

4 BIBLIOGRAFIA

- AGUIAR, Roberto A.R. de. *A crise da advocacia no Brasil – Diagnósticos e perspectivas*. São Paulo: Alfa-Ômega, 1991, 166 p.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. P.M. Oliveira. São Paulo: Hemus, 1973.
- BRUNO, Aníbal. *Direito penal – Parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1966, t.3.
- DELMANTO, Celso. *Código Penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 1980.
- DUARTE, Gleuso Damasceno. *A Constituição: explicada ao cidadão e ao estudante*. 10. ed., Belo Horizonte: Lê, 1995.
- LOPES, Jair Leonardo. *Curso de direito penal – Parte geral*. Livro de aulas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal I – Parte geral*. 7. ed., São Paulo: Atlas, 1993.
- OLIVEIRA, Juarez de. *Código Penal*. 32. ed., São Paulo: Saraiva, 1994.
- SERPA, Maria de Nazareth. *Mediação, alternativa judiciosa*. *Caderno de Estudos Jurídicos*. Belo Horizonte: PUC/Minas, p. 25-35, jun. 1993.

BREVES ANOTAÇÕES SOBRE O PROCEDIMENTO DE PRIVATIZAÇÃO DO SISTEMA TELEBRÁS EM FACE DO PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO*

José Emílio Medauar Ommati**

Sumário

1. Introdução. 2. Os paradigmas constitucionais do Estado. 3. Do descumprimento do princípio constitucional da moralidade administrativa por parte dos agentes estatais envolvidos no procedimento de privatização do Sistema Telebrás. 4. Do desvio de finalidade cometido pelos agentes públicos. 5. Das irregularidades cometidas no procedimento de privatização da Telemig. 6. A teoria do fato consumado do Superior Tribunal de Justiça: um problema de hermenêutica jurídica. 7. Conclusão. 8. Bibliografia.

* Parecer, transformado em artigo, elaborado na Procuradoria da República de Minas Gerais.

** Aluno do 8º período de Direito da UFMG; monitor de Teoria da Constituição; estagiário na Procuradoria da República de Minas Gerais.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo surgiu a partir de um problema concreto apresentado à Procuradoria da República de Minas Gerais. O Sindicato dos Trabalhadores em Telecomunicações de Minas Gerais (Sintel-MG) encaminhou àquele órgão ministerial uma representação denunciando irregularidades no processo de privatização do Sistema Telebrás e, mais precisamente, da empresa Telemig. O Sindicato pedia que o Ministério Público Federal instaurasse ação civil pública para que fossem apuradas as responsabilidades dos agentes públicos que causaram lesão ao patrimônio nacional no procedimento de privatização do Sistema Telebrás e, mais especificamente, da Telemig. Encaminhado a nós o procedimento administrativo, elaboramos parecer que ora é transformado em artigo, pela relevância do tema.

Para que possamos melhor compreender toda a problemática do tema, dividimos este artigo em itens. No item 2 abordamos a noção extremamente importante para a real compreensão do tema, qual seja, a de paradigma e suas conseqüências para o Direito Constitucional e a Teoria da Ciência. Além disso, fizemos uma breve reconstrução histórica no sentido de recuperarmos os principais paradigmas estatais, com suas principais características. Desde já alertamos que, enquanto reconstrução histórica, é parcial, cheia de imprecisões e preconceitos, já que a História é muito mais rica do que qualquer tentativa de recuperação que se possa fazer.

No item 3, abordamos o princípio da moralidade administrativa, adentrando no caso concreto e vislumbrando as primeiras irregularidades dos agentes públicos, quando do procedimento de privatização do Sistema Telebrás, por não terem respeitado o referido ditame constitucional.

No item 4 tratamos do desvio de finalidade no Direito Administrativo, mostrando os fatos que comprovam o desvio de finalidade da Lei Geral de Telecomunicações praticados pelos agentes públicos no já citado procedimento de privatização.

No item 5 foram analisadas as irregularidades cometidas na privatização da Telemig, como particularismo das irregularidades cometidas na privatização do Sistema Telebrás.

Por fim, no item 6, analisamos a doutrina do STJ do fato consumado e suas conseqüências para o mundo jurídico. Se assim se fez, é pelo fato de que o Superior Tribunal de Justiça decidiu uma ação contra a privatização da Telebrás lançando mão da teoria do fato consumado. Será mostrada esta decisão e os efeitos perversos que tal doutrina pode trazer se aplicada *tout court*.

2 OS PARADIGMAS CONSTITUCIONAIS DO ESTADO

Inicialmente, para o correto entendimento da questão, mister se faz conceituar paradigma. Pesquisando de que forma evolui a ciência, Thomas Kuhn¹ lançou a idéia de paradigma. Para este americano, a ciência não evolui por acréscimo de conhecimento, de maneira linear, mas por revoluções. Estas, quando acontecem, rompem com o paradigma anterior, ou seja, com o conjunto de crenças compartilhadas por determinada comunidade científica, pelo fato não mais responder perguntas cruciais a essa comunidade. E sempre uma revolução é desencadeada por um “ser estranho” à comunidade, pelo fato de ele nem sempre compartilhar os mesmos valores inerentes a ela. Paradigma, então, é um conjunto de suposições e pressuposições em que está imersa uma comunidade científica e que lhe permite desenvolver uma ciência até o seu limite, quando o paradigma não mais consegue resolver problemas cruciais, sendo substituído por outro. Toda troca de paradigma é uma ruptura, começando-se do zero, pois todas as crenças anteriormente assentadas são destruídas.

1 KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. [The Structure of Scientific Revolutions]. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Néilson Boeira. 5. ed., São Paulo: Perspectiva, p. 219-257.

Rapidamente essa idéia foi transportada para a filosofia e para a hermenêutica jurídicas, graças ao trabalho de Hans-Georg Gadamer.² Perguntando-se como funciona o esquema decisional do juiz, aplicou a idéia de paradigma. Para o autor, toda decisão judicial, por estar estritamente ligada à hermenêutica jurídica, é direcionada no sentido de que o juiz não é um autômato, mas um ser humano que tem valores, crenças, preconceitos, que são passados para a sentença quando decide um caso concreto. Em suma, o juiz é um ser humano que vive em determinado paradigma, em determinada época e em razão disso, compartilha valores e crenças sociais dessa época e local em que vive; quando emite uma decisão, esta sempre é impregnada de crenças e valores compartilhados por aquela sociedade.

Revisitando a história constitucional ocidental, com a adoção dos conceitos anteriormente explicados, o Direito Constitucional defende a existência de três paradigmas constitucionais de Estado. É bem verdade que existiu um paradigma pré-constitucional, caracterizado pelo absolutismo monárquico, no qual a palavra do rei era lei, que valia para todos, exceto para o próprio emanador das regras jurídicas. Esse período, marcado por uma indiferenciação entre as regras sociais, religiosas, jurídicas e morais, pode ser facilmente entendido através da máxima inglesa *the king do not wrong* (o rei não erra), modificada, durante a evolução do constitucionalismo inglês para a máxima do *king in parliament* (rei no parlamento, ou da limitação do poder real). Em decorrência de lutas sangrentas contra esse sistema, o paradigma entra em colapso, surgindo o primeiro paradigma constitucional de Estado: o Estado Liberal.

Caracterizado pelas máximas do liberalismo econômico, seus defensores entendiam que o Estado tinha sido criado para a realização da felicidade humana, que seria alcançada se a sociedade fosse deixada livre para se

desenvolver. Acreditava-se que apenas através do egoísmo humano poder-se-ia alcançar a felicidade e a riqueza para todos. É dessa época o surgimento dos primeiros direitos: igualdade, liberdade e propriedade. Desde logo, é bom que se diga que tais direitos eram garantidos apenas formalmente, ou seja, a igualdade era na lei, a propriedade era apenas para poucos e a liberdade era entendida como a possibilidade de se fazer tudo aquilo que a lei não proibisse. O Estado devia apenas assegurar estes direitos e dar aos cidadãos segurança para que a sociedade se desenvolvesse. Como se vê, este modelo não poderia vingar, como de fato, em pouco tempo, foi contestado.

Devido a inúmeras críticas e lutas sociais, principalmente após o surgimento do operariado e do sucesso da Revolução Russa, o modelo liberal foi substituído pelo Estado de Bem-Estar Social, caracterizado, principalmente, pelo surgimento de novos direitos, ditos sociais, tais como saúde, educação, trabalho, etc. Se antes o Estado deveria ficar inerte, agora ele é chamado a atuar, já que as pessoas não são iguais na realidade. Os direitos garantidos anteriormente, denominados por Bobbio³ de direitos de primeira geração, foram reformulados por essa nova série de direitos, os quais ele denominou de direitos de segunda geração. Agora, igualdade é também material, devendo o Estado intervir quando houver uma grande desigualdade entre as partes; liberdade é fazer tudo o que a lei permite, já que o Estado deve intervir na sociedade e só pode fazê-lo através de lei; a propriedade agora deve realizar sua função social. Este paradigma funcionou muito bem até meados da década de 1970, quando, com as crises do petróleo, percebeu-se que o modelo era bastante frágil. E por uma simples razão: tinha ele falhado na sua pretensão maior, que era a de formar cidadãos; este paradigma, segundo seus críticos, formou, no máximo, clientes do Estado, já que este dava tudo, e quem nunca teve alguma coisa, quando passa a usufruir de

2 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. [Wahrheit und Methode]. Trad. Flávio Paulo Meurer. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1998, p. 482-504.

3 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. [L'età dei diritti]. Trad. Carlos Néilson Coutinho. 4. reimp., Rio de Janeiro: Campus, 1992, 217 p.

algo, mesmo que de péssima qualidade, acha um grande avanço e não pede melhorias. Assim, o Estado Social ofereceu saúde, educação, etc., mas de péssima qualidade. E não se deve pensar que esta crítica tenha sido feita apenas aos países de Terceiro Mundo, pois até mesmo na Europa ela foi recorrente.

Tendo em vista tudo isso, começou-se a desenvolver um novo paradigma, o do Estado Democrático de Direito, restando ainda inacabado. Para esse novo modelo, todos os direitos anteriores só servem enquanto meio para alcançar mais direitos e de melhor qualidade. Em outras palavras, todos os direitos são vistos em sentido procedimental, não sendo fins em si mesmos. Surgem, a partir de 1970, novos direitos, ditos de terceira geração ou difusos, exatamente porque não pertencem mais a apenas um indivíduo, mas a uma coletividade indeterminada de pessoas, às vezes mesmo dizendo respeito ao mundo inteiro. Assim, são os direitos relacionados à ecologia, ao consumidor, ao patrimônio histórico e cultural, aos direitos da mulher, a uma administração pública moralizada e correta, que faça bom uso do dinheiro dos cidadãos, etc. Além disso, uma característica central desse paradigma é a necessidade de fundamentação de todos os atos estatais, para que se possa controlar democraticamente os governantes de determinado país e uma reformulação do que seja o público. Se, sob a égide dos dois paradigmas anteriores, público era considerado apenas o estatal, para o paradigma do Estado Democrático de Direito, público é bem mais amplo, englobando a sociedade civil organizada, já que muitas vezes o estatal é privado, com acesso de poucos.

É nesse paradigma que surge a ação civil pública como instrumento processual hábil a controlar os atos lesivos aos direitos difusos ou de terceira geração e, dentre estes, o uso do dinheiro público por parte do Estado. Assim, se o Estado usa de maneira irresponsável suas verbas, causando prejuízos ao erário público, seja por não respeitar os procedimentos legais em um processo de privatização, originando uma subvalorização de seus bens, seja por favorecer uma empresa em processo de licitação, devem seus agentes ser responsabilizados penal, civil e administrativamente, para que toda

uma coletividade não reste lesada, em decorrência da ação inescrupulosa de alguns poucos.

Ora, o caso que a seguir vamos analisar, adapta-se muito bem ao já exposto. O Estado, através de seus agentes, cometeu diversas ilegalidades e inconstitucionalidades quando da realização da privatização do Sistema Telebrás. A seguir, analisaremos algumas dessas irregularidades, dentre as quais o descumprimento do princípio constitucional da moralidade administrativa e o desvio de finalidade legal.

3 DO DESCUMPRIMENTO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA POR PARTE DOS AGENTES ESTATAIS ENVOLVIDOS NO PROCEDIMENTO DE PRIVATIZAÇÃO DO SISTEMA TELEBRÁS

Os agentes públicos envolvidos no procedimento de privatização do sistema Telebrás e, particularmente, da Telecomunicações de Minas Gerais (Telemig), aqui entendidos a União Federal, o BNDES, a Telemig, dentre outros, descumpriram o princípio da moralidade administrativa, consagrado na Lei Fundamental, em seu art. 37, *caput*, que dispõe: “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, *moralidade*, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte (grifos nossos).”

Portanto, nosso ordenamento acolheu, em sede constitucional, o princípio da moralidade administrativa. Necessário se faz, contudo, entendermos qual o delineamento deste princípio para o nosso ordenamento. Em obra de fôlego, Cármen Lúcia Antunes Rocha delimita com precisão este princípio constitucional, que transcrevemos:

“A moralidade administrativa é, pois, princípio jurídico que se espalha num conjunto de normas definidoras dos comportamentos éticos do agente público, cuja atuação se volta a um fim legalmente delimitado, em conformidade com a razão de Direito exposta no sistema normativo. Note-se que a razão ética que fundamenta o sistema jurídico não é uma ‘razão de Estado’. Na perspectiva democrática, o Direito de que se cuida é o Direito legitimamente elaborado pelo próprio povo, diretamente ou por meio de seus representantes. A ética da qual se extraem os valores a serem absorvidos pelo sistema jurídico na elaboração do princípio da moralidade administrativa é aquela afirmada pela própria sociedade, segundo as suas razões de crença e confiança em determinado ideal de Justiça, que ela busca realizar por meio do Estado.”⁴

Segundo a autora, o que dá legitimidade ao sistema administrativo é o acatamento do princípio da moralidade administrativa, que reflete ou condensa uma moral extraída do conteúdo da ética socialmente afirmada, considerada como o conjunto de valores que a sociedade expressa e pelos quais se pauta em sua conduta.⁵

Traçado o perfil desse princípio, resta saber quando os agentes públicos não o respeitaram no procedimento de privatização do Sistema Telebrás. E a resposta só pode ser uma: no momento em que a Administração Pública, através de seus agentes, descumpriu a Lei Geral de Telecomunicações, desviando-se de suas finalidades. Isso porque, conforme Cármen Lúcia, o princípio da moralidade está fortemente ligado ao da legalidade, pois o primeiro é a efetivação da legitimidade do Direito, tendo sido acrescentado ao último como conteúdo necessário à realização efetiva e eficaz da justiça material.⁶ E a Administração descumpriu a finalidade legal, por não

4 ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 191.

5 *Ibidem*, p. 191.

6 *Ibidem*, p. 187.

ter obedecido o disposto no art. 193 da Lei Geral de Telecomunicações: “A desestatização de empresas ou grupo de empresas citadas no art. 187 implicará na *imediata* abertura à competição, na respectiva área, dos serviços prestados no regime público (grifo nosso)”.

No entanto, não foi isso o que aconteceu. Foi contornado o dispositivo legal com o objetivo de alcançar outra finalidade a imediata venda das empresas de telecomunicações para fazer caixa com mais celeridade, para efetuar o pagamento das dívidas externa e interna (não era também esta a finalidade da Lei n. 9.472/97, conhecida como Lei Geral das Telecomunicações), como asseverou o secretário de Política Econômica do Ministério da Fazenda, José Roberto Mendonça de Barros.⁷ Para isso, o Governo Federal modificou o cronograma inicialmente traçado para o procedimento de privatização, estabelecendo um outro, mais ágil, antecipando em seis meses a transferência para o capital privado de todas as empresas de telecomunicações. Mas o Governo só poderia privatizar essas empresas após o estabelecimento do regime de concorrência, com a quebra do monopólio desse setor. Apenas assim cumpriria o que dispõe o art. 193 da Lei Geral de Telecomunicações, pois, como vimos, ela manda a abertura *imediata* à competição, para que se possa desenvolver o procedimento de desestatização.

Feriu ainda a União o princípio da moralidade administrativa quando abaixou o preço de venda do Sistema Telebrás, sem nenhuma justificativa plausível, com grave prejuízo para o patrimônio público. Segundo o Ministro das Comunicações Luiz Carlos Mendonça de Barros, “a Telebrás poderia ser vendida por R\$ 23,11 bilhões, mas o Governo optou por receber menos para assegurar ao consumidor a livre concorrência no setor”.⁸ Mas como assegurar a livre concorrência se o Governo só lançou os editais de licitação para outras empresas atuarem no ramo um dia após a privatização do Sistema Telebrás?

7 *Jornal do Brasil*, 12/2/98, p. 19.

8 *O Globo*, 12/6/98, p. 3.

Resta claro que o princípio da moralidade administrativa foi violado com graves conseqüências para o patrimônio público.

Analisaremos, a seguir, os vários desvios de finalidade cometidos pelos agentes públicos envolvidos no procedimento de privatização do Sistema Telebrás.

4 DO DESVIO DE FINALIDADE COMETIDO PELOS AGENTES PÚBLICOS

Inicialmente, devemos compreender o que significa desvio de finalidade. Para tanto, traremos à colação o ensinamento claro e conciso do jurista Celso Antônio Bandeira De Mello:

“Não se pode buscar através de um dado ato a proteção de bem jurídico cuja satisfação deveria ser, em face da lei, obtida por outro tipo ou categoria de ato. Ou seja: cada ato tem a finalidade em vista da qual a lei o concebeu. Por isso, por via dele só se pode buscar a finalidade que lhe é correspondente, segundo o modelo legal.

.....
Ocorre desvio de poder, e, portanto, invalidade, quando o agente se serve de um ato para satisfazer finalidade alheia à natureza do ato utilizado (grifos nossos).”⁹

Como está explícito em suas palavras, há desvio de poder ou de finalidade quando o agente se serve de ato para alcançar finalidade diversa da natureza do ato utilizado. E foi exatamente isso o que aconteceu durante o procedimento de privatização. Senão, vejamos.

⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 10. ed., São Paulo: Malheiros, 1998, p. 247-248.

A Lei Geral de Telecomunicações, em seu Livro IV, arts. 186 a 206, estabelece os termos da reestruturação e desestatização autorizada. Logo em seu primeiro artigo, deixa clara a finalidade do processo de reestruturação e desestatização: o objetivo a ser alcançado é “conduzir ao cumprimento dos deveres constantes do art. 2º desta Lei”. Mas quais são os deveres constantes do art. 2º da Lei n. 9.472/97? Responderemos citando o artigo em análise:

“Art. 2º. O Poder Público tem o dever de:

I – garantir, a toda a população, o acesso às telecomunicações, a tarifas e preços razoáveis, em condições adequadas.”

Ora, como é fácil perceber, o objetivo legal, com a desestatização das telecomunicações, não é de amortizar a dívida interna ou externa, mas garantir a toda a população o acesso às telecomunicações. Revela-se aí mais um desvio de finalidade dos agentes públicos no procedimento de privatização das empresas do Sistema Telebrás. O Governo, no entanto, não parou por aí. Ao autorizar a Telebrás que constituísse doze sociedades de economia mista, com o intuito de alcançar sua finalidade (diversa da legal, como vimos), feriu a Constituição da República e a própria Lei Geral de Telecomunicações, como analisaremos a seguir.

Diz a Constituição da República, em seu art. 37, XIX: “Somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação.”

O Texto Constitucional é tão claro que dispensa maiores comentários. Devemos, no entanto, saber se a Lei Geral de Telecomunicações deu poder à Telebrás para que criasse as 12 sociedades de economia mista. No Livro IV da citada lei, em seu art. 187, há a enumeração e a especificação das empresas de telecomunicações que estão incluídas na autorização para a reestruturação e a desestatização. No artigo seguinte, estabelecem-se as

primeiras condições básicas para o início do processo de reestruturação e de desestatização. Os arts. 189 e 190 tratam especificamente das medidas autorizadas para proceder à reestruturação das empresas federais de telecomunicações; são eles que estabelecem os termos, os limites, as restrições da autorização legislativa.

No artigo referente à *holding* do sistema – a Telebrás –, o texto dispõe:

“Art. 190. Na reestruturação e desestatização da Telecomunicações Brasileiras S.A. – Têlêbrás –, deverão ser previstos mecanismos que assegurem a preservação da capacidade em pesquisa e desenvolvimento tecnológico existente na empresa.

Parágrafo único. Para o cumprimento do disposto no *caput*, fica o Poder Executivo autorizado a criar entidade, que incorporará o Centro de Pesquisa e Desenvolvimento da Têlêbrás, sob uma das seguintes formas:

I – empresa estatal de economia mista ou não, inclusive por meio da cisão a que se refere o inciso I do artigo anterior;

II – fundação governamental, pública ou privada.”

Por uma simples leitura, percebe-se que a lei autorizou a criação de empresa para cuidar do Centro de Pesquisa e Desenvolvimento, sediado em Campinas. Quanto ao resto, não falou nada. Ora, em matéria de direito público, clássico é o princípio de que, para o Estado, o que não está expressamente permitido está proibido, em decorrência do princípio da legalidade, alicerce do paradigma do Estado de Direito e, atualmente, do Estado Democrático de Direito. Em outras palavras, ao Estado só é permitido agir mediante lei. A lei que cuida da matéria nada tratou sobre a possibilidade de criação, pela Têlêbrás, de sociedades de economia mista para a reestruturação e a desestatização das telecomunicações; portanto, não poderia ter a Têlêbrás criado as 12 sociedades de economia mista. Ao criá-las, desrespeitou a lei e a Constituição da República, tudo com o intuito de alcançar a

finalidade (deturpada, como já analisado) de privatizar o mais rápido possível o sistema de telecomunicações.

5 DAS IRREGULARIDADES COMETIDAS NO PROCEDIMENTO DE PRIVATIZAÇÃO DA TELEMIG

Após termos analisado algumas das irregularidades cometidas no procedimento de privatização do Sistema Têlêbrás, passaremos, a analisar os problemas jurídicos relacionados com a privatização da Telecomunicações de Minas Gerais (Telemig). E se assim fazemos é por entendermos que as irregularidades no procedimento de privatização da estatal mineira foram meras conseqüências daquelas cometidas no procedimento do Sistema Têlêbrás.

Uma primeira ilegalidade a ser apontada diz respeito à criação da Telenorte Leste Participações, sociedade de economia mista criada a partir de uma reunião de acionistas da *holding* do Sistema Têlêbrás, para que se facilitasse o procedimento de privatização da companhia mineira. O processo de criação dessa sociedade de economia mista foi totalmente irregular, pois inconstitucional, pelo simples fato de ter descumprido o art. 37, XIX, da Constituição da República, que só permite a criação de sociedades de economia mista por meio de lei específica. E, como analisamos retro, a Lei Geral de Telecomunicações não concedia tal autorização. Assim, a Têlêbrás, *holding* do sistema, não poderia ter criado a Telenorte Leste Participações apenas através da reunião de acionistas.

É preciso que se diga ainda que, durante todo o processo de privatização da Telemig, os agentes públicos desviaram-se da finalidade legal, qual seja, a universalização dos serviços de telecomunicações, através do regime de concorrência (também é questionável se apenas com a introdução do regime de concorrência ter-se-ia a tão apregoada universalização dos serviços de telefonia a preços razoáveis, como deseja a lei). Isso porque

descumpriram o preceito legal que mandava que se abrisse imediatamente a concorrência para o setor privado, como forma de garantir a competição e a melhora do serviço a ser prestado. O que fizeram, no entanto, os agentes públicos? Deram um prazo de um ano para a vencedora do certame e, findo este prazo, abriram o mercado para as chamadas “empresas-espelho” (aqui em Minas Gerais, a empresa-espelho vencedora foi a MaxiTel). E isso, para o caso da exploração da atividade de telefonia celular, pois para os telefones fixos o que se percebeu foi o fato de que houve apenas a troca de monopólio do setor público para o privado, já com sensíveis prejuízos na qualidade de prestação do serviço para os usuários.

A seguir, analisaremos a jurisprudência do STJ do fato consumado, que lançará luzes importantes sobre o problema de que estamos tratando.

6 A TEORIA DO FATO CONSUMADO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: UM PROBLEMA DE HERMENÊUTICA JURÍDICA

O Superior Tribunal de Justiça tem acolhido, há algum tempo, a teoria do fato consumado. Segundo o Egrégio Tribunal, em algumas situações, devido ao transcurso de tempo considerável, não seria mais possível desconstituírem-se situações jurídicas, pois haveria graves inconvenientes de ordem prática não só para o beneficiado, como para terceiros. Assim, tendo-se consumado o fato, não seria mais possível voltar ao *statu quo ante*, mesmo que eivado de vícios jurídicos.

Vejamos algumas decisões que esclarecem melhor esta doutrina:

“Ementa: Agravo regimental – Privatização do Sistema Telebrás – Fato consumado – Resultado positivo – Circunstâncias supervenientes – Desprovimento.

I – A ocorrência, com resultado positivo, do leilão de privatização do Sistema Telebrás constitui fato consumado que se afigura inconveniente, na espécie, revolver.

II – Circunstâncias supervenientes, decorrentes de crise mundial no mercado financeiro, demonstram a conveniência e oportunidade da manutenção do certame.

III – Impugnação recursal que não elide as razões da decisão agravada.

IV – Recurso a que se nega provimento.”¹⁰

“Ementa: Administrativo – Mandado de segurança – Curso profissionalizante – Conclusão do estágio – Ensino superior – Matrícula – Fato consumado, em decorrência de liminar concedida – Situação fática já consolidada – Circunstâncias especiais – Provimento do recurso especial.

I – Se, na hipótese, a aluna, por força de decisão favorável do juízo monocrático, tendo concluído o estágio, já vem há muito tempo frequentando as aulas do curso superior, faltando apenas dois semestres para concluí-lo, tem-se consolidada uma situação fática cuja desconstituição seria de todo desaconselhada, sobretudo se considerada a inexistência de prejuízos a terceiros.

II – Não como regra geral, mas em circunstâncias especiais e em respeito à segurança das relações jurídicas, a jurisprudência predominante desta Egrégio Corte, em casos semelhantes, tem admitido preservar a situação já consolidada e irreversível, sem que dela resulte prejuízo a terceiros.

10 AGP 980/SP – Agravo regimental na petição – Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, decisão publicada no DJ de 30/11/98, p. 39.

III – Recurso provido. Decisão unânime¹¹.”

“*Ementa:* Administrativo – Ensino superior – Estudante – Transfereência – Situação fática consolidada por decisão judicial – Precedentes jurisprudenciais.

4. Segurança concedida há mais de dois anos, determinando a transferência pleiteada, sem nunca ter sido a mesma cassada e que, pelo decorrer normal do tempo, a impetrante já deve ter concluído o curso. Ocorrência da teoria do fato consumado, aplicável ao caso em apreço.

5. Não podem os jurisdicionados sofrer com as decisões colocadas à apreciação do Poder Judiciário, em se tratando de situação fática consolidada pelo lapso temporal, face à morosidade dos trâmites processuais.

6. Em se reformando a r. sentença concessiva e o v. acórdão recorrido, neste momento, estar-se-ia corroborando para o retrocesso na educação dos educandos, *in casu*, um acadêmico que foi transferido sob a proteção do Poder Judiciário e que já deve ter terminado seu curso. Em assim acontecendo, não teria o impetrante, com a reforma da decisão, o acesso à reta final do seu curso. Pior, estaria perdendo anos de sua vida freqüentando um curso que nada lhe valia no âmbito universitário e profissional, posto que cessada tal freqüência. Ao mais, ressalte-se que a manutenção da decisão *a quo* não resultaria qualquer prejuízo a terceiros, o que é de bom alvitre.

7. Cabe ao juiz analisar e julgar a lide conforme os acontecimentos passados e futuros. Não deve ele ficar adstrito aos fatos técnicos constantes dos autos, e sim aos fatos sociais que possam advir de sua decisão.

11 REsp. 34.548/RS – Rel. Min. Demócrito Reinaldo, publicado no DJ de 28/6/93, p. 12.868.

8. Precedentes desta Casa Julgadora.

9. Recurso especial improvido, em face da situação fática consolidada.”¹²

Devemos ressaltar, inicialmente, que o Superior Tribunal de Justiça, com a teoria do fato consumado, lançou uma pá de cal sobre casos que, aparentemente semelhantes, de fato são bem distintos. Assim, esta teoria acolhida pelo Egrégio Tribunal tem-se constituído uma espécie de “passe de mágica” para resolver questões jurídicas com fundo político complexo. Destarte, o mesmo Tribunal, ao utilizar-se dessa doutrina, algumas vezes fuge do seu dever de bem decidir tendo por base os princípios do direito, como forma de não criar atritos com o Poder Executivo. Não se está aqui querendo dizer que o fato consumado (não seria melhor dizer direito adquirido?) seja ruim *tout court*, apenas que deve ser usado com equidade, diferenciando-se o que deve ser diferenciado.

E passemos à segunda questão desta doutrina, mais especificamente o que diz respeito à hermenêutica.

Mais modernamente, os principais autores de Direito Constitucional têm-se preocupado com a interpretação da Constituição. Em vista disso, surgiram novas teorias sobre a hermenêutica constitucional que devem ser ampliadas para a hermenêutica jurídica. Os autores, envolvidos em um movimento de crítica dos métodos científicos tradicionais como instrumentos seguros para alcançar a verdade científica, não aceitam o fato de que métodos objetivos possam ser capazes de, por si sós, levar a uma interpretação correta da norma jurídica. E isso pelo simples fato de que, deve-se levar em consideração o caso concreto que desencadeou o processo interpretativo da norma a solução de um conflito concreto. É o que Günther denomina de discurso de aplicação.

12 Resp. 153.033/RN – Rel. Min. Demócrito Reinaldo – Relator para o acórdão Min. José Delgado, publicado no DJ de 22/3/99, p. 62.

Em linhas gerais, este autor defende que existem dois tipos de discurso: o de justificação e o de aplicação. O primeiro é característico da lei: um discurso geral, abstrato, obrigatório para todos. O segundo tipo é o discurso de aplicação, que se caracteriza por ser individual, concreto e obrigatório apenas para as partes, pelo fato de ser histórico e, como tal, irrepitível por excelência. Como se percebe, é o discurso típico da atividade jurisdicional.

O que Günther afirma é que a atividade jurisdicional deve sempre levar em consideração o caso concreto, que, por definição, é único, histórico, irrepitível. Os juízes, em sua atividade de prestar jurisdição, devem interpretar o caso concreto, buscando sempre decidi-lo com base em princípios que, no dizer de Alexy, são comandos normativos-axiológicos otimizáveis. O juiz, para ele, deve fazer um trabalho de ponderação material desses comandos (princípios).¹³

Tendo em vista todo o exposto, podemos entender o erro cometido pelo Superior Tribunal de Justiça ao aplicar a teoria do fato consumado. O Tribunal não interpretou os casos concretos utilizando uma única interpretação para casos discrepantes, gerando assim enormes injustiças. Dessa forma, considerou corretamente que se tratava de fato consumado no caso de transferência de alunos de uma faculdade para outra em diversos pontos do País, quando tinham sido transferidos por o seu emprego. E decidiu bem, por não enxergar nesse fato nenhum prejuízo a terceiros e em virtude de os estudantes estarem agindo de forma lícita, por terem conseguido liminares, mas que, pela morosidade da Justiça, o tempo havia transcorrido e esta não havia dado ainda a decisão de mérito. No entanto, por falha de interpretação, estendeu esta doutrina a casos que se assentavam em irregularidades, causando sérios prejuízos à sociedade. Ora, é princípio clássico de que não

¹³ Para melhor compreensão dessas novas teorias, vide a excelente obra de OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Tutela jurisdicional e Estado Democrático de Direito*. Por uma compreensão constitucionalmente adequada do mandado de injunção. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, 208p.

pode haver fato consumado (ou direito adquirido) se este se assenta em ilegalidade, já que é um contra-senso o direito proteger aquilo que não é lícito.

Por tudo isso, a doutrina do fato consumado deve ser acolhida, mas com reservas, devendo ser aplicada apenas para a proteção de situações jurídicas regulares, dependendo sempre do caso concreto que se está a analisar.

7 CONCLUSÃO

Após todo o exposto, pode-se concluir:

1. A idéia de paradigma desenvolveu-se a partir da Filosofia da Ciência por obra de Thomas Kuhn, sendo logo introduzida na seara jurídica e, mais precisamente, no campo do Direito Constitucional. É uma noção de grande relevância, porque nos mostra que a sociedade partilha e compartilha noções, conceitos e preconceitos, funcionando como grade seletiva na gramática das práticas sociais. Assim, influencia bastante o mundo jurídico, tanto no ato de feitura das normas, processo pelo qual a grade seletiva funcionará, como também no ato de interpretação e aplicação da norma ao caso concreto.

2. A partir dessa noção de paradigma, o Direito Constitucional formulou, sempre revisitando a História, três grandes esquemas de compreensão do Estado: o paradigma do Estado de Direito, do Estado de Bem-Estar Social, e do Estado Democrático de Direito.

3. O primeiro paradigma estatal caracteriza-se pela máxima do liberalismo econômico do *laissez-faire*, *laissez-passer*, implicando o liberalismo político. Destarte, o homem era tanto mais livre quanto menos o Estado interviesse em seu domínio privado. É dessa época a declaração dos primeiros direitos, chamados de direitos de primeira geração, tais como igualdade, liberdade, propriedade.

4. O segundo paradigma, decorrente de lutas sociais intensas, é caracterizado por uma atuação e intervenção do Estado no domínio econômico. São garantidos novos direitos, tais como o direito à saúde, ao trabalho, à educação, etc., reformulando-se os direitos anteriores. Há primazia do público sobre o privado.

5. O terceiro paradigma, o do Estado Democrático de Direito, surge em um contexto de crise do Estado de Bem-Estar Social e encontra-se ainda inacabado. Caracteriza-se por uma reformulação dos conceitos de público e privado, surgimento de novos direitos, chamados difusos, e reformulação dos antigos, e a noção de que todos os direitos têm uma natureza procedimental.

6. Quanto ao caso concreto que analisamos (privatização do Sistema Telebrás), houve o descumprimento, por parte do Poder Público, do princípio constitucional da moralidade e, ainda, desvio de poder ou de finalidade.

7. Houve o descumprimento do princípio da moralidade porque os Poder Público não cumpriu as finalidades legais, já que moralidade administrativa e legalidade são conceitos muito próximos. E mais: quando o Poder Público aceitou vender as empresas por preço inferior ao que poderia ser conseguido, sob a alegação de promover a concorrência e melhorar a qualidade dos serviços. No entanto, não houve a promoção dessa concorrência, uma vez que apenas se transferiu o monopólio das atividades do setor público para o setor privado.

8. Dentre os desvios de finalidade praticados pelo Poder Público, podemos citar a não-abertura imediata de edital de licitação para concorrência do setor privado na área de telecomunicações. Assim, houve apenas a transferência do monopólio do setor público para o setor privado, quando a finalidade da lei não era essa; a utilização dos recursos arrecadados para o pagamento de dívidas, quando a lei exigia que os recursos fossem empregados para a melhoria tecnológica do setor.

9. Além disso, e para finalizar, descumpriu o Poder Público a exigência contida no art. 37, XIX, da Constituição da República, de lei específica para o desfazimento de empresas públicas, sociedades de economia mista,

autarquias e fundações (interpretação *a contrario sensu*), pois a Lei Geral de Telecomunicações não autoriza à Telebrás criar subsidiárias por reunião de acionistas.

10. O STJ tem aplicado a teoria do fato consumado, segundo a qual, devido a transcurso considerável do tempo, o desfazimento das relações jurídicas torna-se impossível, porque prejudicial às partes. Esta doutrina tem sido aplicada de maneira errônea, pois não tem diferenciado as especificidades do caso concreto.

8 BIBLIOGRAFIA

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 10. ed., São Paulo: Malheiros, 1998, 665 p.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. [L'Età dei Diritti]. Tradução: Carlos Néilson Coutinho. 4. reimpressão. Rio de Janeiro: Campus, 1992, 217 p.
- BRASIL. Leis e decretos. *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. [Taking rights seriously]. Tradução: Marta Guastavino. 3. reimpressão. Barcelona: Ariel, 1997, 508 p.
- DWORKIN, Ronald. *El imperio de la justicia*. De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica. [Law's empire]. Trad. Claudia Ferrari. 2. ed., Barcelona: Gedisa, 1992, 328 p.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. [Wahrheit und methode]. Trad. Flávio Paulo Meurer. 2. ed., Petrópolis: Vozes, 1998, 731 p.
- KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. [The structure of scientific revolutions]. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Néilson Boeira. 5. ed., São Paulo: Perspectiva, 1997, 257 p.

- OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Tutela jurisdicional e Estado Democrático de Direito*. Por uma compreensão constitucionalmente adequada do mandado de injunção. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, 208 p.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, 308 p.

LIBERDADE DE INFORMAÇÃO E SEUS LIMITES*

Ludmila Tito

Sumário

1. Introdução. 2. Da liberdade de informação – Aspectos gerais. 3. Liberdade de informação e o direito à própria imagem. 4. Liberdade de informação e o direito à honra. 5. Liberdade de informação e o direito à intimidade. 6. A atual Lei de Imprensa: Lei n. 5. 250/67 – Breve histórico. 7. Aspectos gerais da Lei de Imprensa. 8. Conclusão. 9. Bibliografia.

1 INTRODUÇÃO

Em plena era da informação, nada mais oportuno do que discutir a questão da comunicação social. O Direito não poderia ficar à margem desse processo não só pelo cunho social da matéria, como também pelas relações jurídicas que dela decorrem. O fenômeno da mídia tem experimentado nos últimos anos avanços tecnológicos de ordem variada, proporcionando maior e melhor acesso das pessoas à informação. O significado da liberdade de informação é muito mais amplo do que a modesta e arcaica liberdade de imprensa que, em princípio, dizia respeito tão-somente à imprensa escrita, representada pelos jornais e periódicos, estendendo-se, depois ao rádio, à televisão e à internet.

* O tema deste artigo é parte integrante do conteúdo de pesquisa desenvolvida sob a orientação da Professora Vanessa Oliveira Batista com financiamento do CNPq.