem, traduzida por ninguém menos que o Sr. Henry Maksoud, a quem não se pode acusar de adversário do ideário pregado pelo político mato-grossense: “À medida que as companhias tiverem o poder de favorecer grupos



de indivíduos, seu próprio tamanho se tornará, também, uma fonte de influência sobre o governo, gerando, assim, uma espécie extremamente indesejável de poder” (11:87).

Com a derrubada do Muro de Berlim, o movimento para escoimar dos “excessos estatizantes” as Constituições – principalmente as do Terceiro Mundo – se faz através de uma série de medidas que vão desde a derruição do respeito a tais documentos, através de campanhas maciças nos meios de comunicação, colocando-os como meros compromissos com o passado – e, com isto, destruindo um dos postulados do Direito liberal, que é o acatamento da Constituição como o projeto político de um povo, a ser adotado mesmo que muitos dos seus destinatários não gostem, por ser expressão da vontade geral – até à celebração de compromissos de apresentação de emendas supressivas de dispositivos que se mostravam, como alertou Werter Faria (7:279), confessadamente antagônicos ao atendimento dos interesses dos estrangeiros titulares do poder econômico privado – de que foi exemplo, no Brasil, a Emenda Constitucional nº 5 à Constituição de 1988, para amputar o art. 171, que fazia a distinção entre empresa brasileira e empresa brasileira de capital nacional -. E antagônicos não por representarem hostilização, mas sim por representarem uma forma de lhes disciplinar, logo, condicionar a atuação aos interesses nacionais (10:201; 14:205-206). Necessário voltar a dizer que não se está a fazer proselitismo contra as empresas transnacionais ou contra o capital estrangeiro: o que se registra, aqui, é um fato amplamente documentado, tanto pela mídia como por manifestações de juristas (8:74-75; 9:5; 12:220-223; 13:201-202; 17:344) que crêem, de boa fé, que o poder econômico privado seria uma ficção imaginada por esquerdistas e não uma realidade que, longe de ser proscrita, deve ser, sim, disciplinada, para que não degenerem em despotismo (4:21-22).

Através de que instrumento se comprometem os governos a emendar as respectivas Constituições, a realizar privatizações – inclusive da função jurisdicional, como exemplificado pela recente Lei 9.307/96, que alterou a sistemática da arbitragem (16:173-175) -, a promover o expurgo de servidores públicos pela



“flexibilização” da estabilidade, a “flexibilizar” direitos trabalhistas? Através do instrumento mediante o qual as vontades de duas ou mais partes se encontram com o fito de ajustarem obrigações e direitos: através do contrato. E qual um dos argumentos que mais se esgrimem em prol da liberalização da economia, da inserção do Brasil no processo de globalização da economia? O atendimento a compromissos assumidos “livremente” com os credores internacionais. Neste sentido, pode-se dizer, com Washington Peluso Albino de Souza, que os contratos passariam a configurar um autêntico “sistema privado de legislação” (19:217).

Os juízos de valor em torno das medidas de política econômica, assim, têm o referencial deslocado da concepção de justiça consagrada no Texto Constitucional – pois qualquer Constituição não deixa de representar o referencial para a solução que um determinado povo entenda justa para os seus problemas fundamentais – para a concepção de eficiência, de acordo com o que propiciar as maiores margens de lucros para o capital. Exemplificativamente, isenções ou mesmo extinções de tributos, empréstimos subsidiados de dinheiros públicos, privatização de atividades entregues ao Estado anteriormente por traduzirem monopólios naturais. A constitucionalidade das medidas de política econômica, assim, é posta como uma questão de somenos importância em face do sucesso que tais medidas venham a assumir. Não deixa de ser irônico o próprio parentesco desta concepção típica do neoliberalismo com a concepção adotada nos países do bloco socialista, antes da queda do Muro de Berlim, quanto a ser a Constituição um mero programa que apenas deveria viabilizar a consecução dos planos governamentais.

Quais os efeitos desta compreensão, que praticamente subverte a maior parte dos conceitos que aprendemos nas Faculdades de Direito, mas que vêm sendo aceitas com naturalidade inclusive por juristas cujos parâmetros são os de considerar as concepções firmadas pelos comentadores do Código Civil francês no século XIX como a própria expressão de uma “ordem natural das coisas”? Principalmente, o fortalecimento de uma ampliação do espaço privado e de uma redução do espaço público, isto é, uma ampliação da



apropriação dos espaços por um indivíduo com exclusão de todos os demais. O universo, assim, de sujeitos de direito, mesmo que formalmente continue o mesmo, materialmente, vai-se reduzindo. Exemplificando, ao se decidir que, na dúvida entre a conceituação de determinada atividade como serviço público ou atividade econômica, há de se concluir pela que reduza ao máximo o espectro do Estado e amplie ao máximo o do particular, o que se quer dizer é que, na dúvida, se há de concluir que a atividade tem como móvel o lucro, sendo contraprestação a um preço pago pelo consumidor, pura e simplesmente, e não a prestação de uma atividade que não pode ser sonogada a quem quer que preencha objetivamente os requisitos postos normativamente (1:213). O direito, destarte, passa a ser, apenas e tão-somente, um instrumento a serviço dos interesses do poder econômico privado. Por outra: o interesse privado dominante no contexto econômico é que passa a determinar a solução jurídica (20:13-14). Eis aqui outro dado que não deixa de traduzir uma irônica assimilação de um dos postulados básicos do marxismo, que é o predomínio do econômico sobre o jurídico.

Aníbal Sierralta Ríos observa que, na formação dos contratos internacionais, “a situação política dos países, também, é um fator a se considerar. Os países são classificados pelas instituições financeiras em alto risco, médio, com reservas ou sem risco. O operador se preocupará então com a falta de estabilidade política, da moeda ou dos meios de pagamento, a variação da sucessão política e da estrutura administrativa” (18:145). O pluralismo político, que é apontado como uma das maiores conquistas do Estado Liberal e que, por conseguinte, admite, dentro da margem delimitada pela própria Constituição, a possibilidade das mais diversas concepções a respeito de como se deva conduzir o processo econômico – se governado pelos critérios de conveniência e oportunidade do agente econômico privado ou se necessária a atuação do Estado no domínio econômico – mostra-se, num certo sentido, como algo defensável no papel, mas pernicioso, na prática, a interesses econômicos hegemônicos, aos quais melhor se mostra a presença do que Celso Albuquerque Mello define como “elites locais que imitam o ‘way of life’ dos países ricos, não dando

importância aos interesses de seu povo” (15:107). O melhor meio para isto é assegurar que o resultado das eleições sempre convirja com os interesses dos titulares do poder econômico privado. Houve, nos anos 60 e 70, investimentos maciços na instalação de regimes conduzidos por militares que respondiam com a força a qualquer tentativa de oposição (22:444). Nos tempos que ora correm, as armas que se usam são basicamente os meios de comunicação de massa. De tal sorte que, embora formalmente se assegure o pluralismo político – caracterizado pela existência de partidos com orientação bem definida – nos Textos Constitucionais, materialmente, somente uma concepção econômica se mostra defensável, com o que se instaura, na prática, um monismo político. Disse Ana Maria Ferraz Augusto que “nas democracias, existindo classes sociais com interesses opostos, em razão das condições de manifestação do pensamento e da detenção do poder pelos autênticos representantes do povo, não há condições de dominação pela classe empresarial” (2:513). A simpatia do empresariado para com o partido que esteja no poder também passa a ser determinante na apreciação da juridicidade da medida adotada. Conforme o partido do governante que a adote, e não conforme a sua adequação ou inadequação em face da Constituição, é que sua aceitação será determinada. Nisto, a idéia de um partido único da classe hegemônica como essencial ao progresso do povo – progresso, na concepção dessa mesma classe hegemônica – também tem um parentesco extremamente curioso com a concepção adotada nos países do bloco alinhado com a antiga União Soviética. É de se advertir que não se está a fazer propaganda político-partidária, até porque quem vem a compartilhar as suas perplexidades com esta audiência não é vinculado a nenhum partido em especial: apenas se registra o fato tal como se apresenta à percepção do expositor.

Sem chegarmos ao extremo de defender a morte da liberdade de iniciativa, da propriedade privada, de defender a estatização de todos os bens de produção – posição política tão respeitável, contudo, quanto a que defende a privatização ampla, geral e irrestrita de bens e serviços públicos e a redução do Estado a uma polícia para a defesa da propriedade privada – é o caso de, antes de se dar início aos



Influências das Práticas Negociais das Empresas Transnacionais na Compreensão
Jurídica das Medidas de Política Econômica

debates, trazemos a seguinte reflexão de Artur Diniz (6:73-74): “Fruto de lutas sangrentas e vitória da razão humana, o Estado constitui a grande conquista da Europa Ocidental. Embora esteja atualmente em crise, a missão consiste em restaurá-lo em seu significado de racionalidade humana, não destruí-lo ou eliminá-lo. O conceito de Estado integra o patrimônio cultural da humanidade, assim como a obra de Platão, de Aristóteles, enfim, da *philosophia perennis*. Entretanto, *caveat lector*, os valores cristãos incorporados ao pensamento jurídico constituem uma conquista da razão. (...) O conceito de racionalidade integra a idéia de Constituição. Há longa história, que ultrapassa os limites do presente trabalho, mas a veneração do constitucionalismo situa-se entre as mais duradouras e certamente justificadas vaidades da democracia liberal. Lutas pelas liberdades pessoais e pela supressão do jugo da regra política arbitrária configuram-se entre as características eminentes da história da Europa Ocidental e dos Estados Unidos desde o século XVI”. Resta saber se todo o gênero humano merece colher os frutos desta luta, sendo, assim, o conceito de pessoa um espaço comum, público por excelência, ou se somente uma parcela do gênero humano pode ser considerada como pessoa.

BIBLIOGRAFIA

1. ATALIBA, Geraldo. *Mecanismo de controle da economia*. **Revista de Direito Público**. São Paulo, v. 23, n. 94, p. 212-214, abr/jun 1990.
2. AUGUSTO, Ana Maria Ferraz. *Empresas multinacionais*. In: FRANÇA, Rubens Limongi [org.]. **Enciclopédia Saraiva de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1979, v.31, p. 489-515.
3. BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
4. BONAVIDES, Paulo. *As multinacionais e a desnacionalização do Estado e da soberania*. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. 71, n. 249, p. 17-25, mar 1975.
5. CAMPOS, Roberto de Oliveira. *A empresa multinacional e a América Latina*. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v.72, n. 253, p. 449-452, jan/mar 1976.
6. DINIZ, Artur José Almeida. *A economia desigual: algumas causas históricas*. **Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional Público**. Brasília, v. 47, n. 91/92, p. 67-91, jan/jun 1994.
7. FARIA, Werter Rotumno. *Tratamento jurídico dispensado no Brasil ao capital estrangeiro*. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v. 28, n. 110, p. 275-282, abr/jun 1991.
8. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Interpretação e estudos da Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1990.
9. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1990, v. 1.
10. GRAU, Eros Roberto. *Mecanismo de controle da economia*. **Revista de Direito Público**. São Paulo, v. 23, n. 94, p. 199-201, abr/jun 1990.
11. HAYEK, Friedrich A. von. **Direito, Legislação e liberdade - a ordem política de um povo livre**. Trad. Henry Maksoud. São Paulo: Visão, 1985.

12. JARDIM, Torquato. *A tridimensionalidade da descentralização do Estado brasileiro – contribuição prática à revisão constitucional de 1993*. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v. 31, n. 122, p. 215-223, abr/jun 1994.
13. MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Mecanismo de controle da economia*. **Revista de Direito Público**. São Paulo, v. 23, n. 94, p. 201-203, abr/jun 1990.
14. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Mecanismo de controle da economia*. **Revista de Direito Público**. São Paulo, v. 23, n. 94, p. 204-206, abr/jun 1990.
15. MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Direito Internacional Econômico**. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.
16. MORAIS, José Luís Bolzan de. **Mediação e arbitragem – alternativas à jurisdição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
17. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Constituição e revisão**. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
18. SIERRALTA RÍOS, Aníbal. **Negociación y contratación internacional**. Asunción: Universidad Autónoma de Asunción, 1993.
19. SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras Linhas de Direito Econômico**. 4ª ed. São Paulo: LTr, 1999.
20. TORELLY, Paulo Peretti. **Democracia e poder judiciário**. Porto Alegre: Escola Superior de Advocacia, 1998.
21. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997, v. 1.
22. VIEIRA, Dorival Teixeira. *Risco político e empresas multinacionais*. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. 72, n. 253, p. 443-447, jan/mar 1976.



A OBSESSÃO CIENTÍFICA - DIREITO E ESTADO EM KELSEN

*Sandro Subtil Silva**

Introdução.

1. A TEORIA PURA DO DIREITO.

1.1 A Norma Fundamental.

1.2 A estrutura escalonada das
normas.

2. DIREITO E ESTADO EM KELSEN.

2.1. Elementos do Estado.

2.2. Kelsen: um democrata e
pacifista?

Conclusão.

* Mestrando em Direito do Estado pela UFRGS, Procurador do Estado do Rio Grande do Sul.



INTRODUÇÃO

O grande projeto de Hans Kelsen, fruto do jusracionalismo e do positivismo de sua época, foi levar a pretensão cientificista do Direito às últimas conseqüências.

Falecido em 1973, quando faria 92 anos, ele publicou sua primeira obra de repercussão em 1911, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*. Suas publicações, incluindo traduções e reimpressões, atinge a cifra de 620 títulos, tendo sido escritos mais de 1.200 títulos sobre sua obra.

Judeu nascido em Praga, mesmo tendo enfrentado, por essa razão, difíceis experiências na Áustria e na Alemanha, foi o autor intelectual da Constituição republicana austríaca e juiz durante nove anos da Corte Constitucional Austríaca.

Participante do grupo de juristas ligado ao Círculo de Viena, ao lado de Carnap, Wittgenstein, Schlick e Freud, seu pensamento foi logo difundido para além das fronteiras austríacas, sendo considerado como divisor de águas da ciência jurídica por juristas de todo o mundo, inclusive coreanos e japoneses.

O advento do nazismo obrigou-o a um exílio nos Estados Unidos, onde lecionou até a morte na Universidade de Berkeley. Em 1979, sairia uma obra póstuma, *Allgemeine Theorie der Normen*.

No final do século XIX, a presença avassaladora do positivismo jurídico, somada à reação dos teóricos da livre interpretação do Direito, colocara em questão até mesmo a autonomia da ciência jurídica, dividida entre um natural acoplamento de sua metodologia com a sociologia, a psicologia e até com as ciências naturais e a desembocadura em critérios de livre valoração, não faltando quem recomendasse uma volta ao Direito Natural.

Nessa discussão, o pensamento de Hans Kelsen foi marcado pela tentativa de conferir à ciência jurídica um método e um objeto próprios, capazes de superar as confusões metodológicas e de dar ao jurista autonomia científica. Portanto, deve-se considerar que o grande objetivo de sua obra foi discutir e propor os princípios e métodos da ciência jurídica em sentido estrito.



O presente trabalho pretende discutir o conceito de Direito de Hans Kelsen e expor algumas de suas idéias, espaiadas por sua obra, além de abordar conceitos primordiais, como a norma fundamental e a estrutura escalonada do ordenamento jurídico, evidenciados em sua principal obra, a Teoria Pura do Direito.

1. A TEORIA PURA DO DIREITO

A Teoria Pura do Direito (*Reine Rechtslehre, Einleitung in die Rechtswissenschaftliche*) é a obra principal de Hans Kelsen, tendo sido publicada a primeira edição alemã em Viena, no ano de 1934¹.

Já nos Estados Unidos, onde fora residir em razão da Segunda Guerra Mundial, no ano de 1945, saíria a segunda edição, em inglês, com o título de *General Theory of Law and State*.

A terceira edição é escrita em francês e publicada na Suíça em 1953. Já a quarta e definitiva, utilizada pela maioria dos autores e pesquisadores da obra kelseniana, trata-se na verdade da segunda edição alemã, publicada em 1960, em Viena, com o título que a tornou mundialmente conhecida, *Reine Rechtslehre*.

O que é necessário destacar a respeito de todas essas reedições é que Hans Kelsen fez alterações em sua obra original a cada uma delas. Com o intuito de traduzir sua obra para o inglês e para o francês, as modificações do texto publicado pela primeira vez em 1934 não se deveram somente aos ditames de uma transposição lingüística, mas, ao contrário, constituíram substanciais acréscimos a sua teoria, os quais culminaram na edição de 1960.

Em sua obra Teoria Geral das Normas (*Allgemeine Theorie der Normen*), publicada postumamente, em 1979, Hans Kelsen ainda revisaria vários pontos de sua teoria, especialmente a questão relativa à norma fundamental (*Grundnorm*).

¹ Anteriormente, Hans Kelsen publicara duas obras importantes, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, em 1911, já referida, e *Allgemeine Staatslehre*, em 1925.



Tal obsessão em reescrever e revisar sua obra principal e sua teoria nos mostra um homem obstinado e crédulo na capacidade do conhecimento científico de dar conta da resolução dos problemas humanos.

A grande preocupação e o grande objetivo da teoria kelseniana foi o de constituir uma teoria científica do Direito, ou, na feliz expressão de Luís Alberto Warat², ciência jurídica em sentido estrito³.

Feita essa ressalva, a compreensão de sua obra se torna mais clara e se justificam todos os seus esforços em retirar da ciência jurídica qualquer análise valorativa e afastar da sociologia a compreensão do fenômeno Direito⁴.

Esta depuração metodológica, denominada por Hans Kelsen de princípio da pureza, numa referência direta à filosofia kantiana, partiu da premissa de que o Direito, para que fosse considerado ciência, deveria ter objeto e método próprios. Seguindo o princípio da pureza, Kelsen estabeleceu que a premissa básica da ciência jurídica deveria ser o enfoque normativo, ou seja, o Direito deveria ser encarado como norma e não como fato social ou como valor transcendente.

Isolada como objeto e base do método científico do Direito, a noção de norma para Hans Kelsen parte da distinção neokantiana entre *ser* (*sein*) e *dever ser* (*sollen*). Normas são prescrições de dever ser que conferem ao comportamento humano um sentido prescritivo. Assim, levantar o braço numa assembléia pode ter um caráter descritivo (alguém levantou o braço), ou um sentido prescritivo

² Luís Alberto Warat, **A Pureza do Poder**.

³ Neste ponto, cabe notar a divergência entre José Maria R. Paniágua, na obra **História del Pensamiento Jurídico**, onde afirma que a denominação Teoria Pura do Direito poderia ser substituída por Teoria do Direito Puro, enquanto Luís Alberto Warat, na obra acima mencionada, faz questão de enfatizar o contrário, que Kelsen jamais acreditou no Direito puro.

⁴ No começo do século XX, foi posta em xeque a autonomia da ciência jurídica, como reação ao positivismo exacerbado do século XIX, o que ocasionou o surgimento das mais variadas teorias, que pregavam o acoplamento do Direito a outras ciências humanas, como a sociologia e a psicologia, a livre valoração do Direito e, até mesmo, o retorno ao Direito Natural, conforme Tércio Sampaio Ferraz Júnior, no prefácio da obra de Fábio Ulhoa Coelho, **Para Entender Kelsen**, p. 15.



(levantar o braço deve ser entendido como voto a favor de uma proposta). Enquanto prescrição, a norma é comando, é produto de um ato de vontade que proíbe, obriga ou permite um comportamento.

Isolada como objeto da ciência jurídica, a norma jurídica acabaria determinando o próprio método elaborado por Hans Kelsen⁵. Considerando-se que a norma é o objeto por excelência da ciência do Direito, há um aspecto essencial que deve ser referido a seu respeito: para Hans Kelsen, o que a diferencia das demais normas sociais e morais é seu aspecto coercitivo. O fato de ser coativa, podendo seu cumprimento ser imposto pelo Estado, através do uso da força, é que caracteriza e diferencia a norma jurídica.

Para Hans Kelsen, há dois preceitos na estrutura da norma: um que prevê certa conduta (por exemplo, *matar alguém*) e outro que estabelece uma sanção para essa conduta (por exemplo, *reclusão, de seis a vinte anos*).

O primeiro preceito é de pouca importância para a teoria kelseniana, que o denomina de norma secundária. Pode ser constituído de qualquer comando, pois a análise valorativa não diz respeito à ciência jurídica. Porém, o segundo preceito, o que determina uma sanção (que consiste na perda de patrimônio ou de liberdade e, em alguns países, até mesmo da própria vida), esse é a verdadeira alma de uma norma jurídica, constituindo a norma primária⁶.

Para Hans Kelsen, normas propriamente ditas devem conter a sanção em sua estrutura original. Todavia, sabemos que existem normas que estabelecem competências e que não possuem um preceito que estabelece uma sanção. Essas normas, todavia, destinam-se aos próprios agentes estatais.

Essas sanções, contidas na norma primária, serão executadas pelo Estado. Para Hans Kelsen, a ordem jurídica determina os pressupostos sob os quais a coação, como força física, deve ser

⁵ Kelsen foi acusado de reducionista por deixar em segundo plano o aspecto de fato social e de valor transcendente do Direito. Todavia, cabe frisar que sua intenção não era negar esses aspectos, mas sim isolar algo inerente ao Direito para a construção de sua doutrina científica, conforme Tércio Sampaio Ferraz Jr., no prefácio da obra de Fábio Ulhoa Coelho.

⁶ Hans Kelsen, **Teoria Geral do Direito e do Estado**, p. 86.



adotada, e os indivíduos pelos quais deve ser exercida, protegendo toda a comunidade do emprego da força por parte dos outros indivíduos (particulares), ou seja, o Estado detém o monopólio do uso da força e da violência juridicamente justificadas⁷.

Em situações extremas, a atribuição estatal do uso da força e da violência pode ser estendida a qualquer indivíduo, como nos casos de legítima defesa e de estado de necessidade.

A concepção normativa de Hans Kelsen e o caráter coercitivo das normas faz prevalecer a noção de dever jurídico inerente a todo o comando jurídico. Curiosamente, como reflexo dessa concepção, aparecem sob um novo prisma diversas noções jurídicas, entre as quais o direito subjetivo.

Para Hans Kelsen não existem direitos subjetivos, e sim apenas o reflexo dos deveres jurídicos de toda a comunidade a beneficiar cada indivíduo. *“Esta situação, designada como ‘direito’ ou ‘pretensão’ de um indivíduo, não é, porém, outra coisa senão o dever do outro ou dos outros”*⁸.

Ou seja, toda vez que a atuação do ente estatal depende de uma ação do indivíduo, no sentido de levar ao seu conhecimento o descumprimento de um dever por parte de qualquer outro indivíduo, dizemos que estamos frente a um direito subjetivo. Para Hans Kelsen, o que há na verdade é o reflexo do dever jurídico de todos em relação ao indivíduo que se diz detentor de direitos subjetivos.

Nesta análise da relação existente entre os indivíduos e os deveres jurídicos, especialmente o conceito de pessoa como sujeito de deveres e de direitos se constitui o que é chamado, na Teoria Pura do Direito, de Estática Jurídica. A norma é vista em seu corte interno, em seu conteúdo, a determinar as relações entre os componentes de uma comunidade.

A questão primordial da teoria kelseniana encontra-se em outro capítulo, onde é abordada a própria gênese das normas, sendo

⁷ Hans Kelsen, **Teoria Pura do Direito**, p. 40.

⁸ Hans Kelsen, **Teoria Pura do Direito**, p. 142.



ressaltado o caráter normativo de seu processo de criação e aplicação pelo ente estatal. A este capítulo, o quinto da Teoria Pura do Direito, Hans Kelsen denominou Dinâmica Jurídica.

1.1 A NORMA FUNDAMENTAL

Surge no início do capítulo quinto da Teoria Pura do Direito a seguinte indagação: “*Se o Direito é concebido como uma ordem normativa, como um sistema de normas que regulam a conduta de homens, surge a questão: O que é que fundamenta a unidade de uma pluralidade de normas, por que é que uma norma determinada pertence a uma determinada ordem? E esta questão está intimamente relacionada a esta outra: Por que é que uma norma vale, o que é que constitui o seu fundamento de validade?*”⁹.

Com essa preocupação acerca da origem e do fundamento de validade de cada norma e do ordenamento jurídico visto como um todo, Hans Kelsen vai criar o aspecto mais polêmico de toda sua obra: a Teoria da Norma Fundamental.

A *Grundnorm* (norma fundamental) aparece de forma distinta na obra kelseniana. Primeiramente apresentada como uma norma pressuposta, foi, mais tarde, tida como uma ficção, uma espécie de artifício da imaginação utilizado para a construção de todo um sistema lógico¹⁰.

A teoria da norma fundamental parte da seguinte premissa: o fundamento de validade de uma norma jurídica repousa em uma norma imediata e hierarquicamente superior.

Como esse encadeamento lógico não pode remeter ao infinito, pressupõe-se a existência de uma norma fundamental. Ela não pode ser posta, ressalva Hans Kelsen, porque a competência da autoridade

⁹ Hans Kelsen, **Teoria Pura do Direito**, p. 215.

¹⁰ Ver o esclarecedor artigo de Constantin M. Stamatis, **La systématique du droit chez Kelsen et les apories de la norme fondamentale**.



para promulgá-la teria de ser dada por outra norma, hierarquicamente superior, o que desencadearia uma sucessão interminável de normas de competência.

Todavia, a pressuposição de uma norma fundamental justifica a validade de todo o sistema normativo. Como corolário da falta de atribuição de competência para a promulgação de uma norma fundamental, temos que a sua validade não pode ser posta em questão.

A relação entre validade e eficácia na teoria kelseniana se mostra crucial quando se trata da norma fundamental. A reiterada perda de eficácia de algumas normas pertencentes a um determinado ordenamento jurídico acaba por abalar a eficácia do ordenamento como um todo e culmina com a perda de sua validade. O que ocorre, nesse caso, é a substituição da norma fundamental.

Desse modo, a teoria kelseniana dá conta de justificar, sob o ponto de vista da ciência do Direito, a ocorrência de revoluções na ordem jurídica, como a Revolução Francesa e a Revolução Russa de 1917. Ao lado da mudança do regime político, sempre há a mudança da norma fundamental. Se antes a norma fundamental era obedecer ao regime estabelecido, após a ruptura passa a ser obedecer ao regime revolucionário.

Durante o período revolucionário, há caos e desordem. Como, no pensamento jurídico kelseniano, a existência da ordem é pressuposto do ordenamento jurídico, deixa de existir, temporariamente, uma norma fundamental.

Após o estabelecimento do regime revolucionário, a alteração primeira e mais importante é a mudança da constituição. A norma fundamental, então, consiste na pressuposição (substituída mais tarde pela ficção) de que devemos obedecer à constituição vigente.

Todavia, muitas vezes a própria constituição estabelece as regras de mudança da ordem constitucional, que pode ser alterada sem a ocorrência de uma revolução. Para localizarmos a norma fundamental após uma sucessão de constituições promulgadas teremos que procurar a última ruptura neste sistema, quando estaremos diante da constituição histórica.



No caso do Brasil, conforme a polêmica observação de Fábio Ulhoa Coelho, a constituição histórica é o AI-5, pela simples razão de que foi promulgado sem a previsão de competência estabelecida na constituição da época, a Constituição Federal de 1967. Diz o autor: *“Para nos valermos da expressão de Kelsen, a primeira constituição histórica deriva da revolução na ordem jurídica, tendo em vista que não encontra suporte nesta ordem, mas inaugura uma nova. O Ato Institucional nº 5 é ainda a primeira constituição histórica brasileira, porque a ordem jurídica iniciada com a sua edição ainda não foi substituída.”*¹¹

Portanto, segundo a doutrina kelseniana, a constituição histórica brasileira é o AI-5. Embora possamos sustentar que a Assembleia Nacional Constituinte de 1988 tenha representado uma ruptura da ordem política vigente, o fato é que se utilizou da forma preestabelecida na Constituição de 1967, alterada pela emenda nº 1, de 1969, para a promulgação da emenda nº 26, que convocou aquela assembleia.

Poder-se-ia discutir a natureza derivada ou originária de uma assembleia constituinte, mas o que importa na teoria kelseniana é a distribuição de competência, sua única indagação e motriz do sistema dinâmico de normas.

Por outro lado, se indagamos a respeito do conteúdo da norma, que deve estar de acordo com o estabelecido na constituição, poderíamos sustentar que a emenda nº 26 extrapolou os limites materiais expostos na Constituição Federal de 1967. Todavia, não devemos esquecer que a eficácia desta emenda acabou por dotar-lhe de validade, segundo a própria doutrina kelseniana.

Embora seja sustentável a opinião de que a norma fundamental brasileira é, atualmente, “devemos obedecer aos constituintes de 1988”, não pode ser tirada a pertinência da afirmação de Fábio Ulhoa Coelho, quando diz: “devemos obedecer ao comando militar golpista de 1964”.

¹¹ Fábio Ulhoa Coelho, **Para Entender Kelsen**, p. 31.



1.2 A ESTRUTURA ESCALONADA DAS NORMAS

Segundo a teoria kelseniana, a partir da constituição desenvolve-se um sistema de escalonamento normativo, passando por todos os tipos de normas, até atingir os atos da administração e as sentenças judiciais.

Da constituição partimos para legislação ordinária e costume, jurisprudência, negócios jurídicos e atos judiciais e administrativos. Por sua vez, todos esses comandos têm sua validade última na própria constituição.

Merecem relevo, neste ponto, as observações de Hans Kelsen acerca das ‘lacunas’ do Direito, da decisão judicial ‘ilegal’ e da lei ‘inconstitucional’.

Quanto às lacunas do Direito, tradicionalmente identificadas pela falta de previsão normativa para o caso concreto ou pela falta de premissa maior a subsumir os fatos da vida cotidiana, sua existência é negada por Hans Kelsen: *“Esta teoria é errônea, pois funda-se na ignorância do fato de que, quando a ordem jurídica não estatui qualquer dever de um indivíduo de realizar determinada conduta, permite esta conduta.”*¹²

Não deve causar espanto esse posicionamento de Hans Kelsen, uma vez que para ele a norma é vista sempre e sobretudo como um dever jurídico, cujo descumprimento é passível de sanção pelo Estado.

Cabe frisar, contudo, como esta visão, extremamente positivista, se conecta à filosofia do Direito Penal, especialmente com o princípio oriundo do Direito Romano de que não há crime sem lei anterior que o defina.

Com respeito às decisões judiciais ‘ilegais’, Hans Kelsen traça a seguinte linha argumentativa: tanto a atribuição de competência para o proferir de sentenças judiciais quanto o conteúdo destas decisões são legalmente estabelecidos na ordem jurídica.

¹² Hans Kelsen, **Teoria Pura do Direito**, p. 273.



Por essa razão, se a lei estabelece que uma determinada Corte Judicial detém a última palavra em dado conflito, ou seja, se a decisão é irrecorrível¹³ e não passível de anulação, essa lei determina que a Corte em questão detém a prerrogativa de dizer o direito no caso concreto, não podendo ser sustentado que produziu uma decisão ilegal.

Nesse caso, ou estamos diante de uma decisão nula, e o que é nulo não pode ser anulado pelo Direito¹⁴, ou estamos diante de uma decisão anulável. Caso contrário, a sentença judicial não pode ser considerada ilegal, sob pena de pôr em xeque a própria unidade da ordem jurídica.

Enfaticamente, Kelsen nos traz este excerto: *“Uma decisão judicial não pode – enquanto for válida – ser contrária ao Direito (ilegal). Não se pode, portanto, falar de um conflito entre a norma individual criada por decisão judicial e a norma geral a ser aplicada pelo tribunal, criada por via legislativa ou consuetudinária.”*¹⁵

A unidade e a coerência interna da ordem jurídica também servem de escopo para justificar a impossibilidade de existência de lei inconstitucional válida. *“A afirmação de que uma lei válida é ‘contrária à Constituição’ (anticonstitucional) é uma contraditório inadjecto; pois uma lei somente pode ser válida com fundamento na Constituição. Quando se tem fundamento para aceitar a validade de uma lei, o fundamento de sua validade tem de residir na Constituição. De uma lei inválida não se pode, porém, afirmar que ela é contrária à Constituição, pois uma lei inválida não é sequer uma lei, porque não é juridicamente existente e, portanto, não é possível acerca dela qualquer afirmação jurídica.”*¹⁶

Como se vê, embora possam ser feitas inúmeras críticas à teoria kelseniana, duas qualidades lhe são intrínsecas: a coerência interna de todos os seus postulados e a extrema simplicidade de suas

¹³ Hans Kelsen destaca que a decisão judicial recorrível não pode ser considerada ilegal, em face de sua mutabilidade.

¹⁴ Hans Kelsen, **Teoria Pura do Direito**, p. 296.

¹⁵ Hans Kelsen, **Teoria Pura do Direito**, p. 298.

¹⁶ Hans Kelsen, **Teoria Pura do Direito**, p. 300.



afirmações. Uma vez aceitas as premissas postas por Hans Kelsen, difícil se torna a refutação de suas conclusões.

2. DIREITO E ESTADO EM KELSEN

Ao analisarmos o conceito de Direito na Teoria Pura do Direito, em primeiro lugar nos deparamos com a análise do vocábulo *Recht* na língua alemã e seus diversos significados nas outras línguas. A seguir, merece relevo a observação de Hans Kelsen, no sentido de que uma teoria do Direito deve atentar para seu caráter de ordem de condutas humanas.

Sua definição de ordem é a seguinte: “Uma ‘ordem’ é um sistema de normas cuja unidade é constituída pelo fato de todas elas terem o mesmo fundamento de validade. E o fundamento de validade de uma ordem normativa é (...) uma norma fundamental da qual se retira a validade de todas as normas pertencentes a essa ordem”¹⁷.

Todavia, uma outra característica se faz necessária, para distinguir a ordem jurídica das demais ordens sociais. Como o que distingue, por exemplo, as regras morais das regras jurídicas é seu aspecto coercitivo, para assegurar o cumprimento dessas normas o Estado dispõe do monopólio do uso da força e da violência legalmente constituída.

Temos assim que o Direito é uma ordem coativa, que tem na sanção o meio pelo qual se atinge simultaneamente dois objetivos: a punição de atos considerados socialmente indesejáveis e a criação nas pessoas do desejo de comportarem-se de acordo com os parâmetros traçados pela ordem jurídica, por medo de sofrerem tal ato de coação.

Estes atos, praticados pelo Estado com o uso da força física de seus agentes, são geralmente associados a um mal, como a privação da vida, da saúde, da liberdade, de bens econômicos e outros¹⁸.

¹⁷ Hans Kelsen, **Teoria Pura do Direito**, p. 33.

¹⁸ Curiosamente, Kelsen não descarta a possibilidade de o causador do ato pernicioso vir a receber como um bem a punição, por remorso ou por ter assegurados, no caso da prisão, casa e comida, conforme *op. cit.*, p. 36.



Esta dependência do Direito da força coativa que somente o Estado pode exercer de forma legítima leva Hans Kelsen a fundir tais conceitos e concluir: Estado e Direito são a mesma coisa, faces diferentes de uma única realidade.

A justaposição entre Estado e Direito, decorrente da necessidade do uso da força, que os caracteriza e os justifica, ao lado da teoria da norma fundamental – atrelada à idéia de que a eficácia do ordenamento jurídico acaba por determinar sua validade –, deu conta de explicar, sob o ponto de vista da ciência do Direito, a mudança revolucionária que se verificou em alguns países no final do século XIX e no início do século XX, além de destacar a dimensão da fragilidade inerente ao poder político.

Estado e Direito, assim, aparecem confundidos numa simbiose perfeita. O que merece ser notado é que, ao afirmar que não é mais possível que o poder se sustente unicamente pelo uso indiscriminado da força ou pela origem divina, devendo ter como fundamento a própria lei, apesar de reconhecer a necessidade do uso da força para que a própria lei se faça cumprir, Kelsen apenas estabelece a necessidade de que as regras do jogo sejam previamente declaradas.

A forma de manutenção do Direito e do Estado está embasada num binômio: o monopólio do uso da força física, juridicamente justificado, e a eficácia das normas que compõem o ordenamento jurídico. Todavia, como Direito e Estado se confundem, a teoria kelseniana ressalta que o descumprimento reiterado da lei pelas pessoas de um determinado Estado acaba por gerar a ineficácia dessas leis e, num segundo momento, retira a eficácia do próprio ordenamento jurídico, que perde sua validade, deflagrando a crise do comando estatal e propiciando a mudança no poder político.

Esta reversão de poder gerada pela desobediência civil acentua um aspecto pouco explorado da teoria kelseniana: seu caráter democrático, que reconhece a prerrogativa da população de acatar ou rechaçar o poder estatal. Assim como o Direito não subsiste sem o aparato estatal, o Estado sucumbe ao ver o Direito despido de eficácia.



2.1 ELEMENTOS DO ESTADO

Como visto anteriormente, o elemento primordial do Estado é o poder político juridicamente justificado, constituindo-se na própria expressão da soberania, vista tanto sob o ângulo interno (nacional, territorial) quanto externo (internacional). É relevante, no entanto, visualizar a abordagem kelseniana dos outros elementos estatais: território, povo e tempo.

O território de um Estado, para Hans Kelsen, não é nada mais do que a esfera territorial de validade da ordem jurídica nacional. Como não poderia deixar de ser, é o espaço de validade da ordem jurídica que determina os limites do território estatal. Por essa razão, Hans Kelsen nega a teoria clássica, que vê entre Estado e território uma relação de cunho patrimonial: *“O problema origina-se da idéia antropomórfica de que o Estado é um tipo de homem ou supra-homem, e o seu território um tipo de propriedade que ele possui.”*¹⁹ Para reforçar seu ponto de vista, Kelsen desconsidera a noção de perda ou aquisição de território advinda do direito internacional, focalizando apenas o direito interno.

Quanto à população do Estado, o raciocínio é similar. O povo é visto na teoria kelseniana como a esfera pessoal de validade da ordem jurídica nacional. Mais uma vez, é o direito internacional que vai estabelecer os limites e parâmetros da nacionalidade.

Hans Kelsen nos traz uma espécie de definição negativa. Cidadão nacional é o que em outras nações é estrangeiro. Aliás, essa forma de definição por contraste, ou por demonstração do conceito negativo, é típica do pensamento positivista. Toda a teoria kelseniana parte da demonstração dos limites de um determinado conceito, até a delimitação de seu conteúdo, a partir do momento em que deixa de ser aplicável ou aceito.

A doutrina clássica geralmente se esgota em definir como elementos do Estado o povo, o território e a soberania, ou o poder. Hans Kelsen traz também o tempo como elemento do Estado.

¹⁹ Hans Kelsen, **Teoria Geral do Direito e do Estado**, p. 313-4.



Mantendo sua coerência, o tempo aparece como a esfera temporal de validade da ordem jurídica nacional. O Estado é visto como um organismo vivo, com nascimento e morte definidos como problemas jurídicos.

O papel de reconhecer uma comunidade como Estado é deixado, mais uma vez, à ordem jurídica internacional. Assim, nos casos revolucionários, somente o reconhecimento, por parte da comunidade internacional, da existência de um novo Estado o habilita a ser considerado como tal.

A partir daí, desenvolvem-se os conceitos de sucessão de Estados e servidões de Estado, demonstrando a preocupação de sua teoria de explicar a diversidade de rupturas do poder político verificada no final do século XIX e início do século XX.

2.2 KELSEN: UM DEMOCRATA E PACIFISTA?

Apesar de justificar qualquer ordem estatal, mesmo fundada basicamente no uso da força, por ter retirado da análise da ciência jurídica os aspectos morais e valorativos, a teoria kelseniana, ao fazer do cumprimento da lei um requisito de sustentação dessa ordem estatal, demonstra ter em seu conteúdo uma preocupação democrática sem precedentes.

Tal observação foi feita por Miguel Reale: “A democracia não significa, dizia Kelsen, não crer em valores. Mas a democracia significa reconhecer que o valor no qual eu ponho a minha fé não exclui o valor admitido por outrem. (...) A democracia existe para que haja minoria. A democracia não existe para que haja maioria, porque a maioria existe também nos regimes ditatoriais. A democracia existe para que haja minoria, porque esta significa a presença da tolerância. Onde não há minoria não há tolerância”²⁰.

Esta é a única leitura que possibilita e justifica o estudo da teoria kelseniana nos dias atuais: a ciência jurídica não deve acatar qualquer valor, para permitir a coexistência de todos os valores. Ao lado de sua

²⁰ Miguel Reale, **Direito Natural/Direito Positivo**, p. 67.



preocupação com a democracia, ao estabelecer que uma ordem jurídica nada vale se não for observada minimamente pelos integrantes de um Estado, Hans Kelsen criou o embasamento teórico de qualquer Estado de Direito, em qualquer lugar e em qualquer época.

Kelsen retirou da ciência jurídica, pelas mesmas razões apontadas anteriormente, a preocupação com a concretização da justiça. Em sua obra **O que é Justiça?**, ele sustenta que não existem dois povos ou duas épocas que tenham respondido a essa pergunta da mesma maneira. Embora afirme que não existe um conceito único de justiça, Kelsen não quer dizer, com isso, que sua concretização tenha deixado de ser o objetivo maior da humanidade; apenas propôs que essa não deve ser uma preocupação da ciência do Direito em sentido estrito. Portanto, para que o Direito possua o caráter científico que Kelsen tanto almejou, o significado desta verdadeira quimera humana deve ser descoberto pelos povos de cada época.

Na sua Teoria Geral do Direito e do Estado, Hans Kelsen afirma que o Direito designa uma técnica específica de organização social. *“Direito e justiça são dois conceitos diferentes. O Direito, considerado como distinto da justiça, é o Direito positivo. É o conceito de direito positivo que está em questão aqui; e uma ciência do Direito positivo deve ser claramente distinguida de uma filosofia da justiça”*²¹.

A obsessão científica de Hans Kelsen talvez hoje nada signifique. Talvez seja mais adequado ver como simples prática social o fenômeno Direito. Todavia, a importância de sua teoria e a originalidade de sua concepção de Estado são de valor inestimável para a cultura de todos os povos.

Outro aspecto de importância ímpar a ser destacado no pensamento de Hans Kelsen é sua preocupação com a paz. Testemunha de duas grandes guerras mundiais, tendo, inclusive, se transferido para os Estados Unidos em razão do conflito de 1939, este tema não poderia passar despercebido de sua indagação filosófica.

Miguel Reale ressalta: *“São vários, porém, os escritos dedicados por Kelsen à justiça, ao Direito Natural e à paz, o que demonstra que se ele, enquanto jurista, foi cego para os valores, não o foi como*

²¹ Hans Kelsen, **Teoria Geral do Direito e do Estado**, p. 08.



homem ao cuidar dos valores sob o prisma ideológico. É o Kelsen filósofo do Direito que completa a visão do Kelsen teórico do Direito e da Jurisprudência Sociológica.²²”

Portanto, embora pouco conhecida e divulgada, a filosofia kelseniana, que extrapola a Teoria Pura do Direito, é de vital importância para que compreendamos integralmente o pensamento deste que foi um dos maiores teóricos do Direito de todos os tempos.

CONCLUSÃO

As críticas à teoria de Hans Kelsen são profundas e numerosas. Desde sua proposta metodológica inicial, fundada num questionável neokantismo, uma vez que Kant não é citado no decorrer de sua obra, até a falsa acusação de ter justificado cientificamente regimes totalitários como o nazismo e o fascismo.

Também a pureza de sua teoria é criticada, por não dar conta de explicar o Direito apenas sob o ponto de vista normativo, seu objeto e base de seu método. Hans Kelsen expande a ciência jurídica até seus limites e denuncia, assim, sua limitação enquanto objeto de conhecimento humano.

Todavia, a preocupação primordial deste trabalho foi mostrar outros aspectos da teoria kelseniana, o Kelsen que existe além da Teoria Pura do Direito, preocupado com os problemas de seu tempo.

Embora possamos considerar sua obra ultrapassada, é inegável que mesmo os inúmeros volumes escritos para refutar suas teses apenas ressaltam a excelência de seu pensamento e a importância ímpar de sua teoria no século XX. A obsessão científica de Hans Kelsen serviu de base para todas as concepções modernas do fenômeno jurídico²³, mesmo aquelas que negam seus postulados. E a referência a sua obra sempre será de fundamental importância para qualquer pessoa que queira conhecer o Direito.

²² Miguel Reale, **Direito Natural/Direito Positivo**, p. 74.

²³ A título de exemplo, note-se a similitude existente entre a teoria kelseniana e a teoria autopoietica do Direito, conforme a obra de Gunther Teubner **O Direito como Sistema Autopoietico**.



O ESTATUTO MÍNIMO DO CONTRIBUINTE

Fernando Facury Scaff¹

SUMÁRIO:

- I. De que Direito Estamos Falando?
 - II. Porque Estatuto *Mínimo* do Contribuinte?
 - III. O Princípio da Reserva Legal
 - IV. O Princípio da Tipicidade
 - V. O Princípio da Vedação ao Confisco
 - VI. Princípio do Sigilo da Comunicação de Dados Bancários
 - VII. O Princípio da Proporcionalidade
 - VIII. Conclusões
- Bibliografia

¹ Advogado, Doutor em Direito pela USP, professor das Universidades: Federal do Pará (graduação e mestrado), Federal de Pernambuco (mestrado e doutorado) e da Amazônia (mestrado); e-mail: ffscaff @supridados.com.br



I. De que Direito estamos falando?

1. O Direito é um produto cultural de uma certa sociedade. Não é haurido do céu, ou revelado por sábios juristas que o tenham descoberto em prateleiras empoeiradas de bibliotecas medievais. Decorre de nossa história de vida².

A assertiva de que o *Direito é um produto cultural* nos leva a constatar que não existe *um* Direito, mas *Direitos*, fruto das diversas variações possíveis em um grupamento humano: econômicas, temporais, espaciais, psíquicas etc.³.

Desta forma, não se há de falar na existência ontológica do Direito, mas de *um* Direito datado de conformidade com uma certa sociedade, em um dado período de tempo, de acordo com a *cultura* desse tempo⁴.

2. Logo, ao tratarmos de Direito, somos obrigados a mencionar de que Direito se trata. E, para a presente análise, deve-se alertar o leitor para o fato de que se está a falar do Direito brasileiro, construído para a Constituição Federal de 1988 - portanto, decorrente dos embates sociais existentes no período anterior, principalmente nos anos 70 e 80, onde a perspectiva social era de defesa do cidadão contra o Estado, seja no âmbito dos direitos civis e das liberdades públicas, seja na perspectiva da defesa do contribuinte, assolado por

² "Las normas jurídicas depositadas en la Constitución, las leyes, los reglamentos, las sentencias judiciales, etc., son pedazos de vida humana objetivada, son objetivaciones de la vida humana, son objetos culturales." Recaséns Siches. *Introducción al Estudio del Derecho*, 12ª ed. México, Ed. Porrúa, 1997.

³ Ver, entre outros, Eros Roberto Grau, *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*; SP, Malheiros, 1996, item 1.2. Também Óscar Correias, *Sociología del Derecho y Crítica Jurídica*, México, Ed. Fontamara, 1998, item 8. Faço observar que não estou convencido de que o Direito frui unicamente do modo econômico de produção, mas certamente ele é um dos seus componentes mais determinantes, dentre vários outros.

⁴ "A instrução é mera transmissão de conhecimentos, de técnicas, de habilidades. A educação, um trabalho de formação de personalidades. E, no caso, um trabalho de formação de cidadania, para o exercício de cidadania. A educação no pensamento grego é o que se chama cultura, cultura do corpo e cultura da alma." Fábio Konder Comparato, *Educação, Estado e Poder*. SP, Brasiliense, 1987, p. 92.



O Estatuto Mínimo do Contribuinte

um Estado que impunha exações à força, tais como empréstimos compulsórios nunca devolvidos e impostos instituídos através de normas infralegais⁵.

Assim, a Constituição Federal de 1988 surgiu como um instrumento de defesa do cidadão contra o poderio do Estado, mas também como um instrumento construtor de uma nova cidadania, implementadora de políticas públicas que permitissem a realização de diversas finalidades estabelecidas na Carta: sociais, educacionais, previdenciárias, ambientais, de proteção às minorias, etc. Vários capítulos da Carta sinalizam neste sentido.

Visualizava-se a construção de um Brasil melhor do que o anteriormente existente, o florescer de uma nova cidadania.

3. Contudo, de imediato, grande parte deste ideário ficou apenas no papel, porque o Direito, fruto da cultura, não mudou. Mudaram as normas, e não as pessoas - para ser mais preciso, *não mudou de estalo a cultura das pessoas, dentre elas, os operadores jurídicos*. A cultura é fruto de processos e, como tal, requer tempo para sua consolidação, muito embora o surgimento de uma nova norma já traduza uma mudança cultural, todavia insuficiente para sua efetividade.

A existência de normas escritas é de suma importância para dar a segurança e a certeza necessárias para o desenvolvimento de uma sociedade, mas não é o bastante. A *praxis*⁶ é fundamental para o desenvolvimento do Direito, o que não ocorre apenas com a instauração de normas. Daí porque não basta a criação de normas - como efetuado através da Constituição Cidadã -, mas é necessário que a cultura das pessoas também mude, a fim de que tais normas (que por si só já revelam uma mudança) possam ser por elas implementadas, de conformidade com os novos paradigmas

⁵ O Plano Cruzado, que durou os de 86-87 é pleno destas figuras nefastas. Ver, para a questão da *geração de direitos fundamentais*, Paulo Bonavides. Curso de Direito Constitucional. SP, Malheiros, 5ª ed., 1994, Capítulo 16, págs. 514-29.

⁶ "Atividade humana perceptível em que se resolve o real concebido subjetivamente", definição retirada do verbete "praxis", elaborado por Gustavo Gozzi, do Dicionário de Política, organizado por Norberto Bobbio *et alii*. Brasília, Ed. UnB, 1992, vol. 02, pág. 987.



existentes. Não basta que uma norma crie um fantástico instituto garantidor da efetividade da Constituição, como o mandado de injunção, quando a interpretação desta norma pela Corte Suprema leva ao seu completo esvaziamento.

Desta forma, não é suficiente que uma norma seja criada - como foi a Constituição de 1988. É necessário que todo um outro conjunto de fatores seja alterado para que a implementação daquela norma seja efetivada. E isto decorre de um dado cultural. E para que haja a efetiva implementação do Direito, é necessário que este dado cultural seja maturado ao longo de um tempo. Daí porque somente após passados alguns anos, e de algumas modificações no aparelho judiciário, especialmente nas Cortes Superiores, é que os principais institutos constitucionais começam a ser efetivados de forma diferente da visão anteriormente existente, então arraigada no viés centralista, conservador e sobretudo autoritário da Constituição de 1969⁷.

Direito bom é Direito velho, diz o dito popular⁸. Não se trata de conservadorismo, mas é um fator de consolidação das possíveis interpretações das normas, e de pacificação prudencial⁹ e jurisprudencial pelos Tribunais e pela sociedade.

Não basta que haja uma mudança normativa. É necessário que haja uma mudança *interpretativa* referente às novas normas surgidas. E tal fato decorre de uma mudança cultural - o que requer uma *praxis*. E isto implica também no fator *tempo*; o que as constantes modificações constitucionais não estão permitindo. Na verdade, vive-se no Brasil em permanente processo de revisão constitucional. Parece mesmo que a Constituição de 1988 se transformou em uma imensa *medida provisória* ...

4. Assim, é fundamental que se analise um Direito (e não o Direito) sob o prisma de sua aplicação efetiva, e não sob o preceito estático das normas dispostas em um dado ordenamento. Elas se

⁷ Terá sido efetivamente uma *Constituição*? Ou lhe terá feito às vezes, como uma pantomima?

⁸ Que Geraldo Ataliba magistralmente utilizou como o adágio *Imposto bom é imposto velho*.

⁹ Prudencial referente à aplicação destas normas pela sociedade, e não apenas pelo Judiciário.



O Estatuto Mínimo do Contribuinte

configuram em um fator importante, relevantíssimo, mas não único, e sequer determinante. A norma surge; é texto sobre papel. A *interpretação* é o dado fundamental, pois decorre de uma ação humana cotidiana, diuturna, intermitente, e efetivamente aplicadora da norma - a qual é tão somente texto sobre papel. E *interpretar* significa que a cultura do sujeito que promove a ação é determinante para o resultado da análise e da implementação daquele texto. Ou seja, não existe uma única interpretação possível, mas tantas quantas sejam os intérpretes. E existem interpretações que traduzem diversas possíveis percepções da realidade e outras que se constituem em singelos devaneios, logo, inaceitáveis.

Daí que a *ação de interpretar* é fundamental para o tipo de Direito que temos; e o tipo de *cultura* existente entre os *intérpretes* é de suma importância para a efetividade do Direito que temos.

É necessário que, em certo momento, haja uma determinação de significação do conteúdo da norma, através de uma interpretação factívelmente aceita pela sociedade, efetivada por quem detenha poderes para tanto. No caso brasileiro, o intérprete final das normas constitucionais é o Supremo Tribunal Federal.

Logo, ao analisarmos os Princípios Constitucionais que formam o Estatuto Mínimo do Contribuinte, é necessário olharmos não apenas para a norma, mas também para a interpretação fornecida pelo Supremo Tribunal Federal acerca do tema, a fim de podermos visualizar sua efetividade. Verificar o Direito em ação, e não apenas o Direito em potência.

II. Porque Estatuto *Mínimo* do Contribuinte?

5. Partindo do Direito em ação, e apenas daquele aplicado pelo Supremo Tribunal Federal, constata-se que o Plenário daquela Corte já assentou que a norma do *caput* do art. 150 da Carta de 1988 não deve ser interpretada isoladamente de outros comandos normativos.

RPGE, Porto Alegre 24(53): 91-121, 2001 - **95**



O Estatuto Mínimo do Contribuinte

Tal fato ocorreu através do primoroso acórdão lavrado pelo Ministro Sydney Sanches, na ADIn 939-DF¹⁰, na qual foi considerada inconstitucional parte da Emenda Constitucional nº 3, de 1993, por ter instituído a cobrança do IPMF – Imposto Provisório¹¹ sobre Movimentação Financeira violando o Princípio da Anterioridade e o da Imunidade.

Ficou então assente que uma Emenda Constitucional pode ser declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, através de controle concentrado de constitucionalidade, quando violar cláusula pétrea da Carta. E, desta forma, interpretou que as cláusulas pétreas não seriam apenas aquelas constantes do art. 60, §4º¹², mas também aquelas decorrentes do sistema de proteção ao contribuinte. Ou, na dicção do *caput* do art. 150: “Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, ...”.

Portanto, as garantias constitucionais do contribuinte não são apenas aquelas referidas na Seção II (*Das Limitações do Poder de Tributar*), do Capítulo I (*Do Sistema Tributário Nacional*), do Título VI (*Da Tributação e do Orçamento*) da Constituição da República. Não se trata de uma garantia topológica, mas sistêmica. Ou, na dicção do eminente Ministro Relator Sydney Sanches, reportando ao seu voto no acórdão concessivo da medida cautelar: “Entre esses direitos e garantias individuais, estão pela extensão contida no §2º do art. 5º, e pela especificação feita no art. 150, III, b, a garantia do contribuinte de que a União não criará, nem cobrará, tributos ‘no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou’. (...), parece, assim, a um primeiro exame, para efeito de medida cautelar, haver afrontado o disposto nos referidos §2º do art. 5º, art. 150, III, b e §4º do art. 60 da Constituição Federal.”¹³

¹⁰ RTJ 151/755

¹¹ Será mesmo possível existir uma exação *provisória* no Brasil? Esta, p. ex., sofreu *mudança* para CPMF.

¹² Art. 60, §4º, CF/88: Não serão objeto de deliberação proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação de Poderes; IV - os direitos e garantias individuais.”

¹³ RTJ 151/811



O Estatuto Mínimo do Contribuinte

Foi então efetuado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal a conjugação de que os “direitos e garantias individuais” previstos no art. 5º da Carta contemplam também os direitos do contribuinte insculpidos no art. 150 da CF/88, dentre eles o Princípio da Anterioridade, objeto do julgamento em apreço.

6. Mas não apenas este Princípio, e nem apenas os que se apresentam no âmbito constitucional, estão contemplados por esta interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal. A amplitude interpretativa estabelecida no referido julgamento, permite que o *caput* do art. 150 tenha alcance muito maior do que seu assento constitucional. Veja-se que a expressão abrange: “Sem prejuízo de *outras garantias* asseguradas ao contribuinte, ...”, o que é mais amplo e alcança todo tipo de norma infraconstitucional e infralegal de proteção ao contribuinte, tal como o projeto de Código de Defesa do Contribuinte que se encontra em tramitação no Congresso Nacional. Por óbvio, tais normas não terão o *status* de cláusulas pétreas.

Desta forma, as normas constitucionais que se referem à proteção do contribuinte se constituem em verdadeiro *Estatuto Mínimo* de proteção, que certamente será ampliado por outras normas infraconstitucionais.

Se até mesmo uma Emenda Constitucional foi declarada inconstitucional, por violação das cláusulas pétreas da Constituição, qualquer outra norma que o fizer também poderá sê-lo. **A implementação de normas infraconstitucionais restritivas de direitos será inconstitucional.**

7. Vale ressaltar que esta posição do Supremo Tribunal Federal na ADIn 939-DF em parte confronta com o que era estabelecido por esse mesmo Tribunal, sob a ótica do direito adquirido. No julgamento do RE 94.414-SP, cujo relator foi o Ministro Moreira Alves, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, declarou que “não há direito adquirido contra texto constitucional, resulte ele



de Poder Constituinte originário, ou do Poder Constituinte derivado.”¹⁴

No corpo do referido acórdão, o Ministro Moreira Alves asseverou que: “as normas constitucionais se aplicam de imediato, sem que se possa invocar contra elas a figura do direito adquirido. Mesmo nas Constituições que vedam ao legislador ordinário a edição de leis retroativas, declarando que a lei nova não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, esse preceito se dirige apenas ao legislador ordinário, e não ao constituinte, seja ele originário, seja ele derivado.”¹⁵ “Em outras palavras, a Constituição, ao aplicar-se de imediato, não desfaz os efeitos passados de fatos passados (salvo se expressamente estabelecer o contrário), mas alcança os efeitos futuros de fatos a ela anteriores (exceto se os ressaltar de modo inequívoco).”¹⁶

Ou seja, havia o entendimento de que para o Poder Constituinte, originário ou derivado, tudo era possível, até mesmo alcançar os “efeitos passados de fatos passados”, caso expressamente o estabelecesse.

8. É bem verdade que a situação é símile, mas não idêntica. No caso mais recente, de controle concentrado, verifica-se a interpretação pela *supremacia da Constituição*, com o alargamento do conceito de cláusula pétrea, passando a abranger também os direitos do contribuinte. No caso mais remoto, que data de 1985, verifica-se a supremacia da forma constitucional sobre a matéria originalmente contida no texto¹⁷.

É também verdade que são duas Constituições diferentes - se é que a de 1969 era uma Constituição, ou apenas lhe fazia as vezes - , e dois momentos históricos diferentes, o que demonstra duas distintas formulações interpretativas, decorrentes da *cultura* dos intérpretes nos dois momentos.

¹⁴ RTJ 114/237

¹⁵ RTJ 114/243

¹⁶ RTJ 114/244

¹⁷ Muito embora a CF/69 também admitisse a Federação como cláusula pétrea no art. 47, §1º.



Tal fato apenas corrobora a tese acima exposta, referente a não existência de *um* Direito, mas de *Direitos*.

III. O Princípio da Reserva Legal

9. Feitas as considerações sobre *interpretação*, devemos nos debruçar sobre a *forma* como garantia no Direito, sendo uma de suas principais expressões o Princípio da Legalidade.

Este Princípio decorre da necessária autorização da sociedade para a adoção de certas regras de organização e de conduta. Pode-se remontar este tipo de necessidade, adotada ainda que de maneira não formal, à civilização grega, uma vez que vários assuntos de interesse da cidade eram decididos em assembleias periódicas (ordinárias), ou convocadas especialmente pelo governo de então (extraordinárias).

Contudo, o marco de sua formalização decorre da Magna Carta, em 1.215, na Inglaterra, quando os nobres se reuniram estabelecendo exigências a serem cumpridas pelo Rei - que passou a não ter tanto poder quanto antes -, dentre elas, a de que não haveria cobrança de tributos sem sua permissão. Daí surgiu a expressão “no taxation without representation”, que gerou o moderno conceito de legalidade.

Ou seja, a existência do Princípio da Legalidade deve-se à defesa do cidadão contra o poder do Estado. Só o que fosse aprovado pela assembleia dos cidadãos, ou de seus representantes, é que lhe poderia ser imposto como obrigatório.

Até o período do Estado Liberal, este conceito de legalidade era absoluto, vigente para todas as relações em que o Estado fizesse parte. E, como a política econômica de então era de viés absenteísta, tais relações eram muito restritas. As pessoas só poderiam fazer, ou deixar de fazer alguma coisa, em virtude de lei formal, ou seja, aprovada e votada nos órgãos do Poder Legislativo, de conformidade com os trâmites do processo constitucional legislativo de cada país. Contudo, com o advento do Estado Intervencionista, verificou-se que esta formulação, tal como era implementada, não mais era suficiente para o



O Estatuto Mínimo do Contribuinte

desenvolvimento da sociedade, e o Princípio da Legalidade passou a ter um correlato mais restritivo, que é o Princípio da Estrita Legalidade, ou da Reserva Legal.

Daí porque deve-se distinguir o Princípio da Legalidade do Princípio da Reserva Legal.

10. O Princípio da Legalidade¹⁸ passou a admitir a delegação de competência normativa para outros órgãos inferiores ao Poder Legislativo. Por outras palavras: a Lei (ato do Poder Legislativo) estabelece as grandes linhas de organização e conduta da sociedade, mas admite que outras normas, infralegais, disponham sobre aquela matéria, minudenciando-a. Como exemplo de matéria vinculada ao Princípio da Legalidade temos a legislação de trânsito. Não existe norma legal estabelecendo que os veículos nas ruas devam transitar da direita para a esquerda, ou vice-versa. O que existe é uma singela norma infralegal estabelecendo disposição neste sentido, calcada - isto sim -, em norma legal de superior hierarquia. A norma legal delega competência normativa para outros órgãos, a fim de que estes melhor implementem ou delimitem as suas disposições, através de instrumentos infralegais, tais como decretos, portarias, instruções normativas, etc..

O Princípio da Reserva Legal, ou Princípio da Legalidade Estrita, reservou certas matérias para serem veiculadas apenas por Lei, no sentido de ato formal do Poder Legislativo, não permitindo que outras normas infralegais disponham sobre o assunto. O exemplo mais patente desta disposição é o que diz respeito à matéria penal. Somente Lei no sentido formal - ato do Poder Legislativo -, pode estabelecer quais são as condutas criminosas, e quais as penas que lhe podem ser imputadas, o que corresponde ao conhecido adágio do “nulo crime, nula pena, sem prévia lei¹⁹”.

A diferença entre ambas as situações é flagrante. Fiquemos no campo do direito tributário brasileiro. O art. 150, I, da Carta estabelece

¹⁸ Insculpido em nossa Constituição no art. 5º, II: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

¹⁹ Que em nosso Direito foi positivado na Constituição no art. 5º, XXXIX.



O Estatuto Mínimo do Contribuinte

que: “é vedado (...) exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça”.

Isto quer dizer que existem **apenas** duas áreas do direito tributário brasileiro que estão vinculadas ao Princípio da Reserva Legal, e que *vedam comportamentos*, quais sejam: para **criar** tributos e para **aumentar** tributos. Só para estas duas específicas e restritas matérias é necessária lei em sentido formal. Para todas as demais basta norma infralegal. Assim, se o órgão fiscal quiser mudar o formulário de arrecadação através de singela *portaria*, ou *instrução normativa*, ou qualquer outra norma infralegal, não haverá óbice, desde que não haja **exigência (criação) ou aumento** de tributos, uma vez que apenas estas duas áreas é que estão sujeitas às restrições da Reserva Legal²⁰.

11. Deve-se observar que a Reserva Legal tem outro aspecto a ser considerado. Não se trata apenas da exigência de lei em sentido formal, como ato do Poder Legislativo, mas também de grau de exigência de *quorum* e de votantes para aprovação de níveis distintos de leis para cada qual das matérias. Por outras palavras, é exigido para alguns assuntos que maior número de parlamentares esteja presente na sessão de votação, e que um número superior destes parlamentares presentes vote no sentido de aprovar aquela proposta, a fim de que ela possa valer.

Vamos ao direito brasileiro positivo. A norma do art. 69 da CF/88 estabelece que as leis complementares serão aprovadas por maioria absoluta; o que as diferencia das leis ordinárias, para as quais basta maioria simples. Esta distinção denota uma diferença entre estes dois tipos de leis, implicando na exigência de maior “*convergência de vontades*” para a aprovação das leis complementares do que para as ordinárias.

Logo, no direito brasileiro, existem matérias que só podem ser consideradas válidas, vigentes, se aprovadas por leis complementares, que requerem maior convergência de interesses do que pelas ordinárias. Trata-se de uma outra vertente do Princípio da Reserva Legal.

²⁰ Mais uma vez fazendo um paralelo com o direito penal, poder-se-ia dizer que a reserva legal penal é apenas para a tipificação do crime e para o estabelecimento da pena. Norma infralegal poderia estabelecer o horário dos detentos tomarem sol.



Um exemplo desta situação pode ser verificado pela exigência contida no art. 146 da Carta de 1988, através do qual são discriminadas algumas matérias que somente podem ser veiculadas por lei complementar, dentre elas a de estabelecer normas gerais de legislação tributária, notadamente sobre prescrição, decadência, obrigação, lançamento e crédito²¹. Tais matérias somente terão validade se aprovadas através de Lei Complementar, não tendo a Lei Ordinária poder para dispor sobre elas.

IV. O Princípio da Tipicidade:

12. Outro aspecto a ser considerado na análise formal das garantias mínimas do contribuinte diz respeito ao Princípio da Tipicidade, que decorre da Estrita Legalidade acima referida.

Para que o Princípio da Estrita Legalidade seja operacionalizado, é necessário que todos os elementos especificados na Lei para sua efetiva aplicação estejam nela contidos. Não é cabível a delegação de competência normativa determinada pelo Princípio da Legalidade (amplo).

Daí que se deve diferenciar dois distintos momentos da obrigação tributária: o momento *prescritivo*, do estabelecimento normativo da conduta que gerará a incidência; e o momento da *efetiva implementação* da conduta pela pessoa que agiu de conformidade com o prescrito na norma. Este primeiro momento, *prescritivo, normativo, descritor*, denomina-se tecnicamente de **hipótese de incidência**. E o segundo momento, *fático, calcado na realidade, concretizador da situação normativamente descrita* denomina-se **fato imponível**.

É necessário que na **hipótese de incidência**, que decorre de Lei formal - ato do Poder Legislativo - estejam contidos todos os elementos necessários à sua determinação: aspectos material, temporal, espacial, pessoal e quantitativo.

Somente quando ocorrer o **fato imponível** é que a obrigação tributária se concretizará. Ou seja, surgirá quem é o sujeito passivo e

²¹ Art. 146, III, b, CF/88.



O Estatuto Mínimo do Contribuinte

o montante a pagar, fruto da aplicação da alíquota sobre a base de cálculo²².

Desta forma, o Princípio da Tipicidade Fechada implica em estabelecer uma conexão entre os preceitos constantes da norma e a realidade dos fatos. Assim, somente haverá tributação quando a ação humana se desenvolver exatamente da forma estabelecida na Lei (em sentido formal).

13. Observemos uma outra vertente o Princípio da Tipicidade, conjugando-o com as possibilidades de interpretação acima relatadas.

Será que o aplicador da norma infraconstitucional tem poderes para preencher os conceitos jurídicos da maneira que bem lhe aprouver, desconectado da realidade? Poderá ele transformar *renda* em *receita* ou contrato de *locação* em *compra e venda*?

Entendemos que não. Muito embora não exista um conceito constitucional de *renda*, ou de *locação*, o processo interpretativo possui limites, que não podem ser utilizados de maneira a subverter os institutos que estão sendo analisados²³.

O art. 109 do Código Tributário Nacional determina que os princípios gerais do direito privado são utilizados para pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, mas não para definição de seus efeitos tributários²⁴.

Contudo, este tipo de disposição normativa não se traduz em uma carta aberta para que sejam descartados os institutos de direito privado. *Propriedade, renda, contrato de compra e venda, leasing*, são operações realizadas no âmbito do direito privado, cujos efeitos são aqueles legalmente estabelecidos pelas normas aplicáveis à espécie.

²² Ou base imponible. Não se pode esquecer a questão dos tributos fixos, que refogem à análise deste trabalho.

²³ Neste sentido, Roque Carrazza, *Instituições Financeiras – Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ) e Contribuição Social sobre o Lucro (CSL) – Plena Dedutibilidade da Provisão para créditos de Liquidação Duvidosa – Inconstitucionalidades do art. 43, §4º da Lei 8981/95 – Questões Conexas*. In: *Direito Tributário – Estudos em Homenagem a Brandão Machado*, organizado por Luiz Eduardo Schoueri e Fernando Aurélio Zilveti, SP, Dialética, 1998, pág. 232 na nota de rodapé nº6 e pág. 238.

²⁴ CTN, art. 109: "Os princípios gerais de direito privado utilizam-se para pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, mas não para definição dos respectivos efeitos tributários."



Imagine-se um contrato de *locação* ser considerado como um contrato de *compra e venda*, seja para fins fiscais ou civis. É o completo desvirtuamento do Direito, transformando-o em instrumento de insegurança jurídica. A norma do art. 109 do CTN não contempla esta hipótese.

A interpretação deve ter conexão com a realidade dos fatos, e não pode ocorrer de maneira apartada da realidade, sob pena de ser considerada delirante.

Contudo, verifiquemos diversa situação, ocorrida na realidade. Uma pessoa jurídica adquire de duas pessoas físicas a integralidade das quotas sociais de outra pessoa jurídica, cujo único rendimento decorria da exploração de direitos minerários. O contrato de *compra e venda de quotas sociais* previa o pagamento de um valor a vista e de uma percentagem sobre a *exploração* dos direitos minerários *enquanto estes durassem*, abrangendo herdeiros e sucessores das partes envolvidas, e resguardando este pagamento em caso de venda daquele patrimônio a terceiros. Inegavelmente se estará diante de um contrato de compra e venda, mas se poderá caracterizar como pagamento das quotas sociais todo o valor envolvido? A tributação de cada qual destas operações pelo IRPF será diferenciada; menor em caso de receita decorrente da venda de quotas sociais e maior em caso de receitas de *royalties*. Por óbvio, *para efeitos tributários*, seria estapafúrdia uma hipótese de transação de compra e venda de quotas sociais cujo pagamento abrangesse herdeiros e sucessores enquanto não se esgotarem as reservas minerais. Mas tal transação não é absurda para o *direito privado*. Neste caso entende-se cabível a aplicação do art. 109 do CTN. Uma parcela do pagamento deverá ser apropriada como decorrente da compra e venda das quotas sociais; outra parcela, que se refere ao valor projetado no tempo, não se poderá caracterizar como decorrente da venda das quotas sociais, mas simplesmente como receita. A tributação pelo IRPF será diferenciada para cada qual das parcelas recebidas.

Nesta segunda hipótese, é plenamente cabível que os efeitos fiscais da transação privada sejam diferenciados, a teor do que estabelece o art. 109 do CTN. Seria delirante uma interpretação do Direito que tributasse como compra e venda de *quotas sociais* o valor pago pela exploração de um bem que se exaurisse após décadas.



O Estatuto Mínimo do Contribuinte

Logo, o uso do Princípio da Tipicidade é fundamental para conceder ao cidadão segurança jurídica de que os efeitos privados não serão desqualificados pelos órgãos fiscais. Todavia, é possível ao fisco reenquadrar a operação privada realizada desde que entre o meio empregado e o fim a ser alcançado não haja *razoabilidade e proporcionalidade*, conforme abaixo será comentado.

V. O Princípio da Vedação ao Confisco:

14. O Princípio da Vedação ao Confisco²⁵ é umbilicalmente vinculado ao Princípio da Capacidade Contributiva²⁶, sendo que ambos estão inseridos dentro do contexto do Princípio da Isonomia²⁷.

O Princípio da Capacidade Contributiva releva o nível ótimo de tributação possível de ser exigido dos contribuintes. Tudo que ultrapassar este nível deverá ser considerado confiscatório. E deve-se tratar as pessoas com isonomia, mormente no âmbito tributário, a fim de que não haja tributação desigual para situações idênticas.

A norma em análise não trata diretamente de *confisco*, mas da *utilização de tributo com efeito de confisco*, do uso do instrumento de arrecadação de tal modo que retire tamanha parcela da propriedade do contribuinte que se instaure o confisco.

Desta forma, utilizar tributo com efeito de confisco quer dizer *retirar parte da propriedade de outrem, além do que permite sua capacidade de contribuir*.

²⁵ Constituição Federal brasileira, art. 150: "... é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: IV – utilizar tributo com efeito de confisco"

²⁶ Constituição Federal, art. 145: "§1º - Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas dos contribuintes."

²⁷ Constituição Federal brasileira, art. 150: "... é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: II – instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão da ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos."



O Estatuto Mínimo do Contribuinte

15. Para tratar deste tema, o aspecto quantitativo da hipótese de incidência está no cerne da discussão, seja pela alíquota, seja pela base imponible. E, para tanto, deve-se ter em mente a resultante do aspecto quantitativo, e não apenas seus elementos de forma individualizada.

Contudo, não se há de falar do aspecto quantitativo individualizadamente, mas através da *carga tributária* imposta. De nada adianta estabelecer um percentual máximo de cobrança por cada tributo, se a somatória da carga tributária ultrapassar em muito aquilo que seja a capacidade contributiva do indivíduo ou categoria econômica.

Uma decisão do Supremo Tribunal Federal indica que a análise do efeito confiscatório pela utilização de tributos deve se dar através da totalidade da carga tributária, e não em função de cada tributo isoladamente. Isto ocorreu na ADInMC 2.010-DF, cujo relator foi o Ministro Celso de Mello, onde foi debatido o aumento estabelecido pelo art. 2º, parágrafo único, da Lei 9.783/99, que acrescentou sobrealíquotas de 9% e de 14%, dependendo da faixa salarial, aos descontos previdenciários dos funcionários públicos civis da União, que já descontavam 11%.

Entendeu o Tribunal, por maioria²⁸, que se deveria analisar alegação de confisco de conformidade com a carga tributária direta, o que inclui o IRPF, e não de forma individualizada por tributo.

16. A questão da inserção das penalidades pecuniárias no contexto da carga tributária com efeito confiscatório é outro aspecto a ser considerado.

Foi considerada confiscatória a penalidade pecuniária que estabeleceu multa de 300% sobre o valor do bem ou da operação da qual não houve a emissão da nota fiscal correspondente, estabelecida pelo art. 3º, parágrafo único da Lei 8.846/94, conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal na ADInMC 1.075-DF, cujo relator foi o Ministro Celso de Mello²⁹.

²⁸ Vencidos os Ministros Nelson Jobim e Moreira Alves. Informativo do STF nº 164, www.stf.gov.br.

²⁹ Informativo do STF nº 115, www.stf.gov.br.



O Estatuto Mínimo do Contribuinte

Indiscutivelmente a situação posta era escabrosa. Aplicava-se a penalidade sobre o *valor da transação*, e **não** do *imposto devido em decorrência da transação*. Neste caso, a venda de um bem por R\$ 100,00 sem a emissão de nota fiscal gerava a penalidade de pagar R\$ 300,00 ; independente do valor do tributo decorrente da operação ser de R\$ 15,00 ou até mesmo ter sido pago de forma usual. O singelo descumprimento de uma obrigação acessória - não emissão de nota fiscal - gerava multa três vezes superior ao valor da *transação*. Nitidamente a situação era confiscatória, por desproporcional.

No mesmo sentido foi a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADIn nº 551-1/RJ, cujo relator foi o Ministro Ilmar Galvão³⁰, através da qual foram considerados inconstitucionais os §§ 2º e 3º do art. 57 do ADCT da Constituição do Estado do Rio de Janeiro os quais estabeleciam que multas pelo não recolhimento de impostos e taxas não poderiam ser inferiores a duas vezes seu valor, e, nos casos de sonegação, as multas não poderiam ser inferiores a cinco vezes seu valor.

Ora, se o STF considerou inconstitucional a indicação de alíquota de 200% tendo como base imponible o valor do próprio imposto, o que dizer de uma estipulação de 300% sobre o valor de toda a operação! Logo, a sinalização do STF foi no sentido de que multas acima de 200% o valor do imposto são inconstitucionais, por confiscatórias.

Deve-se sempre lembrar que no Brasil já vigorou sábia norma constitucional que estabelecia um máximo de 20% para o aumento de impostos de um ano para outro³¹. Infelizmente, o hábito atual neste país é completamente diferente hoje³².

Contudo, deve-se alertar para o fato de que é imprescindível ser efetuada a análise desta incidência de conformidade com o Princípio da Proporcionalidade abaixo referido, para ser verificada a constitucionalidade da exação pretendida.

³⁰ Publicada no D.J. Seção I, 18.10.91.

³¹ CF 1934, art. 185: "Nenhum imposto poderá ser elevado além de vinte por cento do seu valor ao tempo do aumento."

³² Entre 1998 e 1999 a Cofins foi aumentada em 50% (de 2% passou para 3%) e a CPMF em 90% (de 0,2% para 0,38%), ainda que de forma *provisória*.



VI. Princípio do Sigilo na Comunicação de Dados Bancários

17. Este Princípio também se reveste da característica de cláusula pétrea da Constituição como direito e garantia individual, por vários motivos.

Em primeiro lugar porque sua gênese encontra-se mencionada no capítulo dos direitos e garantias individuais, ao tratar do direito à intimidade³³ e do sigilo das comunicações³⁴.

Em segundo lugar em razão do que dispõe a ADIn 939-DF³⁵, que considerou como direitos e garantias individuais as limitações ao poder de tributar e, por conseguinte, como cláusula pétrea da Constituição.

Por fim, em razão de que o art. 145, §1º da Carta de 1988 menciona que o poder de fiscalizar que possui a administração tributária deve ser utilizado “respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, ...”³⁶

Estou seguro que o tema possui assento constitucional, e, mais ainda, se reveste de um direito e garantia individual, constituindo-se em cláusula pétrea de nossa Carta³⁷.

Enfim, ao se proteger o sigilo bancário se está protegendo a intimidade e a vida privada da pessoa, seja física, seja jurídica, com realce para esta em sua atividade negocial.

³³ Constituição Federal, art. 5º: “X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;”

³⁴ Constituição Federal, art. 5º: “XII: é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;”

³⁵ Conforme exposto no item II, acima.

³⁶ O texto integral, um pouco rebuscado, consta do art. 145, §1º, da CF/88: “Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas dos contribuintes.”

³⁷ Correta a análise de Sacha Calmon e Misabel Derzi quando expõem que antes da CF/88 este assunto somente era tratado no âmbito infraconstitucional, muito embora pudesse, e devesse, ser analisado sob o prisma constitucional. *Direito Tributário Aplicado*. BH, Del Rey, 1997, pág. 264.



O Estatuto Mínimo do Contribuinte

18. A despeito de ser uma cláusula pétrea, este preceito pode e deve ser relativizado, a fim de que seu escopo não seja deturpado, através do encobrimento de atividades ilícitas. Sua quebra pode ser efetivada pelo Poder Judiciário, na forma do direito positivo atual³⁸.

Entendo que a norma infraconstitucional não poderá atribuir a outro órgão a prerrogativa de quebra deste sigilo, uma vez que a Constituição menciona expressamente o “... por ordem judicial ...”³⁹.

Pode parecer que a expressão “..., salvo, no último caso, por ordem judicial, ...” quer dizer respeito apenas às *comunicações telefônicas*, e não às *de dados* - onde se inseriria o sigilo bancário. Contudo, a interpretação possível e factível para tal preceito é a de que a expressão *no último caso* corresponderia a *em última hipótese*, o que englobaria todas as facetas do sigilo mencionados no inciso XII do art. 5º da Carta.

Desta forma, compete apenas ao Poder Judiciário a prerrogativa de quebrar o sigilo bancário do contribuinte, não podendo ser delegada tal atribuição a outro órgão, sob pena de violação à uma cláusula pétrea.

A questão em debate decorre de várias normas que, aparentemente, permitem a órgãos do Poder Executivo a quebra deste sigilo. O art. 197 do Código Tributário Nacional, menciona que: “mediante intimação escrita, são obrigados a prestar à autoridade administrativa todas as informações de que disponham com relação aos bens, negócios ou atividades de terceiros: II – os bancos, casas bancárias, caixas econômicas e demais instituições financeiras;”. Será possível ao agente fiscal, através de processo administrativo-fiscal, quebrar o sigilo bancário do contribuinte?

³⁸ STF, Pleno, unânime, rel.. Ministro Octávio Gallotti, ementa: “Não tem caráter absoluto a garantia de sigilo bancário, cuja dispensa se acha regulada pelo §1º do art. 38 da Lei 4.595/64, sendo facultada ao juiz a providência, em caso de relevante interesse público.” www.stf.gov.br.

³⁹ Inciso XII, do art. 5º, CF/88.



O Estatuto Mínimo do Contribuinte

Entendemos que não, em razão do parágrafo único dessa mesma norma estabelecer como exceção o respeito ao dever legal de manutenção do sigilo profissional⁴⁰.

E a norma que estabelece o sigilo bancário está no art. 38 da Lei 4.595/64, que permite sua quebra apenas em razão de pedido do Poder Judiciário e do Poder Legislativo, sob os requisitos que estabelece⁴¹. Óbvio que a menção ao Poder Legislativo, através de CPI's, encontra-se derogada pelo texto constitucional, que, como acima referido, menciona apenas *por ordem judicial*, no inciso XII do art. 5º da Carta de 1988. Todavia, em momento algum é mencionado que a singela requisição por parte do Poder Executivo será possível.

É bem verdade que o §5º da citada norma estabelece que “Os agentes fiscais tributários do Ministério da Fazenda e dos Estados somente poderão proceder a exames de documentos, livros e registros

⁴⁰ O parágrafo único encontra-se desta forma grafado: “A obrigação prevista neste artigo não abrange a prestação de informações quanto a fatos sobre os quais o informante esteja legalmente obrigado a observar segredo em razão de cargo, ofício, função, ministério, atividade ou profissão.”

⁴¹ Lei 4595/64, art. 38: “As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados. §1º - As informações e esclarecimentos ordenados pelo Poder Judiciário, prestados pelo Banco Central da República do Brasil ou pelas instituições financeiras, e a exibição de livros e documentos em juízo, se revestirão do mesmo caráter sigiloso, só podendo ter a eles acesso as partes legítimas na causa, que deles não poderão servir-se para fins estranhos à mesma. §2º - O Banco Central da República do Brasil e as instituições financeiras públicas prestarão informações ao Poder Legislativo, podendo, havendo relevantes motivos, solicitar sejam mantidos em reserva o sigilo. §3º - As Comissões Parlamentares de Inquérito, no exercício da competência constitucional e legal de ampla investigação, obterão as informações que necessitarem das instituições financeiras, inclusive através do Banco Central da República do Brasil. §4º - Os pedidos de informações a que se referem os §§ 2º e 3º deste artigo, deverão ser aprovados pelo Plenário da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal e, quando se tratar de Comissão Parlamentar de Inquérito, pela maioria absoluta de seus membros. §5º - Os agentes fiscais tributários do Ministério da Fazenda e dos Estados somente poderão proceder a exames de documentos, livros e registros de contas de depósitos, quando houver processo instaurado e os mesmos forem considerados indispensáveis pela autoridade competente. §6º - O disposto no parágrafo anterior se aplica igualmente à prestação de esclarecimentos e informes pelas instituições financeiras às autoridades fiscais, devendo sempre estas e os exames serem conservados em sigilo, não podendo ser utilizados senão reservadamente. §7º - A quebra de sigilo de que trata este artigo constitui crime e sujeita os responsáveis à pena de reclusão, de um a quatro anos, aplicando-se, no que couber, o Código Penal e o Código de Processo Penal, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.”



O Estatuto Mínimo do Contribuinte

de contas de depósitos, quando houver processo instaurado e os mesmos forem considerados indispensáveis pela autoridade competente.” Ora, quem será esta autoridade competente? Entendo que os membros do Poder Judiciário, de conformidade com as regras de jurisdição e competência que lhes forem atinentes. Não as autoridades do Poder Executivo, que sequer é mencionado em todo o artigo - ao contrário dos outros dois, e com a observação da derrogação desta prerrogativa ao Legislativo.

Recentemente o Ministério Público entendeu que teria o poder de quebrar o sigilo bancário, fruto do que estabelece o inciso VIII, do art. 129 da Carta de 1988⁴², bem como da Lei Complementar 75/93, que no art. 8º, IV, menciona que “para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência: IV – requisitar informações e documentos a entidades privadas.” Ocorre que não se pode ler estes preceitos de forma isolada, uma vez que o Direito não se interpreta por fatias, mas em conjunto com os demais dispositivos normativos. E o art. 6º, XVIII, “a”, da mesma Lei, ao traçar a competência do Ministério Público da União, estabelece que lhe cabe “*representar ao órgão **judicial competente*** para quebra de sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, bem como manifestar-se sobre representação a ele dirigida para os mesmos fins.” Desta forma, a pretensão do Ministério Público da União, de que possui competência para efetuar a quebra de sigilo bancário, não possui respaldo no sistema jurídico brasileiro atual. O próprio Supremo Tribunal Federal já pacificou a questão⁴³.

⁴² CF, art. 129: “São funções institucionais do Ministério Público: VIII – realizar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais.”

⁴³ RECR 215301-CE. STF, 2ª turma, unânime, rel. Ministro Carlos Mário, ementa: “Constitucional. Ministério Público. Sigilo Bancário. Quebra. CF art. 129, VIII I – A norma inscrita no inc. VIII, do art. 129, da CF não autoriza ao Ministério Público, sem a interferência da autoridade judiciária, quebrar o sigilo bancário de alguém. Se se tem presente que o sigilo bancário é espécie de direito à privacidade, que a CF consagra, art. 5º, X, somente autorização expressa da Constituição legitimaria o Ministério Público a promover, diretamente e sem a intervenção da autoridade judiciária, a quebra do sigilo bancário de qualquer pessoa.”



É importante frisar que a solicitação para quebra do sigilo bancário deve ser analisada com muita cautela pelo Poder Judiciário, e que, se não tiverem sido expostas razões verdadeiramente robustas da necessidade de quebra do sigilo, este deverá ser negado⁴⁴. Há de se analisar o pleito pela ótica da razoabilidade e da proporcionalidade⁴⁵, conforme assevera o próprio STF.

Desta forma, somente prova robusta de ilícito é que poderá determinar a quebra do sigilo bancário pelo Poder Judiciário, e desde que obedecidos os trâmites legais pertinentes e respeitados os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

VII. Princípio da Proporcionalidade:

19. O Princípio da Proporcionalidade não se refere apenas às garantias formais, pois adentra no mérito das questões tributárias.

Há quem o julgue equivalente ao Princípio da Razoabilidade⁴⁶ e existe quem defenda serem Princípios diversos⁴⁷. Sem pretender entrar no mérito da discussão no âmbito deste trabalho, resalto apenas o caráter *histórico* da *razoabilidade*, pois inserto na Magna Carta de

⁴⁴ PETQO 577-DF. STF, Pleno, unânime, rel. Ministro Carlos Mário, ementa: “Constitucional. Penal. Processual Penal. Sigilo Bancário. Quebra. Lei 4595/64, art. 38. I – Inexistentes os elementos de prova mínimos de autoria do delito, em inquérito regularmente instaurado, indefere-se o pedido de requisição de informações que implica quebra do sigilo bancário.”

⁴⁵ RE 219780-PE. STF, 2ª turma, unânime, rel. Ministro Carlos Mário, ementa: “Constitucional. Sigilo bancário. Quebra. Administradora de Cartões de Crédito. CF, art. 5º, X. I – Se é certo que o sigilo bancário, que é espécie do direito à privacidade, que a Constituição protege, art. 5º, X, não é um direito absoluto, que deve ceder diante do interesse público, do interesse social e do interesse da justiça, certo é, também, que ele há de ceder na forma e com observância de procedimento estabelecido em lei e com respeito ao princípio da *razoabilidade*. No caso, a questão foi posta pela recorrente, sob o ponto de vista puramente constitucional, certo, entretanto, que a disposição constitucional é garantidora do direito, estando as exceções na norma infraconstitucional.”

⁴⁶ Neste sentido, Suzana Toledo Barros, *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Restritivas de Direitos Fundamentais*, Brasília, Brasília Jurídica, 1996.

⁴⁷ Helenilson Cunha Pontes, sobre o *Princípio da Proporcionalidade no Direito Tributário*, tese de doutorado na USP, digitada



O Estatuto Mínimo do Contribuinte

João Sem Terra, de 1.215, ao lado do Princípio da Legalidade, o que lhe dá uma importância fundamental para o desenvolvimento do direito tributário⁴⁸.

Pode-se entender o Princípio da Proporcionalidade em duas distintas dimensões, complementares entre si. Uma, de *bloqueio* ao arbítrio estatal; e outra, de *resguardo*, condicionadora da concretização dos diferentes direitos constitucionais. Como tal, constitui o *limite* e o *fim* da atuação estatal, consubstanciando-se em um juízo de *adequação, necessidade e conformidade* entre o interesse público que suporta uma determinada medida estatal, limitadora do alcance ou do exercício de um bem juridicamente protegido, e o peso que este bem jurídico assume no caso concreto⁴⁹.

Ou seja, deve haver uma correlação entre a *exigência* estabelecida pela ordem jurídica (consubstanciada em um mandamento estatal: sentença, lei, portaria etc.) e o *encargo* para seu cumprimento. Daí que surge sua função de *bloqueio* dos abusos cometidos pelo Estado, quando exige mais do que seria proporcional pelo contribuinte, se tornando um *limite* à sua atuação; e surge também sua função de *resguardo*, concretizadora dos diversos princípios constitucionais, uma vez que sua implementação efetiva o Direito, tornando concretos, aplicáveis, os princípios estruturantes de um sistema jurídico, para que atinja os fins almejados.

O Princípio da Proporcionalidade não está expresso em nosso sistema jurídico, mas pode ser visualizado como decorrente de vários Princípios insculpidos em nossa Carta, *entre eles* o do Estado Democrático de Direito⁵⁰, da Dignidade da Pessoa Humana⁵¹, e do *due process of law*⁵². É, na verdade, o *coração* do Direito, uma vez

⁴⁸ “12 – Não lançaremos nossas taxas ou tributos sem o consentimento do conselho geral do reino, a não ser para resgate da nossa pessoa, para armar cavaleiro o nosso filho mais velho, e para celebrar, mas uma única vez, o casamento de nossa filha mais velha; e esses tributos não excederão limites razoáveis.” *Textos Históricos do Direito Constitucional*, Jorge Miranda (organizador e tradutor) Lisboa, Imprensa Nacional, 1980, pág. 14.

⁴⁹ Helenilson Cunha Pontes, *O Princípio da Proporcionalidade no Direito Tributário*, tese de doutorado na USP, digitada, pág. 69-70.

⁵⁰ CF/88, art. 1º, *caput*.

⁵¹ CF/88, art. 1º, III.

⁵² CF/88, art. 5º, LIV: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”



que **sua existência é que permitirá a efetivação das normas constitucionais, evitando o arbítrio travestido de legalidade**

- o que sói acontecer na realidade, pois a Reserva Legal é tão somente uma garantia de forma, e não de conteúdo⁵³.

Desta maneira, é um Princípio que está vinculado sempre a uma **relação**, pois envolve um meio aplicado à obtenção de uma finalidade.

20. Três são os preceitos que estão subjacentes ao Princípio da Proporcionalidade: a) o da Adequação ou da Idoneidade; b) o da Necessidade ou da Exigibilidade; e c) o da Proporcionalidade em Sentido Estrito⁵⁴.

Por adequação deve-se perquirir se o meio escolhido contribui para a obtenção do resultado pretendido. Desta forma, qualquer medida restritiva dos princípios constitucionais deve ser idônea quanto à finalidade pretendida, pois, caso contrário, estaremos diante de uma violação constitucional. A inadequação constitucional pode ocorrer a qualquer tempo, mesmo com normas que foram editadas há muitos anos, mas que as circunstâncias objetivas para sua implementação, visando alcançar o resultado pretendido, não se configure mais adequada. Logo, é necessário sopesar o momento em que a lei foi editada e as necessidades daquela ocasião, com os resultados obtidos em razão de sua sobrevida no tempo, a fim de alcançar fatos disformes com a data em que a norma foi gerada.

Por *necessidade* ou *exigibilidade* entende-se que a medida restritiva seja necessária para a implementação de outro princípio constitucional que naquela situação entenda-se mais relevante para dirimir o conflito de interesses colocado. Deve-se sempre optar pela solução menos gravosa a quando da adoção de norma restritiva de princípios constitucionais. Sua análise fica mais fácil a partir de um caso concreto, quando se poderá visualizar todas as diversas

⁵³ Para maiores considerações sobre a efetividade das normas processuais e o direito tributário, ver meu "Processo Tributário e Estado Democrático de Direito", In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). Processo administrativo tributário. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais: Centro de Extensão Universitária p. 511 – 527.

⁵⁴ Suzana de Toledo Barros, *O Princípio da Proporcionalidade ...*, págs. 72-84; Helenilson Cunha Pontes, *O Princípio da Proporcionalidade no Direito Tributário*, págs. 81 e ss.



O Estatuto Mínimo do Contribuinte

possibilidades de solução do conflito, e optar pela que seja mais *adequada* e que *exija* o menor grau possível de restrição de direitos. Portanto, seus viés é essencialmente *fático*.

A *proporcionalidade em sentido estrito* trata da análise das possibilidades *jurídicas* existentes para alcançar a melhor relação meio-fim para aquele conflito. Ou seja, aqui reside o núcleo da proporcionalidade, através da exata adequação entre os fins perseguidos e a imposição de ônus para o atingido pela norma. É neste âmbito que se verifica se houve *conformidade* entre os *meios* perseguidos e os *fins* alcançados, de tal modo tenha havido a solução mais *adequada* àquele conflito, acarretando a menor *onerosidade* possível no que tange à violação dos princípios constitucionais.

Portanto, o Princípio da Proporcionalidade, implícito em nosso sistema jurídico, é composto dos preceitos acima referidos: *adequação*, *necessidade* e *conformidade* (proporcionalidade em sentido estrito) e traduz a mediação necessária à existência de uma relação que evite o arbítrio estatal (função de bloqueio) e permita a implementação dos princípios constitucionais (função de resguardo).

21. Nosso Supremo Tribunal Federal já se manifestou acerca desse tema com muita propriedade, em várias ocasiões⁵⁵.

No estrito âmbito tributário, é conhecida a decisão relatada pelo Ministro Orosimbo Nonato, RE 18.331, o qual se pronunciou alertando que “o poder de taxar não pode chegar à *desmedida* do poder de *destruir*, substituído o conhecido axioma de Marshall de que ‘*the power to tax is the power to keep alive*’. Cita ainda o juiz erudita conferência do prof. Bilac Pinto, tirada a lume na Rev. Forense vol. 82, p. 547, que vale por eloqüente preconício da doutrina elaborada na Corte Suprema dos Estados Unidos, de que o poder de taxar ‘*só pode ser exercido dentro dos limites que o tornem compatível com a liberdade de trabalho, comércio e da indústria e com o direito de propriedade*’. É um poder, em suma, cujo exercício não pode ir até o abuso, o

⁵⁵ Sobre a posição jurisprudencial do STF acerca de Proporcionalidade, ver Gilmar Ferreira Mendes, *A Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, Repertório IOB de Jurisprudência, ementa nº 1-8175, 1ª quinzena de dezembro de 1994, nº 23/94, página 475 e ss.



O Estatuto Mínimo do Contribuinte

excesso, o desvio, sendo aplicável, ainda aqui, a doutrina fecunda do ‘*detournement de pouvoir*’. Não há que estranhar a invocação dessa doutrina ao propósito da inconstitucionalidade, quando a Justiça argentina já proclamou que ‘*la incompatibilidad puede ser con la letra de la Constitución, o solamente con su espíritu, es decidir, con su verdadero significado quando la letra es obscura o da lugar a diversas interpretaciones*’.⁵⁶

Engana-se, contudo, quem entende que tal belíssimo acórdão concedeu ganho de causa ao contribuinte. Muito pelo contrário. No caso em apreço, o Município de Santos havia majorado o valor do imposto de licença sobre cabines de banho para o exercício de 1949 em 1.044,00%. O contribuinte entendeu que tal majoração estava desproporcional à sua capacidade econômica. A decisão de 1ª instância foi favorável ao contribuinte, mas o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo reformou a sentença. O Ministro Orosimbo Nonato, após o magnífico pronunciamento acima transcrito, decidiu que no caso concreto não havia sido a majoração do imposto que lhe causava dano à capacidade contributiva, uma vez que “o que mais onera sua situação é o pagamento do aluguel do prédio, devido, em 1948, à razão de oitenta e dois mil cruzeiros para cento e cinquenta mil cruzeiros em 1949, exercício a que se refere o lançamento cobrado (...) É evidente que o fisco nada tem a ver com os contratos onerosos dos contribuintes. Se o imposto que cobra é legal e devido, e não se mostra, só por si, exorbitante ou extorsivo, não há que ser acimado de inconstitucionalidade (...) Manifesto é, pois, que a contribuição devida ao fisco não se mostra onerosa ou absorvente de seus lucros. Absorvente e onerosa é a orientação adotada de exploração de seus negócios, capaz de consumir a quase totalidade de seus lucros. E só por isso não fica inibido o fisco de arrecadar a seus tributos, legitimamente lançados.”

Desta forma, concretizado o Princípio da Proporcionalidade, foi entendido então, pelo Supremo Tribunal Federal, à vista do caso concreto, que estava correto o aumento do tributo, mesmo majorado acima de 1.000% de um ano para outro. Não precisa dizer que mesmo

⁵⁶ www.stf.gov.br, acórdão na íntegra. Pequeno excerto deste acórdão foi mencionado por Gilmar Ferreira Mendes, em *A Proporcionalidade...*, pág. 475.



O Estatuto Mínimo do Contribuinte

o relator fez notar sua saudade do acima citado artigo 185 da já então pretérita Constituição Federal de 1934, que limitava os aumentos de impostos em 20% de um ano para outro.

22. Assim, é imperioso se analisar todo o Direito sob o prisma da Proporcionalidade, a fim de que seja apreciada sob esta ótica relativista todos os Princípios Constitucionais acima referidos: Legalidade, Reserva Legal, Tipicidade, Isonomia, Capacidade Contributiva, Vedação ao Confisco e Sigilo na Comunicação de Dados Bancários. A correlação entre os meios jurídicos utilizados para alcançar os fins buscados é fundamental para a análise do Direito como um todo, o tributário inclusive. E é o cerne do Estado Democrático de Direito, pois transforma garantia formal em garantia de conteúdo.

VIII. CONCLUSÕES:

23. Pode-se concluir a presente análise afirmando que o Direito é um produto cultural e sua interpretação depende do *estado da cultura* de uma dada sociedade. Logo, não existe *um* Direito, mas *vários* Direitos, de conformidade com a cultura das pessoas que o interpretam e as circunstâncias espaciais e temporais que presidem sua análise.

Contudo, existe limite para esta interpretação, uma vez que não pode ocorrer de forma desconectada com a realidade. Várias podem ser as interpretações corretas, factíveis, mas várias serão as teratológicas. No Brasil, o Supremo Tribunal Federal tem o poder-dever de interpretar a Constituição em última *ratio*.

Os Princípios Constitucionais de proteção ao Contribuinte constituem-se em cláusulas pétreas, consoante interpretação do Supremo Tribunal Federal na ADIn 939-DF, cujo relator foi o Ministro Sydney Sanches. Outras normas infraconstitucionais podem vir a conceder maior número de garantias aos contribuintes, sem que venham a ser consideradas cláusulas pétreas. Será inconstitucional a restrição destes Princípios Constitucionais através de normas infraconstitucionais.



O Princípio da Reserva Legal diferencia-se do Princípio da Legalidade pois este permite a delegação de competência normativa para outros entes estatais regularem situações através de normas infralegais. Apenas duas hipóteses encontram-se circunscritas ao Princípio da Reserva Legal Tributária: a *criação* e a *majoração* de tributos. Tudo o mais que não esteja inserido neste contexto pode ser regulado através de norma infralegal.

Outro aspecto do Princípio da Reserva Legal é o que estabelece que somente através de certo tipo de norma determinada exigência poderá ser efetuada. Daí surge que somente através de leis complementares ou de leis ordinárias é que será possível surgir este ou aquele tipo de exigência fiscal.

O Princípio da Tipicidade decorre do Princípio da Estrita Legalidade, uma vez que somente através do estabelecimento *na lei* de todos os aspectos necessários para a instituição ou a majoração de tributos é que surgirá a obrigação tributária, decorrente do fato imponible. Mais uma vez, frisa-se que não se pode interpretar as normas de maneira desconectada da realidade, transformando certa relação jurídica em outra. É possível reconhecer efeitos fiscais distintos das operações privadas efetuadas, mas apenas em hipóteses restritíssimas, e onde ficar configurada violação ao Princípio da Razoabilidade e da Proporcionalidade.

O Princípio da Vedação ao Confisco é estritamente vinculado à Capacidade Contributiva, sendo que ambos decorrem do Princípio da Isonomia. Ocorrerá a utilização de tributo com efeito confiscatório quando for retirada parte da propriedade de outrem, além do que permite sua capacidade de contribuir. A apuração deste efeito deve se dar pela carga tributária, e não de forma individualizada, por tributo. A imposição de multas pode ter um efeito confiscatório, conforme jurisprudência do STF, que já considerou como tal norma que estabeleceu 200% sobre o valor do imposto.

O sigilo na comunicação de dados bancários é uma cláusula pétrea, pois decorre do direito à intimidade e do sigilo das comunicações, ambos inseridos no art. 5º da atual Constituição. Seu entendimento deve ser relativizado, uma vez que é permitido ao Poder



O Estatuto Mínimo do Contribuinte

Judiciário, e tão somente a este, e desde que justificadamente, proceder à sua quebra. Não é possível, contudo, na ordem constitucional vigente, conceder o poder de quebrar o sigilo bancário a outro órgão que não o Poder Judiciário.

O Princípio da Proporcionalidade, por vários autores considerado idêntico ao da Razoabilidade, encontra-se implícito em nosso sistema jurídico, e se traduz em um juízo de *adequação, necessidade e conformidade* entre os meios utilizados e o fim a ser alcançado. Caso estejam em desacordo, o preceito normativo poderá ser considerado desproporcional, o que acarretará sua inconstitucionalidade. Tal preceito é o cerne do Estado Democrático de Direito.

BIBLIOGRAFIA UTILIZADA:

BARROS, Suzana Toledo. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS. RESTRITIVAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. Brasília, Brasília Jurídica, 1996.

BOBBIO, Norberto *et alii*. DICIONÁRIO DE POLÍTICA. Brasília, Ed. UnB, 1992, vol. 02, *Verbete Práxis*, elaborado por GOZZI, Gustavo, pág. 987.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. SP, Malheiros, 5ª ed., 1994.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADIn 939-DF, relator Ministro Sydney Sanches, Revista Trimestral de Jurisprudência, nº 151/755

____. Supremo Tribunal Federal. Pleno. RE 94.414-SP, relator Ministro Moreira Alves, Revista Trimestral de Jurisprudência, nº 114/237

____. Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADInMC 2.010-DF, relator Ministro Celso de Mello, Informativo do STF nº 164, www.stf.gov.br.

____. Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADInMC 1.075-DF, relator Ministro Celso de Mello, Informativo do STF nº 115, www.stf.gov.br.

____. Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADIn MC 551-1-RJ, relator Ministro Ilmar Galvão, D.J. Seção I, 18.10.91.

____. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. RECR 215301-CE, rel. Ministro Carlos Mário, www.stf.gov.br.

____. Supremo Tribunal Federal. Pleno. PETQO 577-DF, rel. Ministro Carlos Mário, www.stf.gov.br.

____. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. RE 219780-PE, rel. Ministro Carlos Mário, www.stf.gov.br.

____. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. RE 18.331, rel. Ministro Orosimbo Nonato, www.stf.gov.br, acórdão na íntegra.

CARRAZZA. Roque. INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS – IMPOSTO SOBRE A RENDA DA PESSOA JURÍDICA (IRPJ) E CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO (CSL) – PLENA DEDUTIBILIDADE DA PROVISÃO PARA CRÉDITOS DE LIQUIDAÇÃO DUVIDOSA – INCONSTITUCIONALIDADES DO ART. 43, §4º DA LEI 8981/95 –

120 - RPGE, Porto Alegre 24(53): 91-121, 2001



O Estatuto Mínimo do Contribuinte

QUESTÕES CONEXAS. *In*: DIREITO TRIBUTÁRIO – ESTUDOS EM HOMENAGEM A BRANDÃO MACHADO, organizado por Luiz Eduardo Schoueri e Fernando Aurélio Zilveti, SP, Dialética, 1998, págs. 228-265.

COELHO, Sacha Calmon Navarro e DERZI, Misabel. DIREITO TRIBUTÁRIO APLICADO. BH, Del Rey, 1997.

COMPARATO, Fábio Konder. EDUCAÇÃO, ESTADO E PODER. SP, Brasiliense, 1987.

CORREAS, Óscar. SOCIOLOGÍA DEL DERECHO Y CRÍTICA JURÍDICA. México, Ed. Fontamara, 1998. GRAU, Eros Roberto. O DIREITO POSTO E O DIREITO PRESSUPOSTO. SP, Malheiros, 1996. MENDES, Gilmar Ferreira. A PROPORCIONALIDADE NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Repertório IOB de Jurisprudência, ementa nº 1-8175, 1ª quinzena de dezembro de 1994, nº 23/94, página 475 e ss.

MIRANDA, Jorge (organizador e tradutor). TEXTOS HISTÓRICOS DO DIREITO CONSTITUCIONAL. Lisboa, Imprensa Nacional, 1980.

PONTES. Helenilson Cunha. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO DIREITO TRIBUTÁRIO. Tese de doutorado aprovada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em março de 2000, digitada.

SCAFF, Fernando Facury. PROCESSO TRIBUTÁRIO E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. *In*: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais: Centro de Extensão Universitária p. 511 – 527. SICHES, Luis Recaséns. INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO, 12ª ed. México, Ed. Porrúa, 1997.





ATIVIDADE FORENSE

AGRAVO DE INSTRUMENTO COM
PEDIDO DE LIMINAR, CONTENDO
A TRANSCRIÇÃO DA PETIÇÃO INI-
CIAL DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA
CONTRA A ANATEL, TELEBRASIL
SUL PARTICIPAÇÕES E BRASIL
TELECOM S/A





EXCELENTÍSSIMO SENHOR JUIZ DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO:

O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, por seus Procuradoras signatários, inconformado com a decisão do MM. Juízo da 6ª Vara Federal, que indeferiu liminar pleiteada em Ação Civil Pública ajuizada contra **AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES, TELE BRASIL SUL PARTICIPAÇÕES e BRASIL TELECOM S/A**, vem à presença de V. Exa. interpor **AGRAVO DE INSTRUMENTO**, com fundamento nos arts. 524 e seguintes do Código de Processo Civil e com base nas razões em anexo.

Indica, outrossim, para formação do instrumento, a cópia integral dos documentos que acompanharam a ação ajuizada, inclusive decisão agravada, certidão da respectiva intimação e procuração outorgada pelos réus que se manifestaram na ação.

Informa, por derradeiro, o endereço dos procuradores dos agravados:

RPGE, Porto Alegre 24(53): 123-216, 2001 - **125**



Agravo de Instrumento com Pedido de Liminar

ANATEL – Dr. José Expedito de Freitas, OAB/DF n° 11.639 e Dr. Orlando de Luca Júnior, OAB/PR n° 4939, Procuradores Federais, com mandato legal, com endereço em Brasília-DF, Setor de Autarquia Sul, Quadra 06, Bloco H, Ed. Ministro Sérgio Mota;

TBS PARTICIPAÇÕES S/A – Dr. Jaguarê Torelly Teixeira, OAB/RS n° 3.438, com endereço em Porto Alegre-RS, na rua Tobias da Silva, n° 22, 4° andar e Dr. Marcos Paulo Veríssimo, OAB/SP n° 154.603, com endereço em São Paulo-SP, na rua da Consolação, n° 247, 8° andar;

BRASIL TELECOM PARTICIPAÇÕES S/A – Dr. Ricardo Barbosa Alfonsin – OAB/RS n° 9.275, com endereço em Porto Alegre-RS, na rua Olavo Barreto Viana, n° 104, cj. 204.

Porto Alegre, 31 de julho de 2000.

Paulo Peretti Torelly
Procurador-Geral do Estado

Márcia Regina Lusa Cadore Weber
Procuradora do Estado
OAB n° 29.266

Helena Beatriz Cesarino Mendes Coelho
Procuradora do Estado
OAB n° 27.799



Agravo de Instrumento com Pedido de Liminar

AGRAVANTE: ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
AGRAVADOS: AGÊNCIA NACIONAL DE
TELECOMUNICAÇÕES, TELE BRASIL SUL
PARTICIPAÇÕES S/A E BRASIL TELECOM
PARTICIPAÇÕES S/A

EGRÉGIO TRIBUNAL, COLEDA TURMA:

Merece inteira reforma a r. decisão agravada, eis que manifestamente contrária às normas legais e constitucionais que regem a matéria em exame, conforme restará demonstrado.

I – DO CONTEXTO PROCESSUAL:

O Estado do Rio Grande do Sul ajuizou ação civil pública objetivando, liminarmente, a suspensão do art. 7º do Ato nº 9.607 da ANATEL, a determinação à Agência agravada para que se abstivesse de encerrar o processo de intervenção antes de concluído o Procedimento Administrativo de Apuração de Descumprimento de Obrigações (PADO) nº 535000008242000, destinado a apurar infrações por descumprimento de determinações da ANATEL, e a vedação da alienação do controle acionário da CRT, enquanto não finalizado tal procedimento. Pediu, ao final, a procedência da presente ação para determinar-se que a ANATEL se abstivesse de levantar a intervenção decretada antes da conclusão do processo administrativo

RPGE, Porto Alegre 24(53): 123-216, 2001 - **127**



Agravo de Instrumento com Pedido de Liminar

referido, fosse impedida a venda enquanto não concluído tal processo e decretada a nulidade do art. 7º do Ato nº 9.607, que permite à Agência o levantamento da intervenção antes do evento mencionado.

Alegou, em apertada síntese, que a ANATEL vem sendo omissa quanto à aplicação da legislação de telecomunicações, eis que o controle acionário da Companhia Riograndense de Telecomunicações-CRT deveria ter sido transferido até 04.02.2000 e, passados mais de 5 meses desta data, esta providência não restou concluída, tendo sido decretada a intervenção apenas em 9.06.2000, através do Ato 9.607. Considerando o decurso deste prazo, argumentou que a realização da alienação, neste momento, não poderia render ensejo ao levantamento da intervenção. Isso porque tramita na ANATEL procedimento administrativo destinado a apurar faltas dos controladores da CRT, procedimento este que, diante da falta comprovadamente praticada (não-alienação do controle acionário no prazo estipulado), poderia resultar na penalidade de caducidade da concessão. Desta forma, era imperioso concluir-se, antes do levantamento da intervenção e da realização da alienação, o aludido procedimento administrativo, de forma a evitar-se a realização de negociação quanto à concessão que pode ser cassada, e a cessação da intervenção destinada a garantir a continuidade dos serviços de telefonia fixa.

O Estado do Rio Grande do Sul, nesta ação, está a tutelar direitos de todos os usuários do serviço de telefonia fixa, extremamente prejudicados com a omissão da ANATEL diante do procedimento dos controladores da CRT, que reduziram drasticamente seus investimentos e apresentam sérios problemas de gestão.

II – DA DECISÃO AGRAVADA

Esse, no entanto, não foi o entendimento da ilustrada Julgadora, que indeferiu a liminar pleiteada nos seguintes termos:

“(…)”

Passo a decidir.

128 - RPGE, Porto Alegre 24(53): 123-216, 2001



Agravo de Instrumento com Pedido de Liminar

O Estado do Rio Grande do Sul centra sua argumentação na alegação de irregularidades cometidas pela empresa TBS no controle acionário da CRT, concessionária dos serviços de telefonia fixa do Estado (irregularidades às quais se refere praticamente a totalidade da extensa prova documental), bem como na alegação de omissão por parte da ANATEL. Conclui, em razão desses dois fatores, que a transmissão das ações e o levantamento da intervenção não poderão efetuar-se antes de concluído o procedimento administrativo de apuração de irregularidades, ao final do qual haverá de ser aplicada a pena de caducidade da concessão.

Quanto às irregularidades supostamente cometidas pela TBS, entre as quais se inclui a não-alienação do controle acionário no prazo previsto, efetivamente há fortes indícios, consubstanciados na prova documental trazida aos autos. No entanto, a vedação à transmissão do controle acionário em nada contribui para elucidar tais irregularidades. Caso a empresa as tenha cometido, a melhor solução é seu afastamento definitivo da administração da companhia, afastamento esse que restará perfectibilizado com a alienação do controle acionário. Tal não impedirá a aplicação eventual de penalidades à concessionária (a qual poderá vir a exercer direito de regresso) ou mesmo à TBS. O que se verifica é que não há relação lógica entre a vedação à transmissão do controle acionário e a solução ou penalização das irregularidades porventura perpetradas. Por outro lado, a eventual prática de irregularidades não enseja a manutenção da intervenção da ANATEL na CRT. A intervenção foi decretada para atender a uma situação específica (a não-alienação, no prazo, do controle acionário). É lógico que, uma vez superada tal situação, a intervenção seja levantada, possibilitando-se ao adquirente do controle da CRT o início de sua gestão.

No que respeita à atuação da ANATEL, não restou claramente



Agravo de Instrumento com Pedido de Liminar

demonstrada a omissão da agência reguladora. Os atos por ela editados foram devidamente motivados. Não cabe ao Poder Judiciário analisar se foram convenientes e oportunos. Os reparos feitos pelo autor a tais atos são todos calcados em fatores de conveniência e oportunidade. No entanto, ainda que se ingressasse nessa seara, verificar-se-ia que os referidos atos procuraram atender da melhor forma possível à situação que se apresentava.

Com efeito, uma vez tendo sido admitida pela legislação (artigo 14 do Plano Geral de Outorgas) a aquisição de outra concessão pela mesma pessoa detentora de concessão de serviços de telecomunicação em outra região, desde que se desfizesse do controle da primeira concessão em um prazo de dezoito meses, fica criada situação de difícil solução. Não se pode dizer que a TBS agiu contra o direito ao adquirir o controle acionário da TELESP, uma vez que autorizada por ato infra-legal e por ato administrativo. Não se pode dizer que a ANATEL não poderia ter autorizado tal aquisição, considerando-se o dispositivo regulamentar. Poder-se-ia, sim, em outra esfera, questionar o Plano Geral de Outorgas do ponto de vista da legalidade (devido ao disposto no artigo 201 da Lei nº 9.472/97).

Tendo dezoito meses para desfazer-se do controle acionário da CRT, evidentemente a empresa então controladora não investiria na mesma intensidade do que o faria caso tivesse a perspectiva de manter a concessão. Se investiu menos do que o mínimo exigível, não é aqui que se há de analisar, sendo cabível apuração no âmbito administrativo ou em processo com esse objetivo (uma vez que, conforme já restou definido, as irregularidades porventura praticadas em nada obstam a transferência do controle acionário da empresa). De outra parte, é evidente que a empresa controladora não efetivaria a transmissão em negócio que lhe fosse desvantajoso, o que é da própria natureza das relações de mercado (a que ficou sujeito o serviço público de telefonia a partir do momento em que se optou pela privatização). O que se verifica é que a ANATEL, na condição de agência reguladora, tendo que zelar pela prestação dos serviços públicos em meio a um emaranhado de interesses privados,



Agravo de Instrumento com Pedido de Liminar

editou os atos que entendeu cabíveis, e que, ao menos em sede de cognição sumária, apresentam-se perfeitos do ponto de vista da legalidade.

Eventual ilegalidade de tais atos, no entanto, não ensejaria a impossibilidade de transmissão do controle acionário ou a necessidade de manutenção da intervenção. Com efeito, um fator não guarda qualquer relação com o outro. Ainda, a manutenção da intervenção não soluciona o problema da deficiência dos serviços ou da falta de investimentos, uma vez que o próprio autor aduz que, mesmo após decretada a intervenção, a conduta da ANATEL permaneceu omissiva. O levantamento da intervenção, outrossim, é faculdade da ANATEL, conforme o ato de intervenção por ela editado e o disposto no artigo 111 da Lei nº 9.472, o qual possibilita que o ato de intervenção indique seu prazo, seus objetivos e limites, No caso, incide o § 2º do referido artigo, na parte em que determina a conclusão do procedimento de intervenção em no máximo cento e oitenta dias, sendo cautelar a intervenção. Tal não diz respeito, no entanto, à duração intervenção em si.

Aduz o Estado que a transferência do controle acionário e o levantamento da intervenção impossibilitariam a continuidade do procedimento administrativo instaurado pela ANATEL a aplicação da penalidade cabível, em seu entender a caducidade da concessão. Tal assertiva, entanto, não é correta. Independentemente da alienação do controle, a ANATEL pode permanecer apurando irregularidades tais como a não efetivação da transferência do controle no prazo estipulado.

Aliás, a concretização do negócio, após meses de negociação, constitui o cumprimento do determinado em lei (transmissão do controle acionário), não se vislumbrando de que modo possa se prejudicial ao serviço. Com efeito, razão assiste à ANATEL ao afirmar que a transmissão da concessão à empresa adquirente possibilitaria solucionar o problema da falta de investimentos em telefonia fixa. Tais investimentos



Agravo de Instrumento com Pedido de Liminar

assegurariam a competitividade da empresa.

Note-se que não há elementos a indicar que o procedimento administrativo seria paralisado após a alienação do controle acionário da CRT. No entanto, nada impede que, caso tal paralisação se verifique, o Estado, como acionista ou como ente federativo, ingresse com as medidas que entender cabíveis. No que respeita à penalidade aplicável pela não alienação do controle no prazo estipulado, vale verificar-se qual seria esta, de conformidade com os dispositivos legais e infra-legais incidentes à espécie.

Vê-se que o artigo 87 da Lei nº 9.472/97 não se aplica, uma vez que trata da hipótese de outorga de concessão a empresa que, na mesma região, localidade ou área, já preste a mesma modalidade de serviço. Nessa situação, a empresa tem o prazo máximo de dezoito meses para transferir o serviço anteriormente explorado, sob pena de caducidade e outras sanções. No caso presente, não se trata de empresa que detenha a outorga do serviço na mesma região, e sim em regiões diversas (Rio Grande do Sul e São Paulo).

Razão assiste à ANATEL quando afirma que a base legal do artigo I.4 do Plano Geral de Outorgas é o artigo 201 da Lei nº 9.472/97. Tal dispositivo reza:

‘Art. 201. Fica vedada, no decurso do processo de desestatização, a aquisição, por um mesmo acionista ou grupo de acionistas, do controle, direto ou indireto, de empresas atuantes em áreas distintas do plano geral de outorgas’.

Em decorrência de tal dispositivo legal, em princípio a TBS não poderia ter adquirido o controle acionário da TELESP. No entanto, tal dispositivo foi “flexibilizado” pelo Plano Geral de Outorgas (instituído por meio de Decreto), em seu artigo 14, o qual dispõe:

‘Art. 14. A obtenção de concessão em determinada Região por empresa já concessionária do serviço a que se refere o art. 1º [serviço telefônico fixo], sua coligada, controlada ou



Agravo de Instrumento com Pedido de Liminar

controladora implicará a obrigatória transferência a outrem de contrato de concessão detido em outra Região no prazo máximo de dezoito meses, contado da data de obtenção da concessão.’

Verifica-se que, em momento algum, há previsão de pena de caducidade da concessão nesses dispositivos, para o caso de que não seja concretizada a alienação do controle acionário. O artigo 114 da Lei nº 9.472/97 prevê as hipóteses em que a decretação da caducidade é obrigatória, não incluindo a infração ao disposto no artigo 14 do Plano Geral de Outorgas (e nem poderia fazê-lo, pois o Plano Geral de Outorgas é posterior à Lei nº 9.472; além disso, do ponto de vista da técnica legislativa, seria aberrante que uma lei instituísse penalidade por descumprimento de obrigação prevista em decreto). A possibilidade de decretação de caducidade, bem como de outras penalidades, resta facultada à ANATEL pelo artigo 173 da Lei nº 9.472. Conforme disposto no artigo 176, a ANATEL deverá considerar, na aplicação de sanções, a natureza e a gravidade da infração, os danos dela resultantes para o serviço e para os usuários, a vantagem auferida pelo infrator, as circunstâncias agravantes, os antecedentes do infrator e a reincidência específica. Conclui-se que a ANATEL, devendo considerar tais fatores poderá eventualmente aplicar a penalidade de caducidade à CRT.

No entanto, diga-se por oportuno, embora não se trate de fator determinante para a presente decisão, a aplicação de caducidade à CRT não se afigura como vantajosa para o Estado do Rio Grande do Sul ou para o público consumidor de serviços telefônicos. Note-se que caducidade, caso decretada, não penalizará especificamente a TBS, que foi controladora da CRT. Penalizará a CRT, incluindo a totalidade de seus acionistas (inclusive, muitos deles, pessoas físicas), a qual ficará sem poder realizar seu objeto social. Para o Estado, a decretação da caducidade implicaria grande perda, uma vez que detentor de 4% das ações da CRT (quantia guarda relação lógica com as mesmas, nem virá atender aos reclamos da sociedade, em nome da qual postula).

RPGE, Porto Alegre 24(53): 123-216, 2001 - **133**



Agravo de Instrumento com Pedido de Liminar

Quanto à petição hoje protocolada pelo autor, verifica-se que a existência de outros fatores que possam impedir o negócio entre as rés TBS e Brasil Telecom não guarda relação com o discutido na presente demanda. Com efeito, o PADO n° 53500000824000 não tem por finalidade apuração de divergências internas no âmbito da possível compradora do controle acionário, não fazendo sentido paralisar-se o negócio até a conclusão do referido PADO em razão dessas divergências. Por outro lado, tais divergências, inerentes ao mundo dos negócios, não dirão respeito ao serviço de telefonia do Estado enquanto não vierem em prejuízo deste. Não há indícios de que isso possa ocorrer, uma vez que essas divergências têm-se dado não no referente à gestão da empresa, e sim à concretização do negócio. Não se pode, pois, supor que a venda será prejudicial à empresa, ou, ao menos, que será mais prejudicial do que o impasse.

Quanto ao descumprimento de metas da ANATEL pela CRT, há que reconhecer-se que não se trata de caso isolado, sendo, inclusive, a empresa a que menos descumpriu metas entre todas as prestadoras do país. Ou seja, não se pode aferir que esse descumprimento tenha decorrido necessariamente, e em sua totalidade, da situação de impasse vivida pela empresa. Como já referido, a continuidade do processo de apuração de irregularidades não está ameaçada pela continuidade do processo de alienação do controle acionário. A necessidade de punição das irregularidades não conflita com a necessidade de solução para os problemas que ora se apresentam (um deles, relativo à possibilidade de transferência do controle acionário, outro, relativo à possibilidade de levantamento da intervenção).

Ante o exposto, por não vislumbrar a presença dos requisitos ensejadores do deferimento da medida liminar, indefiro a liminar pleiteada, revogando a decisão das folhas 2090 e 2091.



Agravo de Instrumento com Pedido de Liminar

Intimem-se. Cite-se a ré Brasil Telecom S/A.
Ana Ines Algorta Latorre
Juíza Federal Substituta”

Em que pese os fundamentos da r. decisão, entende o ente público estadual estarem presentes, na espécie, a aparência do bom direito e o perigo na demora, requisitos autorizadores do deferimento da liminar postulada, como se demonstrará no presente recurso.

Pede vênia, entretanto, o agravante, para, inicialmente, transcrever o conteúdo da petição inicial, dada a complexidade do processo e, especialmente, a densidade fática de que se reveste, no entendimento de que tal procedimento trará maior clareza à exposição.

Porto Alegre , 24 de julho de 2000.

III – DO CONTEÚDO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

O agravante transcreve, a seguir, os argumentos de fato e de direito expostos na petição inicial da ação civil pública:

“É fato público e notório o processo de privatização das empresas estatais prestadoras de serviços públicos havido no país nos últimos anos. Nesse contexto, insere-se a privatização da Companhia Riograndense de Telecomunicações-CRT, que teve o controle acionário transferido à iniciativa privada no ano de 1998, restando ao Estado apenas o percentual de 4,1% das ações.

Abstraindo eventuais considerações quanto à opção política pela privatização da CRT, certo é que os promotores de tal política sempre alardearam que os usuários dos serviços de telecomunicações gaúchos não ficariam em total desamparo, na medida em que existente órgão criado por lei federal para disciplinar e fiscalizar a execução, implantação, comercialização e uso dos serviços de telecomunicações, garantindo à população o acesso a tais serviços em condições adequadas, sempre objetivando a universalização dos mesmos. Mais. A este mesmo órgão competiria fortalecer o papel regulador do Estado, promovendo o desenvolvimento do setor mediante competição que

RPGE, Porto Alegre 24(53): 123-216, 2001 - **135**



Agravo de Instrumento com Pedido de Liminar

resultasse no incremento da oferta, diversidade dos serviços e sua prestação com qualidade. Para tanto, parece certo afirmar que competiria à Agência Nacional de Telecomunicações, enquanto órgão regulador do serviço, fazer cumprir as normas que disciplinam o serviço de telecomunicações, notadamente as que impedem a formação de monopólios e garantem a continuidade do serviço. Infelizmente, conforme ficará demonstrado, não é o que está a ocorrer com relação à Companhia Riograndense de Telecomunicações. A ANATEL, olvidando as funções que legalmente lhe são atribuídas, tem-se omitido diante da gravíssima situação atravessada pela CRT, colaborando com os prejuízos na prestação do serviço de telecomunicações à comunidade gaúcha.

Para que se possa verificar a omissão acima denunciada, cumpre fazer uma breve retrospectiva da aquisição do controle acionário da então estatal Companhia Riograndense de Telecomunicações. No ano de 1996, a CRT teve 35%(trinta e cinco por cento) de seu capital votante alienado para as empresas RBS PARTICIPAÇÕES S/A, T.I. TELEFÔNICA INTERNACIONAL DE ESPANHA S/A(TISA), COMPAÑIA DE TELECOMUNICACIONES DE CHILE S/A(CTC), TELEFÓNICA DE ARGENTINA S/A(TASA) e CITICORP. Posteriormente, em 1998, consórcio firmado pelas empresas acima, acrescido de dois novos sócios, as empresas PORTUGAL TELECOM S/A, IBERDROLA INVESTIMENTOS (IBERDROLA) e BANCO BILBAIO VIZCAYA(BBV) adquiriu o restante do controle acionário da CRT quando do leilão de privatização. Assim, até a data de 05.02.2000, o controle acionário da CRT podia ser assim visualizado:



Agravo de Instrumento com Pedido de Liminar

Ocorre que no leilão de privatização das empresas do Sistema Telebrás, realizado em 29.07.98, a TeleBrasil Sul (atual TBS Participações Ltda.), adquiriu também o controle da TELESP PARTICIPAÇÕES S/A, que controla a operadora de serviço telefônico fixo TELECOMUNICAÇÕES DE SÃO PAULO S/A. e a operadora COMPANHIA TELEFÔNICA BORDA DO CAMPO, ficando assim seu controle acionário:

Com esta aquisição da TELESP, feita pelas mesmas empresas que controlavam a CRT, passou a incidir na espécie o disposto no art. 14 do Decreto nº 2.534. 02 de abril de 1998, que regulamenta o Plano Geral de Outorgas, que dispõe, *verbis*:

“ A outorga à empresa ou grupo empresarial que, na mesma região, localidade ou área, já preste a mesma modalidade de serviço, será condicionada a assunção de compromisso de, no prazo máximo de dezoito meses, contado da data da assinatura do contrato, transferir a outrem o serviço anteriormente explorado, sob pena de sua caducidade e de outras sanções previstas no processo de outorga.”

À vista deste dispositivo legal, a ANATEL editou o Ato nº 672, de 03.08.98, fixando o prazo de 18 meses, contados a partir de 04.08.98, para que a empresa TeleBrasil Sul Participações S/A deixasse de ser controladora, controlada ou coligada de concessionária de serviço telefônico fixo comutado (STFC) em outra Região do Plano Geral de Outorgas. Após a edição deste ato, silenciou completamente, não tendo tomado nenhuma medida para durante o decurso do prazo



Objetivo: Agravo de Instrumento com Pedido de Liminar

que assinalou, assegurar a efetiva transferência do controle acionário e do serviço e, bem assim, a continuidade da prestação de serviços em níveis adequados, nada obstante os inúmeros apelos feitos pelo Governo gaúcho.

Reza o Ato nº 672, de 03 de agosto de 1998:

“O conselho diretor da AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES – ANATEL, no uso das atribuições que lhe foram conferidas pelo art. 22, inciso V da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, e art. 35, inciso VI do Regulamento da Agência Nacional de Telecomunicações, aprovado pelo Decreto nº 2.338, de 7 de outubro de 1997, por meio do Circuito Deliberativo nº 30, realizado em 03 de agosto de 1998, e CONSIDERANDO o disposto no artigo 97 da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, que atribui competência à ANATEL para aprovar a transferência do controle societário das Empresas Federais de Telecomunicações;

CONSIDERANDO os termos do Ato nº 109, de 23 de abril de 1998, da ANATEL, que aprovou a cisão parcial da Telecomunicações Brasileiras S.A. – TELEBRÁS, nos moldes do Modelo de Reestruturação e Desestatização do Sistema TELEBRÁS, aprovado pelo Decreto nº 2.546, de 14 de abril de 1998, e da proposta de cisão parcial aprovada pelo conselho de Administração da Companhia, em 15 de abril de 1998;

CONSIDERANDO que de acordo com o estabelecido no artigo 14 do Plano Geral de Outorgas (PGO), aprovado pelo Decreto nº 2.534, de 02 de abril de 1998, a obtenção de concessão em determinada Região do citado PGO, por empresa já concessionária do Serviço Telefônico Fixo Comutado destinado ao uso do público em geral (STFC), sua coligada, controlada ou controladora, está condicionada à transferência a outrem, do contrato de concessão detido em outra Região, no prazo máximo de dezoito meses, contado da data de obtenção da concessão;



Agravo de Instrumento com Pedido de Liminar

CONSIDERANDO o resultado do LEILÃO das Empresas Federais de Telecomunicações, realizado no dia 29 de julho de 1998, na Bolsa de Valores do Rio de Janeiro, cuja relação dos vencedores foi encaminhada à ANATEL, pela CÂMARA DE LIQUIDAÇÃO E CUSTÓDIA – CLC, por meio da correspondência DG 109/98, de 30 de julho de 1998, resolve:

Art. 1º - Autorizar a transferência do controle societário detido pela UNIÃO, na TELESP PARTICIPAÇÕES S.A., controladora da TELECOMUNICAÇÕES DE SÃO PAULO S.A. – TELESP, para a TELEBRASIL SUL PARTICIPAÇÕES S.A.

Art. 2º - Fixar o prazo de até 18 (dezoito) meses, contados a partir de 04 de agosto de 1998, para que a Empresa TELEBRASIL SUL PARTICIPAÇÕES S.A., deixe de ser controladora, controlada ou coligada de Concessionária de STFC em outra Região do Plano Geral de Outorgas.

Art. 3º Este Ato entra em vigor na data de sua publicação.

RENATO NAVARRO GUERREIRO
Presidente” (grifou-se)

Considerando o iminente vencimento do prazo para transferência do controle acionário e as inúmeras reclamações recebidas de parte de Municípios gaúchos quanto à deficiência nos serviços, a Excelentíssima Senhora Secretária de Estado de Minas e Energia solicitou audiência com o Presidente da ANATEL, formalizando, após, o ofício nº 615/SEMC, datado de 09.07.99, nos seguintes termos:

“A partir do resultado da audiência mantida com Vossa Excelência no dia 1º de julho, estamos encaminhando solicitação formal no sentido de que seja antecipada para este ano, pelas razões e considerandos que reforçamos a seguir, a auditoria que a Agência Nacional de Telecomunicações faria no próximo ano. Considerando:

RPGE, Porto Alegre 24(53): 123-216, 2001 - **139**



Agravo de Instrumento com Pedido de Liminar

a preocupação do Governo do Estado de que o processo de transferência de controle acionário da CRT, cujo prazo é de 4 de fevereiro de 2000, cause uma queda na qualidade dos serviços prestados e tendo em vista o disposto no Contrato de Concessão de Telefonia fixa, onde se estabelecem as obrigações de continuidade e universalização no que se refere à qualidade no atendimento dos usuários;

as reclamações que esta Secretaria vem recebendo de prefeitos, vereadores e usuários, pessoalmente e através de ofícios, além de matérias amplamente veiculadas em jornais da capital e do interior do Estado, abordando a precariedade dos serviços prestados pela CRT, num indicativo de que a municipalização do atendimento não está correspondendo às necessidades dos usuários;

a redução dos investimentos, na ordem de 67%, e a demissão de 300 empregados daquela Companhia a partir de agosto deste ano, expressa na proposta de revisão orçamentária para 1999, que afetarà a expansão da planta e do desenvolvimento tecnológico, com repercussões negativas para os anos de 2000, 2001 e 2002;

os dados da CRT, informando que em relação aos 21 indicadores de metas de universalização e qualidade dos serviços estabelecidos pela ANATEL, a Companhia está abaixo dos índices em dois deles (Pessoal empregado no atendimento por telefone ao usuário e pessoal empregado no atendimento ao usuário em loja comercial)

A Secretaria de Energia, Minas e Comunicações do Estado do Rio Grande do Sul, solicita a Vossa Senhoria uma auditoria, ainda este ano, nos indicadores expressos no Protocolo de Compromisso para Acompanhamento da Prestação do Serviço de Telefone Fixo Comutado, já que existe contradição entre as reclamações sobre os serviços



Agravo de Instrumento com Pedido de Liminar

prestados e que a CRT informa estar cumprindo em relação às metas estabelecidas por essa Agência Nacional de Telecomunicações. Nesse sentido, a título de amostragem, estamos listando, em anexo, as principais reclamações recebidas de órgãos municipais e veiculadas em jornais do interior do Estado(...).”

Posteriormente, tal solicitação foi reiterada no ofício nº 713/99, datado de 12 de agosto de 1999:

“Com relação ao ofício número 230/99/PBGNC/PBOG/PBOG/SUE-ANATEL, com data de 29 de julho de 1999, reiteramos que em audiência mantida com Vossa Senhoria no dia 1º de julho, ficou decidida a antecipação para este ano da auditoria da CRT-Companhia RioGrandense de Telecomunicações-que seria realizada no próximo ano.(...) Diante destes fatos, solicitamos que seja mantida a decisão tomada, no sentido de antecipar para 1999 a auditoria nos indicadores da CRT expressos no Protocolo de Compromisso para Acompanhamento da Prestação de Serviços de Telefone Fixo Comutado.”

No ofício nº 1316/PBGNC/PBOG/SPBGPR-ANATEL, de 29 de setembro de 1999, a ANATEL não atendeu à solicitação do autor, tendo considerado os investimentos de 1999 proporcionais àqueles realizados em 1997 e informado que a auditoria somente seria realizada a partir de 31.12.99.

Em face desta resposta e diante do recrudescimento das reclamações dos Municípios, o autor procedeu a levantamento da situação da telefonia fixa nos municípios gaúchos, mediante o “Diagnóstico dos Serviços de Telefonia Fixa Comutada nos Municípios do Estado do Rio Grande do Sul”. Esta trabalho(doc. em anexo), coordenado pela Secretaria de Estado de Minas, Energia e Comunicações em conjunto com a Federação de Associações dos Municípios do Rio Grande do Sul e Associação Gaúcha Municipalista(AGM), levou em conta a situação de 463 municípios,



Agravo de Instrumento com Pedido de Liminar

até a data de 07.12.99, pertencentes à área onde presta serviços a CRT. Destes, 338 responderam ao questionário realizado, correspondendo a 73% do universo pesquisado. A análise das informações prestadas por tais municípios revela a falta de expansão dos serviços de telefonia fora da área básica, o atendimento precaríssimo na área rural, as freqüentes interrupções no sistema de telefonia e a redução dos investimentos pela empresa, comprometendo o Plano de Expansão 99 da CRT, especialmente com relação aos pequenos municípios. A pesquisa apontou que 71% dos municípios analisados solicitavam a ampliação dos números de terminais telefônicos e 64,5% a instalação de telefones públicos. As conclusões do diagnóstico apontaram para a constatação de que a CRT estabeleceu diretrizes de investimentos em expansão de curto prazo apenas nos grandes centros, não expandindo a infra-estrutura física da rede onde a maturação destes investimentos necessitasse um prazo maior. Do ponto de vista eminentemente privado a estratégia até justifica-se: Porque investir com retorno a longo prazo quando se sabe que se terá que deixar o controle de determinada empresa em prazo determinado???

Este diagnóstico foi apresentado à ré, por meio do ofício SEMC 1020/99, no qual se reiterou a necessidade da realização de auditoria, propôs-se a retomada dos investimentos e se demonstrou a necessidade de reavaliação e ampliação das áreas de atendimento básico nas zonas urbanas municipais e o aumento dos telefones públicos de acordo com critérios técnicos a serem definidos junto ao poder público municipal, bem como a retomada dos atendimento à telefonia rural. Antes o diagnóstico já era do conhecimento da Agência ré que, através do Sr. Luiz Otávio Marcondes, participou de reunião juntamente com as entidades associativas municipais já referida na qual foi exposto dito relatório.

Nada obstante estes apelos e a situação que se revelou após a apresentação do balanço da Companhia, que apresentou um prejuízo da ordem de R\$ 138 milhões de reais no ano de 1999, a ANATEL optou por manter-se distanciada da crise instalada, editando um obscuro ato, o de nº 6.196, de 1º.02.200, no qual simplesmente



Agravo de Instrumento com Pedido de Liminar

determinava fosse vedado o direito a voto ou veto da TBS, ou de suas controladoras, e estabelecia que os acionistas minoritários “adotem as medidas necessárias para assegurar a continuidade da prestação de serviços concedidos, o curso regular dos negócios e o funcionamento da concessionária” (art. 6º). Fixava, por outro lado, o prazo de quarenta e cinco dias, contados a partir de 05 de fevereiro de 2000, para que a TBS depositasse em fundo fideicomisso as ações com direito a voto, representativas do capital social da CRT. Em outras palavras: ficou completamente omissa e afastada de seus deveres de assegurar a continuidade da prestação do serviço público de telecomunicações e de regular transferência da outorga e do controle acionário, como determinado na Lei de Telecomunicações. Deixou exclusivamente ao talante de interesses privados conduzir o delicado processo de transferência do controle acionário e da concessão. E o resultado desta grave omissão não demorou a se fazer sentir.

A Assembléia Geral da CRT, marcada para o dia 05.02.2000, restou frustrada, eis que não realizada a transferência do controle acionário até 04.02.2000. Assim, ficou no comando da Companhia o maior dentre os acionistas minoritários naquela data, a TCS – Tele Centro Sul (hoje renomeada de Brasil Telecom), única pretendente formal à aquisição do controle, mas que, por força do disposto no art. 156 da Lei das S/A não poderia assumir o controle CRT, eis que segundo o mencionado dispositivo é vedado ao administrador intervir em qualquer operação social em que tiver interesse conflitante com o da companhia, bem como na deliberação que a respeito tomarem os demais administradores. Este fato ensejou a expedição de novo ofício à ANATEL, datado de 07.02.2000, do qual se transcrevem os principais trechos:

“Os recentes fatos envolvendo a prestadora de serviços de telefonia fixa nos obrigam a aprofundar algumas análises. Desde 1993 a empresa vinha apresentando Lucros Líquidos, com a única exceção de 1996, quando apresentou um prejuízo de R\$ 17 milhões provocado integralmente por um Programa de Desligamento Voluntário que custou a antecipação de despesas da ordem de R\$ 77,5 milhões. Ou seja, até 1998 a empresa sempre apresentou expressivos e



Agravo de Instrumento com Pedido de Liminar

atrativos lucros. O balanço da empresa relativo ao exercício de 1999, publicado neste início de mês, traz um resultado negativo de R\$ 138 milhões, absolutamente incompatível com os demais valores alardeados pela CRT, que procura demonstrar crescimento de seu faturamento e atendimento. Ao debitar o resultado final exclusivamente à variação cambial ocorrida no início de 1999, deixa sem uma resposta clara a informação, constante do próprio balanço, de que mantém operação de *hedge* com cobertura quando da desvalorização cambial, haja vista a participação de importante conglomerado bancário espanhol no controle do grupo econômico, ou fez o *hedge* após a desvalorização, o que seria lamentável. Outra informação relevante do balanço a que nos referimos é a confirmação da grande redução de investimentos da empresa. De um orçamento inicial de quase R\$ 450 milhões, a empresa realizou menos de R\$ 270 milhões, o que representa uma queda de 40%, e menos da metade da média de investimentos realizados nos anos de 1997 e 1998. Tudo isso reforça nossa inabalável convicção da absoluta necessidade de uma profunda auditoria na empresa(...) Essas nossas preocupações são ainda maiores, haja vista a forma como está sendo tratada a questão da transferência do controle acionário da CRT. A gestão provisória instituída por essa Agência, colocando no comando da mesma o único grupo publicamente apto e interessado em sua aquisição, somente fez aumentar nossos cuidados(...) Assim é, Senhor presidente, que vimos solicitar a Vossa Senhoria a imediata realização de uma ampla auditoria, capaz de apurar não apenas os índices de atendimento comprometidos pela operadora, mas fundamentalmente, as verdadeiras razões dos prejuízos verificados e da redução dos investimentos e do quadro de pessoal. Lamentamos que tais providências não tenham sido adotadas anteriormente, pois era visível a falta de atenção dos administradores da CRT quanto ao prazo legal para sua saída.” (grifou-se).



Agravo de Instrumento com Pedido de Liminar

Seguiu silente a ANATEL, tendo, inclusive, solicitado “autorização” para comparecer à Assembléia Geral Extraordinária convocada para o dia 17 de fevereiro de 2000, para eleição do novo Conselho de Administração. Em tal data, o desmando ficou evidente. A ANATEL, por meio de seu Procurador-Geral, compareceu apenas como “observadora”, e a Assembléia não se realizou. Isso porque os acionistas do consórcio TBS, Banco Bilbao Viscaya e Iberdróla, anunciaram sua saída do aludido consórcio. Assim, unidos seriam atualmente os maiores acionistas entre os minoritários e não mais estariam atingidos pelo Ato nº 6.196/2000 da ANATEL. Essa modificação, ao que parece, era desconhecida do administrador provisório da CRT (Tele Centro Sul- Brasil Telecom) e da própria ANATEL. E tendo havido dúvida quanto à sua legitimidade, a Assembléia não foi instalada. Vale dizer: A CRT ficou mais de 15 dias sob administração provisória, e por que não dizer, precária, restando ameaçada a prestação de relevante serviço público. Tudo em razão da omissão do órgão regulador.

Numa última tentativa, o Excelentíssimo Senhor Governador do Estado endereçou ofício à sua Excelência o Presidente da República, nos seguintes termos:

“Dirigimo-nos a Vossa Excelência para manifestar nossa preocupação diante do impasse instalado no sistema de telefonia fixa do nosso Estado, cuja gravidade pode colocar em risco a continuidade da prestação deste importante serviço público. Este impasse resulta de conflito de interesses privados em torno do controle acionário e da gestão da Companhia Riograndense de Telecomunicações. Há 18 meses, o acionista majoritário conhecia a determinação legal de que deveria se retirar da Companhia por ter assumido o controle da TELESP. Esta medida veio sendo protelada até a data limite-4 de fevereiro deste ano- teve como consequência um corte de 67% nos investimentos da empresa e a interrupção dos planos de expansão acordados com os Municípios. Por diversas



Agravo de Instrumento com Pedido de Liminar

vezes, o Governo do Estado alertou a ANATEL para os riscos provocados pela demora na troca do controle acionário da CRT e solicitou formalmente uma auditoria que impedisse uma eventual deterioração desse serviço público. Apenas no dia 1º de fevereiro a ANATEL decidiu correta, mas tardiamente, suspender o direito a voto, veto e gestão do consórcio que administrava a empresa. A consequência desta medida, na prática, entretanto, conduziu para a gestão temporária da empresa um grupo acionista minoritário com interesses comerciais no leilão de compra da empresa. Tal fato é inadmissível e fere a transparência e a lisura do processo, colocando em risco a própria prestação dos serviços concedidos.(...)Transcorridas duas semanas sem que qualquer solução fosse dada ao episódio e com a intempestiva suspensão da assembléia geral de acionistas marcada para ontem-17 de fevereiro- que definiria o novo Conselho de Administração, a CRT continua sendo administrada de forma precária. Senhor Presidente, este Ofício lhe é enviado depois de nossa Secretária de Energia, Minas e Comunicações ter tratado do assunto em várias ocasiões com a Presidência da ANATEL e também com o Ministro das Comunicações, para sublinhar a nossa preocupação com a busca de um desenlace urgente para a questão.”

Entretanto, a ANATEL prosseguiu em seu comportamento omissivo, deixando de cumprir os deveres que a lei lhe impunha. Ao invés de proceder à imediata intervenção, eis que escoado o prazo para a alienação e comprovado sério abalo na prestação de serviços da Companhia, preferiu editar mais dois atos. O primeiro, de nº 6.615, de 25 de fevereiro de 2000, explicitando que a titularidade das ações da CRT detidas por pessoa natural ou jurídica, pertencente ou não ao grupo de acionistas da TBS, na vigência do já aludido ato nº 6.196, não conferiam direito a voto e a veto nas deliberações da CRT. O segundo, de nº 7.066, de 15.03.200, fixando prazo de 90 dias, a contar de 21.03.2000, para a alienação das ações. Assim dispunha o referido Ato nº 7.066:

146 - RPGE, Porto Alegre 24(53): 123-216, 2001



Agravo de Instrumento com Pedido de Liminar

“Art. 1º - O fundo fideicomisso, de que trata o art. 5º do Ato nº 6.196, de 2000, deve ser constituído com a finalidade de alienar as ações detidas pela Tele Brasil Sul Participações S. A. (TBS), na Companhia Riograndense de Telecomunicações (CRT), observando as seguintes características:

I – ser gerido por instituição financeira, constituída como empresa brasileira, devidamente autorizada pelo Banco Central do Brasil, e sem participação societária ou relação de coligação ou controle com a TBS, na vigência do Ato nº 6.196, de 2000;

II – estar investido de poderes especiais para alienar as ações com direito a voto, representativas do capital social da CRT, detidas pela TBS, observadas as condições estabelecidas neste Ato;

III- exercer, sem ingerência da TBS, os direitos da propriedade restrita, decorrentes da condição de mandatário eventual, respeitado o gravame de suspensão do direito de voto ou de veto, nos termos dos Atos nº 6.196 e nº 6.615, ambos de 2000.

Parágrafo único – A instituição financeira de que trata este artigo deverá ser informada à Anatel pela TBS, até 21 de março de 2000.

Art. 2º - A alienação citada no art. 1º deste Ato deve observar as seguintes condições:

I – o prazo para alienação das ações será de até noventa dias, contado a partir de 21 de março de 2000;

II – prévia aprovação pela Anatel da transferência das ações.

Art. 3º - Esta Ato entra em vigor na data de sua publicação”.



Agravo de Instrumento com Pedido de Liminar

Cumpra noticiar que já na data de 29 de fevereiro de 2000, realizou-se nova Assembléia na qual foi eleito o Conselho de Administração da CRT, todos membros da Tele Centro Sul – hoje Brasil Telecom(acionista majoritária dentre os minoritários). E na data de 27.04.2000, foi realizada Assembléia Geral Ordinária com objetivo principal de aprovar o balanço e demonstrações financeiras, bem como eleger o Conselho Fiscal. De referir-se que os representantes do Banco Opportunity(acionistas da Brasil Telecom-antiga TCS) alegando, após quase dois meses na gestão da empresa, que não se sentem aptos a aprovarem as contas, razão pela qual propuseram adiamento de 60 dias na Assembléia Geral Ordinária. O Estado do Rio Grande do Sul apresentou quesitos acerca das demonstrações financeiras e votou pelo prazo de 30 dias para atendimento. No entanto, a deliberação acerca das contas da CRT foi adiada por 60 dias. A resposta aos questionamentos foi entregue em 12.06.2000, mas não os atendeu satisfatoriamente, pelo que o ente público obrigou-se a realizar novas indagações.

Foi convocada nova Assembléia em prosseguimento daquela realizada em 27.04.2000 no intuito de aprovar as contas para o dia 21.06.2000. No entanto, em face do escoamento do prazo dado para que se procedesse à alienação das ações, a agência-ré decretou intervenção na CRT, mediante a edição do Ato nº 9607, de 19.06.2000. Poder-se-ia pensar que, com a edição deste ato, a ANATEL teria resgatado a legalidade ausente em sua conduta. Infelizmente, não foi o que ocorreu, seja em razão dos termos do mesmo, seja em razão de sua conduta com relação à Assembléia Geral marcada para o já mencionado dia 21.06 p.p.

Com efeito. Na hora aprazada para a Assembléia, não compareceram nem os administradores da CRT e, muito menos, o interventor designado pelo ato já mencionado, embora estivesse nas dependências da mencionada Companhia. Segundo consta, entendeu o Sr. Interventor que não deveria imiscuir-se na Assembléia já convocada, deixando a todos os acionistas a faculdade de deliberarem acerca das contas da Companhia, exceção feita à destinação do resultado.

Impende trazer à baila o magistério de MARÇAL JUSTEN FILHO acerca do instituto da intervenção:

148 - RPGE, Porto Alegre 24(53): 123-216, 2001



Agravo de Instrumento com Pedido de Liminar

“A intervenção é instituto jurídico muito peculiar, com contornos de grande excepcionalidade. Consiste na assunção pelo poder concedente de uma parcela do poder de controle do concessionário, temporariamente. Não importa, então, na extinção da concessão, que permanece existindo. Não produz efeitos externos ao concessionário. Perante terceiros, tudo se passa como se nada tivesse mudado. Os contratos de direito privado continuam a ser pactuados e executados. Não significa a perda do domínio dos bens do concessionário em favor do poder concedente: o concessionário continua a ser titular do domínio e da guarda dos bens a ele confiados. Não há transferência para o poder concedente de participações societárias dos sócios do concessionário. Há uma única alteração: o poder de determinar o destino da atuação do concessionário é assumido pelo poder concedente.

Na intervenção, o Estado assume a gestão do concessionário mas não retoma para si a prestação do serviço público. Não se verifica uma espécie de suspensão da concessão, pois os atos praticados pelo agente do Estado, indicado como interventor, são imputados ao concessionário. Tudo se passa como se a concessão permanecesse existindo, com uma alteração fundamental: o particular é afastado do comando do concessionário, que passa a ser exercido, temporariamente, por um sujeito designado pelo poder concedente.

Usualmente, o serviço público é outorgado a uma pessoa jurídica. Admite-se hipótese outra apenas para permissões, quanto às quais o art. 2º, inc. IV, admite a possibilidade de outorga em favor de pessoa física. Configurando-se o concessionário (ou permissionário) como pessoa jurídica, a intervenção consiste na transferência compulsória e temporária para o poder concedente do poder de administração empresarial. Daí a referência a que o poder concedente assume o poder de controle. Há uma espécie de suspensão dos efeitos jurídicos derivados da titularidade das *participações societárias*”. (MARÇAL JUSTEN FILHO, In *Concessões de Serviços Públicos*, ed. Dialética, 1997, p. 305) (grifou-se).



Agravo de Instrumento com Pedido de Liminar

Ora, como poderia o Interventor omitir-se de instalar a Assembléia se todos os administradores estavam automaticamente afastados (art. 4º do Ato 9.607)??? Mais. Depois de realizada a Assembléia, instalada pelo acionista Estado do Rio Grande do Sul, autor da presente demanda, veio a pública manifestação do Sr. Interventor, incentivando o voto de todos os acionistas na aprovação das contas, inclusive da TBS, em frontal ofensa aos termos do próprio ato de intervenção, fundamentado no anterior ato(nº 6.196), que havia vedado o direito de voto da TBS!!!! O desvio de finalidade mostrou-se flagrante!!! Veja-se o que diz o ofício do interventor:

“Senhores Acionistas:

Em decorrência do art. 1º do Ato nº 9607 de 20 de julho de 2000 da Agência Nacional de Telecomunicações-ANATEL foi decretada, cautelarmente, a intervenção na Companhia RioGrandense de Telecomunicações-CRT a partir da presente data. Na qualidade de interventor desejo informar a essa Assembléia que o artigo 5º do ato suspendeu de imediato os direitos dos acionistas exceto aqueles previstos no art. 109 da Lei nº 6404 de 15 de dezembro de 1976. Assim, os atos de fiscalização poderão ser exercidos pelos acionistas presentes na assembléia geral extraordinária, inclusive análise e aprovação das contas no exercício de 1999. Para assegurar o cumprimento do estabelecido no art. 2º do referido ato, estamos iniciando uma avaliação da CRT envolvendo todos os seus aspectos, inclusive a necessidade de investimentos. Em decorrência solicito aos senhores acionistas que não aproveem a destinação dos resultados do exercício de 1999 até a conclusão da avaliação que hoje se inicia.

Atenciosamente.

Ronaldo Rangel de Sá Albuquerque
Interventor.”



Agravo de Instrumento com Pedido de Liminar

Ora, os direitos de fiscalização, na esteira da mais abalizada doutrina comercialista, não incluem o direito de voto quanto à aprovação das contas, mormente se tal direito de voto estava suspenso por dois atos. Veja-se a lição de Modesto Carvalhosa:

“Direito de fiscalizar a gestão dos negócios sociais

Essa prerrogativa foi reiterada literalmente na lei vigente. Deveria, porém, ser ampliado o seu enunciado para ‘direito de fiscalizar e de ser informado dos negócios sociais’.

Com efeito, a dinâmica desse direito pessoal do acionista modificou-se de modo considerável na Lei nº 6.404, de 1976. Nela, o direito de fiscalizar corresponde a um dever da companhia de, espontaneamente, informar os acionistas. Essa orientação foi mantida pela Lei nº. 9.457, de 1997.

Iniciativa da Companhia – direito de informação

A iniciativa de manter o acionista informado constitui encargo da companhia, através de seus órgãos de administração, notadamente quando se trata de companhia aberta.

Assim, deve o administrador de companhia aberta declarar os valores mobiliários de que é titular, quer de emissão da companhia, quer de emissão de sociedades controladas ou do mesmo grupo (art. 157).

Também devem os acionistas ser informados, em relatório circunstanciado, das razões da não-distribuição dos dividendos (art. 202).

Por outro lado, cabe aos administradores de companhia aberta revelar prontamente a existência de atos e fatos que possam influir na cotação e no curso dos valores mobiliários de emissão da companhia (art. 157).

Devem, outrossim, os acionistas ser informados pelo Conselho Fiscal sobre erros, fraudes ou crimes que os membros deste órgão descobrirem, bem como das providências que a respeito sugerirem (art. 163). A Lei nº 9.457, de 1997, explicitou os poderes individuais dos conselheiros, na alteração feita no art. 154, § 4º.



Iniciativa do acionista individual

O direito de fiscalizar e de inspecionar a gestão dos negócios sociais não tem, nas sociedades anônimas, a mesma amplitude que existe nas demais sociedades mercantis, consoante se pode ver, por exemplo, do art. 290 do Código Comercial.

O caráter eminentemente capitalista da companhia pressupõe, na maioria dos casos, que o exercício desses direitos deve originar-se de um efetivo interesse patrimonial, na melhor condução dos negócios sociais, no interesse do próprio acionista e no comum a todos.

O interesse pessoal não prevalece no caso, seja no que respeita ao agente, seja no que se refere aos membros dos órgãos da companhia atingidos pelas medidas propostas de fiscalização e de inspeção.

Dessa forma, a lei exige, quase sempre, que esses direitos sejam exercidos pelos acionistas possuidores de um número mínimo de ações. Daí serem tais prerrogativas atribuídas aos acionistas minoritários e não aos acionistas em geral, levando-se em conta a distinção que antes fizemos entre direitos individuais e direitos de minoria.

Assim, inclui-se entre os direitos individuais de fiscalizar e inspecionar a companhia o de participar das assembleias e, nelas, discutir o assunto em pauta (art. 125); e, ainda, o de exigir os procedimentos daí decorrentes, capitulados nos arts. 130 e 157 da lei, já referidos. Também lhes cabe requerer a liquidação da companhia (art. 206).

Pode, outrossim, o acionista individual convocar a assembleia geral, na forma prevista no art. 123, bem como propor ação de responsabilidade contra administradores por direito próprio, ou por substituição processual (art. 159). A lei também confere ao acionista o direito de propor ação de anulação dos atos constitutivos da companhia (art. 206) e contra o liquidante, além de lhe caber o pedido judicial de sustação da partilha antecipada (art. 215).



Agravo de Instrumento com Pedido de Liminar

Iniciativa dos acionistas minoritários

Ao acionista minoritário, dentro dos pressupostos já comentados, cabe exercer, nessa qualidade, o direito de fiscalização e de inspeção dos negócios sociais, além dos respectivos direitos de ação.

Esses direitos já foram acima mencionados, estando inseridos no arts. 105, 123, 124, 126, 133, 141, 157 e 161.

Fundamento do direito de informação de fiscalização

Os direitos de informação de fiscalização e de inspeção, e correspondentes direitos de ação, exercidos pelos acionistas individualmente ou na qualidade de minoritários, fundam-se no princípio da verificação da legalidade dos atos praticados pelos órgãos da companhia e pelos controladores, como já vimos anteriormente.

A Lei n. 9.457, de 1997, estendeu aos preferencialistas a competência para convocação da assembléia geral e instalação do Conselho Fiscal (v. nossos comentários ao art. 23).

Qualquer cerceamento ou impedimento, por ação ou omissão do exercício desses direitos, poderá ser objeto de medida judicial de nulidade do ato ilegal praticado, e de reparação por perdas e danos cabíveis.”

Em nenhum momento, como se vê, alude o mencionado doutrinador ao direito de voto . Este direito não pode ser exercido pela TBS, ainda que a pretexto de exercício do direito de fiscalização, porquanto encontra-se suspenso por força dos Atos editados pela ANATEL, conforme já referido.

Os quesitos complementares formulados pelo Estado foram atendidos apenas em 29.06.2000, tendo sido complementada a resposta apenas em 05.07.2000.

A cautela do ente público estadual ao formular quesitos não era injustificada. Assim como não é a decisão de ajuizar a presente demanda. Efetivamente. A má gestão havida na Companhia, com



Agravo de Instrumento com Pedido de Liminar

flagrantes prejuízos aos usuários, revela-se pelas palavras de seus próprios administradores, em depoimento juntado no Procedimento Administrativo de Apuração de Descumprimento de Obrigações nº 535000008242000 (PADO), instaurado pela Agência-ré, depoimento este que foi colhido em reunião realizada entre a ANATEL e o Banco *Credit Suisse First Boston* Garantia(CSFBG) (instituição financeira que está gerindo o fundo fideicomisso da ações da CRT), a TBS e a TCS(atual Brasil Telecom).

Conforme se lê nos depoimentos, a TBS queria impor à TCS a aprovação das contas como condição para realização do negócio de venda da CRT. Ora, se as contas estivessem aptas a ser aprovadas e demonstrassem uma eficiente gestão, tal condição não precisaria ser imposta. Veja-se o que a respeito diz o depoimento da TCS:

“TCS – (...)

Vou voltar para as contas agora. Pela Lei das Sociedades Anônimas você tem que convocar a Assembléia para aprovar as contas, até quatro meses depois do fechamento do balanço. Em obediência à legislação das Sociedades Anônimas então convocamos a Assembléia Geral Ordinária para ver essas contas, contas essas que primeiro não tínhamos estudado as anteriores porque primeiro não adiantava estudar porque tinha oito por cento do capital votante e não tínhamos poder de aprovar, então começamos a fazer esse estudo das contas que não conhecíamos, pouco antes da assembléia. Com uma responsabilidade muito grande nos nossos ombros, a responsabilidade basicamente sabendo com oitenta e cinco por cento das ações com direito de voto estavam com seu voto suspenso, restando quinze por cento desse quinze por cento nós temos oito por cento, portanto cinqüenta e poucos por cento. Era uma responsabilidade perante todo o universo de acionistas de aprovarmos essas contas. Para podermos fazer isso tínhamos e temos que fazer um exercício de conforto, tem que se fazer um estudo de toda a responsabilidade que nós temos, se eu estou aprovando estou aprovando em nome de todos os acionistas. Embora a TBS tenha oitenta e cinco



Agravo de Instrumento com Pedido de Liminar

por cento do capital votante ela tem trinta por cento do capital total, então com dois por cento do capital total teria aprovando contas no interesse de universo dos acionistas portanto uma responsabilidade muito grande.

Eram as próprias contas que estavam discutindo. Quando estamos discutindo se o déficit do fundo de pensão estão adequadamente representado, se os planos de expansão estão adequadamente contingenciados, os Contratos com as partes relacionadas, o próprio conteúdo das contas estava sendo discutido por nós. (...)

ANATEL – Evidenciamos uma preocupação da TBS de ter um conforto nas contas de 99, e estamos notando aqui existe um esforço da atual administração de tentar dar esse conforto.

TCS – (...)

Acho que é importante a nossa discussão. Ao longo do Contrato, uma das cláusulas que constava do contrato em discussão era que a gente se obrigava a aprovar as contas da administração da então TBS. O que temos dito para eles é o seguinte: A aprovação de contas não pode ser objeto de uma negociação contratual. A simples presença de uma cláusula dessa natureza do contrato faz supor que estamos negociando nosso voto na Assembléia, dentro de um contexto de negociação. O que temos procurado tranquilizar, é que não queremos criar embaraço, que vamos deixar isso correr normalmente e que pretendemos convocar essa Assembléia já na semana que vem para poder deliberar sobre essas contas. Não existe nenhuma questão de fundo na discussão dessas contas neste momento.” (grifou-se).

A má gestão fica também evidenciada nas preocupações manifestadas pela TCS(atual Brasil Telecom) quanto aos problemas enfrentados pela CRT, tais como o passivo de 500 milhões com o fundo de pensão dos empregados da Companhia, dado que não consta no balanço da empresa, mas foi revelado no depoimento, *verbis*:



Agravo de Instrumento com Pedido de Liminar

“ANATEL - A 1ª pergunta que queríamos fazer, tivemos algumas informações boas das primeiras reuniões e qual a situação precisa atual do processo de alienação do controle da CRT.

TCS – Eu e o Pedro conduzimos este assunto desde 21 de março e realizamos uma série de reuniões e sempre com o *Credit Suisse*. O que se buscava nessas reuniões eram quatro temas essenciais para o fechamento do negócio. O primeiro os Contratos que existem entre a CRT e as partes relacionadas da Telefônica. O segundo era a questão do fundo de pensão, que segundo a nossa avaliação o fundo tem um passivo de mais de 500 milhões de reais, passivo atuarial, o terceiro eram passivos que tinham de 1990 e de 1996 que dizem respeito aos planos de expansão da CRT, havia questionamentos dos promitentes compradores e acionistas com relação aos critérios adotados. O último era a questão que existia no Edital de alienação do controle da CRT sobre a privatização, uma obrigação que a TBS comprasse as ações remanescentes de propriedade do Governo do Estado após a sua oferta. Esses foram os 4 temas tratados, ao mesmo tempo em que procurávamos melhorar a qualidade das garantias oferecidas em um documento preliminar pela Telefônica que dizia respeito aos passivos de uma ordem mais genérica. O que tem ocorrido desde 21 de março tem sido a discussão do Contrato, a superação dessas divergências nessas 4 áreas principais.”

Há mais. A CRT firmou contratos com empresas ligadas ao grupo que estava no seu controle (TBS), em condições que lhe eram prejudiciais. A esse respeito, veja-se o depoimento:

“(…)

Outro conjunto de assuntos, o Contrato em si a solução desses 4 pontos principais, eram os Contratos entre a CRT e parte da Telefônica. Então, existe um contrato com a Atento, já foi renegociado, tem um contrato com a TPI, tem 2 contratos



Agravo de Instrumento com Pedido de Liminar

que já foram rescindidos, enfim, de todo o conjunto contratual, aparentemente tem um único que até agora não foi solucionado satisfatoriamente que diz respeito ao uso de ELD's pela Celular. O Contrato foi feito no dia 29 de novembro e somente fomos informados no dia 19 de janeiro, retroativo a julho e tem 3 anos de vigência pela frente e os preços praticados nesse contrato são os preços que no nosso ponto de vista são baixos, comparados com os que estamos praticando com outras empresas. Diria que esse é ainda o único assunto ainda em aberto no âmbito contratual. Todos os outros assuntos na esfera contratual já foram objeto de renegociação.” (grifou-se)

Em outras palavras: A CRT firmou contrato com a Telefônica Celular(empresa do grupo Telefônica) cobrando valores inferiores aos de mercado. Tal prática é expressamente vedada pela Lei das Sociedades Anônimas – Lei nº 6.404/76, art. 156, *verbis*:

“Art. 156 – É vedado ao administrador intervir em qualquer operação social em que tiver interesse conflitante com o da companhia, bem como na deliberação que a respeito tomarem os demais administradores, cumprindo-lhe cientificá-los do seu impedimento e fazer consignar, em ata de reunião do Conselho de Administração ou da diretoria, a natureza e extensão do seu interesse.

§ 1º - Ainda que observado o disposto neste artigo, o administrador somente pode contratar com a companhia em condições razoáveis ou eqüitativas, idênticas às que prevalecem no mercado ou em que a companhia contrataria com terceiros.

§ 2º - O negócio contratado com infração do disposto no § 1º é anulável, e o administrador interessado será obrigado a transferir para a companhia as vantagens que dele tiver auferido”.

As omissões do balanço da Companhia não se restringiam ao fundo de pensão. Também há dúvida quanto à correção do



Agravo de Instrumento com Pedido de Liminar

provisionamento para dívidas decorrentes de sentença judicial, conforme demonstra a seguinte passagem do depoimento do representante da TCS:

“ANATEL – Não existe então nenhuma posição da Tele Centro Sul com relação a Segunda minuta.

TCS – Vamos chamar de Segunda minuta a que recebi ontem à noite.

Na verdade, esse documento vem sendo produzido desde abril, então ela deve refletir as discussões que têm ocorrido e temos fechado a grande maioria dos pontos, diria pontos fundamentais pendentes. A questão com relação aos planos de expansão e obrigação que consta do Edital de Licitação da TBS comprar as ações remanescentes do Governo do Estado. Já que é para informar é interessante que a ANATEL saiba disso, nesses pontos, quando tivemos a 1ª ou 2ª reunião em que levantamos esses 4 pontos o CSF Boston disse-nos, dentro do seu mandato para negociar, que tinha limitações. As limitações diziam que no mandato dele não estava incluído negociação de contratos com as coligadas com a CRT. Então isso não estaria dentro do Mandato do CSF Boston e que teriam que ser negociadas diretamente. De fato aconteceram alguns encontros entre pessoas da Celular da Atento, com o pessoal da CRT discutindo esses contratos e sempre em encaminhamento de uma discussão paralela.. Nós dois nunca participamos dessas discussões e também o CSF Boston não o fez porque não estava no seu mandato. Quando colocamos a questão do plano de expansão. Essa questão é o seguinte: se as provisões que existem no balanço da CRT são adequadas para cobrir o risco desse contencioso que já existe e está no Judiciário. A informação que eles nos deram é que esse era um ponto inegociável. O segundo ponto que foi considerado, no Edital de Privatização original da CRT tinha uma obrigação que o Estado disponibilizava ações para serem vendidas aos empregados por um preço mais vantajoso e



Agravo de Instrumento com Pedido de Liminar

seus empregados não comprassem essas ações a sobra seria comprada pela adquirente do controle à época da privatização. Sobras. Isso também foi intitulado por eles como *Deal Braker*, ou seja, sobre isso já não se discute, a gente não aceita responsabilidade nenhuma. (...)”

A simples leitura dos fatos acima narrados revela, sem sombra de dúvidas, a conduta ilegal das réis, o que obrigou o ente público estadual, na defesa dos interesses difusos e coletivos do conjunto dos usuários da telefonia fixa do Estado do Rio Grande do Sul, a ajuizar a presente demanda.

IV – DO DIREITO:

Como já se disse, a simples narrativa dos fatos antes deduzida já demonstra que a conduta da autarquia ré foi omissa e negligente, para dizer-se o mínimo. As normas legais aplicáveis à espécie exigiam sua atuação positiva no sentido de evitar a má gestão da Companhia e prejuízos aos serviços prestados ao povo gaúcho.

Não é preciso ser nenhum *expert* para saber-se que uma empresa que tem data marcada para deixar determinado negócio certamente deixará de investir no mesmo, prejudicando-o. O ofício SEMC n° 569/2000 deixa muito clara a situação de redução de investimentos na CRT comparativamente aos investimentos feitos em outras empresas do Grupo Telefônica:

“O DESEMPENHO DA COMPANHIA RIOGRANDENSE DE TELECOMUNICAÇÕES – CRT NO PERÍODO 1998-99

O Estudo, a seguir, tem como finalidade traçar um comparativo entre a CRT e outras Empresas, no que tange a alguns indicadores normalmente avaliados pelas operadoras de telecomunicações. Os

RPGE, Porto Alegre 24(53): 123-216, 2001 - **159**



Agravo de Instrumento com Pedido de Liminar

dados deste comparativo tem como fontes básicas os Relatórios de Administração da CRT e o Relatório Anual 1999 da Telefônica.

Essa análise foi induzida pela preocupação da Secretaria de Energia, Minas e Comunicações - RS, por parte dos interesses do Governo do Estado e da Comunidade Gaúcha, tendo em vista a queda dos investimentos da Telefônica de Espanha, na Companhia Riograndense de Telecomunicações, enquanto acionista majoritária do consórcio que adquiriu essa empresa.

A CRT e as empresas do Grupo Telefônica no Serviço de Telefonia Fixa

Analisando, comparativamente, alguns indicadores financeiros das empresas do Grupo Telefônica, no período 1998-99, no que compete à telefonia fixa, vê-se a CRT em desvantagem quanto ao crescimento dos lucros e investimentos (tabela 1 e gráfico 1). Uma constatação importante é a inversão lucro/prejuízo ocorrida na CRT - em 1998 o lucro foi de 164,6 milhões, e, no ano seguinte, houve um prejuízo de 138,34 milhões de reais, o que representou uma queda equivalente a R\$303 milhões.

Os investimentos de R\$ 269,6 milhões, da CRT, no ano de 1999, foram 49% menores que no ano anterior, onde foram aplicados R\$538,2 milhões (gráfico 2).

Tabela 1



Agravo de Instrumento com Pedido de Liminar

Gráfico 1

Gráfico 2

Ainda se não bastasse, a participação da CRT sobre os investimentos totais da Telefônica no Brasil caiu de 15,28% em 1998 para 6,97% em 1999.

RPGE, Porto Alegre 24(53): 123-216, 2001 - **161**



A Celular CRT e as empresas do Grupo Telefônica no Serviço de Telefonia Móvel

Quanto ao serviço de telefonia móvel celular, o desempenho do crescimento dos indicadores financeiros mostrou resultados bem mais animadores comparado às outras empresas do grupo (tabela2). Se comparado à TELESP Celular, o crescimento do número de terminais e da densidade telefônica foi, respectivamente, dezoito e quarenta pontos percentuais maior. O aumento da receita operacional líquida, 141,38% (tabela3), foi maior que o das outras, apontando, no conjunto, para o interesse da Telefônica nesse serviço dentro do Estado.

Ainda, pela comparação dos resultados da Telefonia Fixa e da Celular CRT (tabela 4), associada à análise dos dados do Balanço da CRT 1999, conclui-se que:

Os investimentos na Móvel cresceram em 92,3% enquanto os da Fixa baixaram para 46% de seu valor no ano anterior (gráfico5);

A receita operacional bruta cresceu 132% na Móvel contra apenas 6,7% da Fixa;

A receita operacional líquida cresceu 141% na Móvel contra apenas 10,5% da Fixa;

Gráfico 5



Agravo de Instrumento com Pedido de Liminar

As despesas com interconexão fixa-móvel, pagas à Celular CRT, cresceram de R\$60,6milhões em 1998, para R\$156,3milhões, em 1999, o que representa 85% das despesas da Companhia, tão-somente, com esse serviço.

As despesas com interconexão, no primeiro trimestre de 2000, foram de R\$66,6milhões, e cresceram 133,6% sobre o realizado no mesmo período de 1999 e representam 33,5% das despesas da atividade da Empresa;

Ao projetar os valores do item anterior no que compete a 4 trimestres, ter-se-á, ao final de 2000 despesas com interconexão da ordem de R\$ 266 milhões;

Os minutos fixo-móvel aumentaram, 52,9% no período 1998-99;

Tabela 2

Tabela 3

Tabela 4



Agravo de Instrumento com Pedido de Liminar

Ressalte-se que nas demais empresas pertencentes ao Grupo Telefônica houve um aumento dos investimentos, em contraste com a CRT, revelando que a desvalorização cambial não influenciou o aporte de investimentos nas outras.

Esse conjunto de fatores nos leva a concluir que a CRT deixou de investir na Telefonia Fixa em favor da Celular CRT, pois, a demanda reprimida pelo serviço de telefonia fixa, obriga a opção pelo uso do telefone móvel celular. Esse procedimento, além dos outros relacionados, fere os interesses do povo gaúcho, visto que essa é a principal empresa de telefonia fixa, em operação, no Estado do Rio Grande do Sul”.

De mencionar-se, também, que o Plano de Outorgas (Decreto nº 2534/98) prevê que as empresas prestadoras de serviço de telecomunicações somente poderão obter novas autorizações para exploração de serviço se cumprirem as metas que lhes foram estipuladas (art. 10). Em função disso, as operadoras vêm se preparando para antecipar para 31 de dezembro de 2001 as obrigações de universalização e expansão que deveriam cumprir até 31 de dezembro de 2002 e 2003.

Para atender as metas previstas no Plano Geral de Metas para Universalização do Serviço Telefônico Fixo Comutado prestado no regime público e também as metas do Plano Geral de Metas de Qualidade para o Serviço Telefônico Fixo Comutado, as empresas, face ao ambiente competitivo do setor de telecomunicações, vêm intensificando o volume de investimentos para atender as metas necessárias à antecipação.

Os investimentos realizados na telefonia fixa têm um período de maturação, que pode ultrapassar mais de um exercício, principalmente os investimentos de expansão da planta. Neste caso, o investimento realizado num ano não tem necessariamente uma relação direta com a quantidade física de equipamentos ativados, uma vez que investimentos realizados num exercício podem ser ativados no(s) exercício(s) seguinte(s).

Dessa forma, a redução dos investimentos e a transição da telefonia fixa no Estado do Rio Grande do Sul poderão comprometer a competitividade da CRT frente as outras operadoras. Sem essa



Agravo de Instrumento com Pedido de Liminar

antecipação de metas para 2001, a CRT não poderá receber novas autorizações para prestação de outras modalidades de serviços, como por exemplo o serviço de longa distância internacional.

No caso, a questão reveste-se de gravidade, eis que se está a falar em Companhia que é concessionária de relevantes serviços públicos. Também não é preciso ter-se inteligência elevada para imaginar-se que haveria resistência de parte da acionista majoritária em deixar o controle da CRT. Mais. Se os fatos noticiados pelo Estado no ano de 1999 ainda não fossem suficientes, a publicação de resultados com prejuízos que ultrapassam os cem milhões de reais e, ainda, o fato de o maior entre os acionistas minoritários na data de 04.02.2000 ser o único interessado na aquisição do controle da CRT, deveria ter ensejado a pronta intervenção da ANATEL na empresa até a efetiva transferência da concessão e do controle acionário. Não foi isso que ocorreu, estando o povo gaúcho à mercê da disputa de grupos privados pelo controle da CRT, para, somente agora, em 20 de junho de 2000, ser finalmente decretada a intervenção pela Agência reguladora. O desenrolar dos fatos vem demonstrando o total descontrole da ANATEL sobre os serviços concedidos, numa demonstração de que o interesse privado está a superar o interesse público.

Aliás, as recentes declarações publicadas pela Brasil Telecom (antiga TCS) no Jornal Zero Hora, informando sobre a divergência havida entre ela e a Telecom Itália (empresas, portanto, do mesmo grupo) acerca do preço a ser pago à TBS pela CRT, o que impediu o fechamento do negócio entre as duas empresas, bem dá a dimensão da disputa que está sendo travada entre duas grandes multinacionais da área de telecomunicações, disputa esta que está sendo assistida passivamente pela ANATEL, entidade que deveria zelar pelo serviço público prestado pela concessionária, o qual tem tido inúmeros prejuízos, em detrimento, pois, dos usuários de telefonia fixa do Estado do Rio Grande do Sul. Oportuno transcrever artigo publicado no jornal O Estado de São Paulo, em 08/07/00, da colunista Sonia Racy, que comenta a situação narrada, *verbis*:

“Fio desencapado

A Brasil Telecom (BT) está pensando em como lidar com a

RPGE, Porto Alegre 24(53): 123-216, 2001 - **165**



Agravo de Instrumento com Pedido de Liminar

sua acionista Telecom Itália (TI), que detém hoje cerca de 38% da Solpart, holding que controla a BT. Quem afirma é o advogado Modesto Carvalhosa, presidente do conselho do BT. Motivo: a Telecom Itália recusa-se a assinar operação de debêntures contratadas com o BNDES, no valor de R\$ 700 milhões, vinculada ao processo de privatização da empresa (ver abaixo). Os recursos são considerados vitais para o programa de investimentos da empresa de telefonia. A papelada está toda em ordem, foi negociada com o banco durante quase um ano e agora empacou na TI. 'Eles só assinam se pagarmos US\$ 850 milhões pelo controle da CRT'. Chantagem? 'Não, uma barganha; nunca em meus 50 anos de advocacia, vi nada igual', diz Carvalhosa, que em 28 de abril apresentou carta de demissão do conselho por causa das atitudes da Telecom Itália, permanecendo à frente da empresa até hoje, a pedido dos outros sócios, inclusive do controlador *Opportunity*. A mais grave ação, segundo Carvalhosa, foi a conduta desleal da TI ao 'usurpar as competências do Conselho de Administração da BT, negociando diretamente com a Telefónica de España o pagamento de ágio de US\$ 100 milhões pela compra da CRT, preço superior ao teto aprovado pelo conselho', explica, confirmando as informações de que a Telecom Itália e a Telefónica assinaram acordo, dia 28 de fevereiro, em Lugano, fixando valor de US\$ 850 milhões pela compra do controle acionário da CRT. 'A Telecom Itália não podia fazer isso em nome da BT, ela não tem a representação da empresa ou do seu conselho', diz Carvalhosa. O conselho fixou à época um limite de US\$ 750 milhões pela compra.

Segundo Carvalhosa, a BT só soube da documentação quando os italianos encaminharam à Anatel o contrato de 28 de fevereiro. A Agência recusou a documentação por falta da assinatura do presidente da BT, Henrique Neves. Foi aí que Neves soube sobre as negociações paralelas entre italianos e espanhóis. E começou a reação da BT, que resultou em impasse nas negociações de compra do controle da CRT,



Agravo de Instrumento com Pedido de Liminar

deflagrando processo de intervenção na empresa gaúcha. Renato Guerreiro, da Anatel, deu um prazo máximo para que a Telefónica vendesse o controle da CRT, o que esta não fez até o dia 20 de junho. 'A Telefónica quer os US\$ 850 milhões, pois considera que o acordo feito com a TI, em Lugano, deve valer', conta Carvalhosa. Nesse impasse, qual seria o próximo passo da Anatel? 'Deve ser o seqüestro das ações da CRT, fazendo prevalecer o valor patrimonial da empresa, que beira os US\$ 450 milhões,' raciocina.

Aí sim a Telefónica vai perder..."

Não se olvide que a ANATEL tem o poder-dever de exercer o controle da prestação do serviço de telecomunicações, zelando para que as determinações legais sejam cumpridas, e titulando poderes para fazê-las cumprir, nos termos da lei. Deve assegurar a prestação dos serviços públicos e evitar a ocorrência de toda e qualquer fraude. As normas legais aplicáveis à espécie, por óbvio, são normas de direito público e, como tal, afiguram-se cogentes e devem ser interpretadas de forma estrita. A propósito, traz-se à colação o magistério sempre atual de CARLOS MAXIMILIANO:

"As prescrições de ordem pública, em ordenando ou vedando, colimam um objetivo: estabelecer e salvaguardar o equilíbrio social. Por isso, tomadas em conjunto, enfeixam a íntegra das condições desse equilíbrio, o que não poderia acontecer se todos os elementos do mesmo não estivessem reunidos. Atingido aquele escopo, nada se deve aditar nem suprimir. Todo acréscimo seria inútil; toda restrição, prejudicial. Logo é caso de exegese estrita.. Não há margem para interpretação extensiva, e muito menos para analogia.

É sobretudo teleológico o fundamento desse modo de proceder. Só ao legislador incumbe estabelecer as condições gerais da vida da sociedade; por esse motivo, só ele determina o que é de ordem pública, e, como tal, peremptoriamente imposto.(...)". (*In Hermenêutica e Aplicação do Direito*, ed. Forense, 1994, p. 223).



Agravo de Instrumento com Pedido de Liminar

A Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, que dispõe sobre os serviços de telecomunicações, estabelece, em seu art. 1º, a competência da União, por intermédio da Agência Reguladora, para organizar a exploração do serviço de telecomunicações.

Dispõe o art. 19 da Lei nº 9472/97:

“Art. 19- À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente:

(...)

VI – celebrar e gerenciar contratos de concessão e fiscalizar a prestação de serviço no regime público, aplicando sanções e realizando intervenções;

(...)

XIX- exercer, relativamente às telecomunicações, as competências legais em matéria de controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica, ressalvadas as pertencentes ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica-CADE;”

Impende destacar que a Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997 – Lei das Telecomunicações – ao tempo em que disciplinou o processo de desestatização dos serviços de telecomunicações, regrado as concessões a serem celebradas com as empresas prestadoras do serviço, tratou de ressaltar expressamente que a abertura de tais serviços à iniciativa privada não poderia acarretar abuso de poder econômico, com prática de infrações à ordem econômica, devendo ser mantida a livre concorrência e a competição entre as empresas privadas concessionárias.

É uma imposição, aliás, da Constituição Federal, conforme se extrai dos artigos 170, inciso IV, e 173, § 4º, inseridos no Título VII – “da ordem econômica e financeira”, *verbis*:

168 - RPGE, Porto Alegre 24(53): 123-216, 2001

“Art. 170 – A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

IV – livre concorrência.”

“Art. 173 - ...

§ 4º - A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

Nesse sentido, os “princípios fundamentais” da referida lei, constantes dos seus primeiros artigos, especialmente dos artigos 5º a 7º, os quais transcrevem-se a seguir:

“Art. 5º - Na disciplina das relações econômicas no setor de telecomunicações observar-se-ão, em especial, os princípios constitucionais da soberania nacional, função social da propriedade, liberdade de iniciativa, livre concorrência, defesa do consumidor, redução das desigualdades regionais e sociais, repressão ao abuso do poder econômico e continuidade do serviço prestado no regime público.

Art. 6º - Os serviços de telecomunicações serão organizados com base no princípio da livre, ampla e justa competição entre todas as prestadoras, devendo o Poder Público atuar para propiciá-la, bem como para corrigir os efeitos da competição imperfeita e reprimir as infrações da ordem econômica.

Art. 7º - As normas gerais de proteção à ordem econômica são aplicáveis ao setor de telecomunicações, quando não conflitarem com o disposto nesta Lei.

§ 1º - Os atos envolvendo prestadora de serviço de telecomunicações, no regime público ou privado, que visem



Agravo de Instrumento com Pedido de Liminar

a qualquer forma de concentração econômica, inclusive mediante fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, ficam submetidos aos controles, procedimentos e condicionamentos previstos nas normas gerais de proteção à ordem econômica.

§ 2º - Os atos de que trata o parágrafo anterior serão submetidos à apreciação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, por meio do órgão regulador.

(...)”.

Portanto, a Agência de Regulação deve atuar de maneira a fazer cumprir os mandamentos da lei. Na espécie, evidencia-se que a ANATEL agiu sem o devido rigor, editando, apenas em 20 de junho transato, o Ato nº 9.607, que decreta a intervenção na Companhia.

Constam, do Ato nº 9.607, de 20 de junho de 2000, da ANATEL, dentre outros, os seguintes *consideranda*:

“CONSIDERANDO o descumprimento dos prazos para alienação das ações da TBS, estabelecidos nos Atos nº 672, de 1998, 6.196 e 7.066, ambos de 2000, caracteriza infração grave, nos termos do inciso IV do art. 110 da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997;

CONSIDERANDO a instauração, em 12 de maio de 2000, do Procedimento Administrativo de Apuração de Descumprimento de Obrigações nº 535000008242000 (PADO), destinado a apurar infrações por descumprimento de determinações da Anatel, caracterizada pela violação dos prazos estabelecidos nos referidos Atos;

CONSIDERANDO que a instauração do referido PADO poderá resultar na extinção da concessão, nos termos dos artigos 112 a 117 da Lei nº 9.472, de 1997, bem como na Cláusula 26.1 do Contrato de Concessão;

CONSIDERANDO que a instauração do referido PADO não prejudica a adoção de outras medidas acautelatórias que



Agravo de Instrumento com Pedido de Liminar

possam vir a ser tomadas pela Anatel visando assegurar a continuidade na prestação do serviço concedido, observado o modelo de competição preconizado com base na Lei nº 9.472, de 1997, e definido no Plano Geral de Outorgas, aprovado pelo Decreto nº 2.534, de 2 de abril de 1998, e o interesse público envolvido;

CONSIDERANDO a deliberação tomada por meio do Circuito Deliberativo nº 166, de 20 de junho de 2000, resolve:”

Determina, então, o Ato:

“Art. 1º - Decretar, cautelarmente, na forma dos artigos 110 e 111 da Lei nº 9.472, de 1997, intervenção na Companhia Rigorandense de Telecomunicações – CRT, até a data de 30 de abril de 2001, podendo ser prorrogada.

Art. 2º - A intervenção tem por objetivo a preservação do regime de competição e da gestão eficaz dos negócios da Concessionária, e, especialmente:

I – resguardar o modelo preconizado com base na Lei nº 9.472, de 1997, e definido no Plano Geral de Outorgas;

II – assegurar o cumprimento das obrigações contratuais relacionadas à universalização e à continuidade, inerentes ao regime público, nos termos da Cláusula 4.2 do Contrato de Concessão.

(...)

Art. 6º - Determinar, nesta data, a imediata instauração de procedimento administrativo de intervenção, assegurando-se a ampla defesa e o devido processo legal, nos termos do disposto no § 2º do art. 111 da Lei nº 9.472, de 1997.

Art. 7º - A intervenção poderá ser revogada antes do prazo estabelecido, desde que cessados os motivos que a determinaram.”



Agravo de Instrumento com Pedido de Liminar

Da leitura do Ato nº 9.607, de 20 de junho de 2000, evidencia-se que a ANATEL decretou intervenção na CRT em razão das faltas graves perpetradas pela concessionária – TBS -, a qual, inclusive, já estava com seus direitos de voto e de veto suspensos desde 5 de fevereiro de 2000, quando, através do Ato nº 6.196, de 1º de fevereiro de 2000, foi-lhe vedada a participação na gestão ou operação da CRT, em razão do descumprimento do Plano Geral de Outorgas – Decreto nº 2.534, de 2 de abril de 1998, art. 14. Determinou, ainda, que a TBS depositasse em fundo fideicomisso as ações com direito a voto, no prazo de 45 dias, a contar de 5/02/00. A seguir, em 17/03/00, a ANATEL editou o Ato nº 7066, determinando que o fundo fideicomisso seria constituído com a finalidade de alienar as ações detidas pela Tele Brasil Sul Participações S. A (TBS), na Companhia Riograndense de Telecomunicações S. A (CRT), fixando o prazo de até noventa dias para tal alienação, contado a partir de 21 de março de 2000, expirando-se, portanto, em 18 de junho de 2000.

Estes dois últimos atos editados pela ANATEL são consequência do descumprimento, por parte da TBS, das disposições contidas no Ato nº 672, expedido pela ANATEL em 03 de agosto de 1998, o qual, com esteio no Plano Geral de Outorgas, art. 14, fixava o prazo de até dezoito meses, contados a partir de 04 de agosto de 1998, para que a TeleBrasil Sul Participações S/A deixasse de ser controladora, controlada ou coligada de concessionária de STFC em outra região do Plano Geral de Outorgas.

O mencionado Plano Geral de Outorgas de Serviço de Telecomunicações prestado no regime público – aprovado pelo Decreto nº 2.534, de 2 de abril de 1998, assim dispõe em seu artigo 14:

“Art. 14 – A obtenção de concessão em determinada Região por empresa já concessionária do serviço a que se refere o artigo 1º, sua coligada, controlada ou controladora implicará a obrigatória transferência a outrem, de contrato de concessão detido em outra Região, no prazo máximo de dezoito meses, contado da data de obtenção da concessão”.



Agravo de Instrumento com Pedido de Liminar

O Contrato de Concessão firmado entre a ANATEL e a CRT – Contrato PBOG/SPB nº 47/98 – contém cláusulas que regulamentam a transferência da concessão ou do controle societário, em cumprimento aos ditames legais acima citados. Assim, dispõe a cláusula 18.1 do contrato:

“Cláusula 18.1 – A transferência da concessão ou do controle, direto ou indireto, da concessionária, só será autorizada pela ANATEL, respeitadas as restrições previstas no Plano Geral de Outorgas, quando:

I – o cessionário preencha todos os requisitos estabelecidos pela ANATEL como necessários ao cumprimento das obrigações previstas neste Contrato; e

II – a medida não prejudique a competição e não coloque em risco a execução do Contrato e as normas gerais de proteção à ordem econômica.

§ 1º - As transferências poderão ocorrer em qualquer época com a finalidade de compatibilizar as áreas de atuação das atuais prestadoras com o Plano Geral de Outorgas, nos termos do art. 209 da Lei nº 9.472, de 1997.

§ 2º - O descumprimento de qualquer disposição constante desta cláusula importará na caducidade da presente concessão.”

O art. 209 da Lei nº 9.472/97, a que remete a cláusula susotranscrita, tem a seguinte redação:

“Art. 209 – Ficam autorizadas as transferências de concessão, parciais ou totais, que forem necessárias para compatibilizar as áreas de atuação das atuais prestadoras com o plano geral de outorgas”.

A cláusula 26.4, a seu turno, estabelece:

“Cláusula 26.4 – O presente Contrato poderá ter sua



Agravo de Instrumento com Pedido de Liminar

caducidade declarada por ato do Conselho Diretor da ANATEL, precedido de processo administrativo que assegure ampla defesa à Concessionária, nas hipóteses de:

(...)

III – não cumprimento do compromisso de transferência referido na cláusula 18.1 e no art. 87 da Lei nº 9.472, de 1997”.

E a cláusula 26.1, que trata da extinção da concessão, prevê:

“Cláusula 26.1 – Considerar-se-á extinto o Contrato de concessão nas seguintes hipóteses:

...

III – caducidade, nos termos do disposto no artigo 114 da Lei nº 9.472, de 1997, e no presente contrato”.

A Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, assim dispõe acerca da decretação de caducidade da concessão:

“Art. 114 – A caducidade da concessão será decretada pela Agência nas hipóteses:

I – de infração dos disposto no artigo 97 desta Lei ou de dissolução ou falência da concessionária;

II – de transferência irregular do contrato;

III – de não-cumprimento do compromisso de transferência a que se refere o artigo 87 desta Lei;

IV – em que a intervenção seria cabível, mas sua decretação for inconveniente, inócua, injustamente benéfica ao concessionária ou desnecessária”.

O que se vê, claramente, portanto, é que a empresa TeleBrasil Sul Participações S.A. – TBS, controladora da CRT (concessionária do serviço telefônico fixo comutado local), não cumpriu as



Agravo de Instrumento com Pedido de Liminar

determinações legais e contratuais no sentido de transferir a concessão da CRT à outra empresa, o que deveria ter feito até 4 de fevereiro de 2000, quando expirou o prazo legal de 18 meses para que se efetuassem tal transferência (uma vez que a TBS, em sendo já concessionária da CRT, que integra a Região II, de acordo com o Plano Geral de Outorgas, adquiriu o controle da TELESP, concessionária que integra a Região III).

Mais. Deixou de investir adequadamente na telefonia fixa, consoante já se demonstrou, sendo possível pela análise do balanço e dos documentos apresentados pela empresa identificar-se a negligência e, porque não dizer, os equívocos da administração da empresa CRT que, sendo concessionária do serviço público, deveria estar, sempre, sendo fiscalizada pela Agência de Regulação.

Por ocasião da Assembléia-Geral, o ente público estadual fez vários questionamentos quanto ao balanço publicado, inclusive quanto aos custos com a prestação de serviços por empresas integrantes do Grupo Telefônica. O documento em anexo, enviado pela Secretaria de Estado de Minas, Energia e Telecomunicações bem retrata tais problemas:

QUESTÃO N.º 3, 4 e 5

Pergunta formulada pelo Governo do Estado na AGO de 27/04/2000.

Demonstrar o montante do custo mensal dos serviços de telemarketing antes da contratação da empresa Atento Relacionar, mês a mês, os pagamentos realizados à empresa Atento, por tipo de serviço prestado, bem como apresentar os documentos nos quais a Companhia se baseou para firmar convicção de que as condições do(s) contrato(s) são idênticas às que prevalecem no mercado (art. 156, par. 1º da Lei das S/A).

Solicita-se cópia do contrato firmado com a empresa Atento e planilha de custos dos serviços prestados pela mesma.

Perguntas formuladas pelo Governo do Estado em 23/06/2000.



Agravo de Instrumento com Pedido de Liminar

Quais são os estudos que estão sendo realizados para estabelecer a melhor alternativa para o “call center” da CRT? Em que bases a Diretoria está renegociando o contrato com a Atento? Quais são os itens em que a CRT acredita que irá reduzir os preços? Como a Diretoria da CRT chegou à conclusão que o preço atual é exagerado?

Por que a CRT só informou preços de serviços prestados pela Atento nas operadoras em que o grupo controlador, no período analisado, era o mesmo da CRT? Por que não houve pesquisa de preços com outras empresas similares que poderiam prestar serviços de telemarketing?

Reiteramos a solicitação de cópia da planilha de custos dos serviços prestados pela empresa Atento. Solicita-se, ainda, cópia do contrato social e respectivas alterações, se houver, da empresa Atento.

Discriminar todos os recursos materiais de hardware e mobiliário, com o respectivo valor recebido pela CRT, quando da aquisição destes ativos pela empresa Atento, conforme cláusula primeira do Termo de Compromisso de Aquisição de Ativos e Outras Avenças, firmado pela CRT e a Atento, incluso no anexo 10. Relacionar os valores de penalidades pagos pela empresa Atento, a título de reembolso à CRT, decorrentes da rescisão antecipada dos contratos dos serviços de terceiros, bem como, informar o montante desembolsado pela CRT para rescindir os referidos contratos, nos termos da cláusula Quarta do Termo de Compromisso de Aquisição de Ativos e Outras Avenças firmado pela CRT e Atento.

Análise das respostas e documentos apresentadas pela CRT

A 2ª E 3ª ALTERAÇÃO DO CONTRATO SOCIAL DA ATENTO

A 2ª Alteração do Contrato Social da Empresa ATENTO BRASIL LTDA, assinada em São Paulo em 13 de maio de

1999, anexo 1, e registrada na junta comercial do Estado do Rio Grande do Sul em 06 de julho de 1999, ressalta a seguinte composição acionária

“ 5. O capital da Sociedade é de R\$16.495.002,00 (dezesesseis milhões, quatrocentos e noventa e cinco mil e dois reais), dividido em 16.495.002, (dezesesseis milhões, quatrocentos e noventa e cinco mil e duas) quotas, no valor nominal de R\$1,00 (um real) cada uma, assim distribuídas entre os sócios:

(a) a sócia TELEFÓNICA S.A. possui 16.495.000 (dezesesseis milhões, quatrocentos e noventa e cinco mil) quotas, no valor total de R\$16.495.000,00 (dezesesseis milhões, quatrocentos e noventa e cinco mil reais);

(b) a sócia ATTENTO HOLDING TELECOMUNICACIONES S.A. possui 01 (uma) quota, no valor total de R\$ 1,00 (um real); e

(c) o sócio MOSHE B. SENDACZ possui 01 (uma) quota, no valor total de R\$ 1,00 (um real);

O capital social total subscrito encontra-se inteiramente integralizado pelos sócios TELEFÓNICA S.A., ATTENTO HOLDING TELECOMUNICACIONES S.A. e MOSHE B. SENDACZ.”

A 3ª Alteração do Contrato Social da Empresa ATENTO BRASIL LTDA, assinada em São Paulo em 15 de junho de 1999, anexo 2, e registrada na junta comercial do Estado de São Paulo em 16 de agosto de 1999, registra a seguinte composição acionária

“ 5. O capital da Sociedade é de R\$16.495.002,00 (dezesesseis milhões, quatrocentos e noventa e cinco mil e dois reais), dividido em 16.495.002 (dezesesseis milhões, quatrocentos e noventa e cinco mil e duas) quotas, no valor nominal de R\$1,00 (um real) cada uma, assim distribuídas entre os sócios:



Agravo de Instrumento com Pedido de Liminar

(a) ATTENTO HOLDING TELECOMUNICACIONES S.A. possui 16.495.001 (dezesseis milhões, quatrocentos e noventa e cinco mil e uma) quotas, no valor total de R\$16.495.001,00 (dezesseis milhões, quatrocentos e noventa e cinco mil e um reais);

(b) o sócio MOSHE B. SENDACZ possui 01 (uma) quota, no valor total de R\$ 1,00 (um real);

O capital social total subscrito encontra-se inteiramente integralizado pelos sócios ATTENTO HOLDING TELECOMUNICACIONES S.A. e MOSHE B. SENDACZ.”

A 3ª Alteração do Contrato Social da Empresa Atento correspondeu a retirada da sociedade da sócia quotista Telefónica S.A., titular de 16.495.000 (dezesseis milhões e quatrocentos e noventa e cinco mil) quotas do capital da sociedade, oportunidade em que cedeu e transferiu à ATTENTO HOLDING TELECOMUNICACIONES S.A., a totalidade das 16.495.000 quotas da sociedade de que era possuidora, com tudo o que representavam, conforme ajustado entre as partes no exterior. Também foi alterado o tipo jurídico da sociedade, que de sociedade comercial por quotas de responsabilidade limitada passou para sociedade por ações, sob a denominação de “ATENTO BRASIL S.A.”, mediante a conversão de cada quota em uma ação e da aprovação do Estatuto Social pelos quotistas. A transferência das ações da Telefónica para a Atento Holding corresponde ao novo modelo de organização da Telefónica, que agrupa suas empresas por linhas de negócios de âmbito global, com objetivo de situar a cada uma delas entre os líderes mundiais de seus respectivos setores de atividade.

B) A PARTICIPAÇÃO DO SENHOR MOSHE BORUCH SENDACZ

A 2ª Alteração do Contrato Social da Empresa ATENTO BRASIL LTDA é assinada pelo senhor Moshe Boruch Sendacz, na condição de procurador da ATTENTO



Agravo de Instrumento com Pedido de Liminar

HOLDING TELECOMUNICACIONES S.A. e da TELEFÓNICA S.A.

A 3ª Alteração do Contrato Social da Empresa ATENTO BRASIL LTDA é assinada pelo senhor Moshe Boruch Sendacz, na condição de procurador da ATTTENTO HOLDING TELECOMUNICACIONES S.A. e da TELEFÓNICA S.A.

O Sr. Moshe Boruch Sendacz foi eleito conselheiro fiscal titular da CRT, na Assembléia Geral Ordinária da CRT, conforme a Ata n.º 117, de 16 de março de 1999, anexo 3.

Em 1º de janeiro de 2000 foi assinada pelo Sr. Fernando Fournoun González-Barcia, Diretor Presidente da TBS PARTICIPAÇÕES S.A., procuração, anexo 4, que nomeia e constitui procurador o Sr Moshe Boruch Sendacz, a quem lhe confere os seguinte poderes:

“1. Representar a Outorgante na República Federativa do Brasil, em juízo ou foram dele, perante quaisquer terceiros, inclusive repartições públicas federais, estaduais ou municipais, bancos, inclusive o Banco Central do Brasil, Banco do Brasil S.A., e outras instituições financeiras, públicas ou privadas, em quaisquer de seus departamentos e divisões; Representar a Outorgante como sócia ou acionista de quaisquer sociedades, civis ou comerciais, das quais o Outorgante seja ou venha a ser quotista ou acionista; Subscrever, em nome da Outorgante, quotas ou ações de sociedades de qualquer natureza, integralizando-as, total ou parcialmente, em dinheiro, bens, direitos ou valores, assinando os instrumentos públicos ou particulares de incorporação ou constituição, contratos sociais e quaisquer de suas subseqüentes alterações, inclusive aquelas relativas à sua transformação ou conversão de um tipo em outro; Comparecer e votar, tomando parte em assembléias gerais, ordinárias ou extraordinárias, de sociedade das quais a Outorgante seja ou venha a ser acionista ou quotista; Adquirir, em nome da Outorgante, quotas ou ações de



Agravo de Instrumento com Pedido de Liminar

quaisquer sociedades bem como alienar ou transferir as que o Outorgante possua ou venha a possuir, assinando os respectivos instrumentos e termos de transferência;
Exercer, em geral, todos os direitos e privilégios conferidos pela lei, pelos estatutos e pelo contrato social às quotas ou ações de quaisquer sociedades das quais a Outorgante seja ou venha a ser possuidora, cumprindo, ainda, as obrigações decorrentes de sua qualidade de quotista ou acionista;
Receber citações ou notificações relacionadas a processos judiciais ou administrativos que venham a ser propostos contra a Outorgante no Brasil, com relação ou decorrente dos investimentos efetuados pela Outorgante em sociedades das quais participe como sócia, acionista ou quotista.”

O procurador da TBS Participações S.A, Senhor Moshe Boruch Sendacz, foi designado pela mesma para representar o Consórcio, por ocasião das reuniões entre a ANATEL, o Banco Credit Suisse First Boston Garantia, a TBS Participações S.A. e a Tele Centro Sul Participações S.A., realizadas em 09 de junho de 2000, para avaliar a situação do processo de alienação das ações da TBS para a TCS. Destas reuniões resultou um documento intitulado “SELEÇÃO DE PERGUNTAS E RESPOSTAS ELABORADAS DURANTE A REUNIÃO COM BASE NO DOCUMENTO DE DEGRAVAÇÃO DAS FITAS”, anexo 5. Registre-se que nesta reunião a ANATEL ao questionar a TBS sobre a afirmação do Governo do Estado do Rio Grande do Sul de que houve uma redução dos fluxos de investimento na CRT, desde o prazo estabelecido em Lei, de 18 meses para alienação de ações por parte do grupo controlador, obteve a seguinte resposta dos Srs. Mosche Sendacz, Procurador da TBS, e Pedro Riviere, Secretário Geral do Grupo Telefônica no Brasil e Procurador da TBS:

“TBS – Pessoalmente desconheço os dados da operação. O Fernando Fournón, na verdade, colocou-se à disposição, não só do Governo do Rio Grande do Sul, esteve



Agravo de Instrumento com Pedido de Liminar

visitando cada estado e esteve na CRT também e como responsável pela gestão e pelo período em que os questionamentos foram feitos, colocou-se à disposição para poder respondê-los e solicitou à CRT que estivesse pessoalmente envolvida na elaboração das informações e respostas porque hoje o controle de todas as informações estão na Tele Centro Sul. Não sei qual seria a justificativa mas podemos verificar e na 2ª feira mandamos por escrito.

Também não conheço os números. Acredito que o grupo Telefônica tem utilizado muitas energias aqui com outros negócios no Brasil e que às vezes, interpretações de investimento estavam sendo diminuídos por originar sinergias em todo o grupo. Repito que não conheço os números, concretamente mas não vejo nenhum inconveniente para os providenciar.

Como leigo, acompanhei que ela foi a única operadora que cumpriu todas as metas e provavelmente não foi por deficiência de investimentos, porque senão não teria atingido essas metas. Alguma explicação técnica deverá existir.”

Chama a atenção que os representantes constituídos pela TBS, não saibam informar sobre os investimentos realizados pela CRT no período em que este consórcio administrou a empresa, ainda mais quando se constata que o Sr. Moshe Boruch Sendacz, na qualidade de Conselheiro Presidente do Conselho Fiscal da CRT, em 29 de janeiro de 2000, aprovou o seguinte parecer do conselho fiscal da CRT:

“O Conselho Fiscal da Companhia Riograndense de Telecomunicações – CRT, tendo examinado o Relatório da Administração, as Demonstrações Financeiras de Encerramento do Exercício Social de 1999, integradas pelo Balanço Patrimonial, Demonstração do Resultado do Exercício, Demonstração das Mutações do Patrimônio Líquido, Demonstrações das Origens e Aplicações de Recursos, Notas Explicativas, Proposta da Administração quanto a não distribuição de dividendos, Parecer dos Auditores Independentes Arthur Andersen S/C, datado de



Agravo de Instrumento com Pedido de Liminar

20 de janeiro de 2000, prestados os esclarecimentos pela CRT, aprova os referidos documentos e as propostas neles contidas, opinando que o citado Relatório e as Demonstrações Financeiras atendem às disposições estatutárias e legais, merecendo aprovação pela Assembléia Geral de Acionistas.”

Em ofício remetido à ANATEL, em 15 de junho de 2000, anexo 6, o Senhor Moshe Boruch Sendacz, na qualidade de *procurador da TBS Participações S.A.*, declara que exerceu seu mandato no Conselho Fiscal da CRT até o mês de abril do corrente ano;

C) O PROCESSO DE CONTRATAÇÃO DA ATENTO BRASIL LTDA.

Em relação a contratação de empresa prestadora de serviços de “Call Center”, constata-se que não houve pesquisa ou tomada de preços por parte da CRT para contratar estes serviços as informações sobre os preços praticados referem-se aos preços prestados pela Atento nas operadoras em que o grupo controlador, no período analisado, era o mesmo da CRT.

Na resposta apresentada pela CRT de que “ a administração entendeu que deveria terceirizar os Serviços de ‘Call Center’ através da contratação da empresa Atento, por ser a única empresa, naquele momento, instalada no Rio Grande do Sul, com infra-estrutura adequada para atender estes serviços.”, não corresponde aos atos descritos a seguir:

Na 2ª Alteração do Contrato Social da Atento Brasil Ltda. os sócios resolvem constituir filiais da sociedade, as quais “exercerão as mesmas atividades desenvolvidas na sede social, a serem localizadas nos seguintes endereços:

...

1.2. Filial Porto Alegre – situada na Avenida Júlio de Castilhos, 505 – 10º andar, Porto Alegre/RS”.

A 2ª Alteração do Contrato Social da Atento Brasil Ltda. é assinada em 13 de maio de 1999, registrada na Junta Comercial do Estado de São Paulo em 31 de maio de 1999



Agravo de Instrumento com Pedido de Liminar

e na Junta Comercial do Rio Grande do Sul em 06 de julho de 1999.

Os documentos referentes à contratação da Atento apresentados pela CRT, anexo 3, 4 e 5 das respostas às perguntas do Estado na AGO de 27.04.2000, são os seguintes:

- a) Proposta Sumária apresentada pelo Diretor Comercial da Atento Brasil Ltda. à CRT, datada: São Paulo, 19 de maio de 1999;
- b) Expediente para REDIR (Reunião de Diretoria) emitido pela Diretoria de Operações da CRT, com data de 04 de junho de 1999;
- c) Reunião de Diretoria, Ata Redir n.º 1220 de 09 de junho de 1999, aprova a contratação do Call Center – Atento Brasil;
- d) Reunião do Conselho de Administração, Ata da Reunião n.º 355 de 22 de junho de 1999, apresentada as condições da contratação da Atento – Call Center;
- e) Termo de Compromisso de Aquisição de Ativos e Outras Avenças, firmado em 02 de setembro de 1999;
- f) Contrato CRT-CSU-OOC-109/99, contratação da empresa Atento Brasil Ltda., em 08 de setembro de 1999.
- g) Aditivo ao Contrato CRT-CSU-OOC-109/99 firmado em 15 de setembro de 1999.

Na Ata n.º 355 do Conselho de Administração não há referência à aprovação da contratação da Atento, registra apenas no item 4.6 Assuntos Gerais que foram apresentadas as condições da contratação da Atento – Call Center.

No Termo de Compromisso de Aquisição de Ativos e Outras Avenças, firmado entre a CRT e a Atento em 02 de setembro de 1999, é afirmado que a implantação dos serviços contratados com a Atento deveria ser abreviado ao máximo, requerendo da Atento a infra-estrutura necessária para execução dos serviços. Também são estabelecidas cláusulas e condições para aquisição pela Atento de ativos e recursos materiais da CRT, inclusive parte dos ativos correspondentes



Agravo de Instrumento com Pedido de Liminar

às posições de atendimento utilizadas por mão-de-obra terceirizada.

Conclui-se observando os documentos e as datas em que foram assinados, que a empresa Atento não foi contratada “por esta ser a única empresa, naquele momento, instalada no Rio Grande do Sul, com infra-estrutura adequada para atender estes serviços”. A decisão de constituir uma filial em Porto Alegre e a Proposta Sumária apresentada pela Atento à CRT totalizam 5 dias de diferença, sem considerar que os registros na Junta Comercial de São Paulo e do Rio Grande do Sul foram feitos após a apresentação da Proposta à CRT. A empresa não estava instalada no Rio Grande do Sul e tampouco possuía infra-estrutura adequada, naquele momento, para prestar o serviço.

Não houve comprovação de que as condições do contrato firmado entre a CRT e a empresa Atento são idênticas àquelas que prevalecem no mercado. A demonstração de preços dos contratos firmados entre a Atento e a TELESP e Telefônicas Celulares do RS, RJ e ES não servem para comprovar o preço praticado no mercado, pois tais empresas também são controladas pelo mesmo grupo que detém o controle da CRT. A CRT informou que não dispõe de relação de preços praticados por outras empresas no País, além destas mencionadas anteriormente.

D) OS CUSTOS DOS SERVIÇOS DE CALL CENTER

A CRT apresentou as planilhas relativas aos custos de contratação para prestação de serviços de atendimento dos serviços especiais.

Com base nos dados fornecidos chegou-se à tabela de comparação dos custos dos serviços, antes e após a contratação da Atento, anexo 7.

Analisando a tabela, constata-se que houve um aumento de 62% no custo médio mensal (R\$/chamada) do serviço 102/121/CSP – Auxílio à lista e informações sobre



Agravo de Instrumento com Pedido de Liminar

código de seleção de prestadoras. Em relação ao serviço 103/129 – CRT Consertos, o aumento no custo médio mensal (R\$/chamada) foi de 67%.

Com relação ao serviço 104 – CRT Serviço ao Cliente, conclui-se que houve uma redução no seu custo médio mensal (R\$/chamada), em função do aumento da produção (chamadas).

Ressalte-se que a CRT dispendeu, ao término do contrato para prestação dos serviços 102/121 com a empresa Exímia Serviços Temporários Ltda., o valor de R\$ 345.962,02 a título de equilíbrio econômico financeiro do contrato. Esse valor não foi considerado nos custos de contratação da Atento.

Conclui-se que os serviços 102/121 e 103/129 tiveram um considerável aumento em relação aos preços praticados anteriormente à contratação da Atento. Em relação ao serviço 104, embora tenha havido redução no custo, obriga a CRT a possuir uma plataforma para atendimento no 2º nível, com as mesmas despesas realizadas anteriormente à contratação da Atento.

E) A REDUÇÃO DOS PREÇOS PELA BRASIL TELECOM

A resposta apresentada pela CRT sobre a renegociação do contrato com a Atento revela que a CRT obteve as seguintes reduções de preços para os serviços prestados a partir de maio de 2000:

7,5% do valor por minuto;

Desconto de 1% a cada 10% do volume de chamadas ofertadas a maior em relação ao volume de dezembro 1999;

Desconto de 1% referente a item do contrato ainda não atendido.

A CRT ao explicar os objetivos da renegociação diz que “ As negociações realizadas com a Atento objetivaram atender o contrato às condições atuais de mercado”.

Na reunião entre a ANATEL, o Banco Credit Suisse



Agravo de Instrumento com Pedido de Liminar

First Boston Garantia, a TBS Participações S.A. e a Tele Centro Sul Participações S.A., realizada em 09 de junho de 2000, os representantes da Brasil Telecom (TCS) destacaram que um dos itens para fechamento do negócio referia-se aos contratos existentes entre a CRT e as partes relacionadas da Telefônica, neste sentido citou a renegociação do contrato da CRT com a Atento.

A Brasil Telecom definiu premissas para o Ciclo de Planejamento 2001/2003 e estabeleceu duas alternativas para o “call center”, sendo que na primeira a CRT estabeleceria estrutura própria e na outra manteria a terceirização, confirmando tratar-se de matéria em discussão dentro da própria empresa.

QUESTÃO N.º 14

Pergunta formulada pelo Governo do Estado na AGO de 27/04/2000.

Relacionar os contratos, montantes e empresas ou pessoas físicas contratadas, um a um, de assistência técnica internacional, bem como os montantes pagos e creditados em 1999 a cada empresa ou pessoa.

Perguntas formuladas pelo Governo do Estado em 23/06/2000.

Cópia do contrato firmado com a empresa TS TELEFÔNICA SISTEMAS S/A, a título de assistências técnica internacional, com orçamentos de outros concorrentes, além do Contrato Social e alterações, se houver, desta empresa.

Análise da resposta e documentos apresentados pela CRT

Na resposta à questão n.º 14, é relacionado o Contrato SSI-DI 0186/98, anexo 8, firmado pela CRT com a empresa TS TELEFÔNICA SISTEMAS S/A, em 3 de agosto de 1998, e respectivo aditivo n.º 1, anexo 9, assinado em junho de



Agravo de Instrumento com Pedido de Liminar

1999, a título de assistência técnica internacional.

O capital da empresa TS TELEFÔNICA SISTEMAS S/A, expresso no Contrato Social, anexo 10, é de dez mil ações nominais ao portador, cada uma com valor de dez mil pesetas, numeradas sucessivamente de 1 a 10.000 inclusive, representativas do capital social, e assim subscritas:

T.I. TELEFÔNICA INTERNACIONAL DE ESPAÑA S.A. subscrive nove mil novecentos e noventa e oito ações, numeradas de 1 a 9.998 inclusive;

SR. VICTOR GOYENECHEA FUENTES subscrive uma ação, n.º 9.999;

SR. LUIZ EUGÊNIO REDONET DE LA VEGA subscrive uma ação, n.º 10.000.

Conforme a justificativa apresentada, a CRT não efetuou levantamento de preços de mercado, uma vez que “a referida empresa já vinha executando trabalhos de adequação de “hardware” e “software” em outras Companhias controladas pela Telefónica, objetivando evitar problemas na virada do milênio”.

Esta empresa é integrante do grupo Telefónica, ao qual pertence a CRT, tendo recebido, no ano de 1999, a importância de R\$ 2.852.110,66 a título de assistência técnica internacional.

Na justificativa de provisão de prêmio de “contrato de gestão”, a CRT considera o pagamento a título de prestação de serviço de gerência e reporta-se ao contrato de concessão do serviço telefônico fixo comutado local/longa distancia nacional (PB06/SPB N.º 07/98 e 84/98 – ANATEL), anexo 11, celebrado entre a ANATEL e a CRT em 02/06/98. No capítulo XV, clausula 15.1, item XXXIII, é estabelecido que:

“XXXIII – não despendem com contratos de serviços de gerência, inclusive assistência técnica, com entidades estrangeiras, em relação à receita anual do Serviço Telefônico Fixo Comutado, líquida de impostos e contribuições, valores superiores a:

RPGE, Porto Alegre 24(53): 123-216, 2001 - **187**



Agravo de Instrumento com Pedido de Liminar

1% (um por cento) ao ano, até 31/12/2000;
0,5% (zero vírgula cinco por cento) ao ano, de 01/01/2001 a 31/12/2002; e
0,2% (zero vírgula dois por cento) ao ano, a partir de 01/01/2003;”

Na Demonstração de Resultados do Exercício, publicada em conjunto com as Demonstrações Financeiras da CRT no ano de 1999, a receita líquida dos serviços totalizou R\$ 1.149.239 mil (um bilhão, cento e quarenta e nove milhões e duzentos e trinta e nove mil reais) e a provisão para prêmio de contrato de gestão atingiu o montante de R\$ 11.492 mil (onze milhões e quatrocentos e noventa e dois mil reais), ou seja, exatamente 1% (um por cento) da Receita Líquida dos serviços.

Constata-se dessa forma, somados os montantes pagos a título de remuneração do contrato de gestão e de remuneração do contrato de assistência técnica internacional, o pagamento indevido de R\$ 2.852 mil (dois milhões, oitocentos e cinquenta e dois mil reais) e, conseqüentemente, o descumprimento à cláusula 15.1, item XXXIII, dos Contratos de Concessão firmado pela CRT e ANATEL. Configura-se, também, infração ao artigo 156, parágrafo 1º, da Lei 6.457/94, que regula as Sociedades Anônimas.”

Por outro lado, importante destacar que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE -, quando da análise do Ato de Concentração nº 53500.002126/98, em 24 de fevereiro de 1999, em que figuravam como requerentes a Tele Brasil Sul Participações S/A (TBS) e a TELESP Participações S/A, motivado pela aquisição do controle acionário da TELESP pela TBS, já manifestara que, com tal aquisição, configurava-se imperativo o cumprimento do disposto no art. 14 do Plano Geral de Outorgas, o que deveria ser fiscalizado pela ANATEL. Veja-se passagem do Relatório:

“A Procuradoria-Geral do CADE manifestou preocupação com a existência de participações cruzadas da Telefônica 9 seu controle acionário.

Além disso, expirado o prazo legal de 18 meses sem que a TBS



Agravo de Instrumento com Pedido de Liminar

tivesse transferido o controle da CRT à outra empresa, o que ocorreu em 4 de fevereiro de 2000, impunha-se à ANATEL – como dever legal – decretar a intervenção na concessionária, afastando a TBS da direção da CRT e tomando para si a administração da Companhia, enquanto procederia a processo administrativo que apuraria as infrações. Entretanto, não foi isso que fez a Agência Reguladora: entendeu de tão-somente suspender o direito de voto da TBS, determinando que “os demais acionistas da CRT adotem, a partir de 5 de fevereiro de 2000, as medidas necessárias para assegurar a continuidade da prestação dos serviços concedidos, o curso regular dos negócios e o normal funcionamento da concessionária” (conforme art. 6º do Ato nº 6.196, de 1º/02/00). Tamanha omissão diante de ameaça ao interesse público não encontra justificativa.

Data venia, mas a ANATEL, ao assim proceder, não exerceu seus deveres legais como agência reguladora que é, pois, expirado o prazo legal de 18 meses para a transferência do controle da CRT, ao invés de decretar a intervenção na concessionária e instaurar o devido processo administrativo para apurar as infrações, deixou que os acionistas minoritários tomassem conta da concessionária de serviço público, em procedimento totalmente temerário ao interesse público, aos interesses dos usuários da telefonia.

Com efeito, mais temerário se mostra o procedimento da ANATEL quando se verifica que o acionista minoritário que passou a administrar a CRT – a Telecentro Sul (TCS), hoje renomeada de Brasil Telecom – é exatamente a empresa que pretende comprar a companhia da TBS! Ora, é evidente que os interesses da empresa compradora são conflitantes com os interesses da empresa a ser vendida, pois o interesse do empresário que vai adquirir o bem é que o valor de tal bem seja o mais baixo possível. Portanto, deixar que a TCS (Brasil Telecom) administrasse a CRT, quando era a única empresa de telefonia que estava negociando com a TBS a compra da concessionária, é procedimento totalmente condenável, que lesa os interesses dos usuários de telefones, pois toda a má gestão da concessionária acaba por prejudicar aos usuários.

Aliás, a administração da companhia por quem tenha interesse conflitante com a mesma é vedada pela Lei das Sociedades Anônimas, conforme art. 156.



Agravo de Instrumento com Pedido de Liminar

O que se evidencia, portanto, é que a Agência de Regulação não zelou pelo interesse público conforme lhe determinava a lei, agindo em desacordo com as normas, violando o princípio da indisponibilidade do interesse público. A propósito do referido princípio, vale citar os ensinamentos de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO:

“A indisponibilidade dos interesses públicos significa que sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público – não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – o que é também um dever – na estrita conformidade do que dispuser a *intentio legis*.

É sempre oportuno lembrar a magistral lição de Cirne Lima a propósito da relação de administração. Explica o ilustrado mestre que esta é a ‘relação jurídica que se estrutura ao influxo de uma finalidade cogente’. Nela não há apenas um poder em relação a um objeto, mas, sobretudo, um dever, cingindo o administrador ao cumprimento da finalidade, que lhe serve de parâmetro.

(...)

Em suma, o necessário – parece-nos – é encarecer que na administração os bens e os interesses não se acham entregues à livre disposição da vontade do administrador. Antes, para este, coloca-se a obrigação, o dever de curá-los nos termos da finalidade a que estão adstritos. É a ordem legal que dispõe sobre ela.

(...).

As pessoas exclusivamente administrativas, autarquias, tal como as demais pessoas da administração indireta ou fundacional, precisamente em razão do fato de assim se qualificarem, são entidades servientes. Isto significa que, por serem pessoas, podem – ao contrário da Administração –



Agravo de Instrumento com Pedido de Liminar

titular interesses públicos, mas, apenas, na condição de servas de uma vontade anterior, jungidas ao cumprimento exato dos fins que aquela vontade, por lei, lhes assinalou.

Sendo pessoas administrativas, sua província é a da relação de administração e, por isso mesmo, estão adstritas ao cumprimento de uma finalidade. Ainda aí, é o dever, a finalidade e não a vontade, que comandam sua ação. Não dispõem a seu talante sobre os interesses públicos; não os comandam com sua vontade; apenas cumprem, ainda quando o fazem discricionariamente, em muitos casos, a vontade da lei. Esta, em toda e qualquer hipótese, lhes serve de norte, de parâmetros e de legitimação.

As pessoas administrativas não têm portanto disponibilidade sobre os interesses públicos confiados à sua guarda e realização. Esta disponibilidade está permanentemente retida nas mãos do Estado (e de outras pessoas políticas, cada qual na própria esfera) em sua manifestação legislativa. Por isso a Administração e suas pessoas auxiliares têm caráter meramente instrumental”. (*In Curso de Direito Administrativo*, ed. Malheiros, 6ª ed., 1995, pp. 23/24).

Ora, *in casu*, a ANATEL não pautou seu procedimento no exato cumprimento da lei, não agiu como “serva de uma vontade anterior” (do legislador), como dito pelo insigne administrativista acima citado, mas procedeu de maneira diversa daquela que lhe determinava a lei.

Com efeito. A curadoria do interesse público na espécie impunha à Agência Reguladora fazer cumprir exatamente o que dispõem as normas aplicáveis: primeiro, velar para que a TBS deixasse de ser controladora da CRT, no prazo de 18 meses da aquisição pela empresa do controle acionário da TELESP, conforme determinado pelo Plano Geral de Outorgas. Depois, escoado tal prazo sem a transferência do controle da CRT, incumbia-lhe decretar a intervenção na companhia, ao tempo em que apuraria a infração cometida pela controladora, decretando a caducidade da concessão e abrindo novo certame licitatório. Assim teria zelado pelo interesse público, resguardando o



Agravo de Instrumento com Pedido de Liminar

direito dos usuários da telefonia fixa à universalidade, à continuidade, à eficiência do serviço público de telecomunicações, bem como impedindo a concretização de monopólio e a concentração econômica.

O procedimento da ANATEL, contudo, afasta-se da concretização do interesse público e reveste-se de desvio de finalidade. O que se vê claramente da análise de todo o desdobramento dos fatos que foram-se desenrolando desde que a TBS adquiriu o controle da TELESP e, portanto, deveria vender o controle acionário da CRT, é que a Agência de Regulação dos Serviços de Telecomunicações agiu como intermediária em um negócio que foi-se entabulando entre duas grandes empresas multinacionais de telecomunicações – a Telefônica de Espanha (TBS) e a Telecom (TCS), agindo como se fora uma corretora intermediando interesses privados!

A respeito do desvio de finalidade, leciona SEABRA FAGUNDES:

“A atividade administrativa sendo condicionada, pela lei, à obtenção de determinadas conseqüências, não pode o administrador, ao exercê-la, ensejar conseqüências diversas das visadas pelo legislador. Os atos administrativos devem procurar atingir as conseqüências que a lei teve em vista quando autorizou a sua prática, sob pena de nulidade. Tratando, por exemplo, de desapropriação, a Carta Constitucional a permite para atender a interesse social e a necessidade ou utilidade pública. Decretada a expropriação de um imóvel no interesse direto de pessoa privada, o ato será inválido por falta de finalidade legal. Terá havido aí desvio de finalidade, ou seja, o que os franceses denominam *détournement de pouvoir*. A lei previu que o ato fosse praticado visando a certa finalidade, mas a autoridade o praticou com finalidade diversa. Houve uma burla da intenção legal. A autoridade agiu contrariando o espírito da lei. Não importa que a diferente finalidade com que tenha agido seja moralmente lícita. Mesmo moralizada e justa, o ato será



Agravo de Instrumento com Pedido de Liminar

inválido, por divergir da orientação legal”. (*In O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, ed. Saraiva, 1984, pp. 61/63).

A intervenção agora decretada afigura-se, pois, tardia. Já em 4 de fevereiro, quando evidenciado que a TBS não transferira o serviço para outra empresa, deveria ter a ANATEL decretado a intervenção. Mas, agora editado o ato, mister que se impeçam novos procedimentos temerários por parte da Agência Reguladora, os quais, ao fim e ao cabo, estão prejudicando os direitos do povo gaúcho a gozar de um serviço eficiente de telefonia.

Neste sentido, não é possível admitir-se que a intervenção agora decretada, e que tem o prazo legal de 180 dias, seja levantada, nos termos do art. 7º do Ato nº 9.607, de 20/06/00, “desde que cessados os motivos que a determinaram”. Considerando o procedimento que até agora adota a ANATEL, a simples realização do negócio entre a TBS e a possível compradora- Brasil Telecom (antiga Tele Centro Sul) seria razão suficiente para levantar-se a intervenção, o que não se pode admitir, diante das graves violações até agora perpetradas. Afinal, se efetivada a alienação, que sentido teria concluir-se o procedimento instaurado que pode culminar com a caducidade da concessão??? Levantar-se intervenção e permitir-se a alienação antes de concluir-se o aludido procedimento seria, desde já, afastar-se a possibilidade de decretar-se a caducidade, penalidade que, salvo melhor juízo, aplica-se na espécie. Impende que a intervenção prossiga enquanto se desenrola o Procedimento Administrativo de Apuração de Descumprimento de Obrigações (PADO) nº 535000008242000, instaurado para apurar infrações por descumprimento de determinações da ANATEL, pela violação aos prazos já mencionados para transferência da concessão, e que poderá levar à decretação de caducidade da concessão.

A intervenção deve durar enquanto perdurar a apuração das infrações que está sendo efetivada através do PADO antes citado, o qual poderá ter dois desfechos: (a) concluir pela caducidade da concessão, eis que comprovada a infração à normas legais que determinam a transferência da concessão à concessionária que explore o serviço em outra região; (b) concluir que não é caso de decretar a



Agravo de Instrumento com Pedido de Liminar

caducidade, se a concessionária provar alguma causa que afaste o dever que tinha de operar aquela transferência.

Entretanto, não é este o procedimento que será adotado pela ANATEL, que admite levantar a intervenção se houver acerto na compra da CRT entre a TBS e a Brasil Telecom. É o que demonstra a declaração do Interventor nomeado pela ANATEL, Dr. Ronaldo Rangel de Albuquerque Sá, publicada no jornal Correio do Povo do dia 22/06/00, página central, *verbis*:

“Sá ressaltou que, nesse período, só os consórcios TBS e a Brasil Telecom poderão continuar negociando a venda e compra da CRT. ‘A intervenção se restringe à administração da empresa, não interferindo nos acordos e negócios entre as partes’, declarou. De acordo com ele, mesmo que a Anatel aprove um futuro negócio e suspenda a intervenção, a auditoria será mantida. Por outro lado, se o negócio não for fechado em 180 dias, a concessão deve ser retomada”.

Importante que se ressalte que, de acordo com a Lei nº 9.472/97, a decretação de caducidade da concessão é ato vinculado, devendo haver a decretação desde que ocorrida alguma das hipóteses legais, dentre as quais está o descumprimento do compromisso de transferência. A conclusão exsurge da própria norma legal, que diz: “a caducidade da concessão será decretada pela Agência nas hipóteses: III – de não-cumprimento do compromisso de transferência a que se refere o artigo 87 desta Lei”. No mesmo sentido dispõe a cláusula 26.1 do contrato de concessão: “considerar-se-á extinto o contrato de concessão nas seguintes hipóteses: III – caducidade, nos termos do artigo 114 da Lei nº 9.472, de 1997, e no presente contrato”. E tal poder é vinculado, sobretudo pela necessidade de tutelar um valor constitucional, a repressão ao abuso do poder econômico, caracterizada, *in casu*, pela dominação do mercado (CF, art. 173, § 4º).

A propósito do poder vinculado, leciona MARCELLO CAETANO:



Agravo de Instrumento com Pedido de Liminar

“Os poderes que integram a competência devem ser exercidos sempre que os interesses servidos o imponham. Por isso alguns lhes chamam poderes-deveres.

Mas, umas vezes, a lei ou os estatutos regulam as circunstâncias em que o órgão deve exercer o poder que lhe está confiado, impondo-lhe que actue sempre que concorram essas circunstâncias, e determinam o modo de actuar e o conteúdo do acto.

Outras vezes, a norma deixa ao órgão certa liberdade de apreciação acerca da conveniência e da oportunidade de exercer o poder, e até sobre o modo desse exercício e o conteúdo do acto, permitindo-lhe que escolha uma das várias atitudes ou soluções que os termos da lei admitem. Isso porque o legislador entende que se entra numa zona que pertence preferentemente, ou até exclusivamente, a uma função que não é jurídica e sim política ou técnica.

No primeiro caso o poder funcional está vinculado no seu exercício pela norma. No segundo o exercício do poder funcional é discricionário.

O poder é vinculado na medida em que o seu exercício está regulado por lei.

O poder será discricionário quando seu exercício fique entregue ao critério do respectivo titular, deixando-lhe liberdade de escolha do procedimento a adoptar em cada caso como mais ajustado à realização do interesse público protegido pela norma que o confere.” (In *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*, ed. Almedina, Coimbra, Portugal, 1996, pp. 119/120).

Nesse passo, forçoso concluir que, ocorrida a hipótese legal e contratual – de não transferência da concessão pela TBS, no prazo legal, à outra empresa – deverá ser decretada a caducidade da concessão, após regular procedimento administrativo.

Todavia, como se disse, este não é o objetivo da ANATEL. Segundo depoimento do Interventor, publicado no mesmo jornal acima citado, o procedimento administrativo adotado pela Agência pode resultar na aplicação de multas à concessionária. Assim está

RPGE, Porto Alegre 24(53): 123-216, 2001 - **195**



Agravo de Instrumento com Pedido de Liminar

publicado no referido jornal: “O interventor rechaça a acusação do governo estadual, de que a medida devia ter sido tomada pela ANATEL em fevereiro. ‘A lei prevê um tempo para cada coisa’, disse, explicando que, embora a ANATEL não tenha tomado uma atitude na época, o esgotamento do primeiro prazo gerou um procedimento administrativo para apuração de falhas cometidas pelo controlador. Em andamento, o processo poder resultar em sanções que vão da multa até R\$ 50 milhões, conforme a gravidade da falha, à extinção da concessão”.

Data venia, mas a infração cometida pela TBS não comporta outra penalidade senão a decretação de caducidade da concessão, conforme expressamente previsto na Lei e no contrato. Mais. A negociação entre as empresas gerou um imenso desgaste entre os acionistas da possível compradora, como se demonstrou... Ora, como ficará a empresa e os usuários gaúchos se vier a ser efetivada neste momento a alienação??? Seguirão a mercê da disputa de grupos privados que pouco ou nada se importam com o interesse público.

Tudo, pois, recomenda a conclusão do Procedimento Administrativo já referido, eis que extinta a concessão, deverá ser novamente licitado o serviço de telefonia fixa no Estado.

V- DA NECESSIDADE DE CONCESSÃO DA LIMINAR:

Dispõe o art. 4º da Lei nº 7.347/85:

“Poderá ser ajuizada ação cautelar para os fins desta lei, objetivando, inclusive, evitar o dano ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.”

Já é assente na doutrina e na jurisprudência pátrias a possibilidade de postular-se medida liminar na própria inicial da ação civil pública. Na espécie, a argumentação acima expendida e os documentos em anexo demonstram, sem dúvida, a aparência do bom direito. O perigo na demora, contudo, também se faz presente. Com efeito. Se não for deferida a medida liminar impedindo a ANATEL de efetuar o levantamento da intervenção antes da conclusão do Processo

196 - RPGE, Porto Alegre 24(53): 123-216, 2001



Agravo de Instrumento com Pedido de Liminar

Administrativo nº 535000008242000, a intervenção poderá ser encerrada antes de apuradas e avaliadas corretamente as faltas dos gestores da CRT, mediante a simples concretização de negócio deveria ter havido já em fevereiro de 2000. A Agência nada poderá fazer quanto à atual situação contábil, financeira e operacional da Companhia, restando mantida a precariedade de investimentos e prestação de serviços aos usuários gaúchos. E esse prejuízo, dizendo respeito a serviço essencial de comunicação, necessário para quase todas as atividades da vida moderna, jamais poderá ser reparado. Vale dizer: levantada a intervenção antes de encerrado o procedimento antes citado o prejuízo será irreparável, pois a empresa que descumpriu a lei corre o risco de não ter nenhuma penalidade, suplantando-se, assim, com a anuência da agência de regulação, o interesse público consubstanciado nas normas em vigor.

Na lição de Humberto Theodoro Júnior, a atividade jurisdicional cautelar dirige-se à segurança e garantia do eficaz desenvolvimento e do profícuo resultado das atividades de cognição e execução, concorrendo, desta forma, para o atingimento do escopo geral da jurisdição(*in* Processo Cautelar, pág. 42). Para o renomado doutrinador, a tutela cautelar, diversamente da tutela de mérito é, por sua própria natureza, provisória e subsidiária. Corresponde ao direito de provocar a parte o órgão judicial a tomar providências para conservar e assegurar o perigo de prejuízo iminente e irreparável ao interesse tutelado no processo principal; vale dizer, a ação cautelar consiste no direito de “assegurar que o processo possa conseguir um resultado útil.”(págs. 43/44).

O Poder Judiciário, em situação semelhante, tem assegurado liminarmente os direitos dos usuários dos serviços de telefonia:

“Processual. Civil. Constitucional. Ação Civil Pública. Serviços de valor adicionado (serviços telefônicos 0900 e utilidade pública prestados pela TELESP). Serviço. Prestação. Garantia. Matéria de interesse coletivo. Tutela Antecipada. Cabimento. Verossimilhança das alegações. ‘Periculum in mora’. Existência. Serviço de informação e utilidade pública. Exceção.



Agravo de Instrumento com Pedido de Liminar

I – A exploração de serviço de telecomunicação, cuja prestação regida pelo regime jurídico público, outorgado mediante concessão, assim como sem caráter de exclusividade, regulada por regramento de competência da União e cujas obrigações de universalização e em continuidade são atribuídas as prestadoras, é, indiscutivelmente, matéria de interesse coletivo.

II – Verossimilança das alegações caracterizada em razão de ser dever da concessionária de serviço sob o regime jurídico público, quando explorar também o serviço pelo regime privado, a adoção de medidas que impeçam a inviabilidade econômica de sua prestação sob o regime público, assim como dever de assegurar a universalização e continuidade de possibilidade de todos ao referido serviço público, em razão de sua essencialidade (Art. 66 e 82 da Lei 9.472/97).

III – A disponibilidade da denominada linha 0900 ou 900 serviços (dependendo do serviço prestado) importa prejuízo ao interesse coletivo do serviço prestado sob o regime público, em função da universalização e continuidade.

IV – Necessidade de manutenção de serviços de utilidade pública, de interesse da comunidade, cujo conhecimento relativo à existência destes serviços de cunho informativo está restrito àquelas pessoas que têm necessidade de acessá-los.

V – Existência do ‘periculum in mora’, em razão de que a prestação desordenada dos ‘serviços’, sob regime privado comprometem aqueles a provocar dano de difícil reparação, não se justificando, entretanto, com relação aos serviços prestados com o caráter de informação e utilidade pública, como o caso da linha 102.

VI – Agravo de instrumento improvido.” (AG nº 03082484 - TRF – 3ª Região – 3 Turma – j. 12/05/99 – DJU 30/06/99 – Rel Des. Fed. Cecilia Hamati)

Veja-se que na imprensa de hoje foram divulgadas matérias que bem demonstram a ação da ANATEL apenas no sentido de intermediar a venda, o que poderá ocorrer nos próximos, prejudicando

sobremaneira o procedimento administrativo instaurado e a apuração das irregularidades aqui denunciadas. Se não for deferida a liminar pleiteada, a presente ação civil pública, voltada a assegurar o cumprimento da lei e a sustar os prejuízos que vêm sofrendo os usuários gaúchos, poderá ser inócua.

Em conclusão:

1. Por força de lei, o controle acionário da CRT deveria ter sido alienado ainda em 04.02.2000, o que não ocorreu. A ANATEL não cumpriu o que a lei lhe impunha, limitando-se a editar atos totalmente insuficientes ao controle da grave situação da administração da empresa, que ficou totalmente precária;
2. De há muito o serviço de telefonia fixa do Estado apresenta graves problemas, havendo total insatisfação dos usuários gaúchos, fatos sempre informados à ANATEL;
3. Houve prejuízo operacional na CRT, notável queda nos investimentos e problemas com os contratos firmados pela mesma, o que deveria ter sido objeto de auditoria, o que ainda não ocorreu;
4. Mesmo após a intervenção, as ilegalidades perpetradas pela ANATEL prosseguem, eis que o ato traz a possibilidade de seu levantamento antes mesmo da apuração das faltas cometidas pela controlada da CRT, e restou descumprido pelo interventor no seu primeiro dia, quando incentivado o voto da TBS na aprovação das contas;
5. Diante da conduta flagrantemente ilegal da ANATEL, faz-se necessária a intervenção do Poder Judiciário para assegurar o cumprimento da lei, resguardando os interesses dos usuários gaúchos.

ANTE O EXPOSTO, O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
REQUER:

- a) o deferimento de medida liminar, para que se suspenda o art. 7º do Ato nº 9.607, determinando-se à agência-ré que



Agravo de Instrumento com Pedido de Liminar

se abstenha de encerrar o processo de intervenção antes de concluído o Procedimento Administrativo de Apuração de Descumprimento de Obrigações (PADO) n° 53500008242000, destinado a apurar infrações por descumprimento de determinações da ANATEL, bem como para que seja impedida a vedação da alienação do controle acionário da CRT, enquanto não finalizado tal procedimento;

b) a citação das rés no endereço acima indicado, para que contestem a demanda, querendo, sob as penas da lei;

c) seja oportunizada a produção de todos os meios de prova em direito admitidos, em especial a prova pericial e o depoimento pessoal do representante legal da ré, o que desde já se requer;

d) a procedência da presente ação para (1) determinar-se que a ANATEL se abstenha de levantar a intervenção decretada antes da conclusão do processo administrativo referido na alínea a; (2) decretar-se a nulidade do art. 7° do Ato n° 9.607, que permite à agência o levantamento da intervenção antes do evento mencionado.”

IV – DOS EQUÍVOCOS DA DECISÃO AGRAVADA

O *decisum* ferreteado parte de uma premissa equivocada, que é a de que, pelo fato de haver sido entregue à gestão privada a CRT, sua atuação seguiria a lógica do mercado. E a premissa é equivocada pela seguinte razão: é que a prestação dos serviços de telecomunicações, pelo simples fato de estar delegada à empresa privada, não deixa de ser serviço público. E, como tal, não pode sofrer solução de continuidade. E foi justamente para evitar que, pela privatização, o atendimento a necessidades coletivas dependesse da conveniência e oportunidade do agente econômico privado no tocante à obtenção do lucro, que se criaram as Agências de Regulação. E se existe documentada nos autos reclamação feita pelos Municípios, está, no mínimo, configurada a omissão da ANATEL com relação ao atendimento a estas reclamações, prejudicando a toda uma coletividade, independentemente de raça, cores partidárias, sexo ou



Agravo de Instrumento com Pedido de Liminar

idade. O Poder Público, em face dos pedidos que lhe sejam feitos – isto é considerado axiomático desde o *Bill of Rights* da Revolução Gloriosa ocorrida na Inglaterra no século XVII –, não pode se dar ao luxo de ignorá-los. Deve respondê-los, ainda que para os declarar inadmissíveis ou improcedentes, mas jamais ignorá-los, sobretudo quando se trata de apurar a ocorrência de irregularidades na própria prestação do serviço.

A respeito da criação das agências de regulação e suas funções, traz-se à colação o magistério de RICARDO ANTÔNIO LUCAS CAMARGO:

“Um dos argumentos mais fortes contra a privatização tem sido, justamente, que as atividades que se pretenderia entregar à iniciativa privada não poderiam jamais ser exploradas em regime de concorrência, precisamente por serem vitais não só ao funcionamento das atividades econômicas públicas e privadas como um todo como também ao próprio funcionamento da vida em sociedade, cabendo lembrar que o pressuposto da concorrência é a luta entre interesses egoísticos, que procuram obter o máximo proveito da necessidade alheia.

A saída que se encontrou para, ao mesmo tempo em que se entregava a prestação dos serviços públicos à iniciativa privada, através de instrumentos clássicos como os contratos administrativos de concessão ou de permissão de serviços públicos, evitar que a prestação destes serviços à coletividade ficasse à mercê do egoísmo do agente econômico privado foi a criação das Agências de Regulação – estruturadas sob a forma autárquica” (“Apontamentos sobre a regulação e política econômica: a modernidade medieval. *In* Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 37/263-264).

Na r. decisão que indeferiu a medida liminar postulada, assim aduz a ilustre Magistrada:

RPGE, Porto Alegre 24(53): 123-216, 2001 - **201**



“Quanto às irregularidades supostamente cometidas pela TBS, entre as quais se inclui a não-alienação do controle acionário no prazo previsto, efetivamente há fortes indícios, consubstanciados na prova documental trazida aos autos. No entanto, a vedação à transmissão do controle acionário em nada contribui para elucidar tais irregularidades. Caso a empresa as tenha cometido, a melhor solução é seu afastamento definitivo da administração da companhia, afastamento esse que restará perfectibilizado com a alienação do controle acionário. Tal não impedirá a aplicação eventual de penalidades à concessionária (a qual poderá vir a exercer direito de regresso) ou mesmo à TBS. O que se verifica é que não há relação lógica entre a vedação à transmissão do controle acionário e a solução ou penalização das irregularidades porventura perpetradas. Por outro lado, a eventual prática de irregularidades não enseja a manutenção da intervenção da ANATEL na CRT. A intervenção foi decretada para atender a uma situação específica (a não-alienação, no prazo, do controle acionário). É lógico que, uma vez superada tal situação, a intervenção seja levantada, possibilitando-se ao adquirente do controle da CRT o início de sua gestão.”

Com a devida vênua da Magistrada de primeira instância, mas, primeiramente, há que se dizer que a irregularidade cometida pela TBS, consistente em não proceder à alienação do controle acionário da CRT no prazo legal previsto – 18 meses, contados da obtenção da concessão na Região III do Plano Geral de Outorgas, com a assunção da concessão da TELESP –, está provada documentalmente e, aliás, é o fato principal do qual se originam as irregularidades apontadas nesta ação. Este fato, aliás, é público e notório, e contra ele nem os réus insurgem-se – mesmo porque, seria de todo impossível. Portanto, não há fortes indícios com relação a tal irregularidade. Há, isto sim, plena certeza.



Agravo de Instrumento com Pedido de Liminar

Por óbvio que, tendo a empresa controladora da CRT cometido tais irregularidades, a melhor solução – e imperativa, aliás, - é seu afastamento da administração da companhia. Mas este afastamento já houve, ainda que tardiamente, através do ato de intervenção editado pela ANATEL. O que se propugna é que seja mantido o afastamento da TBS da gestão da CRT, mediante a continuidade do processo interventivo, até que se ultimem as apurações das infrações cometidas pela empresa, o que está sendo feito pela ANATEL no PADO n° 535000008242000. A continuidade da intervenção impõe-se como medida necessária a não deixar com que a concessionária fique acéfala, vez que a controladora – TBS – está afastada de sua gestão.

E nesse sentido, mister pedir novamente vênias à ilustre Magistrada de primeira instância para dizer que há, sim, relação lógica entre a vedação da alienação do controle acionário da CRT e a finalização do PADO n° 535000008242000, como explicitado na inicial. Tal relação está em que o desfecho do referido procedimento administrativo pode ser a declaração de caducidade da concessão que se pretende autorizar a transferência. Ora, é evidente, pois, que a conclusão de tal procedimento é prejudicial à autorização que pretende a ANATEL – com a chancela da r. decisão ora agravada – dar à alienação do controle acionário da CRT. Estar-se-ia, ao fim e ao cabo, admitindo a possibilidade de operar transferência de concessão extinta, pela aplicação da pena de caducidade, caso tal pena venha a ser aplicada no PADO antes mencionado.

É de se perguntar, aliás, como restaria a situação da empresa adquirente, *in casu*, a Brasil Telecom, caso viesse ser declarada a caducidade da concessão no procedimento administrativo instaurado para apurar as infrações cometidas. Perderia, a empresa, a concessão do serviço, ensejando a responsabilização da própria ANATEL, que teria autorizado a transferência temerária da concessão, sob a qual pesa o risco de extinção.

E nesse passo, importante ressaltar que a penalidade para a infração cometida pela TBS é, sim, a caducidade. A uma, porque o artigo 114, inciso III da Lei n° 9472/97, prevê seja declarada a caducidade nos casos de não-cumprimento do compromisso de



Agravo de Instrumento com Pedido de Liminar

transferência a que se refere o artigo 87 da lei; a duas, porque o contrato de concessão firmado entre a ANATEL e a CRT contém previsão expressa, nas cláusulas 18.1, § 2º, e 26.4, inc. III, de aplicação da pena de caducidade para a hipótese de descumprimento do compromisso de transferência da concessão ou do controle acionário.

Veja-se que a interpretação sistemática da legislação, e mesmo lógica, pertinente às telecomunicações, tendo-se presentes os princípios constitucionais que a informam, conduz à conclusão de que a mesma penalidade prevista na lei para a infração ao art. 87 – que trata da obrigatoriedade de transferência de concessão obtida por empresa que já preste o mesmo serviço dentro da mesma área, região ou localidade- aplica-se ao descumprimento ao art. 14 do Plano Geral de Outorgas – que trata da obrigatoriedade de transferência de concessão obtida por empresa que preste o mesmo serviço em outra região. Trata-se de suporte fático de mesma natureza e proteção ao mesmo valor jurídico: livre concorrência e impedimento aos monopólios. Portanto, não pode vingar a conclusão exarada na r. decisão agravada de que as disposições do art. 114, que remetem ao art. 87, não se aplicariam ao caso telado porque tratam de hipóteses diversas.

Mas, ainda que assim fosse, seguindo a interpretação dada pela ilustre Magistrada, de que o art. 14 do Plano Geral de Outorgas encontra seu suporte legal no art. 201 da Lei 9472/97, da mesma forma chegar-se-ia à conclusão de que a pena a ser aplicada na espécie é a caducidade.

Com efeito, como reconhecido na própria decisão ora agravada, o art. 173 da Lei 9472/97 prevê a possibilidade da declaração de caducidade quando ocorrida infração à esta lei, às demais normas aplicáveis ou aos deveres decorrentes dos contratos de concessão. E o contrato de concessão firmado entre ANATEL e CRT impôs a caducidade como penalidade ao descumprimento da transferência da concessão, nas cláusulas 18.1 e 26.4. Frise-se que as cláusulas



Agravo de Instrumento com Pedido de Liminar

referem-se à toda obrigação de transferência, seja aquela expressamente prevista na Lei 9472/97, art. 87, seja aquela que deflui do art. 14 do PGO e do art. 201 da Lei 9472/97.

A bem da clareza, transcrevem-se as cláusulas citadas:

“Cláusula 18.1 – A transferência da concessão ou do controle, direto ou indireto, da concessionária, só será autorizada pela ANATEL, respeitadas as restrições previstas no Plano Geral de Outorgas, quando:

I – o cessionário preencha todos os requisitos estabelecidos pela ANATEL como necessários ao cumprimento das obrigações previstas neste Contrato; e

II – a medida não prejudique a competição e não coloque em risco a execução do Contrato e as normas gerais de proteção à ordem econômica.

§ 1º - As transferências poderão ocorrer em qualquer época com a finalidade de compatibilizar as áreas de atuação das atuais prestadoras com o Plano Geral de Outorgas, nos termos do art. 209 da Lei nº 9.472, de 1997.

§ 2º - O descumprimento de qualquer disposição constante desta cláusula importará na caducidade da presente concessão.”

A cláusula 26.4, a seu turno, estabelece:

“Cláusula 26.4 – O presente Contrato poderá ter sua caducidade declarada por ato do Conselho Diretor da ANATEL, precedido de processo administrativo que assegure ampla defesa à Concessionária, nas hipóteses de:

(...)

III – não cumprimento do compromisso de transferência referido na cláusula 18.1 e no art. 87 da Lei nº 9.472, de 1997”.



Agravo de Instrumento com Pedido de Liminar

As cláusulas contratuais acima transcritas demonstram que o descumprimento do compromisso de transferência foi eleito no contrato como infração grave, tanto que a pena para seu descumprimento é a caducidade. O contrato, portanto, já valorou a infração, nos limites permitidos pelo art. 176 da Lei 9472/97.

Ademais, o próprio ato da ANATEL que instaurou o procedimento administrativo nº 53500000824000 referia a possibilidade de ser aplicada a caducidade, o que, de resto, encontra previsão no já mencionado art. 173.

Na mesma esteira, a manifestação acostada aos autos pela ANATEL, que, embora negue o caráter vinculado da aplicação da pena de caducidade na espécie, admite expressamente a possibilidade de tal aplicação.

Demonstrada, pois, a relação lógica entre o impedimento da alienação do controle acionário da CRT, o conseqüente impedimento do levantamento da intervenção – porque, do contrário, a concessionária ficaria acéfala – e a conclusão do procedimento administrativo instaurado pela Agência Reguladora para apurar as infrações cometidas pela TBS: o desfecho de tal procedimento poderá ser a declaração de caducidade da concessão, não sendo possível, portanto, autorizar de imediato a transferência de concessão que poderá ser declarada extinta. Recomendável que seja mantida a intervenção, enquanto se ultima tal procedimento administrativo e, caso aplicada a pena de caducidade, proceda-se à nova licitação do serviço de telefonia fixa no Estado.

Por outro lado, não se pode conformar o agravante com a conclusão posta na decisão agravada no sentido de que “no que respeita à atuação da ANATEL, não restou claramente demonstrada a omissão da agência reguladora. Os atos por ela editados foram devidamente motivados. Não cabe ao Poder Judiciário analisar se foram convenientes e oportunos. Os reparos feitos pelo autor a tais atos são todos calcados em fatores de conveniência e oportunidade. No entanto, ainda que se ingressasse nessa seara, verificar-se-ia que os referidos atos procuraram atender da melhor forma possível à situação que se apresentava.”

206 - RPGE, Porto Alegre 24(53): 123-216, 2001



Agravo de Instrumento com Pedido de Liminar

Data venia, mas é preciso ir mais longe na análise do procedimento adotado pela ANATEL ao longo de todo este período, desde que a TBS adquiriu o controle da TELESP, em 04 de agosto de 1998, data a partir da qual começou a correr o prazo de 18 meses para que a empresa deixasse de ser controladora da CRT. A análise meramente formal da conduta da ANATEL, tal como parece ter sido procedida pela decisão agravada, pode conduzir, como conduziu a Magistrada, à conclusão equivocada de que não houve comportamento omissivo da Agência Reguladora, que bem teria agido no caso em tela.

Todavia, assim não é. Resta evidente do exame do procedimento tímido adotado pela ANATEL na condução deste processo, que houve, sim, omissão da Agência Reguladora, a quem competiria agir com rigor e de forma positiva no sentido de assegurar que as normas postas na Lei de Telecomunicações – normas de ordem pública, diga-se de passagem -, as quais vedam haja concentração econômica, abuso do poder econômico, prejuízo à continuidade e eficiência do serviço público, fossem perfeitamente cumpridas pela empresa concessionária, que, apesar de ser uma empresa privada, está amplamente sujeita aos controles e fiscalizações do Poder Público, porque prestadora de um serviço público.

Com efeito, da leitura do Ato nº 9.607, de 20 de junho de 2000, evidencia-se que a ANATEL decretou intervenção na CRT em razão das faltas graves perpetradas pela concessionária – TBS -, a qual, inclusive, já estava com seus direitos de voto e de veto suspensos desde 5 de fevereiro de 2000, quando, através do Ato nº 6.196, de 1º de fevereiro de 2000, foi-lhe vedada a participação na gestão ou operação da CRT, em razão do descumprimento do Plano Geral de Outorgas – Decreto nº 2.534, de 2 de abril de 1998, art. 14. Determinou, ainda, que a TBS depositasse em fundo fideicomisso as ações com direito a voto, no prazo de 45 dias, a contar de 5/02/00. A seguir, em 17/03/00, a ANATEL editou o Ato nº 7066, determinando que o fundo fideicomisso seria constituído com a finalidade de alienar as ações detidas pela Tele Brasil Sul Participações S. A (TBS), na



Agravo de Instrumento com Pedido de Liminar

Companhia Riograndense de Telecomunicações S. A (CRT), fixando o prazo de até noventa dias para tal alienação, contado a partir de 21 de março de 2000, expirando-se, portanto, em 18 de junho de 2000.

Estes dois últimos atos editados pela ANATEL são conseqüência do descumprimento, por parte da TBS, das disposições contidas no Ato nº672, expedido pela ANATEL em 03 de agosto de 1998, o qual, com esteio no Plano Geral de Outorgas, art. 14, fixava o prazo de até dezoito meses, contados a partir de 04 de agosto de 1998, para que a TeleBrasil Sul Participações S/A deixasse de ser controladora, controlada ou coligada de concessionária de STFC em outra região do Plano Geral de Outorgas.

Da simples análise dos atos editados pela ANATEL percebe-se claramente que a Agência agiu sem o rigor necessário diante dos fatos que se desenrolavam, procedendo em desacordo com a Lei nº 9.472/97 e com o Plano Geral de Outorgas. Nada fez para assegurar que a empresa mantivesse seus investimentos e a correta administração, mesmo diante da iminência da alienação de seu controle acionário.

Além disso, expirado o prazo legal de 18 meses sem que a TBS tivesse transferido o controle da CRT à outra empresa, o que ocorreu em 4 de fevereiro de 2000, impunha-se à ANATEL – como dever legal – decretar a intervenção na concessionária, afastando a TBS da direção da CRT e tomando para si a administração da Companhia, enquanto procederia a processo administrativo que apuraria as infrações. Entretanto, não foi isso que fez a Agência Reguladora: entendeu de tão-somente suspender o direito de voto da TBS, determinando que “os demais acionistas da CRT adotem, a partir de 5 de fevereiro de 2000, as medidas necessárias para assegurar a continuidade da prestação dos serviços concedidos, o curso regular dos negócios e o normal funcionamento da concessionária” (conforme art. 6º do Ato nº 6.196, de 1º/02/00). Tamanha omissão diante de ameaça ao interesse público não encontra justificativa.

Data venia, mas a ANATEL, ao assim proceder, não exerceu seus deveres legais como agência reguladora que é, pois, expirado o prazo legal de 18 meses para a transferência do controle da CRT, ao invés de decretar a intervenção na concessionária e instaurar o devido processo administrativo para apurar as infrações, deixou que os



Agravo de Instrumento com Pedido de Liminar

acionistas minoritários tomassem conta da concessionária de serviço público, em procedimento totalmente temerário ao interesse público, aos interesses dos usuários da telefonia.

Poderia a Agência ter assim procedido, sob o manto do poder discricionário? A resposta é negativa. Na espécie, a única alternativa que se afigurava viável legalmente era a decretação de intervenção na companhia, já naquela data em que se concretizou a violação ao prazo de 18 meses para transferência da concessão. E isto por dois motivos: (a) porque o Plano Geral de Outorgas, em seu art. 14, é peremptório ao determinar que “a obtenção de concessão em determinada Região por empresa já concessionária do serviço a que se refere o artigo 1º, sua coligada, controlada ou controladora implicará a obrigatória transferência a outrem, de contrato de concessão detida em outra Região, no prazo máximo de dezoito meses, contado da data de obtenção da concessão ; (b) porque a “solução” encontrada pela ANATEL, de deixar que o maior dentre os acionistas minoritários gerisse a companhia, em razão do afastamento da TBS, com a suspensão de seus direitos de voto e veto, configura-se ilegal, porquanto o acionista minoritário que assumiu a direção da concessionária é exatamente a empresa Brasil Telecom, única interessada na compra do controle acionário.

Com relação ao item “a” acima destacado, ressalta da norma que, vencido o prazo de 18 meses, não há mais a faculdade de transferir a concessão. Se a controladora não o fez durante o prazo legal, assumindo o risco daí advindo, deve agora suportar a sanção para o descumprimento legal em que incidiu. Portanto, expirado o prazo de 18 meses não cabia à ANATEL apenas afastar a TBS da gestão da CRT, dando prazo para que a mesma operasse a transferência do controle acionário da empresa concessionária, pois o prazo para fazê-lo expirou. Não há, pois, já por este prisma, legalidade no ato da Agência Reguladora.

No caso concreto, parece ser a decisão agravada que utiliza critérios de conveniência e oportunidade para afirmar que o melhor, a este ponto, seria a alienação, quando, como se viu, o prazo para tanto já decorreu e a lei prevê penalidades a serem aplicadas. Se a ANATEL pretende desautorizar-se totalmente, deixando de cumprir os deveres que a lei lhe impõe, certamente com isso não pode



Agravo de Instrumento com Pedido de Liminar

concordar o Poder Judiciário. Caso contrário, chegar-se-á à conclusão de que as normas legais de ordem pública podem ser descumpridas em razão da realização de negócios entre particulares.

De outra banda, no tocante ao item “b” antes ressaltado, é evidente que os interesses da empresa compradora são conflitantes com os interesses da empresa a ser vendida, pois o interesse do empresário que vai adquirir o bem é que o valor de tal bem seja o mais baixo possível. Portanto, deixar que a TCS (Brasil Telecom) administrasse a CRT, quando era a única empresa de telefonia que estava negociando com a TBS a compra da concessionária, é procedimento totalmente condenável, que lesa os interesses dos usuários de telefones, pois toda a má gestão da concessionária acaba por prejudicar aos usuários. É procedimento ilegal, porque expressamente vedado pelo artigo 156 da Lei das Sociedades Anônimas, que dispõe:

“Art. 156 – É vedado ao administrador intervir em qualquer operação social em que tiver interesse conflitante com o da companhia, bem como na deliberação que a respeito tomarem os demais administradores, cumprindo-lhe cientificá-los do seu impedimento e fazer consignar, em ata de reunião do Conselho de Administração ou da diretoria, a natureza e extensão do seu interesse.

§ 1º - Ainda que observado o disposto neste artigo, o administrador somente pode contratar com a companhia em condições razoáveis ou eqüitativas, idênticas às que prevalecem no mercado ou em que a companhia contrataria com terceiros.

§ 2º - O negócio contratado com infração do disposto no § 1º é anulável, e o administrador interessado será obrigado a transferir para a companhia as vantagens que dele tiver auferido”.

Logo, não pode prevalecer o entendimento esposado na decisão agravada, de que “o que se verifica é que a ANATEL, na condição de agência reguladora, tendo que zelar pela prestação dos serviços



Agravo de Instrumento com Pedido de Liminar

públicos em meio a um emaranhado de interesses privados, editou os atos que entendeu cabíveis, e que, ao menos em sede de cognição sumária, apresentam-se perfeitos do ponto de vista da legalidade.”

Os atos da ANATEL não se apresentam perfeitos do ponto de vista da legalidade. Como aduzido acima, deixar que a empresa pretendente à compra do controle acionário da CRT gerisse a empresa concessionária não se afigura como ato legal, também não sendo legal protelar o prazo de 18 meses para a transferência do controle.

Como dito na decisão agravada (passagem acima transcrita), a ANATEL viu-se envolvida em meio a um emaranhado de interesses privados e, ao que se evidencia, não soube dele desvencilhar-se a contento, quer dizer, de acordo com o que manda a lei.

O procedimento da ANATEL, portanto, afasta-se da concretização do interesse público e reveste-se de desvio de finalidade. O que se vê claramente da análise de todo o desdobramento dos fatos que foram-se desenrolando desde que a TBS adquiriu o controle da TELESP e, portanto, deveria vender o controle acionário da CRT, é que a Agência de Regulação dos Serviços de Telecomunicações agiu como intermediária em um negócio que foi-se entabulando entre duas grandes empresas multinacionais de telecomunicações – a Telefônica de Espanha (TBS) e a Telecom (TCS), agindo como se fora uma corretora intermediando interesses privados!

Portanto, e com a devida *venia* da ilustrada Magistrada, a leitura da lei e do contrato e, bem assim, o diagnóstico de reclamações dos usuários demonstram a omissão da ANATEL, o que autoriza, obviamente, a intervenção do Poder Judiciário para garantir o cumprimento da lei. E nem se diga que o prazo marcado para a venda autorizava a empresa a investir menos, como referiu a MM. Juíza, *verbis*: “Tendo dezoito meses para desfazer-se do controle acionário da CRT, evidentemente a empresa então controladora não investiria na mesma intensidade do que o faria caso tivesse a perspectiva de manter a concessão”. Ao contrário. A TBS tinha ciência das normas legais quando adquiriu a TELESP e o usuário gaúcho não pode arcar com as conseqüências negativas da opção de determinada empresa. Seria uma total inversão de valores!!! A circunstância de ser a CRT, alegadamente a empresa que cumpriu a maior parte das metas estipuladas pela ANATEL, só comprova os seguintes fatos: (a)

RPGE, Porto Alegre 24(53): 123-216, 2001 - **211**



Agravo de Instrumento com Pedido de Liminar

efetivamente assiste razão aos usuários gaúchos em suas reclamações, já que as metas não foram atingidas; (b) efetivamente, a ANATEL não vem cumprindo adequadamente o papel de reguladora.

Ao contrário do que afirmado pela r. decisão agravada, o que se discute nestes autos não é conveniência e oportunidade: é a agressão real à Lei de Telecomunicações e ao art. 173, par. 4º da Constituição Federal de 1988.

E com a devida *venia* da ilustrada Magistrada, o levantamento da intervenção após a alienação do controle acionário afasta, desde já, qualquer possibilidade de decretação de caducidade, pois se estará permitindo a transferência da concessão, que então será fato consumado. Mesmo que se admita a possibilidade de a ANATEL, após a alienação, vir a decretar a caducidade, tudo recomenda seja impedida a alienação e mantida a intervenção de modo a que não sejam prejudicados direitos de terceiros envolvidos na negociação, que poderão estar adquirindo concessão já extinta.

A simples alienação do controle acionário não representa solução imediata para os problemas da CRT, como afirmado no *decisum*. Diante das graves faltas na gestão da empresa e, ainda, a convivência dos prováveis adquirentes, não se pode afirmar, *a priori*, que sua alienação, a esta altura, seja a melhor solução, até porque, em muito dificultará a apuração das irregularidades.

Este, aliás, o interesse primordialmente defendido pelo Estado que não pode submeter-se aos interesses privados. O diagnóstico juntado, que demonstra a ineficiência dos serviços prestados nos Municípios e os problemas na gestão da empresa, ambos sem qualquer importância, ao que parece, para a r. decisão ora hostilizada, bem demonstram que, na espécie, a aplicação de simples multa pode ser ineficaz. Mas, ao contrário da decisão agravada, o Estado não quer fazer juízo de conveniência e oportunidade dos atos da ANATEL. Apenas pretende que o procedimento administrativo nº 53500000824000 tenha conseqüência e conclusão que pode, ou não, ser a caducidade.

Aliás, contrariamente ao afirmado na decisão, todas as divergências havidas no âmbito dos controladores da empresa CRT e dos possíveis adquirentes podem e devem ser objeto de investigação no aludido Procedimento, destinado a apurar as razões da não



Agravo de Instrumento com Pedido de Liminar

alienação oportuna. De outra parte, afirmar que as divergências no âmbito dos acionistas da empresa não afetaram a sua gestão é ignorar os fatos trazidos e demonstrados.

Resta indubitavelmente demonstrado, pois, o requisito da aparência do bom direito. Também o perigo da demora mostra-se evidente e a cada dia mais se agrava.

Se não for deferida a medida liminar impedindo a ANATEL de efetuar o levantamento da intervenção antes da conclusão do Processo Administrativo nº 535000008242000, a intervenção poderá ser encerrada antes de apuradas e avaliadas corretamente as faltas dos gestores da CRT, mediante a simples concretização de negócio que deveria ter havido no máximo até fevereiro de 2000. A Agência nada poderá fazer quanto à atual situação contábil, financeira e operacional da Companhia, restando mantida a precariedade de investimentos e prestação de serviços aos usuários gaúchos. E esse prejuízo, dizendo respeito a serviço essencial de comunicação, necessário para quase todas as atividades da vida moderna, jamais poderá ser reparado. Vale dizer: levantada a intervenção antes de encerrado o procedimento supracitado, o prejuízo será irreparável, pois a empresa que descumpriu a lei corre o risco de não ter nenhuma penalidade, suplantando-se, assim, com a anuência da agência de regulação, o interesse público consubstanciado nas normas em vigor.

Na lição de Humberto Theodoro Júnior, a atividade jurisdicional cautelar dirige-se à segurança e garantia do eficaz desenvolvimento e do profícuo resultado das atividades de cognição e execução, concorrendo, desta forma, para o atingimento do escopo geral da jurisdição(*in* Processo Cautelar, pág. 42). Para o renomado doutrinador, a tutela cautelar, diversamente da tutela de mérito é, por sua própria natureza, provisória e subsidiária. Corresponde ao direito de provocar a parte o órgão judicial a tomar providências para conservar e assegurar o perigo de prejuízo iminente e irreparável ao interesse tutelado no processo principal; vale dizer, a ação cautelar consiste no direito de “assegurar que o processo possa conseguir um resultado útil.”(págs. 43/44).

Veja-se que foram várias matérias na imprensa que bem demonstram a ação da ANATEL apenas no sentido de intermediar a



Agravo de Instrumento com Pedido de Liminar

venda, no que terminou por ser exitosa, tanto que o negócio será fechado nos próximos dias, como é fato público e notório, prejudicando sobremaneira o procedimento administrativo instaurado e a apuração das irregularidades aqui denunciadas. Se não for deferida a liminar pleiteada, a presente ação civil pública, voltada a assegurar o cumprimento da lei e a sustar os prejuízos que vêm sofrendo os usuários gaúchos, poderá ser inócua. Com efeito. Uma vez efetivada a venda e levantada a intervenção, contrariamente ao que consta na decisão agravada, o procedimento terá maior dificuldade para ser instruído e, ainda, *a priori*, estar-se-á descartando uma das penalidades, qual seja, a caducidade, o que se mostra notoriamente ilegal.

Não pretende o ente público estadual que se decrete, desde já, a caducidade. E nem poderia fazê-lo. Apenas postula a conclusão regular de procedimento administrativo que poderá concluir pela aplicação de tal penalidade. Todavia, diante dos desmandos e da redução dos serviços, é forçoso concluir-se que a realização de um certame licitatório com a eleição de um investidor idôneo oxigenará a empresa. E a alienação do controle acionário, feita totalmente a destempo, seguida do levantamento da intervenção, representa a inviabilidade total da aplicação de tal penalidade, antes mesmo de concluído o procedimento administrativo destinado a apurar seu cabimento, o que não pode ser admitido diante das normas legais mencionadas na inicial que foram solenemente descumpridas pela ANATEL e pela TBS. Como bem fundamentado pelo Juízo de plantão:

“A alienação do controle acionário, contudo, conquanto possa ser anulada por decisão judicial, implica em uma modificação do estado de fato difícil de ser alterada, seja do ponto de vista jurídico, seja pela possibilidade de implicar prejuízos a terceiros de boa-fé.”

Não permitida a alienação, a manutenção da intervenção é medida que se impõe para a continuidade da administração da empresa, eis que a atual controladora da CRT está afastada da gerência dos negócios, por ato da ANATEL. Fosse levantada a intervenção, a empresa ficaria acéfala. Veja-se que tal medida, a intervenção, em nada prejudica os negócios sociais. Conforme notícia o próprio Interventor, o BNDES aportará recursos de de R\$ 170.000.000,00



Agravo de Instrumento com Pedido de Liminar

(cento e setenta milhões de reais) . Como se verifica, são recursos públicos que serão investidos na CRT, independentemente de quem detiver seu controle acionário. Não se está aqui, evidentemente, a questionar a privatização havida na empresa. O fato é que a adquirente do controle acionário na CRT, como demonstram os gráficos da inicial, deixou de fazer os investimentos necessários, pois sabia que teria que alienar o controle em prazo já fixado, o que causou enormes prejuízos aos usuários do serviço de telefonia no Estado. Mais. Deixou de cumprir este prazo. Assim, o ente público estadual pede, nesta ação, apenas a aplicação das regras contidas na Lei Geral de Telecomunicações e no Plano Geral de Outorgas, regras estas destinadas a combater o monopólio e garantir a universalização do serviço de telefonia. O que não se pode conceber é a “prévia absolvição” da TBS, olvidando-se todos os problemas havidos na sua administração que causaram enormes prejuízos aos usuários gaúchos e, muito menos, que ignorou totalmente as regras legais a que estava submetida. Tenha-se presente que o ente público estadual, desde 1999, vem alertando a ANATEL acerca da precariedade do serviço de telefonia fixa no Estado, baseado em diagnóstico feito juntamente com associações de Municípios. Também fez alertas quanto aos equívocos da agência de regulação na condução do processo de transferência do controle acionário. Tudo em vão. Nenhuma outra alternativa restou que não o ajuizamento desta demanda no intuito de ver aplicada a lei, a não ser que se consagre a ANATEL apenas e unicamente como intermediadora de interesses privados!!!

As notícias publicadas na imprensa de hoje informam que a alienação poderá ser concretizada. É imperioso, pois, o deferimento da liminar para impedir-se a alienação do controle acionário da CRT ou sustar os seus efeitos, caso já se tenha concretizado, e o levantamento da intervenção enquanto não concluído o procedimento administrativo destinado à apuração da falta grave cometida pela TBS, cuja conclusão, nos termos da lei que regula a matéria e das cláusulas do contrato de concessão, aponta para a caducidade da concessão. Se indeferida a liminar, poderá restar concluída a negociação e levantada a intervenção sem a aplicação de qualquer penalidade ao controlador e sem a adequada apuração da faltas perpetradas pelos controladores da CRT, que causaram enormes



Agravo de Instrumento com Pedido de Liminar

prejuízos ao usuários do serviço de telefonia fixa no Estado do Rio Grande do Sul.

V – DO PEDIDO

ANTE O EXPOSTO, O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
REQUER:

- a) o recebimento do presente agravo de instrumento e, com fundamento no art. 558 do CPC, o deferimento da liminar pleiteada para impedir-se a alienação do controle acionário ou sustar os seus efeitos, caso já se tenha concretizado, e impedir o levantamento da intervenção enquanto não concluído o procedimento administrativo n^o 535000008242000, instaurado pela ANATEL;
- b) a intimação do Ministério Público Federal na forma da lei;
- c) ao final, o provimento do presente agravo de instrumento para confirmar-se, na íntegra, a liminar deferida.

Pede Deferimento.

Porto Alegre, 31 de julho de 2000.

Paulo Peretti Torelly
Procurador-Geral do Estado

Márcia Regina Lusa Cadore Weber
Procuradora do Estado
OAB n^o 29.266

Helena Beatriz Cesarino Mendes Coelho
Procuradora do Estado
OAB n^o 27.799

Observação: até a data de fechamento desta Revista da PGE o Agravo de Instrumento aqui publicado ainda não havia sido julgado pelo TRF.

216 - RPGE, Porto Alegre 24(53): 123-216, 2001



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 Bernado Sesta, quando passou a ser publicada pelo Instituto de Informática Jurídica-IIJ (atualmente denominado Procuradoria de Informação Documentação e Aperfeiçoamento Profissional - PIDAP). 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, RS.

