

ÍNDICE ANALÍTICO

PRIMEIRA PARTE

ARTIGOS

CAPÍTULO I

DIREITO ADMINISTRATIVO

1. UM NOVO DIREITO ADMINISTRATIVO PARA O SÉCULO XXI.....3

I. Nota prévia: o escopo da presente resenha; II. A crise teórica do Direito Administrativo e seus reflexos no Brasil; II.1. A discussão sobre a supremacia do interesse público; II.2. A discussão sobre a legalidade administrativa; II.3. A discussão sobre o controle judicial da discricionariedade administrativa; II.4. A discussão sobre as agências reguladoras independentes; III. A constitucionalização do Direito Administrativo brasileiro: avanços e retrocessos; IV. Novas formas de exercício do poder de polícia; V. Proteção da Confiança Legítima; VI. Responsabilidade civil extracontratual do Estado; VII. Teto remuneratório dos servidores públicos e direitos adquiridos.

2. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO NO BRASIL: UM INVENTÁRIO DE AVANÇOS E RETROCESSOS.....39

I. Introdução; I.1. A dogmática administrativista no divã: a evolução contraditória do direito administrativo; II. A constitucionalização do direito administrativo: avanços e retrocessos; II.1. Direitos fundamentais e democracia como fundamentos de legitimidade e elementos estruturantes do Estado Democrático de Direito; II.2. A constitucionalização do direi-

to administrativo; II.3. As dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais e a Administração Pública; II.4. A democracia e a Administração Pública; II.5. A patologia da "constitucionalização às avessas": corporativismo, casuísmo, ossificação e reformismo constitucional crônico; III. Conclusão.

3. DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO AO DEVER DE PROPORCIONALIDADE: UM NOVO PARADIGMA PARA O DIREITO ADMINISTRATIVO.....61

I. A outra história do direito administrativo: do pecado autoritário original à constituição de uma dogmática a serviço dos donos do poder; II. Construção e desconstrução do princípio da supremacia do interesse público; II.1. O princípio da supremacia do interesse público, segundo a doutrina brasileira; II.2. A desconstrução do princípio da supremacia do interesse público; III. A Constitucionalização do Direito Administrativo e a Formulação de um Novo Paradigma da Administração Pública; III.1. O dever de proporcionalidade como fundamento e técnica da decisão administrativa; III.2. A proporcionalidade e as normas instituidoras de privilégios para a Administração; III.3. A proporcionalidade e as normas restritivas de direitos individuais.

4. AGÊNCIAS REGULADORAS INDEPENDENTES, SEPARAÇÃO DE PODERES E PROCESSO DEMOCRÁTICO.....95

I. Contextualizando as Agências Reguladoras nos Estados Unidos e no Brasil: mão e contramão; II. O Governo Lula e as agências reguladoras independentes; III. Propostas de aprimoramento do arranjo institucional das agências reguladoras no Brasil; III.1. Em relação ao princípio da legalidade: rejeição à tese da deslegalização; III.2. Em relação ao sistema de freios e contrapesos: controles ancilares do Executivo e do Legislativo; III.3. Em relação ao dito déficit democrático: controle social e legitimação pelo procedimento; IV. Conclusão.

5. AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS (PPPS) E A CONSTITUIÇÃO.....123

I. Nota Prévia; II. A formatação jurídica e a lógica econômica das novas modalidades de contratação pública introduzidas pela Lei nº 11.079/2004; I.1. A concessão patrocinada; I.2. A concessão administrativa; II. A questão da constitucionalidade dos modelos contratuais propostos na Lei nº 11.079/2004; III. Aplicabilidade da Lei nº 11.079/2004 a

Estados, Distrito Federal e Municípios: a questão das normas gerais; IV. As garantias especiais das PPPs: exigência de lei complementar e problemas relativos ao fundo garantidor; V. A arbitragem envolvendo a Administração Pública.

CAPÍTULO II

DIREITO CONSTITUCIONAL

6. A DEMOCRATIZAÇÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E O CONTRIBUTO DA LEI Nº 9.868/99.....145

I. A concepção positivista da jurisdição constitucional e seu déficit de legitimidade; II. A abertura interpretativa como condição de legitimidade da jurisdição constitucional; III. Do autoritarismo à democratização da jurisdição constitucional: a Constituição de 1988 e o contributo da Lei nº 9.868/99; IV. Conclusões.

7. A DIMENSÃO DO AMICUS CURIAE NO PROCESSO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO: REQUISITOS, PODERES PROCESSUAIS E APLICABILIDADE NO ÂMBITO ESTADUAL.....167

I. Introdução; II. O amicus curiae e a sua configuração no direito brasileiro; III. A possibilidade da intervenção do amicus curiae nas Representações por Inconstitucionalidade estaduais; IV. Requisitos para a participação do amicus curiae: relevância da matéria e representatividade dos postulantes; V. Momento processual oportuno para a intervenção; VI. Poderes processuais reconhecidos ao interveniente admitido como amicus curiae no controle abstrato: manifestações escrita e oral e legitimidade recursal; VII. Síntese conclusiva.

8. DUZENTOS ANOS DE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: AS LIÇÕES DE MARBURY V. MADISON.....193

I. Nota introdutória: a saga da bicentenária jurisdição constitucional; II. Platão e a dificuldade contramajoritária; III – A assim chamada “dificuldade contramajoritária” e algumas respostas a ela; III.1 – Bickel e a busca por valores fundamentais; III.2 – Ely: o procedimentalismo e a tentativa de escapar de julgamentos substantivos; III.3 – O moralismo de Dworkin e sua resposta a Ely. III.4 – A tese de Rubinfeld: constitucionalismo como democracia através do tempo e a missão democrática dos juizes;

III.5 – A democracia dualista de Bruce Ackerman: do controle judicial ao gerenciamento judicial; IV – Conclusão: a lição a ser aprendida.

9. ASPECTOS PROCESSUAIS DO CONTROLE ABSTRATO DA CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL.....215

I. O sistema eclético de controle da constitucionalidade adotado no Brasil: origens históricas e desenvolvimento. A Lei nº 9868/99; II. A ação direta de inconstitucionalidade contra atos comissivos: II.1. natureza jurídica do processo: processo objetivo, sem contraditório (controvérsias); II.1.1. indisponibilidade da ação (vedação à desistência); II.1.2. hipóteses restritas de parcialidade dos julgadores; II.1.3. inexistência de fase instrutória (controvérsias); II.2. partes: II.2.1 pertinência temática; II.2.2. capacidade postulatória dos entes legitimados; II.2.3. confederação sindical e entidade de classe de âmbito nacional; II.2.4. litisconsórcio e assistência; II.2.5. a figura do *amicus curiae*; II.2.6. o papel do Advogado-Geral da União; II.2.7. a posição do Chefe do Poder Executivo nos casos de sanção e veto; II.3. objeto: II.3.1. o significado da expressão “lei ou ato normativo”; II.3.2. atos normativos de 2º grau; II.3.3. atos normativos municipais; II.3.4. atos normativos distritais; II.3.5. atos normativos anteriores à Constituição; II.3.6. atos normativos revogados antes ou no curso do procedimento; II.3.7. atos de efeitos concretos; II.3.8. verbetes de súmula de jurisprudência; II.3.9. proposta de emenda constitucional; II.3.10. atos normativos que revogam ou sustam a eficácia de outro ato; II.3.11. medidas provisórias; II.4. causa de pedir: não vinculação dos julgadores; II.5. pedido: II.5.1. vedação do julgamento extra ou ultra petita; II.5.2. inconstitucionalidade a fortiori de outros dispositivos decorrentes ou vinculados ao que foi declarado inconstitucional; II.6. efeitos da decisão: II.6.1. eficácia declaratória de nulidade do ato normativo (efeitos *ex tunc*); II.6.2. a declaração da inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade (precedentes na jurisprudência do STF e a Lei nº 9868/99); II.6.3. efeitos transcendentais; II.7. medida cautelar: requisitos gerais e específicos; II.7.1. efeitos da concessão da liminar; III. A ação direta de inconstitucionalidade em âmbito estadual: III.1. cabimento quando se trata de norma constitucional estadual que reproduz dispositivo da Constituição Federal; III.2. cabimento de recurso extraordinário e de suspensão de segurança; IV. A ação declaratória de constitucionalidade: IV.1. o efeito vinculante (diferença em relação à ADIN?); IV.2. requisito de admissibilidade: divergência jurisprudencial sobre a constitucionalidade do ato normativo; IV.3. cabimento de medida cautelar, inobstante a ausência de previsão constitucional expressa (poder geral de

cautela); IV.4. efeitos da concessão da liminar; IV.5. obrigatoriedade de contraditório? V. Conclusão.

10. MEIOS DE COMUNICAÇÃO DE MASSA, PLURALISMO E DEMOCRACIA DELIBERATIVA: AS LIBERDADES DE EXPRESSÃO E DE IMPRENSA NOS ESTADOS UNIDOS E NO BRASIL.....245

I. Introdução: as liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e seus dilemas teóricos; II. A "fairness doctrine": origem, fundamentos, ascensão e queda; III. A Regulação dos Meios de Comunicação de Massa na Constituição de 1988; III.1. Antes e Depois da Constituição de 1988; III.2. A Constituição e a versão brasileira da "fairness doctrine"; IV. Conclusão.

11. DIREITOS HUMANOS E JUSTIÇA SOCIAL: AS IDÉIAS DE LIBERDADE E IGUALDADE NO FINAL DO SÉCULO XX.....269

I. Introdução; II. A liberdade, o liberalismo e seus críticos; III. A igualdade, o liberalismo e seus críticos; IV. A linha demarcatória entre direitos humanos e justiça social: fronteiras entre o direito e a democracia.

12. MONISMO E DUALISMO NO BRASIL: UMA DICOTOMIA AFINAL IRRELEVANTE.....289

I. Introdução: prudente nota prévia sobre os objetivos do presente estudo; II. A caracterização teórica da dicotomia monismo versus dualismo; III. O desenvolvimento da dicotomia na doutrina e jurisprudência brasileiras; IV. Conclusão: o sistema brasileiro, afinal, é monista moderado ou dualista moderado?

SEGUNDA PARTE

PARECERES

CAPÍTULO III

LICITAÇÕES, CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EM GERAL E CONCESSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS

1. REGULAMENTOS SIMPLIFICADOS DE LICITAÇÕES DAS EMPRESAS ESTATAIS: O CASO DA PETROBRAS.....307

I. A consulta; II. O parecer; III. Constitucionalidade e legalidade do Decreto nº 2.745/98; IV. Análise da compatibilidade do Sistema Petronect com o Decreto nº 2.745/98 e o ordenamento jurídico brasileiro como um todo; IV.1. A limitação do universo de participantes e a questão da publicidade do procedimento; IV.2. A metodologia do leilão eletrônico reverso; IV.3. Relações entre o Sistema Petronect e a disciplina jurídica do pregão; V. Respostas objetivas aos quesitos.

2. INEXIGIBILIDADE INOMINADA DE LICITAÇÃO E PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA.....337

I. A consulta; II. Da legalidade da contratação direta da consulente para a prestação dos serviços de eficiência energética, no contexto do "ajuste global" com a INFRAERO: hipótese de inexigibilidade de licitação inominada (art. 25, caput, da Lei nº 8.666/93); III. Ainda que a contratação direta da consulente para a prestação dos serviços de eficiência energética fosse ilegal em sentido estrito, estaria amparada pelo princípio da juridicidade administrativa. A juridicidade contra legem como resultado da ponderação de princípios constitucionais; IV. Conclusões.

3. PODER NORMATIVO DO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO E IMPOSIÇÃO DE RESTRIÇÕES À PARTICIPAÇÃO EM LICITAÇÕES.....363

I – A consulta; II – O descumprimento evidente da Lei Geral de Licitações (Lei nº 8.666/93). A cláusula editalícia estabelece exigência não prevista na Lei nº 8.666/93, a qual esgota as hipóteses de afastamento, a priori, de licitantes por razões atinentes à ligação de servidores com as empresas que pretendam contratar com a Administração; III – A violação ao princípio da isonomia. A cláusula editalícia estabelece critério de discriminação irrazoável e desproporcional a pretexto de garantir a moralidade e a impessoalidade nas licitações públicas; IV – A cláusula editalícia restringe indevidamente o caráter competitivo do certame. Violação ao art. 3º, § 1º, I, da Lei nº 8.666/93; V – A exigência feita viola a própria Resolução nº 01/2005, a qual estabeleceu a restrição apenas para os contratos de serviços; VI – Conclusões.

4. ISENÇÕES E DESCONTOS TARIFÁRIOS DE CARÁTER ASSISTENCIAL EM SERVIÇOS PÚBLICOS CONCEDIDOS: REQUISITOS DE VALIDADE E EFICÁCIA.....385

I. A consulta; II. Ineficácia do art. 40 da Lei nº 10.741/2003; II.1. Da ineficácia por ausência de previsão, em lei formal, de fonte de custeio

integral para o benefício assistencial, simultaneamente à sua instituição (CF, art. 37, XXI c/c art. 195, § 5º; Lei nº 8.987/95, art. 9º, § 4º; Lei nº 9.074/95, art. 35); II.2. Da ineficácia por ausência de simultânea revisão da estrutura tarifária, de forma a preservar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão ou permissão (CF, art. 37, XXI; Lei nº 8.987/95, art. 9º, § 4º; Lei nº 9.074/95, art. 35); III. Invalidez do art. 40 da Lei nº 10.741/2003; III.1. Da inconstitucionalidade material por violação aos princípios da isonomia e da razoabilidade (CF, art. 5º, caput e LIV); III.2. Da inconstitucionalidade formal por violação ao princípio da independência e harmonia entre os poderes e à reserva de Administração (CF, art. 2º); IV. Conclusões.

CAPÍTULO IV

DIREITO REGULATÓRIO

5. TRANSPORTE E DISTRIBUIÇÃO DO GÁS NATURAL NO BRASIL: DELIMITANDO AS FRONTEIRAS ENTRE AS COMPETÊNCIAS REGULATÓRIAS FEDERAIS E ESTADUAIS.....417

I. Introdução; II. Sumário dos argumentos desenvolvidos; III. Monopólio da União para realizar o transporte do gás natural, por meio de conduto, previsto no art. 177, IV, da Carta da República, circunscreve-se ao transporte do gás a granel, para abastecimento do mercado nacional como um todo. Na lógica da partilha constitucional de competências federativas, à União compete zelar pela promoção dos interesses de índole nacional, cabendo aos Estados-membros cuidar dos interesses de âmbito regional (e, no caso peculiar dos serviços de gás canalizado, também dos interesses locais, por força da disposição expressa do art. 25, § 2º, da Carta da República); IV. O art. 25, § 2º, da Constituição da República refere a "serviços locais de gás canalizado", levando ao entendimento, pelo uso do plural, de abarcância de todos os possíveis serviços locais de gás canalizado, e não de apenas alguns. Ademais, a Constituição não restringe a competência estadual segundo os fins para os quais o gás será utilizado (residencial, industrial, comercial, automotivo, dentre outros), nem tampouco pela natureza do seu usuário (se final ou não); V. A "lei" referida no art. 25, § 2º, da Constituição da República só pode ser a lei do Estado-membro, numa alusão genérica à legislação estadual como um todo. Assim sendo, e em consonância com os itens anteriores, é constitucional o art. 122, parágrafo único, da Constituição do Estado de São Paulo. A competência da União para legislar sobre energia (art. 22, IV) deve ser lida de forma a harmonizar-se com as competências estaduais,

incidindo sobre as demais fases de exploração do gás natural que não os serviços locais de gás canalizado; VI. No sistema federativo brasileiro, de inspiração norte-americana, as competências (tanto as materiais como as legislativas) dos Estados-membros são residuais, nos termos do art. 25, § 1º, sendo taxativamente enumeradas as da União Federal. Neste sentido, havendo dúvida quanto à definição do ente competente, deve-se prestigiar a competência do Estado (que é residual) em detrimento da competência da União (que demanda previsão expressa). Ademais, os monopólios estatais de atividade econômica, por se constituírem em exceção ao princípio constitucional da livre iniciativa, devem ser sempre interpretados restritivamente; VII. O art. 6º, VII, da Lei nº 9.478/97, regulamentando o art. 177, IV, da Carta da República, define o transporte de gás natural como a movimentação do produto em meio ou percurso considerado de "interesse geral". Refere-se o legislador federal, como não poderia deixar de ser, à atividade de movimentação do gás natural das áreas produtoras aos "pontos de recepção" (os chamados "city gates") das empresas concessionárias de cada Estado da Federação. Por evidente, por mais elástico que possa ser o conceito de transporte como atividade de interesse geral, não é concebível que alguém o tenha como abrangente de um conduto que forneça gás natural a uma única e específica empresa privada, qual se dá na hipótese vertente; VIII. Ainda que o art. 6º, XXII, da Lei nº 9.478/97 tenha ultrapassado os lindes da competência legislativa da União, a referência nele feita a "usuários finais", ao fito de limitar o escopo dos serviços locais de gás canalizado, não tem o condão de excluir da competência estadual o fornecimento do gás à planta de liquefação da White Martins, uma vez que tal planta será a derradeira usuária do produto "gás natural canalizado" (estado gasoso), transformando-o em outro produto – o gás natural liquefeito (GNL); IX. Diante dos expressos termos do art. 102, I, f, da Constituição da República, bem como do risco de um conflito federativo de dimensões nacionais contrapondo a União e os Estados-membros, deflagrado a partir de um precedente gerado por decisão proferida em escalão subalterno do Poder Judiciário, impõe-se o trespasse da competência para processar e julgar a causa envolvendo o "Projeto Gemini" ao Supremo Tribunal Federal; X. Respostas objetivas aos quesitos.

6. LIMITES AOS PODERES NORMATIVO E SANCIONATÓRIO DA ANVISA NA REGULAÇÃO DE PRODUTOS FUMÍGENOS...447

I. Limites aos poderes normativo e sancionatório da ANVISA na regulação de produtos fumígenos – um estudo de caso; II. Os cupons informativos não constituem propaganda comercial, não estando, assim, sujeitos ao

art. 3º, caput, da Lei nº 9.294/96 (na redação da Lei nº 10.167/2000); II.1. O insert/onsert é, atualmente, um impresso informativo fornecido pelo fabricante do produto, cuja veiculação é admitida pelo Código de Defesa do Consumidor; II.2. A veiculação do insert/onsert constitui complemento do dever geral de informar do fabricante de cigarros e representa uma forma de concretização dos direitos fundamentais de informação (CF, art. 5º, XIV) e à defesa do consumidor (art. 5º, XXXII); III. Ainda que os cupons informativos constituíssem propaganda, sua veiculação estaria assegurada pela constituição da república e pela própria Lei nº 9.294/96 (na redação da Lei nº 10.167/2000); III.1. Como manifestação da liberdade de expressão e informação da indústria de cigarros (CF, art. 5º, IX e XIV), a veiculação do insert/onsert, também por essa razão, desfruta do regime jurídico-constitucional aplicável aos direitos fundamentais. As restrições à atividade de comunicação da indústria de cigarros, impostas com base no art. 220, § 3º, II, e § 4º, CF, devem atender, rigidamente, às finalidades constitucionais (art. 220, § 3º, II) e às exigências do princípio da proporcionalidade (CF, art. 1º c/c art. 5º, LIV); III.2. Violação à reserva legal qualificada; III.3. Violação à reserva legal absoluta; III.4. Violação ao princípio da proporcionalidade; IV. Os cupons informativos não impedem ou dificultam a visualização de qualquer advertência, imagem, logomarca ou telefone constante do rótulo do produto, sendo-lhes inaplicável o art. 4º da Resolução RDC nº 335/2003 (que revogou o art. 7º da Resolução RDC nº 104/2001).

7. LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMERCIAL E A PROIBIÇÃO DA PROPAGANDA DE CIGARROS NO BRASIL.....473

I. A consulta; II. Das inconstitucionalidades da Lei nº 9.294/96, na sua redação atualmente em vigor; II.1 – o art. 3º, caput, da Lei nº 9.294/96 é inconstitucional, porquanto, a pretexto de restringir, proíbe a publicidade do cigarro; 1 – Direitos fundamentais em colisão: as liberdades de expressão, informação, comunicação e iniciativa versus o direito à saúde e à proteção do consumidor; 2 – Ponderados os valores e interesses conflitantes pela própria Constituição, não está o legislador ordinário autorizado a realizar novo juízo ponderativo em desconformidade com a ponderação constitucional; 2.1 – Da impossibilidade de proibição da publicidade de cigarro nos meios de comunicação de massa; 2.2 – Da reserva absoluta e qualificada de lei proporcional; 2.3 – Da opção constitucional pela preservação da liberdade de escolha das pessoas; 3 – Mesmo que – na ausência de uma prévia ponderação pelo constituinte – fosse possível tal ponderação de interesses, o resultado a que chegaria o legislador seria

o mesmo. Na espécie, violou-se o princípio da proporcionalidade, bem como o núcleo essencial do direito às liberdades de expressão, de iniciativa e de livre concorrência; II.2 – o art. 3º, §§ 2º, 3º, 4º e 5º, da Lei nº 9.294/96 são inconstitucionais, porque impõem aos fabricantes de cigarro a realização de contrapropaganda de seus produtos e violam a reserva legal absoluta; 1 – violação dos princípios constitucionais da tipicidade e do devido processo legal. A imposição de sanção sem cometimento de ilícito e o desrespeito ao due process of law; 2 – As “restrições” à propaganda de cigarro – verdadeira contrapropaganda – estabelecidas nos dispositivos impugnados violam o princípio da proporcionalidade; 3 – A cláusula de advertência, admitida pela Constituição, deve ser um acessório da propaganda, não sendo possível sua conversão pelo legislador ordinário em contrapropaganda.

CAPÍTULO V

DIREITO ADMINISTRATIVO PATENTÁRIO

8. O DIREITO À PROTEÇÃO PATENTÁRIA COMO DIREITO FUNDAMENTAL: DA POSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DO QUADRO REIVINDICATÓRIO DO PEDIDO DE PATENTE APÓS O REQUERIMENTO DO EXAME TÉCNICO NO DIREITO BRASILEIRO.....505

I. Introdução; II. Elementos para a correta inteligência do art. 32 da LPI; II.1. Nem a interpretação literal nem a isolada, per se, oferecem a melhor inteligência de um preceito legal; II. 1.1. Da interpretação sistemática do art. 32 da LPI; II.1.1.a. O art. 26 da LPI; II.1.1.b. O art. 35 da LPI; II.1.1.c. O art. 31 da LPI; II.1.1.d. O art. 220 da LPI; II.1.1.e. O art. 33 da LPI; II.1.1.f. O art. 47 da LPI; II.1.1.g. Conclusão parcial; II.1.2. Da interpretação teleológica do art. 32 da LPI; II.2. Da interpretação do art. 32 da LPI conforme à Constituição Federal; II.2.1. O direito à proteção patentária como direito fundamental e seu regime jurídico-constitucional; II.2.2. Da sujeição do direito fundamental à proteção patentária à reserva legal qualificada; II.2.3. Da aplicação dos princípios da proporcionalidade e da proteção do núcleo essencial à interpretação do art. 32 do LPI; II.3. Da interpretação administrativa do art. 32 da LPI: expertise administrativa e deferência judicial; II.4. Da exigência internacional de razoabilidade no procedimento patentário: o art. 62.1 do Acordo TRIPS; II.5. Da correta inteligência do art. 32 da LPI: sua utilidade e adequação sistêmica; III. Anexo.

9. O REGIME JURÍDICO DAS PATENTES PIPELINE NO BRASIL.....551

I. A consulta; II. Equiparadas à legislação ordinária interna, as normas do PCT regularmente incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro não podem ser contrariadas por normas hierarquicamente inferiores, seja para modificar-lhes o conteúdo, seja para restringi-lo; III. Não é lícito ao INPI, mediante o exercício de seu poder normativo, restringir o conteúdo e a eficácia do direito conferido ao inventor de obter o patenteamento de produto/processo farmacêutico com base no art. 230 da LPI (pipeline); IV. Os atos praticados pelo INPI violam o direito fundamental à proteção patentária conferido ao inventor pelo art. 5º, inciso XXIX, da Constituição da República; V. O indeferimento dos pedidos de patentes pipeline constitui afronta à interpretação do direito aplicável à espécie, fixada pela Procuradoria Federal, que é vinculante para as unidades do INPI, segundo o que dispõe o art. 6º, inciso V, do Decreto nº 5.147, de 21 de julho de 2004; VI. Conclusões.

CAPÍTULO VI

DIREITO ADMINISTRATIVO DOS SERVIDORES PÚBLICOS

10. NATUREZA JURÍDICA E FÓRMULA DE CÁLCULO DA VANTAGEM PESSOAL NOMINALMENTE IDENTIFICADA: ISONOMIA E EXTENSÃO JUDICIAL DE VANTAGENS REMUNERATÓRIAS DE CARÁTER GERAL A SERVIDORES PÚBLICOS ARBITRARIAMENTE EXCLUÍDOS DE SUA PERCEPÇÃO.....583

I. A consulta; II. O parecer; II.1. Fórmula de cálculo da VPNI 1 (art. 6º, caput, da Lei nº 10.549/2002); II.2. Fórmula de cálculo da VPNI 2 (art. 6º, parágrafo único, da Lei nº 10.549/2002); II.3. A desnaturação da VPNI 1 e da VPNI 2 pelo art. 8º da Lei nº 10.909/2004 e art. 13 da Lei nº 10.910/2004, e sua transformação em aumento remuneratório geral; II.4. Possibilidade de o Judiciário demover óbice administrativo à percepção de vantagem remuneratória prevista em lei, inclusive mediante antecipação da tutela jurisdicional; II.4.1. Da legitimidade da atuação do Poder Judiciário no sentido da condenação da União Federal ao pagamento das VPNI's aos seus destinatários; II.4.2. A vedação imposta pelo art. 1º da Lei nº 9.494/97 é inaplicável à hipótese vertente, de vez que não se trata de concessão de aumento ou vantagem, mas de liberação de parcela

remuneratória devida ao servidor e ilegalmente retida pela Administração; II.5. Respostas objetivas aos quesitos.

11. LIMITAÇÃO TEMPORAL AO GOZO DE FÉRIAS DE SERVIDORES ACUMULADAS POR MAIS DE DOIS PERÍODOS: A SUA NÃO-RECEPÇÃO PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20/98.....615

A consulta. Limitação legal ao gozo de férias acumuladas por mais de dois períodos, em razão de necessidade do serviço (art. 18 do Decreto-lei nº 220/75, art. 8º do Decreto-lei nº 363/77 e art. 66, §§ 1º e 2º da Lei Complementar nº 15/80). Não recepção pela Emenda Constitucional nº 20, de 15.12.98. As férias constituem direito fundamental do trabalhador (CF, art. 7º, inciso XVII), expressamente estendido ao servidor público pela Constituição Federal de 1988 (CF, art. 39, § 3º). A impossibilidade de conversão em pecúnia das férias não gozadas – decorrente da declaração da inconstitucionalidade do art. 77, inciso XVII, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, pelo Supremo Tribunal Federal – ou de sua contagem em dobro como tempo de serviço para fins de aposentadoria – decorrente do art. 40, § 10º, da Constituição Federal (introduzido pela EC nº 20/98) – torna “inconstitucionais” as limitações temporais ao gozo de férias acumuladas por mais de dois períodos, em razão de necessidade do serviço. Aplicação à espécie do princípio da vedação do enriquecimento sem causa. Proibição de limitações desproporcionais ou irrazoáveis ao exercício de direitos fundamentais.

CAPÍTULO VII

DIREITO ADMINISTRATIVO GERAL

12. O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE ADMINISTRATIVA E A EFICÁCIA DA DIVULGAÇÃO DE ATOS DO PODER PÚBLICO PELA INTERNET: O CASO DA SUPRESSÃO DA REVISTA OFICIAL IMPRESSA DO INPI, SUBSTITUÍDA POR VERSÃO ELETRÔNICA.....623

I. Introdução. II.1. Aspectos constitucionais. II.1.1. Violação ao princípio constitucional da publicidade (CF, art. 37, caput). II. 1.2. Violação dos direitos fundamentais à informação (CF, art. 5º, XIV) e à obtenção de informações dos órgãos públicos (CF, art. 5º, XXXIII). II.1.2.1. Da vio-

lação do princípio da vedação do retrocesso. II.1.2.2. Da violação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. II.1.4. Violação ao princípio da legalidade administrativa (CF, art. 37, caput). II.2. Aspectos legais. II.2.1. Violação ao art. 9º, parágrafo único, da Lei nº 5.648/70 c/c art. 1º do Decreto-Lei nº 2.131/40. II.3. Aspectos regulamentares. II.3.1. Violação do Decreto nº 4.520/2002. II.3.2. A certificação digital de documentos assevera a sua fidedignidade, mas não os torna aptos a substituírem a publicação no formato papel. III. Conclusões.

13. O REGIME JURÍDICO DAS EMPRESAS ESTATAIS NÃO-DEPENDENTES: ASPECTOS ORÇAMENTÁRIOS, FINANCEIROS, PATRIMONIAIS, CONTRATUAIS E PROCESSUAIS.....647

I. A consulta; II. Nota prévia: descentralização administrativa, especialização funcional e dever de eficiência; III. Considerações acerca da legitimidade da proposta de transformação da CCCPM em empresa pública prestadora de serviço público, na modalidade não-dependente, e seu regime jurídico; IV. Impossibilidade de a EMGEPRON absorver as atividades hoje cometidas à CCCPM. Considerações à luz da hermenêutica jurídica; IV.1. Não há texto sem contexto: nem a interpretação literal, nem a isolada, per se, oferecem a melhor inteligência de um preceito legal; IV.2. Da interpretação sistemática dos dispositivos da Lei nº 7.000/82; IV.2.1. Do objeto social da EMGEPRON, compreendido sistematicamente; IV.2.2. Da interpretação sistemática da Lei nº 7.000/82 à luz de outras referências normativas em vigor; IV.2.2.1. Leis nº 4.595/64 (SFN), nº 4.380/64 (SFH) e nº 9.514/97 (SFI); IV.2.2.2. Leis nº 8.666/93 e nº 8.762/93 (alienação de bens públicos); IV.3. Da interpretação teleológica. Finalidades imediata e mediata perseguidas pelo legislador da Lei nº 7.000/82; IV.3.1. Desenvolvimento da indústria militar naval brasileira e atividades correlatas. Atividade econômica em sentido estrito; IV.3.2. Especialização funcional: fim precípuo da descentralização administrativa; IV.4. Da interpretação autêntica; IV.5. Da interpretação conforme à Constituição. Reserva de lei específica e princípio da eficiência; IV.6. Nota complementar: inconstitucionalidade da lei que viesse a alterar o objeto social da EMGEPRON versus constitucionalidade do Anteprojeto de Lei que transforma a CCCPM em empresa pública. Limites objetivos à discricionariedade do legislador e desvio de poder legislativo; V. Respostas aos quesitos.

14. COMPETÊNCIAS PARA LICENCIAMENTO AMBIENTAL E FEDERAÇÃO.....705

A consulta. Licenciamento Ambiental de Instalação (LI). Competência administrativa concorrente aos diversos níveis federativos em matéria de licenciamento ambiental (CF, art. 23, inciso VI). Critério da predominância do interesse para a definição do ente federativo competente para proceder ao licenciamento (Resolução nº 237/97 do CONAMA, arts. 4º, 5º e 6º). Licenciamento em um único nível de competência (Resolução nº 237/97 do CONAMA, art. 7º), salvo em hipóteses excepcionais. Federalismo de coordenação e cooperação. Princípios da eficiência e economicidade da Administração Pública.

Predomínio, na espécie, do interesse local, tendo em vista o impacto ambiental meramente local do empreendimento, situado em área urbana consolidada. Competência primariamente municipal para o licenciamento urbanístico e ambiental, fundada nos arts. 23, VI e 30, VIII, da Constituição da República, no art. 4º, III, "d" da Lei Federal nº 10.257/2001 (Estatuto da Cidade) e no art. 6º da Resolução nº 237/97 do CONAMA. Princípio da subsidiariedade. Interpretação conforme à Constituição do art. 10 da Lei nº 6.938/81, editado quando o Município ainda não era Unidade da Federação. Ademais, a competência para pronunciamento sobre as questões ligadas ao impacto viário do empreendimento é, no caso vertente, também municipal, nos termos dos arts. 24, II e 93 da Lei Federal nº 9.503/97 (Código Nacional de Trânsito). A competência da FEEMA, na hipótese, seria meramente supletiva, ainda assim e tão-somente se configurada a situação prevista no art. 5º, II, da Resolução nº 237/97 do CONAMA.

A questão do EIA-RIMA (Estudo de Impacto Ambiental e Relatório de Impacto sobre o Meio Ambiente). O art. 225, § 1º, IV, da Carta da República só o exige como condição em casos de construção, instalação, ampliação e funcionamento de empreendimentos e atividades considerados efetiva ou potencialmente causadores de significativa degradação ambiental. O empreendimento em questão não se enquadra dentre aqueles enumerados no art. 2º da Resolução nº 001, de 23 de janeiro de 1986, do CONAMA, nem no art. 1º da Lei Estadual nº 1.356, de 03 de outubro de 1988, que configuram hipóteses de presunção legal de "significativa degradação". Assim sendo, o EIA-RIMA é na espécie legalmente dispensável, salvo exigência da Comissão Estadual de Controle Ambiental – CECA baseada em "justificativa técnica adequada e em função da magnitude das alterações ambientais efetivas ou potenciais" do empreendimento, nos termos do art. 1º, § 1º, da Lei Estadual nº 1.356, de 03 de outubro de 1988. Discricionariedade técnica da CECA para definição das hipótese em que tal exigência é cabível.

Em se entendendo pela desnecessidade de EIA-RIMA, desobriga-se igualmente o órgão ambiental da realização de audiência pública. Com efeito, nos termos do art. 11 da Resolução nº 001/86 e art. 1º da Resolução nº 009/87, ambas do CONAMA, bem como do arts. 5º e 6º da Lei Estadual nº 1.356, de 03 de outubro de 1988, a realização de audiência pública só tem caráter obrigatório nas hipóteses em que o EIA-RIMA houver sido realizado. Princípios da eficiência e da economicidade da Administração Pública a serem levados em conta no sentido da apreciação célere e expedita do pedido de licença. Premência do início das obras tendo em vista o Cronograma dos Jogos Pan-Americanos.

15. LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL, PRESCRIÇÃO E SEGURANÇA JURÍDICA: ASPECTOS LEGAIS E CONSTITUCIONAIS.....715

I. A consulta; II.1. Aspectos legais; II.1.1. A análise lógico-sistemática da Lei nº 6.024/74 e da legislação correlata; II.1.1.1. Da prescritibilidade dos créditos não declarados na liquidação extrajudicial: fluência a partir do momento em que o quadro geral de credores se torna definitivo; II.1.1.2. Da caducidade do direito dos credores à declaração dos respectivos créditos, que não o façam no prazo fixado nos editais de convocação; II.1.1.3. Prazo de duração da liquidação extrajudicial; II.2. Aspectos constitucionais; II.2.1. A constitucionalização do direito e a interpretação conforme à Constituição; II.2.2. O princípio constitucional da segurança jurídica e o instituto da prescrição; II.2.2.1. A segurança jurídica e o Estado de Direito; II.2.2.2. A segurança jurídica e a prescrição; II.2.3. A vedação a restrições perpétuas a direitos fundamentais; II.2.4. O princípio da proporcionalidade e os limites a direitos fundamentais; II.2.5. O princípio da razoabilidade das leis e a prescrição na Lei nº 6.024/74; II.2.6. A inconstitucionalidade in concreto e a razoabilidade como equidade; III. Conclusões.

CAPÍTULO VIII

DIREITO CONSTITUCIONAL GERAL

16. EFEITOS DITOS REPRISTINATÓRIOS DA CONCESSÃO DE MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE.....757

A consulta. Suspensão da eficácia de disposições da Lei estadual nº 3.189, de 22.02.99, que dispunham sobre a cobrança de contribuição previden-

ciária de servidores inativos e pensionistas. Decisão do STF no julgamento do pedido de medida cautelar formulado na ADIN nº 2188-5.

Efeitos da concessão de medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade. Restabelecimento da vigência da legislação anterior acaso existente, explícita ou implicitamente revogada pela norma considerada, prima facie, inconstitucional. Jurisprudência pacífica do STF, recentemente positivada no art. 11, § 2º, da Lei nº 9.868, de 10.11.99.

Inexistência de qualquer ressalva, na decisão proferida pelo STF na ADIN nº 2188-5, em relação à legislação anterior. Restabelecimento da vigência das normas dos Decretos-leis estaduais nºs 83/75 e 99/75 – e alterações posteriores – que previam a cobrança de contribuições de servidores inativos e pensionistas em favor do Instituto de Previdência do Estado do Rio de Janeiro – IPERJ e do Instituto de Assistência dos Servidores do Estado do Rio de Janeiro – IASERJ.

17. PROJETO DE LEI Nº 3.011/2005. CONSELHO DE FISCALIZAÇÃO E DISCIPLINA DA ARBITRAGEM NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. INCONSTITUCIONALIDADE.....765

I. Introdução – II. A análise: II.1 Vícios formais; II.2 Vícios Orgânicos; II.3 Vícios materiais.

18. FIXAÇÃO DO NÚMERO DE VEREADORES POR LEI ORGÂNICA MUNICIPAL: A QUESTÃO DA PROPORCIONALIDADE.....777

I. A consulta; II. Cabimento de Representação por Inconstitucionalidade estadual; III. Análise da constitucionalidade da Lei Orgânica Municipal.

19. AS ASSOCIAÇÕES CIVIS, O NOVO CÓDIGO CIVIL E O DIREITO INTERTEMPORAL.....789

I. A consulta; II. A intenção consubstanciada na declaração de vontade prevalece sobre o sentido literal da linguagem (NCC, art. 112). Da insuficiência da interpretação literal. Os elementos teleológico, histórico e lógico-sistemático da interpretação jurídica conduzem à definição da intenção inequívoca dos associados da consulente, contida no art. 17 dos estatutos aprovados em 18.12.2003, no sentido do retorno à redação anterior, na hipótese em questão; III. A interpretação conforme à boa-fé (NCC, art. 113) do art. 17 dos estatutos aprovados em 18.12.2003 conduz, obrigatoriamente, à revigoração da redação anterior, na hipótese em questão; IV. À vista da consagração da liberdade de associação como

direito fundamental pela Constituição de 1988 (CF, art. 5º, XVII, XVIII, XIX e XX), a interpretação conforme à Constituição do art. 17 dos estatutos aprovados em 18.12.2003 conduz, obrigatoriamente, à solução que privilegia a autonomia da vontade dos associados em detrimento daquela que levaria à preponderância da intervenção estatal. Tal solução é, inequivocamente, a revigoração da redação anterior, na hipótese em questão; V. Por fim, há que ser reconhecida a inconstitucionalidade do art. 59, parágrafo único, do Novo Código Civil, uma vez que veicula intervenção desproporcional e irrazoável no direito fundamental à liberdade de constituição e funcionamento das associações, violentando o núcleo essencial de tal direito; VI. Conclusão.

20. A INTERNALIZAÇÃO DA CONVENÇÃO-QUADRO SOBRE CONTROLE DO USO DO TABACO E SUAS REPERCUSSÕES SOBRE O DIREITO BRASILEIRO.....815

I. Delimitação do tema; 1ª Parte: Apresentação; Nota Introdutória: traços característicos do Direito Internacional Público contemporâneo; (a) A proteção dos direitos humanos e do meio ambiente: o direito fundamental à vida como razão de ser do Direito Internacional dos Direitos Humanos; (b) O direito à saúde como parte integrante dos direitos humanos; (c) A Convenção-Quadro sobre Controle do Uso do Tabaco: traços distintivos e temas fundamentais; (c.1) Traços distintivos das "convenções quadro": terminologia e conteúdo usual; (c.2) Temas fundamentais e preocupações subjacentes à Convenção-Quadro sobre Controle do Uso do Tabaco; (c.3) Temas fundamentais da Convenção-Quadro; 2ª Parte: Impacto da internalização da Convenção-Quadro sobre Controle do Uso do Tabaco sobre o direito brasileiro; (a) O conflito de fontes no direito brasileiro. O status hierárquico dos tratados no ordenamento brasileiro e os critérios de solução de conflitos com normas de origem interna. Doutrina, jurisprudência e o advento da Emenda Constitucional nº 45, de 2004; (b) Algumas conclusões preliminares; 3ª Parte: Sistematizando as diferentes situações atinentes à convivência entre a Convenção-Quadro e o ordenamento jurídico brasileiro; (a) Relações entre a Convenção-Quadro e a Constituição; (b) A Convenção-Quadro, a lei e as "reservas de lei"; (c) Análise casuística da Convenção-Quadro: o tratamento dispensado à publicidade de cigarros, embalagens, contrapropaganda e às restrições ao public smoking; (i) as normas relativas à propaganda de cigarros; (ii) as normas relativas às cláusulas de advertência nas embalagens dos fumígenos: o problema da contrapropaganda; (iii) As restrições ao fumo em locais públicos; 4ª Parte: Síntese conclusiva: proposições objetivas.

TERCEIRA PARTE
ARTIGOS DE JORNAL

CAPÍTULO IX

1. PROPAGANDA DE BEBIDAS E A CONSTITUIÇÃO.....877
(*Jornal O Globo*)
2. REFORMA DA LEI DE LICITAÇÕES: PODERIA SER MELHOR.....881
(*Jornal Valor Econômico*)
3. A INTERFERÊNCIA DO AMIGO DA CORTE NAS AÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA.....885
(*Jornal Valor Econômico*)
4. O RACISMO E A LEITURA MORAL DA CONSTITUIÇÃO...889
(*Jornal do Brasil*)
5. QUE NÃO ME VENHAM COM CONSTITUINTE.....893
(*Blog do Noblat*)
6. O CONTROLE DA SUPREMA CORTE POR BUSH.....895
(*Jornal Migalhas*)