

Revista



SJRJ

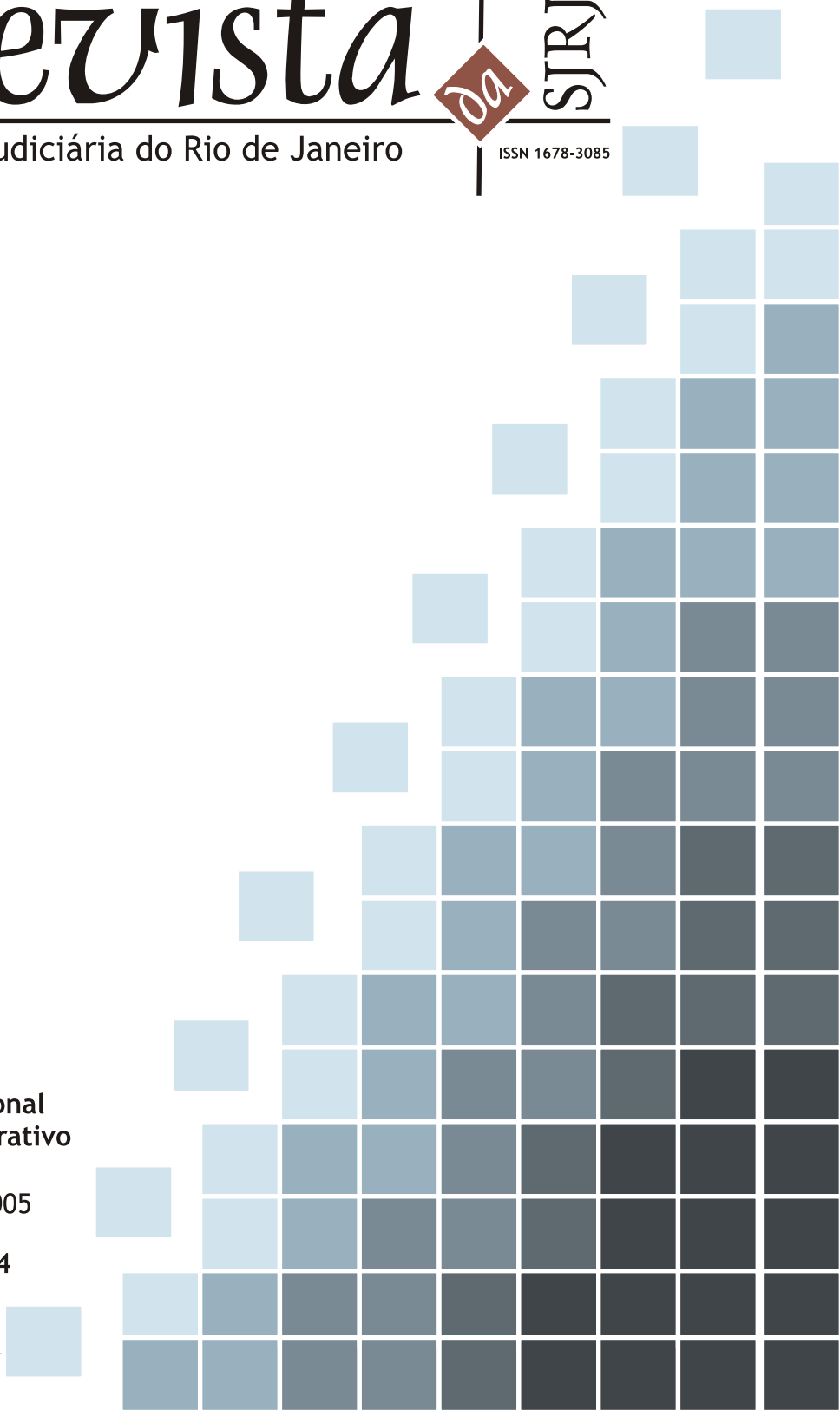
Seção Judiciária do Rio de Janeiro

ISSN 1678-3085

**Constitucional
e Administrativo**

Julho de 2005

NÚMERO 14





PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL DE PRIMEIRO GRAU
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO RIO DE JANEIRO

REVISTA DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DO RIO DE JANEIRO

Constitucional e Administrativo

JULHO DE 2005

NÚMERO 14

ISSN 1678-3085

R. SJRJ, Rio de Janeiro, n.14, p.01-348, 2005.

Coordenação: Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva
Juíza Federal da 3ª Vara de Execuções Fiscais

Planejamento: Maria Regina Rogério Cosentino
Secretaria Geral/SG
Patrícia Reis Longhi
Subsecretaria de Documentação e Divulgação - SDD

Indexação: Seção de Biblioteca - SEBIB/SDD
Célia Barreto Gil
Dayananda Souza Nunes
Eliane Maria Teixeira da Cruz Silva Tristão
Patrícia Waldeck Rodrigues
Marina de Pinho e Souza Oliveira

Diagramação: Luciana Wille Folly
Seção de Publicação - SEPUB/SDD

Revisão: Alexandre Ribeiro Rivello
Seção de Publicação - SEPUB/SDD

Foto capa: Arquivo da Seção Judiciária do Rio de Janeiro

Capa: Subsecretaria de Documentação e Divulgação - SDD

Impressão: Gráfica da Justiça Federal da 2ª Região

Tiragem: 500 exemplares

Endereço: Seção Judiciária do Rio de Janeiro
Subsecretaria de Documentação e Divulgação
Av. Venezuela, 134 - 5º andar - Bloco B
Centro - Rio de Janeiro - RJ
CEP: 20081-312
Tel.: (21) 2510-8966 - Fax.: (21) 2510-8968
E-mail: tsdd@jfrj.gov.br

Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, n. 14 - Rio de Janeiro: JFRJ. 2005
348p.

Continuação de: Revista de Jurisprudência da Seção Judiciária do
Rio de Janeiro. 1994-2002.

ISSN 1678-3085

1. Direito - Periódicos 2. Seção Judiciária do Rio de Janeiro - Jurisprudência. I.
Brasil. Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro.

REVISTA DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DO RIO DE JANEIRO

Diretoria da Revista

Carlos Guilherme Francovich Lugones
Juiz Federal - Diretor do Foro

Mauro Souza da Costa Braga
Juiz Federal - Vice-Diretor do Foro

Coordenadoria da Revista

Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva
Juíza Federal da 3ª Vara de Execuções Fiscais

Juízes Federais

Juízes Federais

Titulares e
Substitutos

Adriana Barretto de Carvalho Rizzotto
Alberto Nogueira Júnior
Alcides Martins Ribeiro Filho
Alcir Luiz L. Coelho
Alexandre Libonati de Abreu
Alexandre Miguel
Alfredo França Neto
Alfredo Jara Moura
Aluisio Gonçalves de Castro Mendes
Ana Amélia Silveira Moreira A. Netto
Ana Paula Vieira de Carvalho
Andrea C. Esmeraldo
Andrea Daquer Barsotti
Andrea de Luca Vitagliano
Anelisa Pozzer
Angelina de Siqueira Costa
Antonio Henrique Correa da Silva
Augusto Guilherme Diefenthaler
Bianca Stamato Fernandes
Boaventura João Andrade
Carlos Alexandre Benjamin
Carlos Guilherme Francovich Lugones
Carmen Silvia de Arruda Torres
Cassio Murilo Monteiro Granzinoli
Cláudia Maria Pereira Bastos Neiva
Claudia Valeria Bastos Fernandes
Cristiane Conde Chmatalik
Cynthia Leite Marques
Daniela Milanez
Edna Carvalho Kleemann
Eduardo André Brandão Fernandes
Edward Carlyle Silva
Eloá Alves Ferreira
Enara de Oliveira Olimpio Ramos Pinto
Erika Schmitz Assumpção Ramos
Eugênio Rosa de Araújo
Fátima Maria Novelino Sequeira
Fernanda Duarte Lopes L. da Silva
Fernando Cesar Baptista de Mattos
Firly Nascimento Filho
Flávia Caldas da Rocha
Flavio Oliveira Lucas
Frana Elizabeth Mendes
Geraldine Pinto Vital de Castro
Guilherme Bollorini Pereira
Guilherme Calmon Nogueira da Gama

Guilherme Couto de Castro
Helena Elias Pinto
Humberto de Vasconcelos Sampaio
Isabel Maria de Figueredo Souto
Jane Reis Gonçalves Pereira
José Antônio L. Neiva
José Arthur Diniz Borges
José Carlos da Silva Garcia
José Eduardo do Nascimento
José Eduardo Nobre Matta
José Ferreira Neves Neto
Julio Emilio Abranches Mansur
Lafredo Lisboa Vieira Lopes
Lana Maria Fontes Regueira
Leopoldo Muylaert
Liliane do Espirito Santo Roriz de Almeida
Livia Maria Ferreira Orotavo
Lucy Costa de Freitas Campani
Luis Eduardo Bianchi Cerqueira
Luiz Antônio Soares
Luiz Claudio Flores da Cunha
Luiz Eduardo Pimenta Pereira
Luiz Norton Baptista de Mattos
Luiz Paulo da Silva Araújo Filho
Macário Ramos Júdice Neto
Manoel Rolim Campbell Penna
Marcello Ferreira de Souza Granado
Marcelo Bretas
Marcelo da Fonseca Guerreiro
Marcelo Leonardo Tavares
Marcelo Luzio Marques de Araújo
Marcelo Pereira da Silva
Márcia Helena Ribeiro Pereira Nunes
Marcia Maria Nunes de Barros
Marco Falcão Critsinelis
Marcos André Bizzo Moliari
Marcus Vinicius Figueiredo de Oliveira Costa
Maria Alice Paim Lyard
Maria Amélia A. Senos de Carvalho
Maria Claudia de Garcia Paula Allemand
Maria do Carmo Freitas Ribeiro
Mauro Luís Rocha Lopes
Mauro Souza Marques da Costa Braga
Monique Calmon de Almeida Biolchini
Nizete Antônia Lobato Rodrigues
Paula Patricia Provedel M. Nogueira

Paulo André R. de Lima. Espírito Santo
Paulo Pereira Leite Filho
Regina Coeli Medeiros de Carvalho Peixoto
Renato Cesar Pessanha de Souza
Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva
Ricarlos Almagro Vitoriano Cunha
Rogério Tobias de Carvalho
Salete Maria Polita Maccalóz
Sandra Meirim Chalu Barbosa de Campos
Sidney Merhy Monteiro Peres
Silvio Wanderley do Nascimento Lima

Simone Bretas
Simone Schreiber
Theophilo Antonio Miguel Filho
Valéria Caldi Magalhães
Valéria Medeiros de Albuquerque
Vigdor Teitel
Virgínia Procópio Oliveira Silva
Vladimir Santos Vitovsky
Washington Juarez de Brito Filho
William Douglas Resinente dos Santos
Wilney Magno de Azevedo Silva
Wilson José Witzel

Adriana Alves dos Santos Cruz	Isabel Cristina L. Batista de Souza
Adriana Menezes de Rezende	Itália Maria Zimardi Arêas Poppe Bertozzi
Adriano Saldanha Gomes de Oliveira	José Carlos da Frota Matos
Ailton Schramm de Rocha	José Carlos Zebulum
Alceu Maurício Junior	Juliana Brandão da Silveira Couto
Alexandre Berzosa Saliba	Kelly Cristina Oliveira Costa
Alexandre da Silva Arruda	Liléa Pires de Medeiros
Alexandre Zanin Neto	Luiz Clemente Pereira Filho
Alfredo de Almeida Lopes	Maira Felipe Lourenço
Américo Bedê Freire Junior	Marceli Maria Carvalho Siqueira
Ana Carolina Vieira de Carvalho	Marcella Araújo da Nova Brandão
Ana Cristina Ferreira de Miranda	Marcello Enes Figueira
Ana Paula Rodrigues Mathias	Márcia Maria Ferreira da Silva
André de Magalhães Lenart Zilberkrein	Marcos Aurélio Silva Pedrazas
André Luiz Martins da Silva	Marcus Livio Gomes
Bruno Dutra	Margareth de Cássia Thomaz Rostey
Caio Márcio Gutterres Taranto	Maria de Lourdes Coutinho Tavares
Carlos Alberto Gomes da Silva	Marianna Carvalho Bellotti
Caroline Medeiros e Silva	Marina de Mattos Salles
Cleyde Muniz da Silva Carvalho	Natália Tupper dos Santos
Daniela Pereira Madeira	Odilon Romano Neto
Daniella Rocha Santos Ferreira de Souza Motta	Osair Victor de Oliveira Junior
Dario Ribeiro Machado Junior	Pablo Coelho Charles Gomes
Elmo Gomes de Souza	Paulo Gonçalves de Oliveira Filho
Erico Teixeira Vinhosa	Ricardo Ribeiro Campos
Erik Navarro Wolkart	Rodolfo Kronenberg Hartmann
Fábio de Souza Silva	Rodrigo Esperança Borba
Fábio Tenemlat	Rogério Moreira Alves
Fabricio Antonio Soares	Ronald Kruger Rodor
Fabricio Fernandes de Castro	Rosália Monteiro Figueira
Flávia Heine Peixoto	Sandro Valério Andrade do Nascimento
Flávio Roberto de Souza	Stelly Gomes Leal da Cruz Pacheco
Gilson David Campos	Valter Shuenquener de Araújo
Gustavo Arruda Macedo	Vellêda Bivar Soares Dias Neta
Hudson Targino Gurgel	Vlamir Costa Magalhães
Iorio Siqueira D´Alessandri Forti	Walner de Almeida Pinto

A Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro vem assumindo um novo perfil, que busca apresentar trabalhos acadêmicos e decisões judiciais organizados por tema. Após a edição de um primeiro número voltado para o Processo Civil e do segundo versando sobre Execução Fiscal, este volume agrega artigos e decisões situados no domínio do Direito Constitucional e do Direito Administrativo, estando dividido em dois blocos temáticos.

Os artigos e decisões da *primeira parte* inserem-se na seara do Direito Constitucional. *No tópico dedicado a artigos*, Caio Marcio Gutierrez Taranto contribui com estudo sobre as técnicas de decisão empregadas pelo STF, intitulado “A utilização do método *distinguishing* pelo Supremo Tribunal Federal”. O artigo subsequente é de Eugênio Rosa Araújo, e versa sobre as relações entre o Direito Constitucional e o microssistema do Direito do Consumidor. Em seguida, o trabalho escrito em conjunto por Jane Reis e Fernanda Duarte apresenta os aspectos fundamentais da discussão relativa à estrutura morfológica das normas constitucionais. *Na parte dedicada a sentenças*, Adriano Saldanha colabora com decisão acerca de contratação temporária e a exigência de concurso público. Alberto Nogueira Júnior contribui com sentença versando sobre o princípio da dignidade da pessoa humana e direito do estrangeiro ao exercício de profissão regulamentada em lei. Alexandre da Silva Arruda traz decisão sobre anistia e atos de natureza política. Em seqüência, tem-se a decisão de Caroline Medeiros da Silva sobre contratação temporária e a interpretação do art. 37, IX da Constituição. Por fim, Guilherme Couto de Castro colabora com sentença, proferida em ação civil pública, abordando a tutela do patrimônio histórico e a inviabilidade de pedido absolutamente genérico.

Na *segunda parte* da Revista são trazidos trabalhos teóricos e sentenças insertas no campo do Direito Administrativo. *No tópico dedicado a estudos*, Maria de Lourdes Coutinho Tavares é autora de artigo sobre o espectro de proteção legal da marca notoriamente conhecida, e Valter Shuenquener de Araújo fornece estudo intitulado “Terceiro Setor: a experiência brasileira”. *Na parte relativa a sentenças*, Elmo Gomes de Souza traz decisão sobre a validade da utilização de internet em concursos públicos. Eugênio Rosa Araújo colabora com sentença acerca da inexistência de responsabilidade civil do BACEN em por alegados danos morais e materiais decorrentes de sua

atuação no durante o regime de administração especial temporária e a liquidação extrajudicial do extinto Banco Nacional. Em seguida, tem-se a decisão liminar de José Carlos Zebulum, que suspendeu a eficácia da Resolução 157/04 do CONTRAN, a qual fixa especificações para extintores de incêndio, equipamentos de uso obrigatório nos veículos automotores, elétricos, reboque e semi-reboque. Monique Calmon de Almeida Biolquini e Rosália Monteiro Figueira trazem decisões versando sobre o Sistema Financeiro de Habitação. Por fim, Theophilo Antonio Miguel Filho contribui com sentença acerca do princípio da irregistrabilidade e o direito à propriedade intelectual.

A Revista SFRJ consolida-se, assim, como um profícuo espaço de debate, que busca prestigiar tanto as reflexões teóricas como a atuação prática dos juízes federais.

Jane Reis Gonçalves Pereira

Juíza Titular dos Juizados Especiais Federais de Resende

Lista de Siglas

ADC - Ação declaratória de constitucionalidade
ADIN - Ação direta de inconstitucionalidade
ANS - Agência Nacional de Saúde Suplementar
BACEN - Banco Central do Brasil
BB - Banco do Brasil
CDC - Código de defesa e proteção ao consumidor
CEF - Caixa Econômica Federal
CLT - Consolidação das leis do trabalho
CONTRAN - Conselho Nacional de Trânsito
CRM - Conselho Regional de Medicina
INPI - Instituto Nacional de Propriedade Industrial
MP - Ministério Público
MPF - Ministério Público Federal
MS - Mandado de segurança
SELIC - Sistema especial de liquidação e de custódia
SFH - Sistema financeiro da habitação
STJ - Superior Tribunal de Justiça
TR - Taxa referencial

DIREITO CONSTITUCIONAL

ARTIGOS

A utilização do método *distinguishing* pelo Supremo Tribunal Federal A experiência da Medida Cautelar na ADC nº 4-6/DF e da Súmula 729 - Caio Márcio Gutterres Taranto ... 19

Direito civil constitucional: o novo código civil e seu relacionamento com o microsistema do consumidor - Eugênio Rosa de Araújo 37

A estrutura das normas constitucionais. Notas sobre a distinção entre princípios e regras - Jane Reis Gonçalves Pereira e Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva 89

SENTENÇAS

Princípios constitucionais da Administração Pública. Legalidade e Concurso Público. Contratação Temporária e Terceirização. INPI. Limites - Adriano Saldanha..... 113

O princípio da dignidade da pessoa humana e o direito de estrangeiro ao exercício de profissão regulamentada por lei - Alberto Nogueira Junior 121

Anistia, ato de natureza política ou ideológica e a Portaria 1104 - Alexandre da Silva Arruda 129

Contratação temporária e a interpretação do artigo 37, IX da Constituição Federal - Caroline Medeiros e Silva 139

Ação civil pública: tutela do patrimônio histórico e inviabilidade de pedido absolutamente genérico - Guilherme Couto de Castro 155

DIREITO ADMINISTRATIVO

ARTIGOS

Marca notoriamente conhecida: espectro da proteção legal - Maria de Lourdes Coutinho Tavares 163

Terceiro setor: a experiência brasileira - Valter Shuenquener de Araújo 211

SENTENÇAS

Validade da utilização da internet em concursos públicos - Elmo Gomes de Souza 243

Inexistência de responsabilidade civil do Banco Central do Brasil por alegados danos materiais e morais decorrentes de sua atuação durante o regime de administração especial temporária e a liquidação extrajudicial do extinto banco nacional. Ausência de nexo de causalidade entre a atuação da autarquia e eventuais perdas sofridas pela massa - Eugênio Rosa de Araújo 251

Liminar concedida em ação civil pública suspendendo a eficácia da resolução nº 157/04, do CONTRAN, que fixa especificações para os extintores de incêndio, equipamentos de uso obrigatório nos veículos automotores, elétricos, reboque e semi-reboque - José Carlos Zebulum 267

SFH estabilidade das relações jurídicas - Monique Calmon de Almeida Biolchini 275

Sistema financeiro da habitação: critérios para o reajuste das prestações e do saldo devedor - Rosália Monteiro Figueira 283

O princípio da irregistrabilidade e o direito à propriedade intelectual - Theophilo Antonio Miguel Filho 289

Direito Constitucional

Artigos

A UTILIZAÇÃO DO MÉTODO *DISTINGUISHING* PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. A EXPERIÊNCIA DA MEDIDA CAUTELAR NA ADC Nº 4-6/DF E DA SÚMULA 729.

Caio Márcio Gutterres Taranto

Juiz Federal Substituto do 1º Juizado Especial Federal de Niterói,
Mestrando em Direito pela Unesa

1 - Introdução. 2 - O método *distinguishing*. 3 - A experiência da ADC nº 4 e da Súmula 729. 4 - Conclusão. Bibliografia

1 - INTRODUÇÃO.

Cabe à Antropologia o estudo do processo de “brasileirização” dos fenômenos culturais, bem como correlacioná-lo às levas de globalização. Dentro desse contexto, a teoria do povo brasileiro desenvolve-se em torno do (auto)questionamento para responder à indagação “quem sou eu”?¹ Ninguém? Sim, ninguém. O brasileiro não é europeu, pois nasceu ao sul da linha do Equador. Não é índio, pois a mãe é negra ou branca (ou quase) e, se índia, o mesmo não necessariamente pode ser dito do pai. Então quem é o brasileiro? Resposta: um ser que necessita se (auto)inventar e se (auto)criar e que o fez e o faz de forma intercorrente desde o descobrimento.

Preciso, então, criar língua, religião, ritmos musicais, artes, festas, moda e todas as demais manifestações culturais típicas de um complexo processo civilizatório de miscigenação e integração. Essa criação decorre do mecanismo de autopofagia e conclui, em nossa experiência, a hematopoiesis do brasileiro, na qualidade de membro de um gênero de nações.

Em outras palavras, esse “ninguém”, ao responder à indagação “quem sou”, devora as manifestações culturais de outros povos e as transforma para se (auto) conceituar como brasileiro. Passa a falar uma língua que, por resultado, é parecida

¹ Roberto DAMATTA desenvolve indagação equivalente utilizando-se da forma “O que faz o Brasil, Brasil?”. DaMatta, Roberto. O que Faz o Brasil, Brasil? Rio de Janeiro: Rocco, 1984, pg. 11/20.

com o Português e que assim a chamamos, mesmo por imperativo constitucional, mas que possui palavras oriundas das línguas e dialetos dos que aqui habitavam antes de Cabral e dos que para cá vieram à força na qualidade de escravos. Falada com um português, esse a entenderá conforme um natural de Madri entende um catalão. Adapta-se uma moda europeia para pessoas que vivem nos trópicos e andavam (e andam) nus. Associam-se heróis nacionais a Jesus Cristo². Cria-se (*rectius*, adapta-se) um catolicismo cujos templos são lavados e abençoados por sacerdotes de religiões africanas e um protestantismo³ que visualiza o mal nas divindades adoradas por esses mesmos sacerdotes. Adapta-se (*rectius*, cria-se) uma festa popular e nacional de origem cristão-europeia, atribuindo-lhe musicalidade afro e lhe dotando, não raras vezes, de temáticas indígenas.

Em muitas dessas experiências culturais, a expectativa é correspondida com mais êxito do que a experiência paradigma. A língua é grande exemplo dessa premissa, pois contribuiu para a consolidação de nosso território em dimensões em muito superiores ao de Portugal e de todos os Estados neolatinos. O mesmo se diga da religião que, apesar das situações de conflito, impede a polarização e o ensejamento de intolerâncias aptas a se associarem com violência e guerra civil.

Esse processo de “brasileirização” não decorreu de um único ou poucos momentos históricos. Pelo contrário, é intercorrente e a cada momento introduz novos elementos para nossa cultura, como a inserção de novas palavras e novas crenças. Entretanto, o ritmo de brasileiroização é correlacionado com as levas de globalização, lembrando-se que o Brasil nasceu durante as grandes navegações, momento mundializante ditado pela formação de grandes rotas comerciais. Destaca-se, ainda, que, atualmente, vivemos nova leva globalizante, caracterizada pela dinâmica da informação. É bem verdade que o tempo atribui à brasileiroização certa seletividade, ou seja, atribui ênfase aos institutos que melhor se adaptam às exigências das sucessivas modernidades.⁴

²“A que com barão e pregação, seja conduzido pelas ruas públicas até o lugar da força, e nela morra por morte natural para sempre (...), lhe seja cortada a cabeça e levada para Villa Rica, onde, em o lugar mais público dela, será pregada em um poste alto (...)”. O dispositivo da sentença condenatória de Tiradentes. FIGUEIREDO, Carlos. 100 Discursos Históricos Brasileiros. Belo Horizonte: Leitura, 2003, pg. 131.

³Vide MARIZ, Cecília. O Demônio e os Pentecostais no Brasil, *in* O Mal à Brasileira. Organização BIRMAN, Patrícia; NOVAES, Regina; CRESPO, Samira. Rio de Janeiro: Uerj, 1997, pg. 45.

⁴SOUZA. Jessé. A Modernização Seletiva. Brasília, Unb: 2000.

O Direito, na qualidade de fenômeno cultural, não consubstancia exceção a essa regra. Pelo Contrário. Da mesma forma que os elementos da língua, religião, moda, artes, medicina, etc foram sendo autopofagidos e (re)criados, foram, também, os institutos jurídicos. Vamos tomar como exemplo o sistema de controle de constitucionalidade. Iniciando-se pela Constituição Imperial de 1824, vislumbra-se que foi adotado o Poder Moderador (artigo 98), de inspiração na Carta Francesa de Napoleão III, exercido pelo Imperador, o que incompatibilizava o desenvolvimento de sistemas de controle da primazia da Constituição.

Por influência do *judicial review* norte-americano, a Constituição Republicana de 1891 introduziu o sistema difuso, sendo que a Emenda de 1926 estendeu a todos os tribunais competência para decidir sobre controle de constitucionalidade, aperfeiçoado, posteriormente, pela Constituição de 1934, que disciplinou o *quorum* da maioria absoluta dos membros dos tribunais para decisões sobre a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público, bem como previu a possibilidade de suspensão, pelo Senado, da eficácia do ato declarado inconstitucional. Previu, ainda, a Carta de 1934, a intervenção nos Estados para assegurar a observância dos princípios constitucionais sensíveis e a execução das leis federais.

Já a Carta “Polaca” de 1937 excluiu a possibilidade do Senado suspender a eficácia de diploma declarado inconstitucional pelo Judiciário e restringiu, em muito, o controle difuso, pois permitiu, no parágrafo único do artigo 96, que o Presidente submetesse novamente o ato inválido ao Parlamento que, se o confirmasse por dois terços dos votos, tornaria sem efeito a decisão do Tribunal.

A Constituição democrática de 1946 retomou o modelo estabelecido pela Carta de 1934. Entretanto, atribuiu objetividade à intervenção federal, assemelhando-a a uma ação direta, apesar de desprovida de eficácia *erga omnes*. A Emenda Constitucional n. 16, de 26-11-1965, ampliou a competência do Supremo Tribunal Federal ao prever a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa federal ou estadual (artigo 101, inciso I, alínea k). Nesse momento histórico, foi introduzido o controle concentrado de constitucionalidade no Brasil. Ora, se até então adotávamos o sistema difuso, de inspiração americana, nosso direito, a partir de então, autopofagiu o modelo austríaco desenvolvido por Kelsen. A Constituição de 1967 e a Emenda n. 1/69 mantiveram o regime de controle de constitucionalidade então vigente, sem apresentar inovações à Jurisdição Constitucional.

Sábias as palavras de Zeno Veloso, ao lecionar que:

“Aliás, é estranhável que não seja registrado, com a devida ênfase, que esta combinação ocorrida a partir de 1965, representa uma importante inovação do constitucionalismo brasileiro, dados os moldes e a extensão em que foram aproveitados - com adaptações - os dois modelos.”⁵

Dando-se continuidade ao processo de adaptação autopofágica do controle de constitucionalidade, a Carta de 1988 amplia o rol de legitimados para a ação direta (artigo 103), introduz a ação direta por omissão, o mandado de injunção, a argüição de descumprimento de preceito fundamental, a representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face das Cartas dos Estados (artigo 125).

Posteriormente, a Emenda n. 03/1993 introduz a figura da ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal (artigo 102, inciso I, a). Por fim, a Emenda n. 45, ao Reformar a estrutura do Estado, em especial do Poder Judiciário, insere a súmula de efeito vinculante, mesclando os métodos difuso e concentrado, permitindo que precedentes pluriprocessuais que, *incidenter tantum*, uma vez sumulados pelo Pretório Excelso, produzam efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública.

É verdade que a vinculação no sistema difuso possui raízes no *stare decisis*. Entretanto, a técnica de sumular conforme a conhecemos é tipicamente brasileira. A expressão “súmula” é oriunda do latim *summula* e significa a síntese de uma orientação. Consubstancia o reconhecimento da adoção, por um tribunal, de uma dada tese jurídica, bem como a intenção de reproduzi-la de forma uniforme nos posteriores julgamentos com a mesma *ratio decidendi*. Tal como conhecemos, atribui-se ao então Ministro Vitor Nunes Leal a idealização da súmula na qualidade de método de trabalho a ser utilizado em processos posteriores e repetitivos, utilizada, pela primeira vez, na histórica sessão plenária de 13 de dezembro de 1963.

Como visto, a adoção pelo Brasil de um sistema híbrido de controle de constitucionalidade, adicionando institutos aqui idealizados, demonstra como o direi-

⁵ VELOSO, Zeno. Controle Jurisdicional de Constitucionalidade, 3ª ed., Belo Horizonte, Del Rey: 2003, pg. 34.



to não é exceção a esse intermitente processo de “brasileirização”. Entrementes, cabe ressaltar algumas características do processo de “brasileirização” dos institutos jurídicos ao longo de nossa história. Inicialmente, constata-se que a experiência pátria caracteriza-se pela centralização do direito objetivo, inclusive com a previsão expressa de Tribunais de superposição com, também, a finalidade de impedir que haja orientações divergentes em partes diversas do país.

Outra delas é a conclusão de que, como Portugal, pertencemos à família da *civil law*, ou seja, que integramos à tradição romano-germânica, caracterizada pela presença do direito legislado, elemento que a diferencia do sistema da *common law*⁶. Se essa premissa for manuseada desprovida do necessário cuidado, concluiremos que o único elemento de racionalização de nossas decisões judiciais é a lei⁷ e afirmaremos que o precedente judicial não assume esse *munus*.

Pretende-se, de forma modesta, apontar o equívoco dessa premissa, demonstrando que o precedente racionaliza as motivações não só das decisões judiciais, mas também de todos os operadores do direito. Para esse mister, analisaremos a aplicação da *distinguishing* pelo Supremo Tribunal Federal no controle do efeito vinculante da Medida Cautelar prolatada nos autos da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 04-6/DF mediante a edição do Enunciado n. 729 da Súmula da Excelsa Jurisprudência.

Lembra-se, por oportuno, que a ação declaratória de constitucionalidade consubstancia exemplo de precedente vinculante monoprocessual, mas que possui como pressuposto a pluralidade de orientações em processos diversos. Essa exigência visa a impedir que o Pretório Excelso atue como órgão de consulta. Trata-se de condição da ação, pois integra a apreciação do interesse em impetrar a ação declaratória. Foi desenvolvida na qualidade de questão de ordem na ADC n. 1, sendo, posteriormente, positivada no artigo 14, inciso III, da Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999.

⁶ Gido Fernando Silva Soares leciona que “na Common Law, a idéia que permeia o sistema é de que o direito existe não para ser um edifício lógico e sistemático, mas para resolver questões concretas.” SOARES, Gido Fernando Silva. *Common Law. Introdução ao Direito dos Estados Unidos*, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, pg. 53.

⁷ Niklas Luhmann defende que os juristas insistem que a lei consubstancia a base da racionalidade de todas as decisões jurídicas. No contexto em que essa premissa é defendida, constata-se que se refere ao sistema da *civil law*. LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. Leser, São Leopoldo, pg. 389.

2 - O MÉTODO *DISTINGUISHING*.

Vislumbra-se que a Constituição de 1988 compilou, de forma seletiva, o complexo sistema de controle de constitucionalidade, na qualidade de síntese histórica do processo de “brasileirização” dos institutos da jurisdição constitucional, sobretudo após a Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004. Logo, o Brasil, para o controle de constitucionalidade, possui hipóteses de precedentes persuasivos, trancativos de recursos, vinculantes monoprocessuais e vinculantes pluriprocessuais.

Na medida em que os instrumentos de controle de constitucionalidade foram inseridos, recriados e adaptados, também formam as correlatas técnicas de interpretação e aplicação. Ora, para se aplicar um precedente, mister se faz isolar a respectiva *ratio decidendi*, na qualidade de questão nuclear do julgado⁸, bem como diferenciá-la das questões secundárias, denominadas de *obter dictas*. Muitas vezes, ao atribuir racionalidade à decisão de uma das formas de controle de constitucionalidade, o julgador observa que, apesar de aparente semelhança, a demanda apreciada possui particularidades próprias aptas a afastar a incidência de um precedente, mesmo que vinculante. Conclui, assim, o julgador que a *ratio decidendi* da demanda apreciada é distinta da do paradigma utilizado, razão pela qual irá afastá-lo. Ao método que obtém essa conclusão denominamos de distinção.

Trata-se de aplicação negativa, por exclusão, de um precedente. Observa-se que a *distinguishing* é utilizada desde o momento histórico em que os precedentes assumem o potencial de inserir racionalidade à fundamentação de uma decisão. Entrementes, a inserção do efeito vinculante, seja em sede de controle abstrato, seja em sede de edição de súmula, potencializa a aplicação desse método.

Augusto César Moreira Lima sustenta que a distinção atua como “válvulas de escapes” para os operadores do direito e ressalta que, provavelmente, “consubstancia uma das ferramentas que mais possibilitam o desenvolvimento do direito no sistema da *common law*.”⁹

⁸ MANCUSO, Rodolfo Camargo de. *Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante*, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais., 2002, pg. 186.

⁹ LIMA, Augusto César Moreira. *Precedentes no Direito*. São Paulo: Ltr, 2001, pg. 65.

A aplicação da *distinguishing* não se confunde com o não seguimento da orientação paradigma pelo magistrado. Pelo contrário. Assume-se, em primeiro lugar, que, se a demanda em apreciação fosse a mesma, a orientação seria aplicada, sobretudo se vinculante. Mas, a conclusão da fundamentação é em sentido oposto. No método da distinção, o magistrado não defende que o precedente paradigma é inconstitucional ou equivocado, bem como que o mesmo foi revogado, cancelado ou em situação de desuso. Tampouco sustentará que deixará de aplicá-lo por discordar das razões do Tribunal. Assim, a distinção consubstancia a técnica mediante a qual o magistrado conclui tratar-se de hipótese diversa de aplicação do direito objetivo, ou seja, com diversa *ratio decidendi*, mediante a utilização das técnicas de hermenêutica (gramática, lógica, sistemática e teleológica), que, ao contrário do dito por muitos, não se excluem. O mecanismo da distinção é assimilado a uma concepção de isonomia, que seria ferida se fosse aplicado precedente com diversa *ratio decidendi*.¹⁰

A Emenda Constitucional n. 45, ao introduzir o instituto da súmula com efeito vinculante, previu hipóteses de *overruled*, ao dispor, no parágrafo 2º do artigo 103-A, que os legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade poderão provocar a revisão ou o cancelamento em sentido amplo do precedente pluriprocessual, sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei. Entretanto, o direito pátrio não dispõe de regulamentação para a aplicação da *distinguishing*.

José Rogério Cruz e Tucci, citando Hebert Hart e dissertando sobre a distinção na *common law*, sustenta que:

“Esse referido processo de “distinção”, dependendo das circunstâncias, implica dois tipos de atividade dos tribunais: criadora e legislativa. O tribunal pode decidir “um caso de forma contrária à solução dada em um precedente, por meio de interpretações restritivas da regra extraída do precedente em cotejo com o caso sob apreciação. Descobre-se aí alguma diferença juridicamente relevante entre os elementos estruturais dos dois casos. Ao acompanhar um precedente, por outro lado, o tribunal pode afastar um ponto, entendendo que tal aparente exceção não encontra óbice no ordenamento jurídico. Amplia-se, destarte, a regra do precedente.””¹¹

¹⁰TOSTES, Natacha Nascimento Gomes. Judiciário e Segurança Jurídica: A Questão da Súmula Vinculante. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004, pg. 35.

¹¹ CRUZ E TUCCI, José Rogério. Precedente Judicial como Fonte do Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, pg. 174.

A distinção tem como parâmetro questão de direito, pois o objeto de análise é a *ratio decidendi* de um paradigma, ou seja, a *rule of law*, podendo ser aplicado de forma ampliativa ou restritiva. *Verbi gratia*, vamos supor que o Superior Tribunal de Justiça expeça Verbete expondo que “o bem de família é disponível.” Apreciando-se os precedentes que figuraram na qualidade de *leading case*, constata-se que se tratavam de casos em que empresários da classe média alta estavam oferecendo à penhora imóveis destinados a moradia da família situados na Barra da Tijuca. Com a constrição dos mesmos, a moradia da família passou a ser outro bem próprio, situado na zona sul do Rio, também destinado à classe média. Entretanto, um magistrado de uma certa comarca da Baixada Fluminense, continuando com o exemplo dado, conclui, mediante a técnica da distinção, que esse precedente pluriprocessual sumulado não se aplica ao caso em que está julgado, caracterizado pela qualidade de hipossuficiência econômica do devedor. Permitir a disposição do bem pelo *paeter* representaria situação de desamparo da família, que perderia modesto imóvel próprio destinado à residência do casal e dos respectivos filhos para encontrar o desabrigo das ruas, em verdadeira lesão ao princípio da dignidade da pessoa humana. Logo, conclui o magistrado de primeira instância que o caso em apreciação é distinto do paradigma, justifica a aplicação por exclusão na fundamentação e impede que o bem seja ofertado à penhora.

Ressalta-se que a aplicação do método distintivo no sistema pátrio sofre adaptações geradas por certas particularidades. Cabe lembrar que, diferentemente dos sistemas que adotam o *stare decisis*, as decisões judiciais com efeito vinculante no Brasil consubstanciam exceções previstas em números fechados. Ademais, a divulgação dos precedentes qualifica-se, em nossa citada experiência, pela utilização de ementas e súmulas, o que, em muitas vezes, leva o intérprete a erro, que se exime de buscar o inteiro teor do acórdão ou dos precedentes paradigmas, potencializando distorções no processo de decantação da *ratio decidendi*.

3 - A EXPERIÊNCIA DA MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 4-6/DF E DA SÚMULA 729.

Em 21 de agosto de 1997, o Presidente da República editou a Medida Provisória nº 1.570-5, cujo artigo 1º possui a seguinte redação, *in litteris*:

“Art. 1º Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos arts. 5º e seu

parágrafo único e 7ª da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu § 4º da Lei nº 5.021, de 9 de junho de 1966, e nos arts 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992.”

Os dispositivos citados dispõem, respectivamente, que:

“Lei 4.348/64

Art. 5º Não será concedida a medida liminar de mandados de segurança impetrados visando à reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou à concessão de aumento ou extensão de vantagens.

Parágrafo único. Os mandados de segurança a que se refere este artigo serão executados depois de transitada em julgado a respectiva sentença.

Art. 7º O recurso voluntário ou “*ex officio*”, interposto de decisão concessiva de mandado de segurança que importe outorga ou adição de vencimento ou ainda reclassificação funcional, terá efeito suspensivo.

Lei 5.021/66

Art. 1º O pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias asseguradas, em sentença concessiva de mandado de segurança, a servidor público federal, da administração direta ou autárquica, e a servidor público estadual e municipal, somente será efetuado relativamente às prestações que se vencerem a contar da data do ajuizamento da inicial.

(...)

§ 4º Não se concederá medida liminar para efeito de pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias.

Lei 8.437/92

Art. 1º Não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal.

§ 1º Não será cabível, no juízo de primeiro grau, medida cautelar inominada ou a sua liminar, quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via de mandado de segurança, à competência originária de tribunal.

§ 2º O disposto no parágrafo anterior não se aplica aos processos de ação popular e de ação civil pública.

§ 3º Não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em qualquer parte, o objeto da ação.

Art. 3º O recurso voluntário ou *ex officio*, interposto contra sentença em processo cautelar, proferida contra pessoa jurídica de direito

público ou seus agentes, que importe em outorga ou adição de vencimentos ou de reclassificação funcional, terá efeito suspensivo. Art. 4º Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.”

A Medida Provisória 1.570-5 foi convertida na Lei 9.494, de 10 de setembro de 1997, sendo que o artigo 1º não sofreu alterações na redação. Em síntese, esse dispositivo proíbe a antecipação dos efeitos da tutela em demandas que tenham por objeto reclassificação ou equiparação de servidores públicos e concessões de vantagens ou pagamentos de vencimentos. Entretanto, algumas decisões após a edição da medida provisória, em sede de controle difuso, vislumbraram que essa vedação lesionava princípios constitucionais, afastando-a do ordenamento jurídico para deferir pedidos de antecipação dos efeitos da tutela.

Por força da adesão da tese de inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei 9.494/97, especialmente por juízos de 1ª instância, o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal e a Mesa da Câmara dos Deputados impetraram a ação declaratória de constitucionalidade nº 4-6/DF, distribuída ao Eminentíssimo Ministro Sydney Sanches.

A petição inicial dessa demanda aponta considerável número de decisões antecipatórias fundadas, em especial, na norma inserta no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição da República e apresenta outras indeferindo o provimento de urgência por força do artigo 1º da Lei 9.494/97. Para satisfazer ao pressuposto do *periculum in mora*, os impetrantes sustentam que o aumento de deferimentos de pedidos de tutela antecipada, aos milhares, por servidores em desfavor de Pessoas Jurídicas de Direito Público, com determinação de imediata oneração das folhas de pagamentos, inclusive de atrasados, provoca repercussões indesejadas ao erário por imprevisão orçamentária, lesando, inclusive, o artigo 100 da Carta Magna.

Os argumentos dos impetrantes fundam-se, ainda, em dois precedentes persuasivos. O primeiro consubstancia a ação direta de inconstitucionalidade n. 223, Relator para o acórdão Ministro Sepúlveda Pertence, que possui como objeto a apreciação da constitucionalidade das Leis ns. 2.770/56, 4.348/64, 5.021/66 e 7.969/89

e como *ratio decidendi* a conclusão de que a vedação de provimentos de urgência aptos a gerar reclassificação ou equiparação de servidores públicos e concessões de vantagens ou pagamentos de vencimentos não afronta a garantia da inafastabilidade da prestação jurisdicional.

O segundo precedente citado foi a ação direta de inconstitucionalidade n. 1.576-1, Relator Ministro Marco Aurélio. Esse precedente apreciara a constitucionalidade do citado artigo 1º da Medida Provisória n. 1.570/97, com a mesma redação do artigo 1º da Lei 9.494/97, momento em que o Pretório Excelso indeferiu a suspensão cautelar. Essa ação direta foi extinta por perda de objeto, tendo-se em vista o impetrante não ter emendado a petição inicial por força de reedição que corrigira vícios apontados em outros dispositivos.

No dia 11 de fevereiro de 1998, o Pretório Excelso apreciou a medida cautelar da ADC n. 4-6/DF, deferindo, em parte, o pedido de urgência para, com efeito *ex nunc* e força vinculante, sustar, até o julgamento definitivo a prolação de qualquer decisão sobre pedido de tutela antecipada em desfavor da Fazenda Pública que tenha por pressuposto a afirmação da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei 9.494/97, assim como os efeitos futuros das decisões de antecipação de tutela já proferidas contra a Fazenda Pública. O Supremo confeccionou a ementa da ADC n. 4 com a seguinte redação, *in verbis*:

“AÇÃO DIRETA DE CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1º DA LEI N 9.494, DE 10.09.1997, QUE DISCIPLINA A APLICAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. MEDIDA CAUTELAR: CABIMENTO E ESPÉCIE, NA A.D.C. REQUISITOS PARA SUA CONCESSÃO.

1. Dispõe o art. 1º da Lei nº 9.494, de 10.09.1997: “Art. 1º . Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil, o disposto nos arts 5º e seu parágrafo único e art. 7º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu § 4º da Lei nº 5.021, de 09 de junho de 1966, e nos arts. 1º , 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992.”

2. Algumas instâncias ordinárias da Justiça Federal têm deferido tutela antecipada contra a Fazenda Pública, argumentando com a inconstitucionalidade de tal norma. Outras instâncias igualmente ordinárias e até uma Superior - o S.T.J. - a têm indeferido, reputando constitucional o dispositivo em questão.

3. Diante desse quadro, é admissível Ação Direta de Constitucionalidade, de que trata a 2ª parte do inciso I do art. 102 da C.F., para que o Supremo Tribunal Federal dirima a controvérsia

sobre a questão prejudicial constitucional. Precedente: A.D.C. n 1. Art. 265, IV, do Código de Processo Civil.

4. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzem eficácia contra todos e até efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo, nos termos do art. 102, § 2º, da C.F.

5. Em Ação dessa natureza, pode a Corte conceder medida cautelar que assegure, temporariamente, tal força e eficácia à futura decisão de mérito. E assim é, mesmo sem expressa previsão constitucional de medida cautelar na A.D.C., pois o poder de acautelar é imanente ao de julgar. Precedente do S.T.F.: RTJ-76/342.

6. Há plausibilidade jurídica na arguição de constitucionalidade, constante da inicial (“fumus boni iuris”). Precedente: ADIMC - 1.576-1.

7. Está igualmente atendido o requisito do “periculum in mora”, em face da alta conveniência da Administração Pública, pressionada por liminares que, apesar do disposto na norma impugnada, determinam a incorporação imediata de acréscimos de vencimentos, na folha de pagamento de grande número de servidores e até o pagamento imediato de diferenças atrasadas. E tudo sem o precatório exigido pelo art. 100 da Constituição Federal, e, ainda, sob as ameaças noticiadas na inicial e demonstradas com os documentos que a instruíram.

8. Medida cautelar deferida, em parte, por maioria de votos, para se suspender, “ex nunc”, e com efeito vinculante, até o julgamento final da ação, a concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, que tenha por pressuposto a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do art. 1º da Lei nº 9.494, de 10.09.97, sustando-se, igualmente “ex nunc”, os efeitos futuros das decisões já proferidas, nesse sentido.”

Salienta-se que essa decisão não impede a antecipação dos efeitos da tutela em todas as demandas, mas, apenas, nas que tenham por objeto reclassificação ou equiparação de servidores públicos e concessões de vantagens ou pagamentos de vencimentos. Foi seguida orientação da Corte no sentido da inexistência de garantia constitucional a provimentos de urgência. Na fundamentação, ficou expressa a necessidade de respeito ao disposto no artigo 100 do Texto Magno.

Seqüência de reclamações foram julgadas procedentes pelo Supremo para a defesa da autoridade da decisão proferida no julgamento da medida cautelar prolatada nos autos da ADC n. 4. Por exemplo, cita-se a Reclamação 877-RJ, Relator Ministro Gilmar Mendes, em que o Tribunal, por maioria, julgou procedente reclamação ajuizada pela

União para cassar a decisão do juízo federal que concedera tutela antecipada em favor de servidores públicos civis para garantir-lhes a incorporação em seus vencimentos do reajuste de 28,86% concedido pela Lei 8.627/93 a servidores militares.

Outra seqüência de reclamações foram ajuizadas perante o Pretório Excelso com o pretexto de defesa da autoridade da ADC n. 4, mas que foram julgadas improcedentes. Nessas, o Supremo visualizou que a *ratio decidendi* expressa na citada medida cautelar, apesar de certa semelhança, diferenciava-se daquelas insertas nas decisões que anteciparam a tutela. *Verbi gratia*, na Reclamação n. 798-2, Relator Ministro Octavio Gallotti, o Supremo assentou que:

“Nem pela simples circunstancia de refletir em consignação no contra-cheque de pagamento da remuneração do servidor, pode ela equiparar-se `a vantagem funcional de que trata o art. 1º da Lei n. 9.494-97, validada pelo julgamento cautelar da Ação Declaratória n. 4, de forma alguma descumprido pela decisão reclamada.”

Outras reclamações, como a n. 1.257-3, Relator Ministro Sydney Sanches, foram indeferidas com o argumento de que o disposto no artigo 1º da Lei 9.494/97 não alcança as demandas que tenham por objeto reclassificação ou equiparação de servidores públicos inativos e concessões de vantagens ou pagamentos dos respectivos proventos. Vislumbra-se que nessas reclamações o Excelso Pretório não apreciava a existência de dispositivo de lei que impedisse provimentos de urgência para essas demandas, bem como a respectiva constitucionalidade, mas, apenas, que a hipótese tratada na ADC nº 4 era diversa.

O Supremo aplicou o citado precedente monoprocessual vinculante por exclusão, afastando-o, na qualidade de paradigma, dos casos em apreciação. Na aplicação dos precedentes, é função do operador decantar a *ratio decidendi* do julgado orientador. Assim o fez a Suprema Corte, ao distinguir as razões de decidir das citadas reclamações afastadas, concluindo que o artigo 1º da Lei 9.494/98 não impede a antecipação de tutela em demandas com natureza previdenciária, mesmo em se tratando do regime previdenciário próprio dos servidores públicos. Salienta-se que o deferimento de provimento de urgência nessas demandas gera conseqüências semelhantes às apontadas na fundamentação da ADC nº 4, em especial à exigência do disposto no artigo 100 da Constituição da República.

Sedimentando essa orientação exclusiva à medida cautelar prolatada nos autos da ADC nº 4, o Supremo Tribunal Federal editou o Verbete nº 729 da Súmula da Jurisprudência predominante, dispondo que “a decisão na ação direta de constitucionalidade 4 não se aplica à antecipação de tutela em causa de natureza previdenciária.” Vislumbra-se, assim, nítida utilização do método *distinguising*.

A orientação pluriprocessual persuasiva emanada da edição da Súmula 729 racionalizou a fundamentação de diversos outros julgados com a mesma *ratio decidendi*, prolatados por tribunais locais, consoante denotam as ementas *in verbis*:

“PROCESSUAL CIVIL - SERVIDOR PÚBLICO - CEFET/PI - PERCEPÇÃO DE VENCIMENTOS INCLUSIVE COM DEDICAÇÃO EXCLUSIVA E ACUMULAÇÃO DE APOSENTADORIA NO CARGO DE PROFESSORA - ART. 37, XVI E § 10 DA CF/88 - ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - FAZENDA PÚBLICA - ART. 273, I E II DO CPC - OCORRÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS - AGRAVO IMPROVIDO.

1- Já decidiu esta Turma que “não é proibido antecipar a tutela contra a Fazenda Pública. Desde que não esteja o caso incluído nas vedações da Lei nº 9.494/97, não há que se falar em colisão de decisão deferitória dos efeitos da tutela com o julgamento proferido pelo STF na ADC 004. Nesse caso, presentes os pressupostos do art. 273 do CPC, legitima a concessão de tutela antecipada, conforme entendimento apresentado na decisão proferida pelo Min. CELSO DE MELLO - Reclamação 1.638/CE, DJ-I de 28/08/2000” (AG 2000.01.00.033297-1/MA, Relator JUIZ AMILCAR MACHADO, PRIMEIRA TURMA, DJ 30 /10 /2000 P.46).

2- A antecipação dos efeitos da tutela pressupõe prova inequívoca que convença da verossimilhança da alegação e o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou que haja abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu (art. 273, incisos I e II, do CPC).

3- Ocorrência, “in casu”, dos requisitos legais ensejadores da medida antecipatória.

4 - Decisão confirmada.

5 - Agravo de Instrumento improvido.

TRF - PRIMEIRA REGIÃO, Classe: AG - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 200201000425660, Processo: 200201000425660, UF: PI, Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA, Data da decisão: 10/12/2003, DJ DATA: 16/2/2004, PAGINA: 42, Relator DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ GONZAGA BARBOSA MOREIRA

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. DESCONTO EM FOLHA DE VALORES PAGOS INDEVIDAMENTE A TÍTULO DE ADICIONAL DE TEMPO DE SERVIÇO E INATIVIDADE. BOA-FÉ. AUSÊNCIA DE DEVIDO PROCESSO LEGAL. AUSÊNCIA DE VEDAÇÃO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA.

1. Em caráter excepcional, poderá ser concedida a tutela antecipada, inaudita altera parte, se presentes os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, bem como a prova inequívoca e a verossimilhança da alegação, em decisão devidamente fundamentada (Agravo Regimental no Agravo Regimental na Medida Cautelar, 2000/0020613-0, Relator Min. Paulo Gallotti, Segunda Turma, DJ I de 11/09/2000, pg. 231, RSTJ, Vol. 135, p. 198).

2. De outra parte, esta Corte, com fundamento em decisões do STF, já decidiu que as vedações impostas à concessão de antecipação de tutela contra a Fazenda Pública são aquelas taxativamente previstas no art. 1º da Lei 9.494/97 e que importem em: (a) reclassificação ou equiparação de servidores públicos; (b) concessão de aumento ou extensão de vantagens pecuniárias; (c) outorga ou acréscimo de vencimentos; (d) pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias a servidor público ou (e) esgotamento, total ou parcial, do objeto da ação, desde que tal ação diga respeito, exclusivamente, a qualquer das matérias acima referidas (trecho da decisão proferida pelo Ministro Celso de Mello na RCLMC-1638/CE, em julgamento do dia 17/08/2000).

3. Essa vedação legal não se aplica à espécie, que cuida, na realidade, de questionamento quanto à devolução dos valores recebidos a maior, por força de equívoco da própria Administração.

4. “Anulado ato administrativo que incorpora vantagens aos vencimentos de servidor público, por reconhecida a sua ilegalidade, não pode ser exigida a reposição dos valores anteriormente recebidos, sem a instauração de regular procedimento administrativo com oportunidade de contraditório e ampla defesa do servidor, sob pena de se desprezitar o princípio do devido processo legal, no seu aspecto formal.” (AMS 1998.01.00.025394-4/AM, Rel. Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian, Segunda Turma do TRF 1ª Região, DJ de 07/06/1999, p. 51).

5. Não há *periculum in mora* inverso, considerando que a autora está efetuando, mensalmente, depósito em juízo referente ao valor que deixou de ser descontado em folha.

6. Agravo de instrumento improvido.

TRF - PRIMEIRA REGIÃO, Classe: AG - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 199901000460153, Processo: 199901000460153, UF: MG, Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA, Data da decisão: 25/6/2003, DJ DATA: 7/7/2003, PAGINA: 31, Relator DESEMBARGADOR FEDERAL EUSTAQUIO SILVEIRA”

4 - CONCLUSÃO

Da mesma forma que os seres vivos submetem-se a processo de seleção natural, também se submetem os institutos culturais, excluindo-se da utilização as manifestações que, com menor intensidade, satisfaçam o fim para o qual foram desenvolvidas. Os institutos jurídicos, na qualidade de culturais, não excepcionam essa regra. Pelo contrário. A experiência histórica brasileira atribuiu grande seletividade aos instrumentos da Jurisdição Constitucional, gerando esplendoroso e complexo sistema de controle da constitucionalidade dos atos do Poder Público.

O manuseio do precedente judicial gravita, não só em nosso ordenamento, em torno do incidente de uniformização de jurisprudência, na qualidade de mecanismo tipicamente desenvolvido para promover a standartização do direito objetivo. Entretanto, por força da seletividade, outros institutos passaram a atribuir maior satisfação aos interessados para a decisão de demandas objetivas por parte do Poder Judiciário. A ação declaratória de constitucionalidade consubstancia exemplo de instituto com melhor força seletiva dentro desse contexto, razão pela qual, ao menos no que diz respeito à constitucionalidade do artigo 1º da ADC nº 4, foi utilizada para pacificar a diversidade de orientações nas instâncias ordinárias.

Entretanto, para evitar que a *ratio decidendi* da ADC nº 4 fosse aplicada a casos diversos, em nítida lesão ao princípio da isonomia, o Supremo Tribunal Federal, por exclusão, afastou a respectiva incidência em demandas que tenham por objeto natureza previdenciária, em nítido exemplo de aplicação do método *distinguishing*. Como se vê, mesmo constituindo o sistema pátrio manifestação do *civil law*, nossas decisões judiciais, também, racionalizam-se pela aplicação, mesmo por exclusão, de precedentes judiciais.

Em um segundo momento, esses precedentes gerados pelo método da distinção passaram a consubstanciar paradigmas para outros julgados com a mesma *ratio decidendi*, gerando verdadeira cadeia lógica de racionalização dos precedentes judiciais. Essa constatação não exclui o papel do direito legislado perante a função jurisdicional, mas deixa claro que, além da função de julgar os conflitos concretos, cabe ao Poder Judiciário zelar para que suas decisões sirvam de orientação para as futuras demandas.

BIBLIOGRAFIA

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente Judicial como Fonte do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

DAMATTA, Roberto. *O que Faz o Brasil, Brasil?* Rio de Janeiro: Rocco, 1984

FIGUEIREDO, Carlos. *100 Discursos Históricos Brasileiros*. Belo Horizonte: Leitura, 2003

LIMA, Augusto César Moreira. *Precedentes no Direito*. São Paulo: Ltr, 2001

LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. São Leopoldo: Leser.

MANCUSO, Rodolfo Camargo de. *Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante*, 2ª ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARIZ, Cecília. *O Demônio e os Pentecostais no Brasil*, *in* *O Mal à Brasileira*. Organização BIRMAN, Patrícia; NOVAES, Regina; CRESPO, Samira. Rio de Janeiro: Uerj, 1997.

SOARES, Gido Fernando Silva. *Common Law. Introdução ao Direito dos Estados Unidos*, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SOUZA, Jessé. *A Modernização Seletiva*. Brasília, Unb, 2000.

TOSTES, Natacha Nascimento Gomes. *Judiciário e Segurança Jurídica: A Questão da Súmula Vinculante*. Rio de Janeiro, América Jurídica, 2004.

VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*, 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL - O NOVO CÓDIGO CIVIL E SEU RELACIONAMENTO COM O MICROSSISTEMA DO CONSUMIDOR

Eugênio Rosa de Araújo

Juiz Federal Titular da 17ª Vara Federal, Ex-Promotor de Justiça/RJ,
Professor de Pós-Graduação em Direito do Consumidor da PUC/RJ,
Palestrante da Escola de Magistratura Federal do Estado do Rio de Janeiro,
Professor de Direito Financeiro do Curso Master Juris/RJ

1. Entrada em vigor do novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002, de 11/01/03). 2.A descodificação como fenômeno histórico. 3. Compatibilização do novo Código Civil com a Constituição da República. 4. Direitos humanos e relações jurídicas privadas (Tepedino). 5. A tutela da personalidade e o ordenamento civil-constitucional brasileiro. 6. Técnica legislativa da parte geral do Código Civil/2002 - variedade das fontes normativas. 7. Conceitos jurídicos indeterminados, conceitos normativos e poder discricionário. 8. O CCB, os microssistemas e a CF: premissas para uma reforma legislativa. 9. Diálogo entre o Código Civil brasileiro /02 e o CDC: o diálogo das fontes. 10. Os três tipos de diálogo possíveis entre o CDC e o CCB/02 e a superação do “conflito” pelo diálogo entre fontes. 11. Diálogo sistemático de complementaridade e subsidiariedade: a entrada em vigor do CCB/02 e a não revogação do CDC pelo CCB/02. 12. Da convergência de princípios e da divergência de campos de aplicação subjetivos. 13. Campo de Ação Subjetivo do CDC e Convergência no Campo de Aplicação Material entre o CDC e o CCB. 14. Relações de consumo como tema “não Incorporado” ao CCB/02. 15. As normas especiais sobre a “ordem” subsidiária e complementar de aplicação do CCB/02. 16. Sistema geral central e microssistemas em diálogo: especialidade, coordenação e influências recíprocas. 17. Coordenação entre a especialidade teleológica e hierárquica do CDC e a subsidiariedade do CCB/02: a função social do contrato de consumo. 18. Relações entre iguais (entre civis ou empresários) e entre “diferentes” entre consumidores e fornecedores) em um compartilhado campo de aplicação material. 19. Função e teleologia diferentes em um convergente campo de aplicação material: uma nova chance para a teoria finalística. 20. O CCB/02 como nova base conceitual do CDC e as influências recíprocas. 21. Boa-fé, abuso de direito, contratos de adesão e cláusulas abusivas no CCB/02 e no CDC. 22. Conflitos entre o CCB/02 e o CDC. 23. Considerações finais.

Com a entrada em vigor do Novo Código Civil inicia-se o momento de sua construção interpretativa, sendo necessário para dele extrair todo seu conteúdo normativo compatibilizá-lo com a Constituição da República.

Torna-se indispensável manter um comportamento crítico em face do novo Código, procurando lhe conferir a máxima eficácia social, em vista dos valores consagrados no ordenamento civil constitucional.

1. A descodificação como fenômeno histórico

O Código Civil de 1916 era fruto das doutrinas individualista e voluntarista consagrados no Código de Napoleão, onde o valor fundamental era o indivíduo. O direito privado tratava de regular, do ponto de vista formal, a atuação dos sujeitos de direito, notadamente o contratante e o proprietário, os quais aspiravam poder contratar, fazer circular riquezas, adquirir bens, como expansão da própria inteligência e personalidade, sem restrições ou entraves legais.

Afirmava-se que o Código Civil Brasileiro era a Constituição do direito privado, constituindo-se em garantia legal, resguardando as relações patrimoniais contra a ingerência do Poder Público.

A partir dos anos 20 do Século XX, a era de estabilidade e segurança do Código Civil entra em declínio em face de inúmeros acontecimentos: movimentos sociais, o processo de industrialização, o advento do esforço de guerra, propiciando o aparecimento de uma legislação de emergência, derivada da necessidade de intervenção estatal na ordem econômica.

Logo após a promulgação do Código Civil foram editadas leis excepcionais, assim denominadas, por dissentirem dos princípios dominantes do corpo codificado, desmentindo o sentido de completude do Código.

Tal fenômeno, acelerado e intensificado após os anos 30, levou o Código Civil a perder seu caráter de exclusividade na regulação das relações patrimoniais privadas.

Um processo de especialização das leis, por sua técnica, objeto e finalidade em relação ao corpo codificado, propiciou a denominada descodificação do

Código Civil, com o aparecimento de inúmeros estatutos, tais como o de locações, estatuto da criança e do adolescente, código de defesa do consumidor, registros públicos, alimentos, divórcio, estatuto da terra, universos legislativos que se constituem em verdadeiros microssistemas, pequenas codificações que funcionam com inteira independência temática, a despeito dos princípios do Código Civil, passando ele a ter função meramente residual, aplicável, tão-somente, em relação as matérias não reguladas pelas leis especiais.

2. Compatibilização do novo Código Civil com a Constituição da República

Com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, parece indispensável conferir a máxima eficácia social para que não se percam de vista os valores consagrados no ordenamento civil constitucional.

Como se viu, desde a edição do revogado Código Civil de 1916, o Direito Civil veio sendo profundamente alterado, de maneira gradual, mas intensa por meio do legislador e da magistratura, sobretudo com a Constituição Federal de 1988.

O Código Civil foi perdendo a centralidade no sistema de fontes normativas desaguando no já falado movimento de descodificação e reservou à Constituição Federal de 1988 o papel de reunificação do sistema.

3. Direitos humanos e relações jurídicas privadas (Tepedino)

Nosso direito pátrio herdou do direito romano a divisão direito público/ direito privado. Inspirado pelas idéias fundamentalistas que exaltavam o indivíduo, o Direito Civil assegurava a liberdade de contratar e a apropriação dos bens, ao passo que a doutrina dos direitos humanos engendrou mecanismos de proteção do indivíduo em face do Estado.

A sublimação do indivíduo no direito civil dá-se pela autonomia da vontade, enquanto, que as garantias fundamentais, concebidas pelo direito público, afastam as ingerências do Estado da esfera privada.

O dirigismo contratual e a formulação de novos meios processuais e substanciais de controle e de participação social corroboram este fenômeno

de superposição dos espaços públicos e privado, suscitando uma redefinição de limites e uma profunda relativização conceitual.

Na democracia capitalista globalizada, pouca serventia mostram os mecanismos de proteção dos direitos humanos, se as políticas públicas e a atividade econômica privada escaparem aos mecanismos de controle jurídico, incrementando a exclusão social e o desrespeito à dignidade da pessoa humana.

Na era dos contratos de massa e na sociedade tecnológica, a responsabilidade civil baseada na culpa, por exemplo, mostra-se pouco eficaz impondo-se a busca de soluções de índole objetiva, preferencialmente preventivas, não meramente ressarcitórias, em defesa de uma melhor qualidade de vida e da realização da personalidade.

São também insuficientes as técnicas do direito privado de proteção da pessoa humana, consubstanciadas na doutrina dos direitos da personalidade. A tipificação dos direitos de personalidade, concebida sob o paradigma dos direitos patrimoniais, com sua meticulosa taxionomia, a definição de poderes do titular e os mecanismos previamente definidos para a sua proteção, mostra-se inteiramente aquém das inúmeras e crescentes demandas da pessoa humana, inseridos em situações que se multiplicam e se diversificam ao sabor dos avanços tecnológicos, sendo insuscetíveis de se afastarem à rígida pretensão normativa muito embora merecedoras da tutela pelo ordenamento jurídico.

Vivemos uma crescente necessidade de proteção da pessoa na atividade econômica onde a insuficiência da técnica regulamentar reflete a vigência da superação do individualismo, plasmada na cláusula geral de tutela da dignidade da pessoa humana nas relações intersubjetivas.

Os exemplos destas deficiências são inúmeros, todos eles confrontam a atividade econômica privada com a tutela dos direitos fundamentais.

Hoje, a proteção dos direitos humanos, reclama análise multidisciplinar e concita o intérprete a harmonizar fontes nacionais e supranacionais, reformulando o conceito de ordem pública, que se expande para os domínios da atividade econômica privada.

Muitas vezes o descompasso entre a realidade fática e a legislativa (*rectius* interpretativa) propiciou verdadeira agressão à dignidade da pessoa humana, por exemplo,

a negativa de registro de transsexual, o exame obrigatório de DNA em sede de investigação de paternidade e a prisão cível por dívidas.

No caso de exame de DNA, o direito à integridade física configura verdadeiro direito subjetivo da personalidade, garantido constitucionalmente, cujo exercício, no entanto, se torna abusivo se servir de escusa para eximir a comprovação, acima de qualquer dúvida, de vínculo jurídico, a fundamentar adequadamente as responsabilidades decorrentes da relação de paternidade.

A proteção dos direitos humanos não mais pode ser perseguida a contento se confinada no âmbito do direito público, sendo possível mesmo aduzir que as pressões do mercado, especialmente intensas na atividade econômica privada, podem favorecer uma conspícua violação à dignidade da pessoa humana, reclamando, por isso mesmo, um controle social com fundamento nos valores constitucionais.

No campo das relações privadas, a usual técnica regulamentar mostra-se avessa à proteção dos direitos humanos, pois que incapaz de abranger a todas as hipóteses em que a pessoa humana se encontra a exigir tutela.

Seja por seu caráter compromissório, seja pela maior estabilidade do processo legislativo necessário à sua rescisão, seja por sua posição hierárquica no ordenamento jurídico, deve ser utilizada sem qualquer cerimônia pelo operador, aproveitando-se da opção do constituinte pela intervenção nos institutos do direito, como propriedade, família, atividade empresarial, relações de consumo, etc.

No que tange especificamente à proteção da pessoa humana, mantém-se despercebida, as mais das vezes, pelos civilistas a cláusula geral de tutela fixada pela Constituição, nos artigos 1º, III; 3º III e 5º § 2º.

Segundo o art. 1º, III, a República Federativa do Brasil tem como fundamento a dignidade da pessoa humana. Nos termos do art. 3º III, constituem-se objetivos fundamentais da República a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais. Finalmente, pelo art. 5º, § 2º, os direitos e garantias expressos na Constituição (com aplicação imediata, consoante o § 1º) não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte.

Recentemente, a Emenda Constitucional 45/2004 operou importantíssima alteração no texto constitucional, acrescentando o § 3º, do art. 5º, passando as normas internacionais sobre direitos humanos a ser reconhecidas como de *status* constitucional, se aprovadas pelas duas casas do Congresso por 3/5 dos seus membros em dois turnos de votação, bem como submeteu, pela nova redação do § 4º, nossa jurisdição à do Tribunal Penal Internacional, a cuja adesão o Brasil tinha se manifestado.

Tais preceitos compõem os princípios fundamentais da República e precedem topográfica e interpretativamente, todos os demais capítulos constitucionais.

A Constituição no plano hermenêutico, condiciona e conforma todo o tecido normativo: tanto o corpo constitucional, no mesmo plano hierárquico, bem como o inteiro ordenamento infraconstitucional, com supremacia sobre todas as demais normas jurídicas.

Quer a ordem constitucional com a cláusula geral da tutela da dignidade da pessoa humana e o estabelecimento dos princípios introdutórios, definir uma nova ordem pública, da qual não se podem excluir as relações jurídicas privadas, funcionalizando a atividade econômica aos valores existenciais e sociais ali definidos.

Pode-se afirmar que a tutela dos direitos humanos na atividade econômica (relações de direito privado) consolida-se na interpretação dos espaços públicos e privado, na medida em que os avanços tecnológicos e a ampliação dos mercados tendem a “despersonalizar” o indivíduo, aniquilando conquistas sociais e fomentando o predomínio de uma perversa lógica econômica.

Impõe-se que a absorção dos tratados de proteção dos direitos humanos não seja vista à luz de critérios econômicos e mercadológicos, e que na compatibilização das fontes normativas, passa a ser preservada a tábua de valores culturais, jurídicos e éticos nacionais, consagrado nos textos constitucionais e na história jurisprudencial de cada país.

É necessária uma nítida superação conceitual, no plano interpretativo, entre os valores sociais e os valores econômicos que presidem o ordenamento, entre a pessoa jurídica e a pessoa humana; entre a lógica do mercado e a lógica existencial, concernente ao cidadão, para o qual há de se voltar, em última análise, toda a ordem jurídica contemporânea.

4. A Tutela da personalidade e o ordenamento civil-constitucional Brasileiro

Personalidade como objeto de situações jurídicas subjetivas.

Os avanços de tecnologia, dos grupamentos urbanos expõe os seres humanos a novas situações sem paradigmas no passado, demandando uma construção com base nos direitos da personalidade, direitos atinentes à tutela da pessoa humana, considerados essenciais à sua dignidade e integridade (saúde, educação, assistência social e acesso à Justiça).

A separação entre o sujeito e o objeto do direito é postulado lógico, quando o interesse protegido dirige-se a uma utilidade externa, tal qual ocorre nas relações jurídicas patrimoniais. Entretanto, a regra não se adapta à categoria das relações jurídicas não patrimoniais.

Os direitos subjetivos privados, os direitos de personalidade, possuem como características a generalidade, a extrapatrimonialidade, o caráter absoluto, a inalienabilidade, a imprescritibilidade e a intransmissibilidade.

Generalidade porque concedida a todos pelo simples fato de estar vivo. Extrapatrimonialidade, consistente na insuscetibilidade de uma avaliação econômica destes direitos, ainda que a sua lesão gere reflexos econômicos. Absolutos, já que oponíveis *erga omnes*, impondo-se a coletividade o dever de respeitá-los. Indisponíveis, porque retiram do seu titular a possibilidade deles dispor, tornando-os, também, irrenunciáveis e impenhoráveis. A imprescritibilidade impede que a lesão a um direito da personalidade, com o passar do tempo, pudesse convalescer com o perecimento da pretensão ressarcitória ou reparadora. A intransmissibilidade constitui características controvertidas, estando a significar que se extinguiria com a morte do titular, em decorrência do seu caráter personalíssimo.

O Código Civil consagrou os direitos da personalidade nos artigos 11 ao 21, assegurando proteção expressa aos direitos da personalidade em geral, indicando, de maneira não taxativa, os direitos à integridade física, direito ao nome e a proteção à imagem.

Os rígidos compartimentos do direito público e privado nem sempre se mostram suficientes para a tutela da personalidade que exige a um só tempo a proteção

do Estado e das sociedades intermediárias - família, empresa, associações -, como ocorre, com frequência, nas matérias atinentes à família, à inseminação artificial e à procriação assistida, ao transexualismo, aos negócios jurídicos relacionados com a informática, às relações de trabalho em condições degradantes, e assim por diante.

Os direitos da personalidade são inatos, isto é, nascem unicamente pelo fato de nascerem com a pessoa humana, segundo a disciplina do direito positivo; são todos direitos da personalidade, embora nem todos os direitos da personalidade sejam inatos (ex: direito moral do autor, cuja existência pressupõe a criação intelectual).

Assim, como inato, o direito da personalidade nasce imediatamente e contratualmente com a pessoa (direitos inatos). Está-se diante do princípio da igualdade: todos nascem com a mesma titularidade e com as mesmas situações jurídicas subjetivas. A personalidade comporta imediata titularidade de relações personalíssimas.

Para Pietro Perlingieri, a personalidade humana mostra-se insuscetível de recondução a uma “relação jurídica-tipo” ou a um “ modelo de direitos subjetivos típicos”, sendo, ao contrário, valor jurídico a ser titulado nas múltiplas e renovadas situações em que o homem possa se encontrar a cada dia. Daí resulta que o modelo de direito subjetivo tipificado será necessariamente insuficiente para atender às possíveis situações subjetivas em que a personalidade humana reclame tutela jurídica.

Não se pode basear os direitos de personalidade sob o único paradigma dos direitos patrimoniais, já que uma única massa patrimonial comporta tantos direitos quantas distintas relações jurídicas possam ser identificadas à luz dos interesses em jogo e ainda que entre tais relações jurídicas haja um vínculo originário.

A realização plena da dignidade humana, como quer a Constituição Federal em vigor, não se contenta com a setorização da tutela jurídica ou com a tipificação de situações previamente estipuladas, nas quais pudesse incidir o ordenamento.

A tutela da pessoa humana, além de superar a perspectiva setorial (direito público/privado), não se satisfaz com as técnicas ressarcitória e repressiva (binômio lesão/sanção), exigindo, ao reverso, instrumentos de promoção do homem, considerado em qualquer situação jurídica de que participe, contratual ou extracontratual, de direito público ou de direito privado.

Nosso ordenamento constitucional não considera a personalidade com um novo reduto de poder do indivíduo, no âmbito da qual seria exercido a sua titularidade, mas como valor máximo do ordenamento, modelador da autonomia privada, capaz de submeter a atividade econômica a novos critérios de validade.

É preciso salvaguardar a pessoa humana em qualquer momento da atividade econômica, quer mediante os específicos direitos subjetivos (saúde, nome, imagem, etc), quer como inibidor de tutela jurídica de qualquer ato jurídico patrimonial ou extrapatrimonial que não atenda a realização da personalidade.

A prioridade conferida à cidadania e à dignidade da pessoa humana (art. 1º I e III CF), fundamentos da República, e a adoção do princípio da igualdade substancial (art. 3º, III), ao lado da isonomia formal do art. 5º, bem como a garantia residual estipulada pelo art. 5º, §§ 2º e 3º, da CF, condicionam o intérprete e o legislador ordinário, modelando todo o tecido normativo infraconstitucional com a tábua de valores ali estabelecida.

A escolha da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, associada ao objetivo fundamental de erradicação da pobreza e da marginalização, e de redução das desigualdades sociais, juntamente com a previsão do § 2º do art. 5º, no sentido da não exclusão de quaisquer direitos e garantias, mesmo que não expressos, desde que decorrentes dos princípios adotados pelo texto maior, configuram uma verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana tomada como valor máximo do ordenamento.

Tais diretrizes estabelecem parâmetros para o legislador, para os poderes públicos, protegendo o indivíduo contra a ação do Estado, alcançam também a atividade privada, informando as relações contratuais no âmbito da iniciativa econômica. Não há negócio jurídico que não tenha seu conteúdo redesenhado pelo texto constitucional.

A tutela da personalidade é dotada do atributo da elasticidade. No caso da pessoa humana significa a abrangência da tutela, capaz de incidir a proteção do legislador e, em particular, o ditame constitucional de salvaguarda da dignidade humana a todas as situações, previstas ou não, em que a personalidade, entendida como valor máximo do ordenamento, seja ponto da referência objetivo.

Para Pietro Perlingieri, elasticidade da tutela da personalidade significa que não existe um *numerus clausus* de hipóteses tuteladas, mas que é tutelado o valor da personalidade sem limites, ressalvados os limites postos no interesse de certas personalidades, não de terceiros. Elasticidade das relações pessoais significa, portanto, que a sua tutela deve ser estendida também às hipóteses (juridicamente relevantes) não previstas pelas leis ordinárias.

Já na regulamentação das relações jurídicas patrimoniais, ao revés, a dignidade da pessoa humana é o limite interno capaz de definir com novas bases as funções sociais da propriedade e da atividade econômica (art. 5º, XXII, XXIII, 170, caput incisos III, VII e VIII).

Os grupos sociais, como a família, os sindicatos, a universidade, a empresa, as associações filantrópicas ou mesmo religiosas, todas elas igualmente, devem ter seu regulamento interno adequado ao pleno desenvolvimento da personalidade humana, não lhes sendo consentido impor aos seus associados, normas de conduta que não se coadunam com os princípios já referidos.

As comunidades intermediárias têm a sua razão de ser e sua justificativa no papel que representam para a promoção da pessoa humana, deixando de ser tuteladas no momento em que deixem de cumpri-lo.

A tutela da personalidade não pode se conter em setores estanques, de um lado os direitos humanos e de outro as chamadas situações jurídicas de direito privado. A pessoa, à luz do sistema constitucional, requer proteção integrada, que supere a dicotomia direito público/direito privado e atende à cláusula geral fixada pelo texto maior, de promoção da dignidade humana.

Procedente a crítica à doutrina da personalidade que reproduza a lógica dos direitos subjetivos patrimoniais, formados por técnica excessivamente regulamentar. Procura-se tipificar os direitos da personalidade e descrever seu conteúdo, reservando-se erroneamente a tutela jurídica somente a qual é titular de tais direitos.

A tutela da personalidade se estende a todos os momentos da atividade econômica, daí decorrendo que a validade dos atos jurídicos, por força da cláusula geral de tutela da personalidade, está condicionada à sua adequação aos valores constitucionais e realização da pessoa humana.

Nesse contexto, a pessoa jurídica, como entidade intermediária constitucionalmente privilegiada, dever ser merecedora da tutela jurídica apenas e tão somente como um instrumento (privilegiado) para a realização das pessoas que, em seu âmbito de ação, é capaz de congrega.

6. Técnica Legislativa da parte geral do Código Civil/2002 - Variedade das fontes normativas

Do ponto de vista metodológico, duas são as principais características do Código Civil: a unificação do direito das obrigações e a adoção da técnica das cláusulas gerais, ao lado da técnica regulamentar, como resultado de um processo de socialização das relações patrimoniais, introduzindo-se no direito codificado a função social da propriedade privada e da atividade contratual.

A unificação do direito privado se faz sentir especialmente no livro relativo ao direito das empresas já a partir do art. 966, que traz o conceito de empresário, objetivamente considerado como o titular de atividade econômica profissionalmente organizada.

A inclusão das cláusulas gerais revelou atualização em termos de técnica legislativa, mas exigem cuidado especial por parte do aplicador, em razão do alto grau de discricionariedade atribuída ao intérprete. Assim, ou se tornam letra morta ou dependem de uma construção doutrinária capaz de lhes atribuir um conteúdo menos subjetivo.

O legislador procura associar em seus enunciados genéricos, prescrições de conteúdo completamente diverso em relação aos modelos tradicionalmente reservados às normas jurídicas. Cuida-se de normas que não prescrevem uma certa conduta, mas, simplesmente, definem valores e parâmetros hermenêuticos. Servem assim como ponto de referência interpretativo e oferecem ao intérprete os critérios axiológicos e os limites para a aplicação das demais disposições normativas.

Na experiência brasileira, o ECA, o CDC e o Estatuto da Cidade são bons exemplos de ampla utilização das cláusulas gerais e de conceitos jurídicos indeterminados associados a normas descritivas de valores.

Torna-se imprescindível que o intérprete promova a conexão axiológica entre o corpo codificado e a CF/88, que define os valores e os princípios fundantes

da ordem pública. Desta forma dá-se um sentido uniforme às cláusulas gerais, à luz da principiologia constitucional, que assumiu o papel de reunificadora do direito privado, diante da pluralidade de fontes normativas e da progressiva perda da centralidade normativa do Código Civil de 1916.

As cláusulas gerais do novo Código Civil poderão apresentar uma alteração relevante no panorama do direito privado brasileiro desde que lidas e aplicadas segundo a lógica da solidariedade constitucional e da técnica interpretativa contemporânea.

Volta-se a ciência jurídica à busca de técnicas legislativas que possam assegurar uma maior efetividade aos critérios hermenêuticos. Nesta direção, parece indispensável, a definição de princípios de tutela da pessoa humana, descrevendo nos textos normativos os cânones hermenêuticos e as prioridades axiológicas, os contornos da tutela da pessoa humana e os aspectos centrais da identidade cultural que se pretende proteger, ao lado de normas que permitem, do ponto de vista de sua estrutura e função, a necessária comunhão entre o preceito normativo e as circunstâncias do caso concreto.

Cabe ao intérprete, não mais ao legislador, a obra de integração do sistema jurídico e esta tarefa há de ser realizada em consonância com a legalidade constitucional.

No que concerne à parte geral, algumas cláusulas gerais utilizadas pelo codificador merecem especial atenção, relativamente à proteção dos direitos da personalidade e à boa-fé objetiva como cânones interpretativos.

Os direitos da personalidade, ausentes no Código Civil de 1916, foram admitidos no Brasil por força de construções doutrinárias, com base em leis especiais e na Constituição da República. O Código Civil de 2002 regula alguns direitos da personalidade, como se vê no art. 12 que prevê a possibilidade de cessão de ameaça ou da lesão a direito da personalidade e o ressarcimento pelos danos causados e do art. 21, “a vida privada da pessoa natural é inviolável, e o Juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”.

Ambos os dispositivos, lidos isoladamente não trazem grande novidade, sendo certo que a vida privada é constitucionalmente inviolável (CF/88, art. 5º, X) e que qualquer lesão ou ameaça de lesão possibilita a correspondente tutela jurisdicional

(CF/88 art. 5º, XXXV). Os preceitos ganham, contudo, maior significado se interpretados como especificação analítica da cláusula geral da tutela da personalidade prevista na Constituição Federal artigos 1º, III (a dignidade humana como valor fundamental da República), 3º, III (igualdade substancial) e 5º, § 2º. (mecanismo de expansão do rol dos direitos fundamentais).

A partir daí, deverá o intérprete romper com a ótica tipificadora seguida pelo Código Civil, ampliando a tutela da pessoa humana não apenas no sentido de admitir uma maior ampliação de hipóteses de ressarcimento no intuito de promover a tutela da personalidade mesmo fora do rol de direitos subjetivos previsto pelo legislador codificado. Pode-se dizer aqui que o direito civil sofreu um processo de constitucionalização, tornando-o socializado e despatrimonializado.

É insuficiente qualquer construção doutrinária que tipifique os direitos da personalidade ou cogite de um único direito geral da personalidade, por acabar limitando a proteção da pessoa à atribuição do poder para salvaguarda meramente ressarcitória, conforme a lógica dos direitos patrimoniais.

A personalidade humana não pode ser reduzida a uma situação jurídica-tipo ou a um elenco de direitos subjetivos típicos, de modo a se proteger as múltiplas e renovadas situações em que a pessoa venha a se encontrar. Muitos manuais analisam a personalidade do ponto de vista exclusivamente estrutural, ora como elemento subjetivo da estrutura das relações jurídicas, identificada com o conceito de capacidade jurídica, ora como elemento objetivo, ponto de referência dos direitos da personalidade. Reproduz-se, desse modo, a técnica do direito de propriedade, delineando-se a tutela da personalidade de modo setorial e insuficiente.

A proteção constitucional da pessoa humana supera a setorização da tutela jurídica (direitos humanos = direito público/direito da personalidade = direito privado) bem como a tipificação de situações previamente estipuladas, nas quais pudesse incidir o ordenamento.

É lícito considerar a personalidade como valor máximo do ordenamento, modelador da autonomia privada, capaz de submeter toda atividade econômica a novos critérios de legitimidade.

Configuram uma verdadeira *cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana*, tomada como valor máximo do ordenamento, a escolha da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, a erradicação da pobreza e da marginalização e redução das desigualdades sociais como objetivos fundamentais e a previsão dos § 2º e 3º, art. 5º, no sentido da não inclusão de quaisquer direitos e garantias mesmo que não expressos na Constituição.

Trata-se do ocaso da concepção da proteção da pessoa humana associada exclusivamente à atribuição de titularidades e à possibilidade de obtenção de ressarcimento.

Assim, os art. 11 a 23 do Código Civil/2002 devem ser lidos à luz da tutela constitucional emancipatória, para irmos além da proteção do indivíduo contra o Estado, para alcançarmos também a atividade econômica privada. Informando as relações contratuais de tal modo que possamos dizer que não há negócio jurídico ou espaço de liberdade privada que não tenha seu conteúdo redesenhado pelo texto constitucional.

Destaca-se a cláusula geral da boa-fé objetiva (arts. 113 e 422 CC/02) já adotada pelo CDC, agora estendida às relações contratuais em geral, consubstanciada na lealdade, informação e transparência, ligados no dever de interpretar o negócio de modo a preservar o conteúdo econômico e social perseguido pelas partes.

A leitura da cláusula geral da boa-fé objetiva, a partir dos princípios constitucionais informadores da atividade econômica privada, dá o verdadeiro sentido transformador do preceito na teoria da interpretação dos negócios jurídicos. O dever de interpretar os negócios jurídicos conforme a boa-fé objetiva encontra-se irremediavelmente informado pelos quatro princípios fundamentais para atividade econômica privada, a saber:

- dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF) - Fundamento da república;
- valor social da livre iniciativa (art. 1º, IV CF) - Fundamento da república;
- a solidariedade social (art. 3º, I CF) - objetivo da república;
- a igualdade substancial (art. 3º, III, CF) - objetivo da república

Permitem, assim, as cláusulas gerais a superação da regulamentação casuística, através de normas jurídicas aplicáveis direta e imediatamente aos casos concretos.

O Constituinte vinculou diretamente tais dispositivos do art. 170 CF, espancando qualquer dúvida quanto ao significado instrumental da atividade econômica privada para a consecução dos fundamentos e objetivos da ordem constitucional.

Entende-se, então, o real significado da cláusula geral da função social do contrato (421 CC/02), pois à luz da CF a função social torna-se razão determinante e elemento limitador da liberdade de contratar, na medida em que esta só se justifica na presunção dos fundamentos e objetivos da República. Extrai-se daí a função social do contrato como o dever imposto aos contratantes de atender - ao lado dos próprios interesses individuais perseguidos pelo regulamento contratual - a interesses extracontratuais socialmente relevantes, dignos de tutela jurídica, que se relacionam com o contrato ou são por ele atingidos.

Tais interesses dizem respeito p. ex: aos consumidores, livre concorrência, meio ambiente, relações de trabalho etc.

À função social do contrato associa-se à boa-fé objetiva que, seja como princípio interpretativo (113 c/ 402), seja como princípio fundamental do regime contratual (422 c/ 402), significa o dever de interpretar o negócio de modo a preservar o conteúdo econômico e social perseguido pelas partes, daí decorrendo os deveres anexos e recíprocos de lealdade, informação e transparência, nas fases pré-negocial, negocial e pós-negocial.

Cumprir destacar, em breve síntese, os contornos do que, hoje, tem-se entendido por conceitos jurídicos indeterminados, conceitos normativos e poder discricionário, categorias de enorme importância para o correto manejo da operabilidade, socialidade e eticidade que norteiam a exegese do Código Civil e os demais microsistemas que com ele mantêm contato.

7. Conceitos jurídicos indeterminados, conceitos normativos e poder discricionário

Ao lado da técnica de legislar com normas regulamentares, i.e., através de previsões específicas e circunstanciadas, coloca-se a técnica das cláusulas gerais. Legislar por cláusulas gerais significa deixar ao Juiz, ao intérprete, uma maior possibilidade de adaptar a norma às situações de fato. Ex.: ordem pública, bom costume, equidade, diligência, lealdade no adimplemento, boa-fé no contrato, etc.

Ao lado das cláusulas gerais, vamos enfrentar, então, o momentoso tema dos conceitos indeterminados, que se caracterizam por um elevado grau de indeterminação.

Hoje nos deparamos com diversos modos de expressão legislativa que são de molde a fazer com que o julgador (o órgão aplicador do direito) adquira autonomia em face da lei.

Como modos de expressão deste tipo distinguiremos: conceitos jurídicos indeterminados, os conceitos normativos, os conceitos discricionários e as cláusulas gerais (diferentes formas de afrouxamento da vinculação legal).

Conceito indeterminado - Conceito em cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos. Conceitos absolutamente determinados são muito raros no direito (vg conceitos numéricos).

Os conceitos jurídicos são predominantemente indeterminados pelo menos em parte, vg, aqueles conceitos naturalísticos que são recebidos pelo direito, como os de "escuridão", "sossego noturno", "ruído", "perigo" e "coisa", do mesmo modo se pode dizer dos conceitos jurídicos como de "crime", "ato administrativo", "negócio jurídico", etc.

Nos conceitos jurídicos indeterminados podemos distinguir um núcleo conceitual e um halo conceitual. Sempre que temos uma noção clara do conteúdo e da extensão de um conceito, estamos no domínio do núcleo conceitual. Onde as dúvidas começam, começa o halo do conceito.

Conceito normativos - Em certa medida são também conceitos indeterminados. Contrapõe-se estes conceitos aos conceitos descritivos, i.e, aqueles conceitos que designam "descritivamente" objetos reais ou que participam da realidade, i.e, objetos perceptíveis pelos sentidos: "homem", "morte", "cópula", "escuridão", "vermelho", "velocidade", "intenção", etc.

Também entre os conceitos descritivos se encontram muitos conceitos indeterminados. Nem todos os conceitos indeterminados são, porém, e ao mesmo tempo "normativos".

Destacando-se dois significados diferentes do conceito normativo *strictu sensu* podemos entender por conceitos “normativos” aqueles que, contrariamente aos conceitos descritivos, visam dados que não são simplesmente perceptíveis pelos sentidos, mas que só em conexão com o mundo das normas se tornam representáveis e compreensíveis.

Os conceitos descritivos de “homem”, “morte” e “escuridão” são conceitos de experiência, mesmo quando referidos a valores. Ao contrário, dizer que uma coisa é “alheia” podendo ser objeto de furto, significa que ela pertence a outro que não o agente. Pressupõe-se o regime de propriedade do direito civil.

Sentido normativo (e não simplesmente referido a valores) tem-no, de igual modo conceitos jurídicos como “casamento”, “afinidade”, “funcionário público”, “menor”, “indecoroso”, “íntegro”, “indigno”, “vil” (baixo) os quais radicam seu teor de sentido em quaisquer normas (direito ou moral).

Conceitos como casamento e menoridade são relativamente determinados pois os pressupostos da sua aplicação são definidos de modo bastante preciso. Pode-se mesmo definir estes pressupostos através de conotações descritivas, vg, declarando “menor” aquele que ainda não completou 18 anos.

É sempre necessária uma valoração para aplicar, no caso concreto, um conceito normativo se alguém é casado ou menor tal pode ser “estabelecido” por critérios descritivos. Ao contrário, se uma predisposição caractereológica é “indigna”, se um motivo é “vil”, se um escrito é “pornográfico”, se uma representação é “blasfema”, isso só poderá ser decidido com base numa valoração.

Os conceitos desta espécie chamam-se conceitos carecidos de um preenchimento valorativo”. O volume normativo destes conceitos tem de ser preenchido caso a caso, através de atos de valoração (valoração individual autônoma ou implementação de valorações alheias [“generalidade de pessoas”]). Seja como for, à valoração irá inerente uma indeterminação que nos mostra os conceitos normativos como uma classe especial de conceitos indeterminados.

Conceitos discricionários -Se põem a serviço do afrouxamento da vinculação legal, bem como permitem uma certa autonomia da valoração pessoal.

É necessário saber se, ao lado dos conceitos indeterminados e normativos podemos reconhecer os discricionários que postulam uma particular posição ou atitude do funcionário ou do juiz.

Vista pelos clássicos a discricionariedade é no sentido de que o ponto de vista daquele que exerce o poder discricionário deve valer como relevante e decisivo.

Para FORSTHOFF, poder discricionário significa um espaço de liberdade para a ação e para a resolução, a escolha entre várias espécies de conduta igualmente possíveis. O direito positivo não dá a qualquer destas espécies de conduta preferência sobre as outras.

“Espaço livre” é a possibilidade de escolher entre várias alternativas diferentes de decisão, quer o espaço livre esteja apenas entre duas decisões contraditoriamente opostas (vg conceder ou não uma autorização) ou entre várias decisões à escolha numa relação disjuntiva (nomear um professor de uma lista de 3).

E o conteúdo intrínseco do critério “possibilidade de escolha” que evidencia a particularidade dos conceitos de discricionariedade. Tal possibilidade não é só a de fato, mas também uma possibilidade jurídica: é o direito, quase sempre a lei, que numa parte da norma abre a possibilidade de uma escolha entre várias alternativas de fato possíveis.

No caso da “discricionariedade vinculada” o exercício do poder de escolha deve ir endereçado a um escopo e resultado da dicção que é o “único ajustado”, em rigorosa conformidade com as diretrizes legais, ao lado de uma cuidadosa consideração de todas as “circunstâncias do caso concreto”.

A incerteza eventualmente existente é um mal que se tem de aceitar. O espaço residual (espaço livre - restringido) da subjetividade na apreciação do justo depois de atendidos as regras e as circunstâncias pode não ser totalmente eliminado.

Os espaços da livre apreciação distinguem-se das genuínas atribuições de poder discricionário (ie., atribuições de poder para uma discricionariedade livre) pelo fato de que as atribuições de poder reconhecem um “espaço ou domínio de liberdade de decisão própria” onde deve decidir-se segundo as “concepções próprias” daquele a quem a competência é atribuída.

O autêntico poder discricionário é atribuído pela lei quando a decisão sobre o correto ou conveniente é confiada à responsabilidade de alguém e definida à valoração individual da pessoa chamada a decidir em concreto, porque se considera a melhor solução aquela que, dentro de determinados limites, como pessoa consciente de sua responsabilidade, faça valer seu próprio ponto de vista.

É problema de interpretação verificar quando é que na relação entre a lei e a administração, temos de aceitar a abertura de um “poder discricionário”.

Tem-se que decidir caso a caso que intenção inspira aqueles conceitos que se suspeita serem discricionários, se eles possibilitam a descoberta de uma decisão como a única justa (correta) segundo critérios firmes.

Os conceitos indeterminados (mormente os descritivos indeterminados) e os conceitos normativos (vg. características normativas - hipóteses legal no direito penal com “mal sensível”) não se reportam a valorações pessoais, se bem que permitam um espaço residual de apreciação pessoal do justo e correto, porque a sua interpretação e aplicação no caso concreto é ambivalente.

Inversamente, pode-se dizer que os conceitos discricionários, como regra, são formulados pela sua própria estrutura como indeterminados e normativos (vg interesse público, equidade, dureza).

Se se pode falar de discricionariedade do legislador e do governo, também é possível a judicial, que aparece na determinação das conseqüências jurídicas do fato punível ou na fixação da reparação pecuniária do dano moral, ou em certas medidas processuais baseadas na mera conveniência (reunião de processos). O “poder” não significa mera possibilidade fática mas traduz um poder de escolha.

No domínio da administração ou jurisdição, a convicção pessoal (valoração) de quem seja chamado a decidir é elemento decisivo para determinar qual das várias alternativas que se oferecem como possíveis dentre de certo “espaço de fogo” será havida como sendo a melhor e a justa.

É problema de hermenêutica indagar onde e em que extensão tal discricionariedade existe.

Os conceitos indeterminados contrapõem-se aos conceitos determinados; os conceitos normativos contrapõem-se aos descritivos; os espaços ou âmbitos de livre discricção contrapõem-se às vinculações aos critérios objetivos do justo.

O conceito multisignificativo de cláusula geral é conceito que se contrapõe a uma elaboração casuística das hipóteses legais. Casuística é aquela configuração da hipótese legal (enquanto somatório de pressupostos que condicionam a estatuição que circunscreve particulares grupos de casos na sua especificidade própria.

As cláusulas gerais e o método casuístico nem sempre se excluem mutuamente dentro de uma certa matéria jurídica, mas, antes, se podem também complementar. Uma combinação de ambos é o método exemplificativo.

As cláusulas gerais não possuem qualquer estrutura própria. Não exigem processos de pensamento diferentes daqueles que são pedidos pelos conceitos indeterminados, os normativos e os discricionários. Tendo em vista sua técnica legislativa e graças à sua generalidade, elas tornam possível sujeitar um mais vasto grupo de situações, de modo ilacunar e com possibilidade de ajustamento, a uma consequência jurídica.

O casuismo está sempre exposto ao risco de apenas fragmentar e "provisoriamente" dominar a matéria jurídica. Este risco é evitado pela utilização das cláusulas gerais, embora outros riscos devam ser aceitos.

Constitui um ato de interpretação interrogar os conceitos normativos contidos em lei para saber se eles foram concebidos como objetivos critérios de valor ou como autorizações para se proceder a uma valoração pessoal, como conceitos dos quais decorre uma apreciação "vinculada" ou em genuíno poder discricionário.

Nos conceitos descritivos indeterminados, não nos afastamos da base da interpretação e daquela que lhe é conexas da subsunção. O manejo dos conceitos puramente empíricos é interpretação. Por exemplo "período noturno" e "escuridão" são conceitos empíricos que podem dificultar a interpretação e a subsunção (que na interpretação se baseia) dos casos concretos e abrigar o aplicador do direito a uma particular ponderação.

Os conceitos normativos contêm certa ambigüidade. Esta significa que o conceito em questão pressupõe certas normas (menoridade, casamento, funcionário, etc) ou a normatividade traduz carência de um preenchimento valorativo. Ex: saber se o dedo indicador é um “membro importante do corpo”, se os combates de boxe são compatíveis com os bons costumes, ou se um curador “violou gravemente suas obrigações”.

Em tais casos, a lei é de opinião de que há concepções morais dominantes pelas quais o juiz deve se deixar orientar. Se se tratar, vg, de questões éticas fundamentais, o juiz não poderá desprezar aquilo a que chama “lei moral objetiva”, que o legislador pressupõe e aceita como válida.

A função dos conceitos normativos em boa parte é justamente permanecer abertos às mudanças das valorações, a valoração que o conceito normativo aqui exige é uma questão de conhecimento. O órgão aplicador do direito tem que averiguar quais são as concepções éticas efetivamente vigentes. A valoração pessoal é apenas uma parte do material do conhecimento, e não o último critério de conhecimento.

Assim, as decisões através das quais estes conceitos normativos carecidos de preenchimento valorativo são “concretizados” tem o significado de algo como uma espécie de interpretação destes conceitos; ao mesmo tempo que também a determinação da valoração correspondente ao caso concreto revela certo parentesco com a subsunção.

Os conceitos normativos (ao contrário dos descritivos) podem adaptar-se elasticamente à configuração particular das circunstâncias do caso concreto e ainda a qualquer mudança das concepções valorativas.

Nos conceitos normativos-subjetivos, cujos protótipos são os genuínos conceitos discricionários, os quadros ou molduras da livre discricção autorizam o órgão aplicados do direito a considerar como vinculante e justa a valoração por ele pessoalmente tido por justa. Nestes termos, cientemente se conformam com uma pluralidade de sentidos.

O quadro ou moldura de decisão pessoal não só é restringido através de limites legais, mas ainda de outras limitações segundo os costumes ou da idéia de direito ou de Estado.

A proibição de arbitrariedade e da falta de pertinência exige consideração, posto que na utilização do poder discricionário são evitados excessos e os abusos desse poder. Neste momento estamos a supor que a decisão “pessoal” é uma decisão ajustada, proferida com base numa convicção íntima e sincera.

A discricionariedade implica não apenas a livre escolha dos fins, mas também, em certos casos, livre escolha dos meios, embora não seja possível negar uma certa relatividade desta distinção.

Por diversas formas o aplicador do Direito, através da equidade que se prende com os conceitos indeterminados e com os conceitos normativos, com as cláusulas de discricionariedade e as cláusulas gerais, é chamado a descobrir o direito do caso concreto, não simplesmente através da interpretação e da subsunção, mas também através de “valorações e decisões de vontade”.

No exercício do poder discricionário surgem várias alternativas à escolha (fungibilidade), cada uma delas pode ser fungível e defensável, em vista da grande ambigüidade que permanece dentro do “espaço de fogo”.

Essa fungibilidade ou justificabilidade não exclui a esgrima de argumentos e críticas sobre as razões porque precisamente esta ou aquela decisão é a melhor e “genuinamente” reta. O reto tem de ser sempre defensável, mas nem tudo que é defensável tem de ser aceito como reto pois que continua a ser discutível. Aquilo que em todo caso tem de ser reconhecido como defensável deve valer como caindo no espaço de manobra do poder discricionário e, nessa medida, deve valer como correto.

Aplicadores do direito são comissionados a procurar o que é de direito, o que é conveniente e o que é a medida justa no caso concreto, por modo a empenhar a sua responsabilidade e a sua melhor ciência e consciência, sim, mas ao mesmo tempo também por um modo criativo e talvez mesmo inventivo.

Nelson Nery Júnior em seu Código Civil anotado oferece, em breve síntese, as linhas gerais do novo Código, enfatizando o tema das cláusulas gerais e os denominados conceitos jurídicos indeterminados.

O C.C. regula as relações jurídicas civis, i. e, relações jurídicas entre as pessoas naturais e jurídicas entre si e em face das coisas que possam ser de sua titularidade.

Unificou o direito das obrigações e revogou parcialmente o Código Comercial, deixando de fora, por exemplo, os registros públicos, locação de imóveis para fins residenciais, sociedade anônima e a falência.

Convivem com o C.C. os microsistemas (pequenas codificações setorializadas vg divórcio, ECA, locações, CDC etc), relativizando o conceito do código e mobilizando o sistema do CC por intermédio de Cláusulas Gerais.

Nosso sistema optou por ser móvel (não fechado), adotando as cláusulas gerais, os conceitos legais indeterminados e os conceitos determinados pela função, como elementos integradores da unidade e da ordenação do sistema.

Nem todas as relações jurídicas de direito privado são regidas pelo CC, pois, por exemplo, as relações trabalhistas e as de consumo têm regulamento próprio, na CLT e no CDC.

As relações jurídicas mercantis que permanecem regidas pelo CCom. (Código Comercial) e leis esparsas (vg sociedades anônimas) continuam sob esses regimes especiais, aplicando-se o CC subsidiariamente, quando a norma invocada for compatível com o sistema da lei especial.

Unificando o direito das obrigações (Tese monista) o novo CC revogou a parte primeira do CCom (arts. 1º a 456), somente vigendo a parte segunda do Ccom (arts. 457 a 796), que trata do Comércio Marítimo, exceto o Título IX (do naufrágio e salvados) que foi revogada pela Lei nº 7542/86.

Já haviam sido revogados no CCom os dispositivos referentes a parte terceira (Das quebras - arts. 797 a 913) pela Lei de falências e a parte final com o título único "Da administração da justiça nos negócios e causas comerciais (arts. 1º a 30) pelo CPC/39.

Ficaram ainda em vigor do Código Comercial os artigos 457 a 730 e 740 a 796, referentes ao comércio marítimo.

O sistema do CC está impregnado de cláusulas gerais, que se caracterizam como fonte de direito e de obrigações, havendo grande interação entre aquelas e os princípios gerais do direito, os conceitos legais indeterminados e os conceitos determinados pela função.

Princípios Gerais de Direito são regras de conduta que norteiam o juiz na interpretação da norma, do ato ou do negócio jurídico. Podem ou não ser positivados (previstos expressamente em lei), constituem-se em regras estáticas carentes de concreção e têm como função principal auxiliarem o juiz no preenchimento das lacunas (LICC art. 4º; CPC art. 126).

Conceitos legais indeterminados (ou conceitos jurídicos indeterminados) são palavras ou expressões indicados na lei, de conteúdo e extensão altamente vagos, imprecisos e genéricos, e por isso mesmo abstrato e lacunoso, cabendo ao juiz, no momento de fazer a subsunção do fato à norma, preencher os claros e dizer se a norma atua ou não no caso concreto.

Preenchido o conceito legal indeterminado, a solução já está preestabelecida na própria norma legal, competindo ao juiz apenas aplicar a norma, sem exercer nenhuma função criadora. Distinguem-se das cláusulas gerais pela finalidade e eficácia. A lei enuncia o conceito indeterminado e dá as conseqüências dele advindas.

No Direito Administrativo, por exemplo, não bastam às cláusulas gerais (que permitem ao juiz liberdade do preenchimento dos conceitos) porque o princípio da legalidade (CF 37, *caput*) só permite que seja realizado o que a norma expressamente autorizar.

Exemplos de conceitos legais indeterminados:

- atividade de risco (art 927, parágrafo único, do CC)
- caso de urgência (art. 251, parágrafo único, do CC)
- perigo iminente (art. 188, II, do CC)
- divisão cômoda (art. 2019, do CC)
- Coisas necessárias à economia doméstica (art. 1643, I, do CC)
- Necessidade imprevista e urgente (art. 581, do CC)

Ressalte-se que o preenchimento da indeterminação do conceito legal indeterminado será feito pelo juiz por meio de valores éticos, morais, sociais,

econômicos e jurídicos, o que transforma o conceito legal indeterminado em conceito legal determinado pela função.

Os conceitos legais indeterminados se transmudam em conceitos determinados pela função que têm de exercer no caso concreto. Servem eles para propiciar e garantir a aplicação correta, equitativa do preceito ao caso concreto.

Nos conteúdos das idéias de boa-fé (art. 422, CC), bons costumes (art. 187, CC), ilicitude (art. 186, do CC), abuso do direito (art. 187, CC) etc, está implícita a determinação funcional do conceito, como elemento de previsão, pois o juiz deverá dar concreção aos referidos conceitos, atendendo às peculiaridades do que significa boa-fé, bons costumes, ilicitude ou abuso do direito no caso concreto.

Cláusulas Gerais são normas orientadas sob forma de diretrizes, dirigidas ao Juiz, vinculando-o ao mesmo tempo em que lhe dão liberdade para decidir. São formulações contidas na lei, de caráter significativamente jurídico e abstrato cujos valores devem ser preenchidos pelo juiz, autorizado para agir assim em decorrência da formulação da própria cláusula geral, que tem natureza de diretriz.

Distinguem-se dos conceitos legais indeterminados pela finalidade e eficácia, pois aqueles, uma vez diagnosticados no caso concreto, já têm uma solução preestabelecida em lei, cabendo ao juiz aplicar a referida solução. As cláusulas gerais, ao contrário, se diagnosticados pelo juiz, permitem-lhe preencher os claros com os valores designados para aquele caso, para que se dê a solução que ao juiz parecer mais correta, ou seja, concretizando os princípios gerais de direito e dando aos conceitos legais indeterminados uma determinabilidade pela função que têm de exercer naquele caso concreto.

As cláusulas gerais têm como função dotar o sistema interno do CC de mobilidade, mitigando as regras mais rígidas, além de atuar de forma a concretizar o que se encontra previsto nos princípios gerais de direito e nos conceitos legais indeterminados, prestando-se, ainda, para abrandar as desvantagens do estilo excessivamente abstrato e genérico da lei. Para tanto, as cláusulas gerais passam, necessariamente, pelos conceitos determinados pela função. O juiz exerce relevante papel no exercício dos poderes que derivam das cláusulas gerais, porque ele instrumentaliza, preenchendo com valores, o que se encontra abstratamente contido nas referidas cláusulas gerais.

Ressalte-se que a cláusula geral não é princípio ou regra de interpretação; é norma jurídica, i.e, fonte criadora de direitos e obrigações e têm função instrumentalizadora porque vivificam o que se encontra contido, abstrata e genericamente, nos princípios gerais de direito e nos conceitos legais indeterminados e, por isso, são mais concretos e efetivos do que esses dois institutos.

Exemplos de cláusulas gerais:

- função social do contrato (art. 421);
- boa-fé objetiva e probidade (art. 422);
- ato ou negócio jurídico deve ser realizado atendendo aos seus fins sociais e econômicos;
- empresa deve atuar atendendo a função social da propriedade;
- atos de permissão e tolerância não induzem posse (art. 1208).

Assim:

Quando a norma prevê a consequência, houve determinação de conceito legal indeterminado; a solução a ser dada pelo juiz é aquela previamente prevista na norma.

Quando a norma não prevê a consequência, dando ao juiz a oportunidade de criar a solução, houve aplicação da cláusula geral: a consequência não estava prevista na norma e foi criada pelo juiz.

O CC aplica-se subsidiariamente às relações trabalhistas, de consumo (CDC), estatuto da criança e enorme gama de outras leis esparsas que versam sobre matérias específicas do Direito Privado, que não foram revogadas pelo novo sistema legal, tendo em vista ser o CC o estatuto que estabelece os fundamentos da teoria geral do direito privado, disciplinando situações e relações jurídicas entre os titulares de direito e a respeito de seus interesses sobre os objetos de direito.

Termina suas considerações gerais sobre o novo Código Civil aduzindo que em relação, especificamente ao CDC, todas as relações jurídicas de consumo que tenham como sujeitos o fornecedor (art. 3º, *caput* CDC) e o consumidor (art. 2º, 17 e 29, do CDC) e por objeto o produto (art. 3º, § 1º) ou serviço (art. 3º, § 2º, CDC) são objeto de disciplina pelo CDC, sobre elas não incidindo, diretamente, o CC.

Há que se ler, portanto, o CC/02 na perspectiva civil-constitucional, para se atribuir não só às cláusulas gerais, mas a todo o corpo codificado um significado coerente com a tábua de valores desta ordenação, que pretende transformar efetivamente a realidade a partir das relações jurídicas privadas, segundo os ditames da solidariedade e justiça social.

Cumprirá aos operadores do direito, conferir um grau máximo de efetividade no novel Código Civil, submetendo-o à uma filtragem constitucional escoimando-se, via interpretação conforme, de eventuais exageros, deformações, retrocessos e pugnando para que seja um canal propulsor e solidário da cláusula geral da tutela da promoção da pessoa humana.

8. O CCB, os microssistemas e a CF: premissas para uma reforma legislativa

A completude do CC que caracteriza o processo legislativo com pretensão exclusiva, descarta a utilização de fontes de integração heteronômicas, forjando-se um modelo de sistema filiado, auto suficiente para o qual as constituições não lhe diziam respeito.

A miragem da codificação é a completude: uma regra para cada caso. O código é para o juiz um prontuário do qual não pode se afastar.

A partir de 1930 o CC se transforma em centro normativo do direito comum, ao lado do qual proliferam as leis especiais, incumbidas de disciplinar novas figuras emergentes na realidade econômica e não previstas pelo codificador. Constituíram assim o direito especial.

Nos anos 60, inteiras matérias são subtraídas da matéria codificada e não mais apenas os institutos dos chamados direito especial.

A evolução do cenário econômico e social passou a exigir do legislador uma intervenção que não se limita à tipificação de novas figuras do direito privado (antes direito especial), abrangendo, em legislação própria, toda uma vasta gama de relações jurídicas que atingem diversos ramos do direito.

Microssistemas são leis que regulamentam exaustivamente extensas matérias e passam a ser designadas como estatutos, veiculando não apenas normas de

direito material, mas também processuais, de direito administrativo, regras interpretativas e até de direito penal.

O legislador deixa de atuar de maneira genérica e neutra, definindo objetivos de política legislativa, incentivando com subsídios fiscais, atuando como agente de promoção de valores e políticas públicas, delineando-se o que o que se nomeou de “função promocional do direito”.

As demandas sociais impõem, a cada momento, atos normativos de grande fugacidade e variabilidade.

É evidente a ausência de parâmetros homogêneos a ponto de se apregoar a existência de um direito da pós-modernidade: cultura jurídica pós-moderna (Erik Jayme).

Fenômenos da cultura jurídica pós-moderna:

- | | | |
|------------------------------|---|---------------------------------------|
| 1. pluralismo | } | papel primordial dos direitos humanos |
| 2. comunicação | | |
| 3. a narrativa | | |
| 4. o retorno aos sentimentos | | |

1. **Pluralismo** de fontes legislativas a regular o fato; pluralismo de sujeitos a proteger (por vezes indeterminados); pluralismo dos agentes ativos a quem imputar a responsabilidade (fornecedores que se organizam em cadeias), em relações extremamente despersonalizadas, múltiplas, multifacetadas.

2. **Comunicação** - valor máximo da pós-modernidade, associado à valorização extrema do tempo, do direito como instrumento de comunicação, de informação, como valorização do eterno e do transitório, do congelar momentos e ações para garantir a proteção dos mais fracos e dos grupos que a lei quer privilegiar. Comunicação é o método de legitimação; o consentimento legitimador é só aquele informado e consentido.

3. No que concerne à **narrativa**, entreviu-se o surgimento de normas que não criam deveres simplesmente, mas descrevem valores.

Há um novo método de elaborar normas legais, não normas para reputar condutas, mas normas que narram seus objetivos, seus princípios, suas finalidades, positivando

os objetivos do legislador no microsistema de forma a auxiliar na interpretação teleológica e no efeito útil das normas, sendo o art. 19 do ECA exemplo desta fluidez e narratividade das leis e na filosofia do direito.

4. O **retorno aos sentimentos**- a idéia utilitária de que as razões de ordem econômica determinam ou devem determinar as ações do homem não são mais convenientes. Os homens se batem pelos valores da alma. Em direito, é a salvaguarda da identidade cultural que é a expressão destes sentimentos. Trata-se do *revival* dos direitos humanos, espinha dorsal da produção normativa contemporânea.

Para o TP, o retorno aos sentimentos e aos valores da pessoa humana, por parte da cultura contemporânea, representaria não já uma contradição, mas uma reação à lógica do mercado que caracteriza a globalização, talvez o último recurso para a salvaguarda das identidades culturais locais.

A impossibilidade de conhecimento da difusa legislação em vigor, transformou o art. 3º da LICC numa espécie de mito, numa sociedade em que a desigualdade mais odiosa e mais penosa não se estabelece entre quem tem e quem não tem, mas entre quem sabe e quem não sabe (Perlingieri).

A teoria das cláusulas gerais evita as profundas lacunas causadas pela evolução da sociedade; sendo impossível ao legislador acompanhar o passo dos acontecimentos, e infrutífera a tentativa de tipificar a totalidade das situações jurídicas que, assim como os bens jurídicos objeto do direito, multiplicam-se a cada momento.

A teoria das cláusulas gerais imposta pela contemporaneidade, reclama uma definição narrativa de critérios interpretativos coerentes com a *ratio* do sistema, voltada para valores não patrimoniais, como quer nosso texto constitucional.

O legislador contemporâneo - instado a compor, de maneira harmônica, o complexo de fontes normativas, formais e informais, nacionais e supranacionais, codificadas e extracodificadas - deve valer-se de prescrições narrativas e analíticas, em que consagra, expressamente, critérios interpretativos, valores a serem preservados, princípios fundamentais como engradeamentos axiológicos com teor normativo e eficácia imediata, de tal modo que todas as demais regras do sistema, respeitadas os diversos patamares hierárquicos, sejam interpretados e aplicados de maneira homogênea e segundo conteúdo objetivamente definido.

Se o pluralismo ensejou a desconstrução do sistema federado (o código), das categorias e dos institutos jurídicos (vg, propriedade e negócio jurídico) inútil seria tentar recompor o sistema com um novo e unificado corpo legislativo, por melhor que fosse, sem que se altere, profunda e radicalmente, a cultura jurídica em cujo meio se pretenda inseri-lo.

Consolida-se o entendimento de que a reunificação do sistema, em termos interpretativos, só pode ser compreendida com a atribuição de papel proeminente da CF, através dos princípios da solidariedade social, da dignidade da pessoa humana e função social da propriedade.

No CDC, os princípios da boa-fé objetiva e do equilíbrio das prestações reduzem a importância da vontade individual em homenagem aos sobreditos princípios constitucionais.

A progressiva atribuição de eficácia normativa aos princípios vem associada ao processo de abertura do sistema jurídico. Num sistema aberto, os princípios funcionam como conexões axiológicas e teleológicas entre, de um lado, o ordenamento jurídico e dado cultural, e de outro, a CF e a legislação infraconstitucional.

Sob a ótica civil-constitucional, a boa-fé representa a valorização da pessoa humana em oposição à senhoria da vontade expressa pelo individualismo jurídico. O contrato vem configurado como um espaço de desenvolvimento da personalidade humana, uma relação econômico-jurídica em que as partes devem colaborar umas com as outras com vistas à construção de uma sociedade que a CF quer livre, justa e solidária.

O artigo 51, IV do CDC permite buscar na normativa constitucional critérios de interpretação e densificação que funcionalizam a proteção da pessoa, de sua dignidade, para onde convergem os princípios constitucionais.

A boa-fé é uma cláusula geral cujo conteúdo é estabelecido em concordância com os princípios gerais do sistema jurídico (liberdade, justiça e solidariedade) numa congregação com a racionalidade global do sistema.

Ao lado de tais considerações podemos afirmar que os novos fatos soci-

ais ensejam soluções objetivistas e não subjetivistas revelando a preocupação com o conteúdo e finalidades das atividades desenvolvidas pelo sujeito de direito.

A preocupação central já se volta não tanto para o indivíduo, mas para as atividades por ele desenvolvidas e os riscos dela decorrentes.

O legislador preocupa-se com as atividades que possam causar risco e impacto social, bem como a forma de utilização dos bens disponíveis, de molde a assegurar resultados sociais pretendidos pelo Estado.

A legislação especial garante os objetivos sociais e econômicos definidos pelo Estado.

A CF/88 inaugura nova fase e novo papel para o direito civil, a ser valorado e interpretado juntamente com os inúmeros diplomas setoriais, cada um deles com uma vocação universalizante - a era dos estatutos: estatuto da criança, CDC, locações, registros públicos, estatuto da cidade, idoso, da terra etc.

Muitas vezes tratam, além do setor temático de incidência, de normas processuais e penais, normas de direito administrativo, estabelecendo, inclusive, princípios interpretativos, fixando verdadeiro arcabouço normativo para inteiros setores retirados do CC. Aqui ocorre a própria subtração do instituto.

Características dos estatutos (microsistemas):

1. Leis que definem objetivos concretos há a fixação de diretrizes da política nacional do consumo, idosos, imóveis urbanos, proteção da criança etc.

O legislador, em lugar de usar tipos jurídicos, vale-se das cláusulas gerais: o intérprete delas depreende os comandos incidentes sobre inúmeras situações futuras, muitas sequer alvitradas pelo legislador, mas que se situam em certas situações-padrão, dando lugar a cláusulas gerais, abrangentes e abertas.

2. A linguagem da lei é menos jurídica e mais setorial, vg, informática, novas operações contratuais, assuntos financeiros ou econômicos, dificultando a interpretação.

3. Atua reprimindo comportamentos indesejados e agindo por leis incentivo, propondo vantagens do destinatário da norma jurídica (redução de impostos em autêntica função promocional do direito - direito premial).
4. Não se limita à disciplina das relações patrimoniais. A CF impõe inúmeros deveres extrapatrimoniais nas relações privadas, tendo em mira a realização da personalidade e a tutela da dignidade da pessoa humana. O legislador condiciona a proteção de situações jurídicas ao cumprimento de deveres não patrimoniais.
5. Há uma passagem do monossistema (CCB) para o polissistema. Formado pelos estatutos, microsistemas do direito privado.

Não se pode concordar com os civilistas que encaram os princípios constitucionais como princípios gerais de direito.

Princípios gerais do direito são preceitos extraídos implicitamente da legislação, pelo método indutivo.

Segundo ainda se pensa, quando certa situação concreta está prevista expressa e casuisticamente, não se reconheceria legislação aplicável, mesmo na presença de cláusulas gerais que, versando sobre a espécie, seriam consideradas mero programa de ação legislativa, endereçadas ao legislador futuro.

9. Diálogo entre o Código Civil Brasileiro /02 e o CDC: O diálogo das Fontes

Diante do atual pluralismo pós-moderno de um direito com fontes legislativas plúrimas, surge a necessidade de coordenação entre as leis no mesmo ordenamento.

Tradicionalmente, os critérios para resolver os conflitos de leis no tempo seriam a anterioridade, especialidade e hierarquia. A doutrina hoje procura a harmonia e a coordenação entre as normas do ordenamento jurídico (concebido como sistema) em lugar de exclusão. É a denominada coerência derivada ou restaurada, procurando uma eficiência funcional do sistema plural e complexo do nosso direito, evitando a autonomia, a incompatibilidade ou a não-coerência.

Atualmente, é necessária uma conveniência de paradigmas e a convivência de leis com campos de aplicação diferentes, por vezes convergentes e, em geral,

diferentes, em um mesmo sistema jurídico, que é agora um sistema plural, fluido, mutável e complexo.

Erik Jayme propõe a coordenação destas fontes. Uma coordenação flexível e útil das normas em conflito no sistema, a fim de se estabelecer a sua coerência, *ie*, uma mudança de paradigma: da retirada simples (revogação) de uma das normas em conflito do sistema jurídico, à convivência destas normas, ao diálogo destas normas para alcançar a sua *ratio*, à finalidade “narrada” ou “comunicada” em ambas.

É necessário o diálogo das fontes a permitir a aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas convergentes. Diálogo porque há influências recíprocas, porque há aplicação conjunta das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção voluntária das partes sobre a fonte prevalente (*vj* convenções internacionais de leis-modelos), ou mesmo permitindo uma opção por uma das leis em conflito abstrato. Uma solução flexível e aberta, de interpenetração, ou mesmo a solução mais favorável ao mais fraco da relação (tratamento diferente aos diferentes).

10. Os três tipos de diálogo possíveis entre o CDC e o CCB/02 e a superação do “conflito” pelo diálogo entre fontes.

Necessário refletir sobre quais seriam os “diálogos” possíveis entre o CDC, como lei anterior, especial e hierarquicamente constitucional (ADCT, art 48 e CRFB/88, art. 5º, XXXII) e o novo CCB/02 como lei posterior, geral e “hierarquicamente inferior”, mas trazendo normas de ordem pública de aplicação imperativa a contratos novos e antigos (CCB/02, art 2035, parágrafo único).

São três os tipos de diálogos possíveis entre estas importantíssimas leis da vida privada.

1. ***Na aplicação simultânea das duas leis***, uma pode servir de base conceitual para a outra (***Diálogo Sistemático de Coerência***), especialmente se uma lei é igual à outra especial, se uma lei é a central do sistema e a outra microssistema específico (não-completa materialmente, apenas com completude subjetiva de tutela de um grupo da sociedade), *vj* - o que é nulidade, pessoa jurídica, prova, decadência, prescrição etc. Se tais conceitos não estiverem definidos no microssistema (*vj*. Consumidor,

fornecedor, serviço e produto - arts. 2º, 17, 29 e 3º do CDC) terão sua definição atualizada pela entrada em vigor do CCB/02.

2. **Na aplicação Coordenada das Duas Leis**, uma lei pode completar a aplicação da outra, a depender de seu campo de aplicação no caso concreto (**diálogo sistemático de complementaridade e subsidiariedade em antinomias aparentes e reais**) a indicar a aplicação complementar tanto de suas normas quanto de seus princípios, no que couber, o que for necessário ou subsidiariamente. *vj* as cláusulas gerais de uma lei podem ter uso subsidiário ou complementar em caso regulado pela outra lei. Subsidiariamente, o sistema geral de responsabilidade civil sem culpa ou sistema geral de decadência podem ser usados para regular aspectos de casos de consumo, se trazem normas mais favoráveis ao consumidor. Este “diálogo” é exatamente contraposto, ou no sentido contrário da revogação ou ab-rogação clássicos, em que uma lei era retirada do sistema pela outra. Agora há escolha pelo legislador (CCB/02, arts. 721, 732 e 777) ou pelo juiz (no caso concreto do favor *debilis* do art. 7º CDC) daquela que vai “contemplar” a ratio da outra (veja-se, ainda ao rt. 729, CCB sobre aplicação conjunta das leis comerciais).
3. **Diálogo das influências recíprocas sistemáticas**, como no caso de uma possível redefinição do campo de aplicação de uma lei, *vj*, a definição de consumidor e de consumidor equiparado pode sofrer influências finalísticas do CCB/02, posto que esta repele relações entre iguais, dois iguais consumidores ou dois iguais fornecedores entre si; no caso de dois fornecedores, tratando-se de relações empresariais típicas, em que o destinatário final fático da coisa ou do fazer comercial é um outro empresário ou comerciante. É a influência do sistema especial no geral e do geral no especial em um diálogo de duplo sentido. (**Diálogo de coordenação e adaptação sistemática**).

Em resumo: haveria o diálogo sistemático de coerência, o diálogo sistemático de complementaridade e subsidiariedade em antinomias e o diálogo de coordenação e adaptação sistemática.

O texto, em vista da possibilidade de diminuição de efeitos do sistema do CDC, de combate aos abusos com a entrada em vigor das cláusulas gerais do CCB/02, analisará apenas as normas contratuais, e, nas obrigacionais, aquelas consideradas cláusulas abusivas.

11. Diálogo sistemático de complementaridade e subsidiariedade: entrada em vigor do CCB/02 e a não revogação do CDC pelo CC/02.

Sistema de direito pode ser definido como “um todo estruturado hierarquicamente” e a funcionalmente, visto hoje como “um complexo de elementos em integração “coerentes” ou “orgânicos”, de “normas, princípios e jurisprudências”, conjunto de elementos diversos cuja organização e integração fornece a toda ordem jurídica positiva reconhecida como tal os meios para alcançar coerência e seu funcionamento”.

12. Da Convergência de Princípios e da Divergência de Campos de Aplicação Subjetivos

O novo Código Civil Brasileiro traz ao direito privado geral os mesmos princípios do CDC (vj função social dos contratos (421), a boa-fé objetiva (422) etc). A convergência de princípios entre o CDC e o CCB é a base da inexistência principiológica de conflitos possíveis entre estas duas leis que, com igualdade e equidade, visam harmonia nas relações civis em geral e nas de consumo ou especiais.

Não haveria entre as leis o conflito de princípios, mas de normas ou antinomias. Só há conflito de normas quando o campo de aplicação das leis é o mesmo naquele caso concreto. A convergência de campos de aplicação podem levar ao conflito; já a convergência de princípios é o caminho para o diálogo de fontes. Mesmo considerando que princípios também são normas, aqui a eficácia maior é a na teleologia ou função no sistema visto como um todo.

A convergência de princípios permite a coabitação ou diálogo das leis novas e antigas no mesmo sistema jurídico (CDC e CCB). É possível trabalhar hoje com uma visão plural de um possível campo de aplicação do CDC, revisitado diante da entrada em vigor do CCB/02.

Segundo o § 2º do art. 2º da LICC, a lei nova, que estabeleça disposições gerais “a par dos já existentes” como o CCB, “não revoga nem modifica a lei anterior”, no caso do CDC. O § 1º do art. 2º da LICC diz que a lei posterior revogará a anterior quando: 1) expressamente o declare; 2) repele inteiramente a matéria de que tratava a anterior; 3) seja com ela incompatível. Os dois primeiros casos não parecem ocorrer na prática: nem o CCB revogou expressamente o CDC, nem tratou de relação de consumo. É possível examinar os detalhes desta divergência fundamental entre o campo

de atuação do CCB, como lei geral posterior, e o do CDC, como lei especial para regular a relação de consumo.

Subjetivamente, o campo de atuação do CDC é especial, regulando a relação entre fornecedor e consumido (arts. 1º, 2º, 3º, 17 e 29) ou relação de consumo (arts. 4º e 5º). Já o campo de aplicação do CCB é igual; regula toda relação privada não privilegiada por uma lei especial.

O CDC é um microsistema especial, um código para agentes “diferentes” da sociedade de consumidores, em relação entre “diferentes” (desiguais) (um vulnerável - o consumidor - e um experto - fornecedor). O outro, o CCB é um código geral, para os iguais, para relações entre iguais, civis e empresariais. Não há colisão possível entre as duas leis.

13. Campo de Ação Subjetivo do CDC e Convergência no Campo de Aplicação Material entre o CDC e o CCB.

É importante destacar o campo de aplicação subjetivo de uma lei especial. O foco no sujeito de direito é a característica do direito privado: é para protegê-lo que são criadas as leis especiais, microsistemas como o CDC. O aplicador da lei deve examinar o conflito com olhos plurais, pois a nova teoria do sujeito é outra: o sujeito está fragmentado e é plural, como é o grupo dos consumidores. O CDC assegura um sistema jurídico que reflete de forma plural, com a criação de direitos individuais, individuais homogêneos, coletivos e difusos. O CDC tem uma dimensão coletiva expressa (mesmo sem perder a dimensão individual). Sujeito de direitos que protege é individual, mas é também abstratamento plural, ao mesmo tempo protegido pelas mesmas normas (todas também de ordem pública - 1º, CDC).

Nas normas do CCB, prevalece a dimensão individual, pois regulamentar o caso privado entre iguais e os direitos daí resultantes é sua finalidade principal.

O CCB/02 unifica o direito comercial e civil no que se refere às obrigações, e muitos contratos que estão presentes no sistema do direito privado geral, e são expressamente regulados pelo CCB/02, também podem ser contratos de consumo vj compra e venda, transporte ou seguro podem ser de cunho civil (entre dois consumidores ou dois proprietários de condomínios) ou empresarial (se entre dois empresários)



ou, ainda, de consumo (se entre um consumidor e um fornecedor ou empresário, na terminologia do CCB/02).

A lei que regulará a relação depende assim, não só do tipo de relação (serviço, seguro, compra e venda), mas também dos atores presentes ou de presença coletiva possível. Nos dois primeiros casos, incide o CCB/02; no último o CDC é aplicado subsidiariamente ao CCB/02.

A própria subsidiariedade é um diálogo, um diálogo de complementaridade, pois até para saber qual das leis se aplica propriamente, já aplicamos conjuntamente as duas leis, a descobrir qual deverá ter aplicação subsidiária. Primeiro esgota-se a aplicação de uma lei, depois, no que couber, aplica-se conjuntamente (e subsidiariamente) a outra.

O art. 7º do CDC representa uma cláusula de abertura, uma interface com o sistema maior: os direitos dos consumidores podem estar em outras leis e não só no CDC. O CCB/02 trará novos direitos aos consumidores mormente após a EC-45/2004, com a nova redação do § 3º do art. 5º da CF/88.

Nesse diálogo de complementaridade e subsidiariedade em antinomias aparentes ou reais entre o CDC e o CCB/02, nas cláusulas gerais do CCB/02 podemos encontrar uso subsidiário ou complementar em caso regulado pelo CDC, se mais favoráveis ao consumidor. O juiz concretizará o *favor debilis* permitido no art. 7º do CDC, que menciona, inclusive a equidade (justiça no caso concreto - tópica).

Dentre as referidas cláusulas gerais temos:

- Responsabilidade sem culpa pela atividade de risco (927, § único);
- Responsabilidade sem culpa das empresas e empresários individuais pelo fato do produto (931);
- Redução da prestação ou alteração da forma de execução do contrato de mútuo por onerosidade excessiva (480);
- Redução da cláusula penal (413).

A não revogação expressa ou tácita do CDC pelo CCB/02: proteção do consumidor como tema não incorporado e regras sobre a ordem subsidiária de aplicação das normas em “diálogo.”

14. Relações de Consumo como Tema “não Incorporado” ao CCB/02

Não ocorrerá a revogação do CDC pelo CCB/02 por se tratar de lei geral. Esta preserva as leis especiais regulando expressamente os conflitos e sua hierarquia. O que há é uma cláusula de revogação expressa: art. 2.045.

Por outro lado, o art. 2.043 preserva apenas as normas penais, processuais e administrativas, indicia a existência de uma revogação tácita, revogando somente as leis especiais incorporadas expressamente no texto do CCB/02.

O CCB/02 não incorporou o tema desejado. São mencionados, apenas, as expressões “consumo”, em seu sentido clássico de destruição, nos arts. 86, 307, 1.290 e 1.392; bens distintos a consumo nos arts. 206 e 592; e crimes “contra relação de consumo”, no parágrafo 1º do artigo 1.011.

Ao CDC não se aplica o CCB/02, art 2.043, posto que o tema de defesa do consumidor não foi a ele incorporado.

Até mesmo as normas sobre função social do contrato (CCB, 421), princípio da boa-fé (CCB, 422) e contratos de adesão (CCB, 424) nada falam sobre consumidores, pois são normas gerais e genéricas, aplicáveis a contratos civis e comerciais. Assim, as leis especiais não incorporadas ao CCB/02 ficaram preservadas e serão prevalentes em relação à lei civil geral subsidiária.

15. As Normas Especiais Sobre a “ordem” Subsidiária e Complementar de Aplicação do CCB/02

Subjetivamente a relação de consumo continua regulada pelo CDC - lei especial regulada pela lei geral mais nova -; materialmente a convergência poderia existir, no caso de as normas sobre contratos no CCB regularem sua aplicação subsidiária em relação às leis especiais. O art. 593 que menciona “serviços”, presentes e definidos no CDC, o faz em sede de norma geral e subsidiária, incidindo, somente naqueles contratos que não forem trabalhistas ou forem regulados por leis especiais.

A “prestação de serviços de consumo” continua regulada pelo CDC, e a trabalhista, pelas leis trabalhistas.

Dessa forma, o 777 (seguros), 729 (corretagem) e o 692 (mandato) levam a concluir que a regra é a aplicação subsidiária do CCB em relação às leis especiais anteriores.

Quando se tratar de obrigação entre um consumidor (2º, parágrafo único e 29, CDC) e um fornecedor (3º CDC) aplicam-se prioritariamente o CDC e subsidiariamente o CCB, mas só no que couber e ao lado (não no lugar) das normas desta lei especial tutelar dos consumidores.

No art. 732 do CCB há uma exceção expressa: no contrato de transporte o art. prevê a subsidiariedade das leis especiais, mesmo se de fonte internacional, como a convenção de Varsóvia. Aqui a aplicação prioritária é do CCB, em exceção ao sistema normal, que é de aplicação subsidiária das normas do CCB.

O CCB preserva as leis especiais civis das matérias que não tratou, preservando o CDC, por razões constitucionais (art. 48 ADCT). Ele, o CCB, é uma lei básica, mas não global, do direito privado, e a defesa específica dos consumidores ficou fora do seu campo de aplicação principal.

16. Sistema geral central e microssistemas em diálogo: especialidade, coordenação e influências recíprocas.

Pode-se afirmar que o diálogo sistemático é o diálogo dominante ou o fenômeno síntese de nova visão dos conflitos de leis no tempo.

Há um diálogo de influências recíprocas sistemáticas entre o CDC e o CCB e a adaptação do sistema, com uma redefinição do campo de aplicação do CDC, ao sofrer influências finalísticas do CCB e uma transposição das conquistas do “direito dos juízes” alcançados com o uso do CDC, como vg, a contratação conforme a boa-fé e ao combate das cláusulas abusivas.

O CDC influenciou muito o sistema geral do direito privado com as cláusulas gerais e com a visão maximalista da interpretação do art. 2º e 29 do CDC, quanto à definição de consumidor.

Espera-se agora a influência do CCB para a redução do campo de atuação do CDC, posto que aquele foi feito para as relações interempresários ou entre iguais, mesmo que de aquisição fática “final” de insumos de produção.

É preciso considerar como se dará à coordenação entre a lei especial voltada para equidade, o CDC, e a aplicação subsidiária do CCB/02, lei voltada para igualdade geral, pois há um campo de aplicação material compartilhado entre estas duas leis. Após, é preciso analisar como se dará a adaptação sistemática, sabendo-se que o CCB/02 pode ser usado como nova base conceitual para o CDC e o CCB/02 pode influenciar a aplicação do CDC no que se refere à boa-fé, abuso do direito, contratos de adesão e cláusulas abusivas e vice-versa.

17. Coordenação entre a Especialidade Teleológica e Hierárquica do CDC e a Subsidiariedade do CCB/02: a Função Social do Contrato de Consumo.

Como a noção de igualdade em direito privado influenciará a aplicação casuística do CCB/02, um código para iguais. Como esta visão de igualdade e do tratamento igual/ desigual para os iguais/ desiguais, no caso concreto, está intrinsecamente ligada à noção moderna - tão importante em materia contratual - de equidade (justiça para o caso concreto).

Diante do atual pluralismo de fontes no direito privado brasileiro, é preciso frisar como - em seu espírito e teleologia - o CDC está ligado a um novo paradigma de diferença, de tratamento de grupos ou plural, de interesses difusos e de equidade.

18. Relações entre iguais (entre civis ou empresários) e entre “diferentes” (entre consumidores e fornecedores) em um compartilhado campo de aplicação material

Tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, tratando-os com equilíbrio e calma é mais do que o princípio da igualdade, é equidade, uma solução justa para o caso concreto.

Igualdade supõe uma comparação, um contrato, uma identificação no caso. A igualdade só pode ser abordada sob o ponto de vista de uma comparação.

Assim, em um só tipo contratual (vg mandato ou seguro), podem estar presentes várias naturezas, sujeitos de direito, iguais ou diferentes na comparação entre si, comparação necessariamente casuística e finalística, comparação no caso, no papel econômico representado por cada um naquele contrato especial, a constatar o seu status (empresários, civis, consumidores) daí derivado.

Determinar o campo de atuação do CCB/02 aos contratos é tarefa hercúlea, pois os papéis que os sujeitos de direito representam no mercado e na sociedade se modificam de um ato para outro. Vj: o profissional liberal é empresário (996) em um momento e, no próximo, pode ser consumidor de um serviço para sua família e um civil perfeito na sua relação de condômino.

É necessário, portanto, distinguir entre o que é igual e o que é diferente, a sociedade pós-moderna atual.

O sistema do CDC coaduna-se com a pós-modernidade (direitos qualificados por sua origem, no discurso dos direitos humanos) e o CCB/02 coaduna-se mais com a modernidade e a individualidade (agora com uma eticidade e sociedade mais claras) com base no discurso dos direitos adquiridos.

Pós-moderno é o direito a ser (e continuar) diferente, é o direito da igualdade material (e tópica) reconstruída por ações positivas do Estado em prol do indivíduo identificado com determinado grupo.

Todas as normas do CDC são de ordem pública (art. 1º) e de lei especial, pois está a procura da equidade, do tratamento casuístico/ tópica da justiça contratual, com calma e equilíbrio, não voltado para o igual geral, mas para o diferente.

19. Função e Teleologia Diferentes em um Convergente Campo de Aplicação Material: uma Nova Chance para a Teoria Finalística.

Um elemento vital para um olhar pós-moderno dos contratos e do campo de atuação do CCB/02 que é a função. Como a relação pode ser civil, comercial ou de consumo é preciso que o aplicador da lei tenha uma visão funcional (aptidão para determinada finalidade) desta relação e do contrato daí resultante(ex.: arts. 421, 422 e 1.228 do CCB).

O direito privado atual não se concentra mais no ato e sim na atividade, não mais naquele que declara, mas naquele que recebe a declaração (confiança desperdada), não mais nas relações bilaterais, mas nas redes, sistemas e grupos de contratos. Há uma nova visão finalística e total (logística) da relação contratual complexa atual.

Hoje, a diferenciação maior provém do caráter finalístico da relação (em especial de consumo: consumidor é o destinatário final): a matéria pode ser comercial,

mas se a finalidade é de consumo, a relação é de consumo. Do conjunto das circunstâncias é que resultará a natureza da relação obrigacional dos contratos.

Para Nelson Néri Júnior o objeto do CDC é a relação de consumo, assim entendida como a relação jurídica existente entre o fornecedor e o consumidor tendo como objeto a aquisição de produtos ou utilização de serviços pelo consumidor. O CDC não fala de “contrato de consumo”, “ato de consumo”, “negócio de consumo”, mas relação de consumo, termo que tem sentido mais amplo do que aquelas expressões. Segundo o CDC, são elementos da relação de consumo: a) como sujeitos: o fornecedor e o consumidor; b) como objeto: os produtos e os serviços; c) como finalidade, caracterizando-se como elemento teleológico das relações de consumo, serem elas celebradas para que o consumidor adquira o produto ou utilize o serviço “como destinatário final” (art. 2º, caput, última parte, do CDC).

O CCB/02 traz esta principiologia ínsita em sua cláusula geral: 421 (função social do contrato). Impede ao intérprete identificar a função social do contrato que examina e no contexto que examina, para realizar a igualdade eqüitativa de tratamento dos sujeitos envolvidos. A base (razão) e o limite (ordem pública e abuso do direito) será dado pelo exame da função social dos contratos.

A justiça contratual só será alcançada pelo aplicador da lei se bem escolher os códigos e as normas que se aplicam, separadamente, conjuntamente ou subsidiariamente, àquela relação contratual em especial. O CDC define a função social dos contratos de consumo, protegendo o consumo Leal, daí suas normas de ordem pública sobre cláusulas abusivas, interpretação, oferta e responsabilidade civil.

Em resumo: o CCB/02 é um código para as relações entre iguais, relação entre civis e relações entre empresários, ambas pontuados pelas diretrizes da ETICIDADE, SOCIALIDADE E OPERABILIDADE, denominados pelo princípio da boa-fé nas relações obrigacionais. Excepcionalmente e expressamente o CCB/02 regula a proteção dos agentes que mereçam a tutela através das leis especiais (campo de aplicação *ratione personae* geral do CCB/02) ou incorpora leis especiais que regulam contratos antes atípicos (campo de aplicação *ratione materiae* geral do CCB/02).

A idéia de um código geral (código central de direito privado) é uma idéia de igualdade que respeita as leis especiais não incorporadas (2.043, CCB/02), preserva

algumas leis sobre atividades comerciais (art. 732, CCB/02) e os microcódigos ou microsistemas (CDC) que continuam em vigor com seu campo de aplicação especial e tutelar intacto (2.045, CCB/02).

Em resumo: a relação entre dois civis, sem habitualidade, continuidade ou fim econômico ou de lucro, é uma relação civil *stricto sensu* e será regulada pelo CCB/02, em relação entre iguais. Fora do âmbito das relações familiares, estão cada vez mais raras essas relações civis puras, onde ainda se pressupõe a igualdade entre as partes leigas.

Já a relação entre um civil, destinatário final do serviço, e um empresário, é uma relação de consumo (arts. 2º e 3º, CDC), uma relação entre "diferentes", tutelando, a lei, um deles, o vulnerável (art. 4º, III do CDC), o consumidor, e será por isso, (art. 5C, XXXII, CF/88) de proteção apenas deste agente econômico. Se a relação é de consumo, aplica-se prioritariamente o CDC e só subsidiariamente, em que couber e for completamente necessário, o CCB/02.

O CCB regulando a boa-fé, função social do contrato as relações interempresários, redefinirá campo de aplicação do CDC, a beneficiar a teoria finalista em uma adaptação do sistema ao diálogo destas duas leis. O CCB/02 deve ter efeito útil onde os contratos interempresariais não mais precisam ser regulados pelo CDC (seja pela expansão maximalista do art. 2º do CDC, seja pela expansão protetiva do art 29, a todos os contratos de adesão).

Os contratos interempresariais não mais necessitam ser regulados pelo CDC, pois o CCB/02 traz os mesmos princípios protetores - boa-fé objetiva (CCB, 422), onerosidade excessiva (CCB, 317 e 478) e lesão (CCB,157) e ainda normas específicas para regular as relações entre iguais.

20. O CCB/02 como Nova Base Conceitual do CDC e as Influências Recíprocas.

Os microsistemas tratam exaustivamente de um tema, regulam exclusivamente um tipo de contrato ou regulam relações jurídicas de um grupo social, como os consumidores (idosos, crianças e adolescentes etc). O CDC é lei especial das relações de consumo, mas não é exaustiva ou com pretensão de completude (art. 7º, CDC). Nas suas lacunas, o sistema geral incide - assim é o diálogo sistemático normas entre a lei geral e a lei especial.

21. Boa-fé, abuso de direito, contratos de adesão e cláusulas abusivas no CCB/02 e no CDC

O CCB é a lei central (mas não tutelar) do sistema de direito privado e servirá de base conceitual nova para o microsistema específico do CDC, naquilo que couber. Assim *vj*, o que é abuso de direito, o que é nulidade, o que é pessoa jurídica, o que é prova, decadência, prescrição e assim por diante - se conceitos não definidos no microsistema, terão sua definição atualizada pelo CCB/02.

Aprofundando no diálogo do novo CCB com o CDC, vamos focar um pouco o fenômeno do contrato à cláusulas abusivas.

O CCB/02 no art. 422 obriga a todos os contratantes (leigos e profissionais) a guardar na conclusão e na execução dos contratos os princípios da probidade e boa-fé. Limita a liberdade contratual geral à função social do contrato (421), assim como traz normas sobre o controle (424) e a interpretação dos contratos de adesão (423) entre “civis” e entre empresários (966).

O art. 424 que trata de cláusulas abusivas não conflita com os arts. 51, 53 e 54 do CDC, ao contrário, revoga o seu espírito, havendo um diálogo neste sistema penal.

O art. 424 aplica-se apenas a cláusulas presentes em contrato de adesão. O CCB não define o que é contrato de adesão (nem o 424, nem o 423). Os aplicadores não poderão usar o conceito do artigo 54 do CDC, onde a lei especial será “expandida” para geral. O que ocorrerá é um diálogo de aplicação simultânea para distinguir campos de aplicação. Assim, a definição do que é um contrato de adesão entre empresários para utilização do art. 424 CCB/02 (“por adesão”) será outra, que não a do art. 54 do CDC (“de adesão”).

Não que a definição legal do art. 54 não seja usada no caso; é usada justamente para ser afastada de mesmo como argumento/ paradigma para afirmar que o caso é diferente.

A regra é distinção sistemática do campo de aplicação e o diálogo de base conceitual da lei geral (CCB/02) em relação a lei especial (CDC). Assim apesar de um caso ser uma relação de consumo e a ele se aplicar prioritariamente o CDC, uma definição legal presente no sistema geral (*vj* nulidade absoluta) pode ser usada como

base conceitual da outra lei especial” no que couber”, *ie*, quando a lei especial não possuir uma definição própria e se a definição da lei geral não contrariar o espírito protetivo da lei especial. Esta é a regra. Assim, também, se ao caso se aplica a lei geral, prioritariamente, por ser um contrato interempresarial de insumo da produção, normalmente a lei especial de consumo não se aplica, nem serve de base conceitual ou de fundamento para a decisão do caso interempresários. Esta é a regra. A exceção é que uma definição de lei especial possa se usada em caso de aplicação prioritária de cada lei geral. Tratando-se de lei especial de consumo, há um possível diálogo de influência recíproca excepcional como sendo possível em relações civis puras, envolvendo pessoas ou contratantes mais fracos e mais raramente nas relações entre profissionais ou empresários.

Exemplo deste diálogo:

Nulidade absoluta - a lei especial proíbe a prática e sanciona de nulidade algumas cláusulas abusivas (51 e 53 CDC) e traz uma cláusula geral de boa-fé (51, IV, CDC). O que significa exatamente neste microsistema, “nulidade de pleno direito” cabe ao juiz determinar. A nulidade dos arts. 51 e 53 do CDC é uma espécie de nulidade absoluta do sistema geral de direito civil, que pode ser declarada de ofício pelo juiz. A base conceitual da interpretação do que é a nulidade do CDC continuará a ser o CCB/02 (art. 166, VI).

Abuso do direito - a nova definição de abuso do direito do art. 187, CCB/02 pode propor um diálogo controverso com o CDC, posto que foi colocado na seção referente aos atos ilícitos. O abuso de direito passou a se relacionar expressamente com a função social do contrato, com a boa-fé objetiva e os bons costumes.

O espírito é o mesmo do CDC e poderia servir de base conceitual para a idéia de abuso que permeia, implicitamente, as normas do CDC.

Questão complexa é quanto à utilização expressa da expressão “abusivo” no CDC em matérias contratuais, como no art. 51, que proíbe as ‘cláusulas abusivas’ nos contratos de consumo.

Nelson Néri Júnior considera impossível utilizar o art. 187 do CCB/02 como base conceitual do art. 51 do CDC, *ie*, que a idéia de abuso de direito do CDC seria mais ampla no que tange a matéria e mais específica no que tange a vulnerabilidade

do co-contratante. No que tange às práticas comerciais (arts. 37, 39 e 43 do CDC), se abusivas, o uso do 187 do CCB/02 pode fortalecer a idéia de lealdade e respeito aos direitos da personalidade do consumidor, por exemplo, no caso de banco de dados e de práticas consideradas abusivas.

Prescrição e decadência - O sistema geral do CCB (art. 207) supera a antiga querela sobre ser possível ou não obstar a decadência, como prevê o art. 26, § 2º do CDC. Tal dispositivo encontra agora base conceitual e dogmática no CCB, que autoriza lei especial a prover tais exceções. De outro lado, se a base para os prazos prescricionais vai ser procurada também no sistema geral do CCB/02, algumas dúvidas podem surgir.

O CDC não define o que é prescrição e impõe somente alguns prazos. O CCB/02 indica claramente que a prescrição é o fim da pretensão (art. 189). Esta definição legal poderá ser usada como base conceitual para o CDC. Em matéria prescricional, o CDC é quase sempre usado ao lado de outras leis gerais ou especiais, em diálogo de aplicação simultânea. A jurisprudência utiliza, ao lado dos prazos do CDC, os prazos prescricionais do sistema geral, se mais favoráveis ao consumidor ou se previsto por norma específica para determinados contratos em um diálogo de complementação e subsidiariedade.

Da mesma forma, o art. 43 do CDC sobre banco de dados, estabeleceu o prazo de 5 (cinco) anos (§ 1º), mas remete aos prazos prescricionais gerais, afirmando o art. 43, § 5º que consumada a prescrição relativa à cobrança de direitos do consumidor, não serão fornecidas, pelo SERASA, informações que possam dificultar novo acesso ao crédito junto aos fornecedores. O art. 206 do CCB/02 reduziu os prazos prescricionais para fins de retirada das informações negativas nos bancos de dados de consumo. (Resp 472 203 - Humberto J. de Barros).

O STJ decidiu que é possível utilizar nos bancos de dados de consumo, o prazo prescricional referente à pretensão da dívida (cobrança de "dívidas líquidas", em 5 anos, 206, § 5º, I do CCB/02, ou para a cobrança de "dívida ilíquida" por vias ordinárias, 10 anos, 205 do CCB) como é feito hoje ainda, ou o prazo novo mais favorável ao consumidor, "do pagamento de título de crédito" (art. 206, § 3º, VIII do CCB/02).

O CCB fragmentou o combate às cláusulas abusivas. São 3 tipos de regulamentação. O CCB/02 aplicado de forma pura para relações civis; CCB/02 e das leis

especiais comerciais nos casos de contratos entre comerciantes ou interempresários; aplicação prioritária do CDC nas relações mistas entre um civil e um empresário, *ie*, entre um consumidor e um fornecedor. Uma visão de diálogo das fontes pode ajudar a transpor conquistas de um microsistema para o sistema geral, vice e versa.

22. Conflitos entre o CCB/02 e o CDC

O CCB introduziu princípios do CDC (função social dos contratos e boa-fé objetiva) no sistema do direito privado geral, unificando o direito comercial e civil no campo das obrigações.

O CCB serve de base conceitual e normativa para o CDC possuindo a mesma visão renovada da teoria contratual, permitindo a intervenção do Estado no conteúdo dos contratos, a visão de totalidade de obrigação, os deveres de boa-fé e a função social do contrato.

Para Claudia Lima Marques, os contratos de longa duração assinados até a entrada em vigor do CCB/02, terão como base conceitual e normativa o CCB/1916 (art.2.035)

O parágrafo único do art. 2.035 revigora a tese de que há que prevalecer na ordem pública, a nova definição de abuso. Assim, contratos internacionais que contenham abusos, que desrespeitam a boa-fé e a função social dos contratos podem não prevalecer, em face do CCB/02.

Quanto aos contratos novos de consumo, não há antinomia de princípios entre o CDC e o CCB/02, podendo haver antinomias de regras e de eventuais derrogações. O CCB/02 vai atualizar o CDC, dando-lhe nova base conceitual.

Como o CCB/02 é norma geral mais nova, não revogará o CDC que é lei especial. O art. 2.045 não se aplica ao CDC e o 2.043 do mesmo modo, porque o CDC não foi incorporado ao CCB/02. Tal exegese é reforçada pelo art. 48 do ADCT, 170, V e 5º XXXII da CF/88 (recentemente, no RE 351.750, Inf. STF 366, o STF decidiu que o CDC é lei especial em relação ao Código Civil, mas é lei geral em relação à Convenção de Varsóvia e aos Protocolos de Haia e Montreal, prevalecendo estas em caso de conflito).

Até mesmo as normas sobre função social do contrato (421), boa-fé (422) e contratos de adesão (424) nada mencionam sobre consumidores, pois não são normas gerais e genéricas, aplicáveis a contratos civis e comerciais.

As leis especiais, não incorporadas ao CCB/02 ficaram preservadas e são prevalentes em relação a lei civil geral subsidiária. No caso do CCB, art. 593, a expressão "serviços" esclarece que a regulação do CCB é geral e subsidiária, incluindo sobre aqueles contratos que não forem trabalhistas e não forem regulados por leis especiais, *ie*, as prestações de serviço de consumo continuam reguladas pelo CDC e as trabalhistas pelas leis trabalhistas.

Um exemplo de antinomia aparente é a nova regra de onerosidade excessiva. O CDC prevê que a vantagem exagerada do fornecedor é abusiva e viola a boa-fé (51, VI), estabelecendo parâmetros abertos para que o juiz concretize esta vantagem exagerada do fornecedor (51, § 1º). Nula a cláusula, o contrato mantém-se (51, § 2º), porque é direito do consumidor a continuidade do vínculo.

O CCB/02 é voltado para as obrigações civis e comerciais (estas relações interempresariais), também conhece a onerosidade excessiva, mas exige a prova da "extrema vantagem" para o outro contratante e permite apenas ao empresário onerado pelo contrato que rescinda o contrato, não assegurando o direito de continuar no negócio, nos termos do art. 478 do CCB/02.

Outros exemplos de antinomias aparentes de regras poderiam ser dados, sempre levando-se em conta que os campos de aplicação são diferentes e há prioridade da lei especial: a revogabilidade da oferta (427 e 428), o silêncio como aceitação (art. 11 do CCB) necessidade de registro do contrato preliminar (463, parágrafo único) em confronto com irrevogabilidade da oferta que desperta a confiança (35, CDC), silêncio não é aceitação (939, parágrafo único, CDC) e o contrato preliminar que permite, inclusive, a execução específica, mesmo sem registro (18, CDC).

Por exemplo:

Boa-fé - 113; 187; 422.

Equilíbrio as relações e função social - 187; 421; 473, § único; 478; 479; 480; 884.

Responsabilidade objetiva dos Empresários - 927, § único; 931.

23. Considerações Finais

Em face da teoria do “diálogo das fontes” o CDC ganha com o CCB, pois seus princípios básicos são quase os mesmos.

Quatro são os princípios básicos que afetam o novo direito obrigacional brasileiro:

- **Princípio da Vulnerabilidade:** determina quais as relações contratuais estarão sob a égide desta lei tutelar e de seu sistema de combate ao abuso.
- **Princípio da Confiança:** estabelece as bases de garantia legal de produtos e serviços, e possibilita a interpretação de uma responsabilidade objetiva para toda a cadeia de fornecimento.
- **Princípio da Boa-fé:** basilar de toda conduta contratual, mas aqui deve ser destacada sua função limitadora da liberdade contratual.
- **Princípio do Equilíbrio Contratual:** tem maiores reflexos no combate à lesão ou à quebra da base do negócio, podendo ser aqui destacada sua função de manutenção da relação no tempo.

À exceção do princípio da vulnerabilidade, que dá sustento à especialidade do CDC, os outros 3 princípios do CDC encontram-se hoje incorporados no sistema geral do direito privado, pois presentes no CCB/02.

Aos magistrados, precipuamente, caberá o exercício deste mandato concedido - via cláusulas gerais - pelo legislativo, de forma que as relações interpessoais possam, definitivamente, ingressar no Direito Civil Constitucional Brasileiro do terceiro milênio.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

- Araújo**, Eugenio Rosa - "Interpretação conforme a Constituição e controle difuso de constitucionalidade" *in* "A constitucionalização do direito. A Constituição como lócus da hermenêutica jurídica" Lumen Juris
- Auloy**, Jean-Calais - Code de la Consommation, Dalloz 2001
- Barcelos**, Ana Paula de - "A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana", Renovar
- Barroso**, Luiz Roberto - "Temas de direito constitucional", Vols. I e II, Saraiva
- Barroso**, Luiz Roberto - "Interpretação e aplicação da Constituição", Saraiva
- Barroso**, Luiz Roberto - "O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas", Renovar
- Costa**, Judite Martins - "A boa fé no Direito Privado", São Paulo, RT, 2002
- Costa**, Judite Martins - "Diretrizes teóricas do Novo Código Civil Brasileiro", Saraiva
- Fachin**, Luis Edson - "Estatuto jurídico do patrimônio mínimo", Renovar
- Fachin**, Luis Edson - "Teoria crítica do direito civil à luz do novo Código Civil, Renovar
- Jayme**, Erik - "Visões para uma Teoria pós-moderna de Direito Comparado" - RT - 759, 24/40
- Junior**, Nelson Nery - "Novo Código Civil", RT
- Lotufo**, Renan - "Direito civil constitucional", Malheiros
- Marques**, Claudia Lima - "Contratos no Código de Defesa do Consumidor", RT, São Paulo
- Marques**, Claudia Lima - "Comentários ao Código de Defesa do Consumidor", RT, São Paulo
- Mendes**, Gilmar Ferreira - "Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade", Editora Saraiva

Moraes, Alexandre de - “Direito Constitucional”, Atlas, 6ª edição

Moraes, Maria Celina Bodin de - O princípio da solidariedade, *in* “Os princípios da Constituição Federal de 1988”, Lumen Juris

Negreiros, Teresa - ‘Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé’

Pasqualotto, Adalberto - “O Código de Defesa do Consumidor em face do novo Código Civil” - *Revista de Direito do Consumidor*, 43, RT, págs. 96/110

Perlingieri, Pietro - “Perfis do Direito Civil”, Renovar, ed. 2002, Rio de Janeiro

Reale, Miguel - “Estudos preliminares do Código Civil”, RT

Sarmiento, Daniel - “Direitos Fundamentais e Relações Privadas”, Lumen Júris 204 - Rio de Janeiro

Sarmiento, Daniel - A ponderação de interesses na Constituição Federal, Lumen Juris

Schier, Paulo Ricardo - “Filtragem constitucional”, Sergio Fabris

Tepedino, Gustavo - “Crise de fontes normativas e teoria legislativa na parte geral do Código Civil de 2002”, *in* a “A parte geral do Novo Código Civil; estudos na perspectiva civil constitucional”

Tepedino, Gustavo - “Temas de Direito Civil”, Rio de Janeiro, Renovar, 2001, 2ª ed.

Tepedino, Gustavo - “Problema de Direito Civil Constitucional”, Renovar

A ESTRUTURA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS NOTAS SOBRE A DISTINÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS¹

Jane Reis Gonçalves Pereira

Juíza Federal Titular do Juizado Especial Federal de Resende,
professora da Universidade do Estado do Rio de Janeiro em Direito Público pela UERJ

Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva

Juíza Federal Titular da 3ª Vara Federal de Execução Fiscal,
professora do Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Gama Filho e
da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Petrópolis,
Doutora em Direito Constitucional pela PUC/RJ

SUMÁRIO

Introdução.

I) A estrutura das normas constitucionais:

- 1) sobre princípios, regras e positivismo.
- 2) a distinção lógica ou qualitativa (forte) entre princípios e regras.
- 3) a distinção quantitativa ou de grau (fraca) entre princípios e regras.

II) Palavras Finais: os critérios de identificação de princípios.

Bibliografia.

Introdução.

As normas constitucionais encontram-se estruturadas normativamente sob a forma de princípios e de regras. Essa afirmação, em sua aparente simplicidade, pressupõe tomada de posição quanto a diversas questões, tendo implicações diretas no âmbito da interpretação constitucional.

De fato, embora haja concordância razoável quanto ao caráter normativo dos princípios, o problema da sua conceituação e dos critérios de distinção com as regras envolve muita dúvida, sendo de capital importância para o

¹ Texto publicado na obra coletiva "Os princípios constitucionais da constituição de 1988", organizada por Manoel Messias Peixinho, Isabella Franco Guerra e Firlly Nascimento Filho, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2001, p. 3-24.

delineamento do aspecto morfológico das normas constitucionais, o qual, por sua vez, tem repercussão direta na solução dos problemas hermenêuticos que as envolvem.²

É possível, entretanto, afirmar que as discussões se desenvolvem a partir de certas concepções que são compartilhadas pelas diversas teorias sobre o conceito e a natureza dos princípios. Os debates partem, como regra, do consenso acerca da normatividade e do maior grau de abstração dos princípios.

Nesse contexto, o presente estudo pretende sistematizar, em linhas gerais, o debate sobre a diferença entre princípios e regras, abordando as vertentes de pensamento mais representativas sobre o tema, tendo em vista o aporte da doutrina contemporânea.³

I. A estrutura normativa das normas constitucionais:

1. Sobre princípios, regras e positivismo⁴.

Já não é novidade afirmar que a concepção que apresenta o Direito como um sistema puro de regras é insuficiente para explicar todas as dimensões do fenômeno normativo. O tema dos princípios - e, especialmente, da força jurídica a eles atribuída -, retomou, a partir do constitucionalismo pós-guerra, lugar de prestígio na teoria do direito e da constituição.⁵

É interessante observar que essa nova idade de ouro⁶ dos princípios surge num contexto de superação da concepção formalista que não reconhecia em

² Veja-se, a propósito, Alexy, *Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais*, mimeo [Trad. Gilmar Ferreira Mendes, Palestra proferida na Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, em 11.12.98], que destaca as implicações para o problema dos conflitos entre direitos da adoção de um modelo de princípios ou de um modelo de regras. Como afirma o autor, "Princípios e ponderação são dois lados de um mesmo fenômeno [...] quem empreende ponderação no âmbito jurídico pressupõe que as normas entre as quais se faz a uma ponderação são dotadas da estrutura de princípios e quem classifica as normas como princípio acaba chegando ao processo de ponderação" p.10. (tradução livre)

³ Ressalte-se que eventuais repetições de conceitos, promovidas ao longo do texto, objetivaram conferir maior clareza aos temas tratados.

⁴ Sobre o que é o positivismo, veja-se REIS, Jane Moreira dos. Breves notas sobre as implicações para a teoria do direito da adoção de uma perspectiva pós-moderna de ciência. *Revista da Faculdade de Direito da UCP*, Rio de Janeiro, n.01, p. 49-58, 1999.

⁵ Associando a importância dos princípios ao pós-positivismo, veja-se, por todos, Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p.237 : "A terceira fase [referindo-se as fases da positividade dos princípios], enfim, é a do pós-positivismo, que corresponde aos grandes momentos constituintes das últimas décadas deste século. As novas constituições promulgadas acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais".

⁶ A metáfora é de Luis Prieto Sanchis, referindo-se tanto "ao ambiente teórico da filosofia do direito como ao mundo mais limitado do direito espanhol a partir da Constituição de 1978". *Sobre principios y normas: problemas del razonamiento jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p.17.

todas as disposições constitucionais valor normativo⁷, e que negava eficácia jurídica precisamente àqueles dispositivos que veiculavam princípios, apresentando abertura semântica e menor densidade jurídica. De fato, é lícito supor que há estreitas relações entre o reconhecimento da normatividade dos princípios e a aceitação da idéia de que todas as normas constitucionais são dotadas de imperatividade e eficácia. As duas concepções inserem-se em um processo de questionamento das premissas do positivismo clássico, que concebia o direito exclusivamente como um sistema de regras, destinando aos princípios o papel secundário de colmatação de lacunas e de orientação da atividade interpretativa.

O destaque atribuído aos princípios na atualidade não pode também ser apartado da progressiva importância que os direitos fundamentais assumiram nas últimas décadas. A positivação constitucional dos direitos deu-se sobretudo por meio de disposições dotadas de alto grau de abertura e forte carga valorativa, apresentando a estrutura que é peculiar aos princípios. Nessa perspectiva, direitos fundamentais e princípios são elementos indissociáveis na teoria constitucional.

No plano teórico, a posição de relevo conferida aos princípios no direito contemporâneo está normalmente relacionada a ataques ao positivismo jurídico, sendo produto das reflexões de uma corrente de pensamento que, por contextualizar-se dogmaticamente como contrária às concepções positivistas clássicas, convencionou-se denominar de pós-positivista⁸. Esta matriz teórica, denunciando a insuficiência da subsunção como método de aplicação das normas, concebe o sistema jurídico como um conjunto de regras e princípios, sendo estes últimos a porta de conexão entre o Direito e a Moral. Pode-se citar, como representantes importantes dessa corrente - e sem qualquer pretensão de esgotamento - Ronald Dworkin⁹, Chaïm Perelman¹⁰ e Gustavo Zagrebelsky¹¹.

Vale destacar que a concepção de que a normatividade dos princípios é incompatível com o positivismo jurídico, aliada à identificação do caráter principiológico

⁷ CRISAFULLI, Vezio. *La costituzione e la sua disposizione di principio*. Milan: Giuffrè, 1952.

⁸ A expressão, contudo, não é imune a ambigüidades.

⁹ *Taking rights seriously*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1978.

¹⁰ *La lógica jurídica y la nueva retórica*. Civitas: Madrid, 1979, p. 103.

¹¹ *El derecho dúctil. Lei, derechos, justicia*. Madrid: Trotta, 1995.

de grande parte das normas constitucionais, teve por resultado a contraposição - feita por alguns teóricos - entre constitucionalismo e positivismo. Nessa ordem de idéias, passou-se a falar no Estado Constitucional como modelo superador do Estado de Direito, e na substituição do princípio da legalidade pelo princípio da constitucionalidade¹².

Entretanto, a oposição estabelecida entre o caráter normativo dos princípios e o positivismo jurídico é apresentada como uma evidência apenas para os antipositivistas. Assim, nem sempre o recurso à idéia de princípios relaciona-se com uma abordagem não-positivista do direito. Os positivistas contemporâneos, sem discrepar da idéia de normatividade dos princípios e sem negar que desempenham relevante papel no constitucionalismo, afirmam que tais premissas não são incompatíveis com o positivismo jurídico, mas, ao contrário, são plenamente adaptáveis àquele, sendo viável falar em um positivismo de princípios¹³. Afirma-se, ainda, que o ataque promovido contra o positivismo não tem seu ponto central na afirmação da normatividade e na força obrigatória dos princípios, mas na distinção que se faz entre estes e as regras¹⁴. A discussão crucial a respeito dos princípios deixa, então, de referir-se à sua força obrigatória - hoje indiscutível -, passando a envolver sua morfologia e a extensão de sua função no processo hermenêutico.

Essa nova postura positivista é bem retratada na crítica formulada por Gregorio Peces-Barba ao livro de Gustavo Zagrebelsky¹⁵:

“Não posso [...] compartilhar da impossibilidade de passar de um positivismo das regras a um positivismo dos princípios, destacada por Zagrebelsky no capítulo sexto de sua obra. A partir da unidade, coerência e completude, com esta leitura que fazemos, não só o positivismo não desaparece, como é a chave da explicação que permite que as normas principais possam funcionar em um sistema, e não no caos inseguro que existia no Direito pré-moderno. Dentro do sistema, e na concepção positivista, com a primazia da Constituição, cabem e são integráveis esses elementos tópicos”¹⁶.

¹² Nesse sentido, veja-se ZAGREBELSKY, op. cit. Em sentido contrário, visando a conciliar constitucionalismo e positivismo, confira-se SANCHÍS, Luis Prieto. *Constitucionalismo y positivismo*. México: Fontammara, 1997 e PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Sobre o positivismo jurídico. In: *Positivismo jurídico y derechos sociales*. Madrid: Dykison, p. 83-89, 1999.

¹³ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Desacuerdo y acuerdos con una obra importante. In: *Positivismo jurídico y derechos sociales*. Madrid: Dykison, p. 111-130, 1999.

¹⁴ SANCHÍS, *Sobre principios y...*, op. cit.

¹⁵ *El derecho dúctil. Lei...*, op. cit.

¹⁶ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Desacuerdo y acuerdos ..., op. cit. p. 126.

De fato, o recurso aos princípios, por si só, não é inconciliável com o positivismo jurídico. G. Carrió, após listar uma série de usos possíveis da palavra princípio, menciona duas acepções que são compatíveis com o positivismo: “a) o entendimento dos princípios como pautas de segundo grau, que indica como devem entender-se e, às vezes, complementar-se as regras de primeiro grau; e, b) o recurso aos princípios como propósitos, objetivos metas ou *policies* de uma regra ou conjunto de regras do sistema, certas exigências fundamentais e moral positiva e certas máximas da sabedoria jurídica tradicional”¹⁷.

Assim, embora seja bem aceita na teoria do direito a idéia de que princípios e regras são tipos de normas¹⁸, ambos dotados de imperatividade, a distinção entre as duas categorias normativas varia substancialmente em função das diversas matrizes teóricas. Alexy, identificando duas grandes categorias de distinções, classificou-as como *distinções fortes* ou *distinções fracas* a respeito dos princípios e das regras, segundo o tipo de critério utilizado¹⁹. As distinções fortes pressupõem uma diferença qualitativa ou lógica entre princípios e regras, enquanto as fracas orientam-se no sentido de que a diferença entre as duas espécies normativas é apenas quantitativa ou de grau²⁰.

A diferença fundamental no que tange ao conceito de princípio e ao lugar que ocupa no sistema jurídico decorre, hoje, exatamente da adoção de uma distinção forte ou de uma distinção débil. Vejam-se as peculiaridades de cada uma delas.

¹⁷ *Principios y positivismo jurídico*. Argentina: Abeledo-Perrot, [s.d.], p. 42. (tradução livre)

¹⁸ O consenso é apenas relativo, havendo ambigüidades terminológicas. Embora a idéia de que os princípios são categorias normativas seja bem acolhida na doutrina, há ainda muita imprecisão semântica quanto à dicotomia princípios e regras, ou princípios e normas. De fato, há quem empregue a distinção princípios/ normas atribuindo à expressão norma o significado que aqui se confere à expressão regra. Outrossim, não há uniformidade terminológica mesmo quando se trata de traduções. Note-se que Ronald Dworkin, em seu “Taking Rights Seriously”, fala em “principles” e “rules”. op. cit., p. 22 e ss. A tradução espanhola da referida obra, porém, refere-se a “principios y normas” (*Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1984). Não obstante, há autores espanhóis que fazem menção à distinção de Dworkin como de “principios y reglas”. ANSUÁTEGUI, Francisco Janvier. El derecho como norma. In: PECES-BARBA, Gregorio et al. *Curso de teoría del derecho*. Barcelona: Marcial Pons, 2000. cap. 6, p. 147-173. A propósito do tema veja-se, também ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Barcelona: Bosch, 1961, p. 183-287, que aparta a distinção princípio-norma dos sistemas fechados (Direito Civil Codificado) da distinção “principle-rule” dos sistemas abertos (Common Law).

¹⁹ ALEXY, Robert. Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. *Doxa*, Universidad de Alicante, n. 5, p. 139-156, 1988.

²⁰ Identificam-se as distinções fortes, normalmente, como contrárias ao positivismo. Assim, Sanchis considera que a teoria forte dos princípios - que dá lugar a distinção forte dos princípios e regras - supõe que “o horizonte de normatividade não se esgota nos standards de conduta que contam com respaldo institucional, mas se abre ao mundo da moralidade, da política e das exigências da justiça que se supõe objetivas e suscetíveis de conhecimento, compondo assim uma ordem não diferenciada da moral e do Direito, onde os princípios, situados na cúspide do sistema, dotariam de sentido e coerência valorativa cada uma das regras particulares”. op. cit. p. 67. (tradução livre)

2. A distinção qualitativa ou lógica (forte) entre princípios e regras.

Os principais representantes da concepção forte quanto à distinção entre princípios e regras são Ronald Dworkin e Robert Alexy. Ambos apontam aspectos lógicos e substanciais que diferenciam princípios e regras, os quais tem implicações diretas na forma de interpretação das duas categorias normativas.

Ronald Dworkin, sucessor de Herbert L. Hart na cadeira de Filosofia do Direito da Universidade de Oxford, formulou sua distinção entre princípios e regras no quadro de uma severa crítica à versão do positivismo jurídico representada por Hart.

Para Dworkin, o positivismo jurídico, ao conceber o direito exclusivamente como um modelo de regras, ignora uma importante dimensão do fenômeno jurídico, que consiste no papel relevante que princípios desempenham no sistema jurídico, e, especialmente, na solução dos casos difíceis (*hard cases*). Os princípios, segundo Dworkin, são diferentes das regras do ponto de vista estrutural e lógico, representando ponto de aproximação entre o direito e a moral. Na concepção do autor, um princípio é um "standard que deve ser observado, não porque favoreça ou assegure uma situação econômica política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência da justiça, da equidade ou de alguma outra dimensão da moralidade"²¹. Assim, a presença dos princípios no Direito impede que o fenômeno jurídico seja identificado a partir de processos meramente formais e alheios a considerações morais substantivas, fazendo cair por terra a tese positivista que pressupõe a separação estanque entre o Direito e Moral²².

²¹ *op. cit.*, p. 22. No texto original: "I call a principle a standard that is to be observed, not because it will advance an economical, political, or social situation deemed desirable, but because it is a requirement of justice or fairness or some other dimension of morality".

²² Para Sanchis, "o positivismo sustenta que as normas ou modelos de conduta que se impõem aos cidadãos e que são tomadas em consideração pelo juiz na hora de valorar o comportamento daqueles, podem ser normalmente identificados através de alguma regra ou critério do próprio sistema jurídico e que, ao final, encarnam alguma prática social verificável. A institucionalização dos meios de produção normativa facilita, sem dúvida, a identificação das normas do sistema (leis, regulamentos, sentenças, etc.), porém, tão pouco, resulta imprescindível: o positivismo, ao menos em sua versão, mais evoluida e "realista", não encontra nenhuma dificuldade em considerar como normas jurídicas aqueles modelos de conduta que contam com certo respaldo social, em concreto, com um respaldo suficiente para impor-se mediante o uso da força; em qualquer sistema jurídico, mesmo num sistema primitivo, as normas podem carecer de institucionalização (o costume), porém, pelo menos, hão de gozar desse respaldo social que nos permita afirmar que em caso de desvio por parte dos destinatários deverá produzir-se, de acordo com a prática desse ordenamento, uma reação jurídica, ou seja, um ato de coação." *op. cit.* p. 69-70 (tradução livre). Porém, isto não quer dizer que a concepção positivista ignore que por trás de cada norma ou decisão jurídica se ache uma opção moral ou política. Ou seja, "o positivismo aceita sem dificuldades que as disposições legislativas descansam em uma certa filosofia política e encarnem princípios morais, porém, nega que sua validade seja dada por aquela filosofia ou por estes princípios, senão pela decisão de um órgão que assume a responsabilidade de dar respaldo a estes critérios extrasistemáticos, combinando-os de forma variável com as prescrições que derivem de normas superiores, isto é, combinando-os com os padrões de comportamento identificáveis segundo alguma regra de reconhecimento." *op. cit.* p. 72-73 (tradução livre)

Como foi dito, a distinção entre princípios e regras no quadro teórico de Dworkin é de natureza lógica. Segundo o autor:

“ambos estabelecem *standards* que apontam para decisões particulares relativas a obrigações jurídicas em determinadas circunstâncias, mas diferem quanto ao caráter da orientação que estabelecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo ou nada. Se os fatos que a regra estipula estão dados, então ou a regra é válida, caso em que a resposta que fornece deve ser aceita, ou então não é, caso em que em nada contribuirá para a decisão”²³.

Enquanto as regras são aplicadas na forma de disjuntivas (tudo ou nada) - a partir da aferição de sua validade - os princípios incidem de forma diferente, porque não estabelecem conseqüências jurídicas que devem ocorrer automaticamente quando determinadas condições se apresentem. Por essa razão, quanto aos princípios, não há como prever todas as possíveis formas de aplicação que podem ensejar, pois estes enunciam razões que indicam determinada direção, sem exigir uma decisão particular.

Dessa diferença entre as regras e os princípios decorre uma outra: os princípios possuem uma dimensão de peso ou de importância, que não está presente nas regras. Essa característica se torna visível nos casos de conflito. Quanto dois princípios opostos colidem - incidindo no mesmo caso concreto - a solução do conflito tem que ser encontrada levando-se em conta o peso relativo de cada um deles.

Em relação às regras, por não possuírem a dimensão de peso, a solução de um conflito aparente não pode ser que uma ceda espaço à outra em função de possuir maior peso. O afastamento de uma das regras só pode ocorrer a partir da aplicação do critério hierárquico, cronológico ou da especialidade. É possível, também, a prevalência de determinada regra em razão de estar amparada por um princípio mais importante²⁴.

²³ *op. cit.*, p. 24. No original: “The difference between principles and legal rules is a logical distinction. Both sets of standards point to particular decisions about legal obligation in particular circumstances, but they differ in the character of the direction they give. Rules are applicable in all-or-nothing fashion. If the facts a rule stipulates are given, then either the rule is valid, in which case the answer it supplies must be accepted, or it is not, in which case it contributes nothing to the decision”.

²⁴ *op. cit.* p. 27. No original: “A legal system may also prefer the rule supported by the more important principles”. A posição de Robert Alexy, a esse respeito, é diferente - não obstante seu modelo de regras e princípios seja semelhante: “Un principio es soslayado cuando en el caso concreto el principio opuesto tiene un peso maior. En cambio, una regla todavía no es soslayada cuando en el caso concreto el principio opuesto tiene un maior peso que el principio que apoia a regra”. *op. cit.*, p. 100.

O que releva notar quanto ao modelo de Dworkin é que o que determina a aplicabilidade das regras são critérios de natureza formal (validade) - daí a identificação do modelo de regras com o positivismo -, enquanto o que determina a incidência de um princípio são aspectos materiais ou substantivos, pois o peso dos princípios nos casos concretos é identificado a partir de processos de valoração que não envolvem procedimentos puramente formais, mas demandam considerações de natureza moral.

Robert Alexy também estabelece um critério que diferencia regras e princípios sob o aspecto qualitativo ou lógico, embora o faça em um contexto teórico diverso daquele que orienta Dworkin. Segundo o autor:

“O ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na melhor medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Portanto, os princípios são mandados de otimização, que estão caracterizados pelo fato que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida de seu cumprimento depende não só das possibilidades reais mas também das jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídica é determinado pelos princípios e regras opostos.

De outro lado, as regras são normas que só podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então deve fazer-se o que ela exige, nem mais nem menos. Portanto, as regras contém determinações no âmbito do fática e juridicamente possível. Isto significa que a diferença entre regras e princípios é qualitativa e não de grau. Toda norma ou é uma regra ou é um princípio”²⁵.

Como se vê, o ponto crucial da teoria de Alexy é a qualificação dos princípios como mandados de otimização, ou seja, como normas que podem ser cumpridas em diferentes graus. Como consigna Peczenik “esse modo de qualificação não é binário, mas por graus, de mais ou menos”²⁶.

A concepção de que os princípios podem ser cumpridos em diferentes graus significa que se trata de mandados *prima facie*, e não de mandados definitivos.

²⁵ *Teoria de los derechos.... op. cit.* p. 86-87 (tradução livre).

²⁶ *Dimensiones morales del Derecho, Doxa*, no. 8, 1990, p. 92 (tradução livre).

Isso decorre do fato de que os princípios apresentam razões que podem ser afastadas por razões opostas, não trazendo em si determinações acerca da forma que deve ser resolvida a tensão potencial entre a razão que contém a as que eventualmente se apresentem opostas. Assim, "os princípios carecem de conteúdo de determinação com respeito aos princípios contrapostos e às possibilidades fáticas"²⁷.

Para Alexy, assim como para Dworkin, a diferença existente entre princípios e regras evidencia-se a partir da forma de solução demandada para os casos de colisão.

Nas hipóteses em que entram em conflito duas regras só pode haver duas formas de solução: introduzindo-se uma cláusula de exceção que elimina o conflito ou declarando inválida uma das regras. Isso ocorre porque a o conflito de regras se dá na dimensão da validade, e a validade jurídica não é graduável pois, "se uma norma existe, é válida e aplicável a um caso concreto significa que vale também sua consequência jurídica"²⁸.

Quanto às colisões de princípios, devem ser solucionadas de forma completamente diversa. A solução não se encontra em declarar a invalidade de um dos princípios, ou em entender um deles como uma exceção ao outro. Sempre que dois princípios, aplicáveis a um mesmo caso, entram em conflito - por conterem mandamentos opostos - um dos princípios tem que ceder em face do outro. E a determinação sobre qual princípio deve ceder - e em que medida - é feita a partir de um processo de ponderação do peso que cada um deles no caso concreto. Segundo Alexy, a lei de ponderação determina que "a medida permitida de não satisfação ou de afetação de um dos princípios depende do grau de importância da satisfação do outro"²⁹.

Assim, na hipótese em que algo é permitido por um princípio mas vedado por outro, um dos princípios deve recuar, sem que algum deles seja declarado inválido, ou inserida cláusula de exceção. Dessa forma, o problema do conflito de regras se resolve na dimensão de sua validade, enquanto que dos princípios é solucionado na dimensão do valor.

²⁷ Alexy, *op. cit.*, p. 99.

²⁸ *idem*, p. 88.

²⁹ *idem*, p. 161.

As concepções de Alexy e Dworkin sobre a distinção entre princípios e regras, como se vê, são bastante semelhantes. As diferenças expressivas existentes podem ser atribuídas, talvez, ao fato das teorias terem sido formuladas em contextos jurídicos diversos, e não propriamente a questões de fundo.

3. A distinção quantitativa ou de grau (fraca) entre princípios e regras

As distinções fracas de regras e princípios identificam-se, essencialmente, com as abordagens positivistas do Direito. O que as diferencia das teorias de distinção forte é a concepção de que os princípios não guardam diferença de ordem lógica ou substancial em relação às regras, sendo apenas as normas fundamentais do sistema, cuja marca é o maior grau de generalidade e abstração.

Um paradigma dessa corrente é R. Guastini³⁰, que caracteriza os princípios jurídicos a partir de três critérios: a) as relações com outras normas. b) o tipo de formulação lingüística, c) a generalidade. A primeira nota distintiva dos princípios deriva do fato de servirem de fundamento às outras normas, seja pelo fato de aquelas consistirem em especificações do princípio, seja porque o princípio constitui um fim para cuja consecução as outras normas estabelecem meios. Quanto ao segundo aspecto, o autor considera princípios as normas formuladas em termos vagos e gerais que, por isso mesmo, dão lugar a ampla margem de discricionariedade. Entretanto, afirma Guastini que o critério de generalidade não é muito preciso, pois que mesmo as regras possuem uma “zona de penumbra”. Assim, o que determina a diferença entre princípios e regras é de grau de abertura, na medida em que o conceito de generalidade, assim como o de incerteza, é relacional.

Distinção semelhante é defendida por Norberto Bobbio, para quem os princípios gerais nada mais são que “*normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais*”.³¹

Outro exemplo dessa linha de pensamento é a tese perfilhada por Luis Prieto Sanchís, que defende uma distinção débil entre princípios e regras partindo de

³⁰ Principi di diritto, in: *Dalle fonti alle norme*. Turim: Giappichelli, 1992.

³¹ BOBBIO, Norberto, *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 6.ed. Brasília: Ed. UNB, 1995.

formulações críticas acerca das distinções fortes ou qualitativas. Segundo Sanchís, a noção de princípio está muito mais ligada a um determinado modelo de argumentação do que a uma certa classe de normas.

O autor espanhol defende a distinção débil pontificando diversas insuficiências que, na sua óptica, encontram-se subjacentes às teorias da distinção forte. Critica, assim, os dois pontos cardeais da distinção forte: a) a idéia de a colisão entre os princípios se opera de forma diversa da colisão entre regras; e b) a noção de princípios como mandados de otimização, que podem ser cumpridos em diferentes graus.

Quanto ao primeiro aspecto, Sanchís afirma que há pontos obscuros na concepção de que os conflitos entre regras são solucionados no campo da validade, enquanto os conflitos entre princípios pressupõem a ponderação de seu peso³².

Assim, no que se refere aos princípios, argumenta que embora possa considerar-se certo que, nos casos de colisão, a aplicação de um princípio não leva necessariamente à perda de validade do princípio contraditório, isso não significa que jamais vá ocorrer uma antinomia total entre princípios, de modo que não possam coexistir no mesmo ordenamento. Destaca como exemplo, para ilustrar seu raciocínio, a hipótese de “reconhecimento - não meramente retórico - dos princípios da igual dignidade humana e do apartheid”³³. Quanto às regras, Sanchís alega que nem todo conflito normativo se resolve com a declaração de invalidade de uma delas. Pondera que nos casos em que o Tribunal Constitucional aplica a técnica da interpretação conforme à Constituição, o conflito é solucionado sem exclusão da regra do sistema³⁴. Sublinha, ainda, que a aplicação do critério da especialidade para a solução dos conflitos de regras não se diferencia, em nada, da idéia de peso ou importância que se atribui aos princípios³⁵.

Quanto à caracterização dos princípios como mandados de otimização, Sanchís assinala:

³² *op. cit.*

³³ *idem*, p. 41.

³⁴ *ibidem*.

³⁵ *idem*.

“me parece duvidoso que este seja um critério de todo acertado para traçar um nítida diferenciação entre duas classes de entidades normativas, como se desde essa óptica pretendem formular-se as regras e os princípios: a meu juízo, se trata mais de um peculiar técnica de interpretação do que de uma característica inafastável que acompanhe certos standards (princípios), e que esteja ausente em outros (regras). De um lado, porque, como já sabemos, não cabe rechaçar por hipótese a colisão total de princípios em que, como ocorre com as regras, se excluam mutuamente, de modo que uma delas deva considerar-se como pertinente ao ordenamento. [...]

A segunda observação que se deve fazer a caracterização de Alexy é que, embora as idéias de mandado de otimização e do conseqüente juízo de ponderação no caso concreto são acertadas, me parece que isso não ocorra só (nem sempre) em relação aos princípios, mas também com relação às regras”³⁶.

Partindo dessas premissas, Sanchís defende que é impossível estabelecer uma distinção entre princípios e regras que seja anterior ao processo interpretativo. Assim, averba, “antes da interpretação existiria um mundo indiferenciado de prescrições e só a argumentação jurídica faria de cada uma delas e em cada caso concreto um princípio ou uma regra; o que pode ser certo se apenas se quer afirmar que as técnicas argumentativas de “peso”(Dworkin) ou do juízo de otimização (Alexy) devem ser usadas em qualquer momento pelo juiz e em relação a qualquer disposição normativa”³⁷.

Nota-se, pois, que, na concepção de Sanchís, os princípios não são um determinado tipo de norma identificável abstratamente, mas quaisquer normas que assumam posição de fundamentalidade no processo da argumentação jurídica. Segundo o autor, essa conclusão aponta no sentido de uma distinção fraca entre princípios e regras, pois qualquer regra pode ser elevada à categoria de princípio, dependendo do uso que dela faça o operador jurídico. Conclui, nessa perspectiva, que “os princípios são uma noção relacional ou comparativa; dizemos que uma norma é um princípio quando, nem mesmo idealmente, temos presente outra norma ou grupo de normas a respeito das quais aquela se apresenta como fundamental, geral, etc.”³⁸

³⁶ *op. cit.*, p. 45-46 (tradução livre)

³⁷ *idem*, p. 54.

³⁸ *idem*, p. 63 (tradução livre)

II) Palavras finais: os critérios de identificação de princípios.

De fato, a doutrina, especialmente entre nós, não tem dado a devida atenção às implicações teórico-metodológicas que a adesão a uma teoria (forte) ou à outra (fraca) gera. Limita-se, no mais das vezes, a apontar os critérios diferenciadores de forma indiscriminada, sem tomar em conta que os fatores indicados podem eventualmente inserir-se em um plano qualitativo (substancial) ou em uma dimensão quantitativa (formal) - o que ao cabo pouco contribui para uma compreensão mais adequada da própria distinção.

A propósito, verifique-se a enumeração apontada por Canotilho³⁹ ⁴⁰ e que tem sido utilizada como referência para o assunto, pela doutrina pátria⁴¹, na qual não se percebe uma preocupação mais minuciosa com os planos substancial e formal. São eles:

“a) Grau de *abstracção*: os *princípios* são normas com um grau de abstracção relativamente elevado; de modo diverso, as *regras* possuem uma abstracção relativamente reduzida.

b) Grau de *determinabilidade* na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador? do juiz?), enquanto as regras são susceptíveis de aplicação directa.

c) Caráter de *fundamentalidade* no sistema das fontes de direito: os princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex: princípio do Estado de Direito).

³⁹ Canotilho registra a complexidade dessa distinção e aponta que essa complexidade “deriva, muitas vezes, do facto de não se esclarecerem duas questões fundamentais: (1) saber qual a função dos princípios, ou seja, se têm uma função retórica-argumentativa ou são normas de conduta; (2) saber se entre princípios e regras existe um denominador comum, pertencendo à mesma ‘família’ e havendo apenas uma diferença do grau (quanto à generalidade, conteúdo informativo, hierarquia das fontes, explicitação do conteúdo, conteúdo valorativo), ou se, pelo contrário, os princípios e as regras são susceptíveis de uma diferenciação qualitativa.” CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 1034-1035

⁴⁰ Veja-se também, o estudo exaustivo de Rodolfo Vigo, *Los principios jurídicos*. Buenos Aires: Depalma, 2000, que chegou a listar vinte e quatro critérios distintivos. São eles :o conteúdo; a origem; a validade; a capacidade explicatória e justificatória; a aplicação; os tipos de razão; a identificação; a derrogação; o esforço que exigem; as exceções; os destinatários; a resolução de contradições; seu cumprimento; a estrutura lógica; a incorporação ao sistema jurídico; compromisso histórico; localização no ordenamento jurídico; operatividade com a lógica formal; a contribuição para a completude do sistema; componentes; funções; a coatividade; a formulação linguística ; e a capacidade sistematizadora do direito.

⁴¹ Vide FARIA, Edilson de. *A colisão dos direitos à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Dissertação (Mestrado em Direito, área de concentração “Direito e Estado”) - Universidade de Brasília, 1995 e SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. *Princípio constitucional da igualdade*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2001.

d) "*Proximidade*" da *idéia de direito*: os princípios são "standards" juridicamente vinculantes radicados nas exigências de "justiça" (Dworkin) ou na "idéia de direito" (Larenz); as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional.

e) *Natureza normogenética*: os princípios são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante."⁴²

Entretanto, enumerações como esta - sem embargo de sua inequívoca utilidade didática - se mostram insuficientes quando se trata de solucionar problemas hermenêuticos.

Ao se partir da *idéia* de que - considerados sob sua dimensão lógica, qualitativa ou substancial - os princípios são distintos das regras, a concepção forte coloca de forma evidente a relevância e essencialidade da elaboração de uma distinção definida, com implicações no âmbito da interpretação. Se faz necessário, por conseguinte, o estabelecimento de critérios mais precisos que se prestem a identificar as normas-princípios e as normas-regras.

Considerando-se a produção doutrinária sobre a questão, acima sumariada, e em especial as contribuições de Ronald Dworkin e Robert Alexy⁴³, é possível sintetizar as diferenças qualitativas que traduzem-se, fundamentalmente, em dois grandes aspectos⁴⁴.

⁴² Canotilho, *op.cit.* p. 1034-1035

⁴³ As obras referências desses autores sobre o tema são, respectivamente, *Taking rights seriously* e *Teoría de los derechos fundamentales*, *op. cit.* Vale registrar também que a sistematização desses posicionamentos elaborada por Canotilho *op.cit.*, embora breve, é bastante interessante.

⁴⁴ Zagrebelsky apresenta a questão sob um ângulo distinto, já que, sem negar os dois critérios apontados, complementa-os. Confira-se: "[...] talvez a diferença mais importante possa ser sugerida pelo 'tratamento' distinto que a ciência do direito outorga às regras e aos princípios. [...] em poucas palavras, às regras 'se obedece' e, por isso, é mais importante determinar com precisão os preceitos que o legislador estabelece por meio das formulações que as regras contêm; aos princípios, ao contrário, 'se presta adesão' e, por isso, é importante compreender o mundo de valores, as grandes opções de cultura jurídica das quais tomam parte e às quais as palavras não façam simples alusão. [...] A] distinção essencial parece ser a seguinte: as regras nos proporcionam um critério para nossas ações, nos dizem como devemos, não devemos, podemos atuar em determinadas situações específicas previstas pelas próprias regras; os princípios, diretamente, não nos dizem nada a esse respeito, mas nos proporcionam critérios para *tomar posições* frente situações concretas, mas que a *priori* aparecem indeterminadas. Os princípios geram atitudes favoráveis ou contrárias, de adesão e apoio ou de dissenso e repulsa em relação a tudo que pode estar implicado na sua salva-guarda no caso em concreto. Vez que não demandam 'pressupostos de fato', aos princípios, diferentemente do que se passa com as regras, só se pode dar algum significado operativo fazendo-os 'reagir' frente a um caso concreto. Seu significado não pode ser determinado em abstrato, mas apenas nos casos concreto, e é apenas nos casos concretos que se pode entender seu alcance. Se poderia indicar a diferença assinalando simplesmente que as regras, e apenas as regras, são as que podem ser observadas e aplicadas mecânica e passivamente." ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Editorial Trotta, 1995. p. 110 (tradução livre)

O primeiro diz respeito à *forma de aplicação*. Os princípios são normas jurídicas impositivas de *otimização*, compatíveis com vários graus de concretização, circunscritos às condições fáticas e jurídicas. Já as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proibem) que é ou não é cumprida.⁴⁵

Registre-se que a expressão “mandado de otimização” é sugestão de Alexy. Para o autor:

“[...] os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Portanto, os princípios são mandados de otimização, que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferente grau e que a medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais, mas também das jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras opostos.”⁴⁶

O segundo diz respeito ao *problema do conflito e suas formas de solução*⁴⁷. A convivência dos princípios é conflitual, ao passo que a convivência de regras é antinômica. Isto significa que os princípios coexistem⁴⁸, enquanto as regras antinômicas excluem-se. Consequentemente, os princípios, ao constituírem-se em exigências (mandados) de otimização, permitem o balanceamento de valores e interesses,

⁴⁵ Nos termos de Dworkin as regras são aplicadas na forma do tudo ou nada (“*applicable in all-or nothing fashion*”) *op. cit.*

⁴⁶ *op. cit.* p. 86 (tradução livre)

⁴⁷ Nas palavras de Alexy: “Se se constata a aplicabilidade de duas regras com conseqüências reciprocamente contraditórias, no caso em concreto, e esta contradição não pode ser eliminada mediante a introdução de uma cláusula de exceção, deve-se, então, declarar inválida, pelo menos, uma das regras. [...] Quando os princípios entram em colisão - tal como no caso em que algo é proibido por um princípio e permitido por outro - um dos princípios deve ceder frente ao outro. Porém, isto não significa declarar inválido tal princípio preterido, nem que ao princípio preterido tenha-se de introduzir uma cláusula de exceção. Mais bem, o que acontece é que sob certas circunstâncias um dos princípios precede ao outro. Sob outras circunstâncias, a questão da precedência pode ser solucionada de maneira inversa. É isto que se quer dizer quando se afirma que nos casos em concreto, os princípios têm peso diferente e que prima o princípio com maior peso. Os conflitos de regras se desenvolvem na dimensão da validade; a colisão de princípios - como só podem entrar em colisão princípios válidos - tem lugar mais além da dimensão da validade, na dimensão de peso.” *op. cit.* p. 89 (tradução livre)

⁴⁸ Esta leitura é bem aproximada da visão sustentada por Gianformaggio. Para a autora italiana, os princípios são entendidos como juízos de concorrência. “Porque os princípios não são entre si incompatíveis: são sempre concorrentes, e aplicar um significa, simultaneamente, aplicar todos os concorrentes, buscando a maneira de sacrificar cada um deles na menor medida possível compatível com cada uma dos demais.” GIANFORMAGGIO, Letizia. L’interpretazione della costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata su principi. *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, IV, serie-LXII, n. 1, p. 65-103, gen./mar. 1985. (tradução livre)

consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflituantes⁴⁹. Portanto, não obedecem, como as regras, à 'lógica do tudo ou nada'.

"Isso significa que, em cada caso, armam-se diversos *jogos de princípios*, de sorte que diversas soluções e decisões, em diversos casos, podem ser alcançadas, umas privilegiando a decisividade de certo princípio, outras a recusando.

Cada conjunção ou jogo de princípios será informada por determinações da mais variada ordem⁵⁰: é necessário insistir, nesse ponto, em que o fenômeno jurídico não é uma questão científica, porém uma *questão política* e, de outra parte, a aplicação do direito é uma *prudência* e não uma *ciência*."⁵¹

Já as regras não admitem outra solução. Se uma regra é válida⁵², deve ser cumprida na medida exata de suas prescrições, nem mais, nem menos. A regra se aplica de forma automática e necessariamente quando as condições previstas como

⁴⁹ Como esclarece Ricardo Lobo Torres: "Karl Larenz defende que 'a ponderação de bens em cada caso é um método de complementação do direito, que visa a solucionar as colisões de normas'. Anota que o Tribunal Constitucional se serve do método da 'ponderação de bens no caso particular' ('*Güterabwägung in Einzelfall*') para determinar o alcance concreto dos direitos fundamentais (*Grundrechte*) ou princípios constitucionais (*Verfassungsprinzipien*) que colidem entre si nos casos particulares. A colisão pode ocorrer em virtude de os conceitos e princípios serem abertos (*offen*) e móveis (*beweglich*), não estando a sua amplitude previamente fixada. Para a ponderação de bens deduzem-se das sentenças da Corte Constitucional os princípios da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeit*), do melhor meio (*schönendsten Mittels*) e da menor restrição possível (*geringstmöglichen Eisschränkung*). 'Quanto ao princípio da proporcionalidade (*Grundsatz der Verhältnismässigkeit*), trata-se de um princípio jurídico material (*ein materiales Rechtsprinzip*)'." TORRES, Ricardo Lobo. Da ponderação de interesses ao princípio da ponderação. In: ZILLES, Urbano (Coord.). *Miguel Reale. Estudos em Homenagem a 90 anos*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000, p. 643-651. Veja-se também SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na constituição federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000

⁵⁰ No particular, Eros Roberto Grau, respaldado em Jean Boulanger, adverte que "tanto o aplicador quanto o intérprete do direito, ao comporem tais jogos de princípios, atuam sob impacto, também, de valores ideológicos. Há aí, definitivamente, uma escolha entre princípios [...]." *op. cit.* p. 99. nota 38

⁵¹ *idem op. cit.* p. 99

⁵² Para Bobbio, *Teoría general del derecho*. Madrid: Debate, 1996. p.34: "O problema da validade é um problema da existência da regra enquanto tal, independentemente o juízo de valor sobre seu conteúdo de justiça. Enquanto este se resolve com um juízo de valor, o problema da validade se resolve com um juízo de existência ou de fato. Isto é, se trata de comprovar se uma regra jurídica existe ou não, ou melhor, se aquela determinada regra, tal como é, é uma regra jurídica. Validade jurídica de uma norma equívale a existência dessa norma como norma jurídica. Enquanto para se julgar a justiça de uma norma é necessário medi-la segundo um valor ideal, para se julgar sua validade deve-se realizar investigações de caráter empírico-racional, investigações que se fazem quando se trata de estabelecer a entidade e a dimensão de um sucesso." (Observe-se que no particular, o autor se utiliza das expressões norma e regra como sinônimas) (tradução livre) Para se verificar a validade de um norma (isto é, "se existe como regra jurídica que pertence a um determinado sistema"), Bobbio indica três comprovações a serem feitas, que podem ser assim resumidas: a) determinar se autoridade que a promulgou era detentora de poder legítimo para expedir normas jurídicas; b) comprovar que ela não está derogada; c) comprovar que não seja incompatível com as outras normas do sistema.

suficientes para a sua aplicação se manifestam⁵³. São portanto determinações no âmbito do que é fática e juridicamente possível.

Para Eros Roberto Grau,

[as] “regras jurídicas são aplicáveis por completo ou não são, de modo absoluto, aplicáveis. Trata-se de um tudo ou nada. Desde que os pressupostos de fato aos quais a regra refira - o suporte fático hipotético, o *Tatbestand* - se verifiquem, em uma situação concreta, e sendo ela válida, em qualquer caso, há de ser aplicada.”⁵⁴

Por outro lado, quanto à teoria da distinção fraca, a precisão de critérios já não se revela tão necessária e o debate toma outros contornos. É que o critério da generalidade parece dar conta de forma satisfatória da distinção, já que os princípios não se apresentam, em nada, substancialmente diferentes das normas, caracterizando-se simplesmente por possuírem certos traços (generalidade, vagueidade, fundamentalidade ...) que não se configuram na forma do “tudo ou nada” (*all-or-nothing*). Tal qual ao resto das outras normas, podem ter sua existência aferida quando resultam válidos à luz de uma regra de reconhecimento ou quando uma prática dos operadores jurídicos assim o reconheça.

Desta forma, o problema da estrutura ou morfologia dos princípios perde relevo pois não há como traçar uma separação nítida entre eles e as regras e a questão se remete ao âmbito da teoria da interpretação ou da lógica dos juristas. Como esclarece Vigo:

“[...] e é aí onde se procura mostrar que um mesmo standard pode funcionar como norma [regra] ou como princípio; por consequência, não existe nenhuma característica que identifique *a priori* ou em si mesmas as normas [regras] dos princípios, mas sim que uma mesma disposição pode ser usada, no momento da interpretação, como norma [regra] ou como princípio.”⁵⁵

⁵³ “É que as regras jurídicas não comportam exceções. Isso é afirmado no seguinte sentido: se há circunstâncias que excepcionem uma regra jurídica, a enunciação dela, sem que todas essas exceções sejam também enunciadas, será inexata e incompleta. No nível teórico, ao menos, não há nenhuma razão que impeça a enunciação da totalidade dessas exceções e quanto mais extensa seja essa enunciação (de exceções), mais completo será o enunciado da regra. Se a regra - exemplifica Dworkin - define que um testamento não é válido senão quando assinado por três testemunhas, não é possível tomar-se como válido um testamento firmado por apenas duas testemunhas.” Grau, *op. cit.* p. 90. Para uma crítica da idéia de “tudo ou nada”, negando que em tese seja possível conhecer todas as exceções às regras cfr. Sanchis, *op. cit.*, p. 38.

⁵⁴ *idem* p. 89-90

⁵⁵ Vigo *op. cit.* p. 06 (tradução livre)

São os operadores jurídicos que identificam a norma como regra ou como princípio, identificando, nos casos concretos, o papel que desempenham no processo de interpretação.⁵⁶

Do que foi abordado, infere-se que a principal consequência da adoção de uma distinção qualitativa entre princípios e regras ou de uma distinção fraca situa-se no âmbito da interpretação.

Quanto à distinção forte, como se viu, o mecanismo de solução de conflitos entre princípios e entre regras não é o mesmo. Por outro lado, partindo-se de uma distinção fraca entre princípios e regras, não há como falar em duas categorias de normas que requeiram, *a priori*, soluções interpretativas diferentes. Quando se trata de interpretação constitucional, porém, a admissão dessa tese apresenta problemas.

As constituições contemporâneas albergam valores antagônicos, o que faz que os preceitos constitucionais tenham uma tendência natural a colidir.

No que se refere aos critérios de solução para as hipóteses de conflito entre normas constitucionais, a teoria da distinção débil não admite que se adote soluções hermenêuticas diferentes quanto às regras e aos princípios, já que não há diferença substancial ou qualitativa entre as duas espécies de normas. Por essa razão, a distinção fraca só admite duas ordens de respostas: ou se aplicam, tanto aos princípios como às regras, apenas os critérios clássicos de solução de conflitos de normas (hierárquico, da especialização e cronológico); ou se a técnica da ponderação, que permite afastar a incidência da norma nos casos concretos, é adequada tanto para as regras como para os princípios⁵⁷.

⁵⁶ Sanchis apresenta alguns exemplos bastante interessantes que teriam por finalidade evidenciar esse caráter relacional e gradual dos princípios e das regras. Verifique-se: [os exemplos se referenciam no contexto da Constituição Espanhola] "o quadro é mais complexo e se compõem de três normas, a saber: A) 'Todos os espanhóis são iguais perante a lei'; B) 'Se proíbe a discriminação por razões de sexo; e C) 'O empresário está obrigado a pagar salários iguais a homens e mulheres'. Pois bem, onde está aqui o princípio e onde está a regra? ... pode-se dizer que a norma A é um princípio em relação a regra B, porém esta se converte em princípio frente a regra C? Creio que a resposta deve ser afirmativa: a norma B acrescenta uma condição de aplicação à norma A, pois especifica um dos possíveis casos de discriminação, o sexo; e a norma C, a seu turno, acrescenta outras duas especificações em relação a norma B, as relações empregatícias e o salário." *op. cit.* p.39 (tradução livre)

⁵⁷ Na lição de Luís Roberto Barroso, "A ponderação de valores é a técnica pela qual o intérprete procura lidar com valores constitucionais que se encontrem em linha de colisão. Como não existe um critério abstrato que imponha a supremacia de um sobre o outro, deve-se, à vista do caso concreto, fazer concessões recíprocas, de modo a produzir-se um resultado socialmente desejável, sacrificando o mínimo de cada um dos princípios ou direitos fundamentais em oposição. A segurança jurídica na era da velocidade e do pragmatismo. In: *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.68.

Em outras palavras, sob a perspectiva de uma distinção débil, ou a ponderação é um método válido para a solução de todo tipo de conflito entre normas constitucionais ou não é para nenhum⁵⁸.

A idéia de que os critérios clássicos de solução de conflitos são adequados e suficientes no âmbito da interpretação constitucional já está superada⁵⁹. De fato, não há como conceber a hermenêutica constitucional sem o recurso à técnica da ponderação, que permite conciliar os valores constitucionais que se mostrem antagônicos sem comprometer a noção de unidade da ordem constitucional⁶⁰.

Por outro lado, admitir que todas as normas constitucionais estão sujeitas à ponderação, ou que todas possuem uma dimensão de peso implica, em última análise, o substancial comprometimento da força normativa da Constituição, já que pressupõe que é possível afastar a aplicação de uma norma constitucional mesmo quando esta traga em si todos os elementos necessários à sua aplicação.

A adoção de uma distinção forte entre regras e princípios, ao revés, estabelece soluções diferenciadas para a interpretação das duas categorias de normas, determinando, assim, um razoável equilíbrio entre vinculação e flexibilidade⁶¹. Fica estabelecido, a partir do aspecto estrutural da norma, um parâmetro de atuação para o intérprete: se tratar-se de uma regra, sem previsão de exceção, e ocorrer a hipótese que a esta se subsume, deverá o juiz aplicá-la (já que no âmbito da Constituição não há como questionar-lhe a validade⁶²). Se tratar-se de princípios, de outra forma, poderá aplicar ambos de forma parcial ou mesmo deixar de aplicar um dos princípios, dependendo do peso que assumam. Essa concepção parece melhor conciliar os antagonismos presentes nos textos constitucionais, sem, contudo, comprometer o caráter vinculativo das normas contidas na Constituição.

⁵⁸ É o que se infere da seguinte abordagem de Sanchís: "así, pues, a mi juicio, la idea del mandato de optimización representa más bien una técnica argumentativa que puede ser útil en la aplicación de cualquier estándar normativo, ya sea una regla o un principio, cuando entra en colisión con otro estándar." *op. cit.* p. 48.

⁵⁹ Sobre o tema, veja-se BARROSO, *Interpretação e aplicação da constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996; PEIXINHO, Manoel Messias. *A interpretação da Constituição e os princípios fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 1999 e SARMENTO, *op. cit.*

⁶⁰ Veja-se, a propósito da insuficiência dos critérios clássicos para a solução de conflitos entre normas constitucionais e da técnica da ponderação: Sarmento *op. cit.*

⁶¹ Sobre vinculação e flexibilidade como atributos da constituição veja-se Alexy, "Colisão e ponderação ...", *op. cit.*

⁶² Averbé-se, contudo, que Dworkin, embora alinhado à teoria forte, sustenta que uma regra pode ser afastada em detrimento de outra que esteja amparada por princípios mais importantes. *op. cit.*, vide nota 24 supra. Sem embargo, essa proposição de certa forma, contraria a idéia de os conflitos entre regras se solucionam na dimensão de validade, pois o critério que informa a solução acaba por ser de peso. Diversamente, Alexy, nessa situação, oferece solução distinta, afirmando que a regra não é afastada, no caso concreto, mesmo que se oponha a um princípio com maior peso do que o princípio que a sustenta. *op. cit.*

BIBLIOGRAFIA

Alexy, Robert. Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. *Doxa*, Universidad de Alicante, no. 5: p. 139-156, 1988.

_____. Teoria de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

_____. Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais, mimeo [Trad. Gilmar Ferreira Mendes, Palestra proferida na Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, em 11.12.98]

Bobbio, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília: Ed. UNB, 1995.

_____. *Teoría general del derecho*. Madrid: Debate, 1996

Barroso, Luís Roberto. A segurança jurídica na era da velocidade e do pragmatismo. In: *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. *Interpretação e aplicação da constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996

Carrió, Genaro. *Principios y positivismo jurídico*. Argentina: Abeledo-Perrot, [s.d.].

Crisafulli, Vezio. *La costituzione e la sua disposizione di principio*. Milan: Giuffrè, 1952.

Dworkin, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge, Massachussets: Harvard University Press, 1978.

Espíndola.. Rui Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais..* São Paulo: RT, 1999.

Esser, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Barcelona: Bosch, 1961.

FARIAS, Edilsom Pereira de. *A colisão dos direitos à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Dissertação (Mestrado em Direito, área de concentração "Direito e Estado") - Universidade de Brasília, 1995.

GIANFORMAGGIO, Letizia. L'interpretazione della costituzione tra applicazione di regole ed argumentazione basata su principi. *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, IV, serie-LXII, n. 1, p. 65-103, gen./mar. 1985 .

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

Guastini, Riccardo. Principi di diritto. In: *Dalle fonti alle norme*. Turim: Giappichelli, 1992.

Peces-Barba Martinez, Gregorio Sobre o positivismo jurídico. In: *Positivismo jurídico y derechos sociales*. Madrid: Dykison, p. 83-89, 1999.

_____. Desacuerdo y acuerdos con una obra importante. In: *Positivismo jurídico y derechos sociales*. Madrid: Dykison, p. 111-130, 1999.

PEIXINHO, Manoel Messias. *A interpretação da Constituição e os princípios fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 1999.

Perelman, Chäim. *La lógica jurídica y la nueva retórica*. Civitas: Madrid, 1979.

REIS, Jane Moreira dos. Breves notas sobre as implicações para a teoria do direito da adoção de uma perspectiva pós-moderna de ciência. *Revista da Faculdade de Direito da UCP*, Rio de Janeiro, n.01, p. 49-58, 1999.

Sarmiento, Daniel. *A ponderação de interesses na constituição federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

Sanchís, Luis Prieto. *Constitucionalismo y positivismo*. México: Fontammara, 1997.

_____. *Sobre principios y normas: problemas del razonamiento juridico*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

TORRES, Ricardo Lobo. Da ponderação de interesses ao princípio da ponderação. In: ZILLES, Urbano (coord.). *Miguel Reale. Estudos em Homenagem a 90 anos..* Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000, p. 643-651

SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. *Princípio constitucional da igualdade*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2001

Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil. Lei, derechos, justicia..* Madrid: Trotta, 1995.

Direito Constitucional

Sentenças e decisões

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. LEGALIDADE E CONCURSO PÚBLICO. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA E TERCEIRIZAÇÃO. INPI. LIMITES.

Adriano Saldanha Gomes de Oliveira

Juiz Federal Substituto da 14ª Vara Federal

Trata-se de sentença proferida em ação de mandado de segurança concedendo em parte a ordem para sustar os efeitos de contratos de locação de serviços de Auxiliar Administrativo, Apoio Administrativo, e Assistente Administrativo, junto ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial - INPI.

Sem embargo da controvérsia, este juízo reconheceu, preliminarmente, legitimidade à Associação de Funcionários do INPI para a propositura da demanda.

No mérito, a sentença considerou que a contratação não se legitima, seja como contratação temporária (art. 37, IX, da CR/88), seja como terceirização de atividade-meio, tendo em vista o tratamento constitucional e legal ínsito aos cargos envolvidos.

Ficou estabelecido que a contratação fere não só o princípio constitucional do concurso público (art. 37, II, da CR/88), como também o da legalidade (art. 37, *caput*, da CR/88).

MANDADO DE SEGURANÇA

PROCESSO Nº: 2004.5101004045-9

IMPETRANTE: ASSOCIAÇÃO DE FUNCIONÁRIOS DO INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL - AFINPI

IMPETRADO: PRESIDENTE DO INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL

S E N T E N Ç A

Vistos, etc.

RELATÓRIO

A IMPTE ajuizou o presente Mandado de Segurança para, com base no reconhecimento da nulidade de 3 (três) contratos celebrados pela IMPDA com violação

do princípio constitucional do concurso público (contratos nº 33/2003, nº 34/2003 e nº 35/2003 entre o INPI e as empresas fornecedoras de mão-de-obra terceirizada Nova Rio Serviços Gerais Ltda., Hope Consultoria de recursos Humanos Ltda. e Excellence RH Serviços Ltda.), pedir a paralisação de tais ajustes (fls.2/28). Juntou documentos (fls.29/390).

Decisão de fls. 393/396 deferindo em parte a liminar

Cientificada e notificada a IMPDA (fls.399/400), esta interpôs agravo (fls.402/422)

Decisão de fls. 423/424 restringindo em parte a liminar anteriormente deferida.

Petição da IMPTE a fls. 426/427

Informações prestadas a fls. 431/445.

Petição da AGDA a fls. 447

Ofício do E. TRF da 2ª Região com a **decisão do Exmo Sr Relator dando efeito suspensivo ao Agravo** (fls.452/455).

O MPF se manifestou, preliminarmente, pelo reconhecimento da ilegitimidade da IMPTE, e, no mérito, pela concessão parcial da segurança (fls.464/469).

É o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO

Afasto a preliminar de ilegitimidade ativa da IMPTE.

Malgrado a controvérsia, entendo que as associações de servidores têm legitimidade para postular direitos pertinentes a todo o regime jurídico dos quadros das pessoas nas quais exercem suas funções, desde o provimento, onde pode haver a fiscalização do cumprimento do princípio do concurso público, passando pelas atribuições e proibições do cargo, e pela remuneração, e culminando com o controle da extinção do vínculo.

Colho os precedentes abaixo, dos E. TRFs das 2ª e 5ª Regiões, que reconheceram legitimidade às associações para postularem contra lesão ao concurso público no acesso aos cargos das entidades onde laboravam os associados:

“ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL.

Ação movida por associação de servidores do BNDES em face de ato, de direito administrativo, de sua direção, referente a reestruturação dos quadros funcionais, da entidade, com a alegação de embutimento, na mesma, de efetivação de servidores admitidos sem concurso. Interesse econômico e moral, sendo a moralidade administrativa bem constitucionalmente tutelado.

Incidência das disposições do Art. 37, *caput*, e respectivo inciso II. Legitimidade das associações de servidores administrativos, desde a Lei no. 1134, de 14.06.50, hoje constitucionalmente consagrada: Art. 5º, XXI, da Carta Política nacional.

Competência da Justiça Federal, juiz natural do contencioso da espécie; e não da justiça do trabalho, eis que não se trata de dissídio individual nem coletivo, não incidindo o prescrito pelo art. 114 da cf. causa de direito publico constitucional e administrativo - dado o estatuto interdisciplinar das empresas publicas -, e não de direito laboral”

(TRF da 2ª REGIÃO, EIAC, Processo 9002131860/RJ, PLENÁRIO, decisão de 30/04/1992, publicação no DJ II de 19/01/1993, P609, Relator JUIZ CELSO PASSOS, Relator para o Acórdão JUIZ D’ANDREA FERREIRA, por maioria, publicação em 06/10/92, P31436 e em 07/01/93, P62)

“PROCESSUAL CIVIL. ASSOCIAÇÃO. LEGITIMIDADE PARA REPRESENTAR SEUS ASSOCIADOS. ART. 5º, XXI, CF/88.

- O Art. 5º, XXI, da constituição federal é cristalino e não deixa dúvidas ao dizer que “as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente”.

- A Lei nº 9.266, de 15.03.96, ao reestruturar a carreira do policial federal dispôs que o ingresso nos cargos da carreira policial federal far-se-á mediante concurso público, exigido o 3º grau de escolaridade.

- Impossibilidade de estabelecer-se diferenças quanto ao pagamento do valor de diárias, como estabeleciam normas infralegais, mormente os decretos 343, de 19.12.91, e o decreto 1.656, de 03.10.95, que distinguiam cargos de nível superior e de nível médio.

- Cabe invocar, além da lei 6.899/91, o art. 293 do cpc para entender incluso no pedido, embora restritivamente interpretado, os juros e a correção monetária, sendo esta apenas uma atualização do poder de compra da moeda, que não implica em prejuízo à parte vencida.

- O julgador, quando vencida a Fazenda Pública, não está obrigado a tomar por base a condenação. entretanto, não pode essa faculdade implicar em aviltamento ao labor advocatício, tão importante quanto a própria atividade jurisdicional. Honorários fixados em 5% sobre a condenação.

- Apelação da ré e remessa oficial improvidas e apelação da autora provida.”

(TRF da 5ª REGIAO, AC 218126/AL, 1ª Turma, decisão de 01/03/2001, publicado no DJ II de 11/06/2001, P267, Relator Desembargador Federal Castro Meira, UNÂNIME)

Isto posto, afastado a alegação de ilegitimidade ativa da associação, e reputo presentes todos os demais pressupostos processuais e condições da ação de segurança.

No mérito, a situação não se modificou relativamente àquela que ensejou o deferimento parcial da liminar, pelo que a procedência parcial da ação de segurança se impõe.

O parágrafo 2º do art. 1º do Decreto 2.271/97, que dispõe sobre a contratação de serviços pela administração pública federal, reza que “não poderão ser objeto de execução indireta as atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade”.

A Lei 8.691/93 dispõe sobre o Plano de Carreiras para a área de Ciência e Tecnologia, à qual está afeto o INPI, conforme o seu art. 1º, par. 1º, inciso III, estando os cargos descritos nas seções I, II e III de seu capítulo II.

Conforme fls. 375/378 destes autos, as atribuições descritas na correlação elaborada pela Diretoria de Marcas e Indicações Geográficas do INPI, entre os cargos previstos na Lei 8.691/93 e o Regimento Interno do INPI, são semelhantes às estabelecidas para os postos de serviço descritos nas fls. 171/172.

Logo, a contratação realmente fere o princípio do concurso público, insculpido no art. 37, II, da CR/88.

Poder-se-ia obstar, a partir daí, o permissivo do art. 37, IX, da CR/88, vale dizer, a necessidade temporária excepcional de interesse público. Mas tal não prevalece aqui. Às fls. 165, o item 12 do Edital de Licitação, modalidade pregão, nº 42/03,

que trata da vigência do contrato de terceirização de serviços, assevera que a duração do contrato é de doze meses prorrogáveis até sessenta meses. Logo, não se pode dizer que a contratação é temporária, mas sim que terá caráter continuado.

A se argumentar que se trata de atividades-meio, tal também não prevalece aqui. Não se pode, afinal, considerar como prestadores de atividade fim, essencial e permanente, somente aqueles responsáveis pela principal decisão técnica do órgão governamental, no caso, os analistas de propriedade industrial. A estrutura administrativa permanente das pessoas e órgãos da administração pública deve ser também objeto de preenchimento por concurso público.

A estrutura administrativa essencial de auxílio, apoio e assistência, tem a mesma natureza permanente do cargo assessorado. Pensar o contrário seria dizer que o juiz, o defensor, o promotor, ou as carreiras técnicas (o fiscal, o analista de patentes etc.) seriam circundados por agentes administrativos privados, terceirizados, o que é inadmissível.

Nos presentes autos, tal é o caso do preenchimento terceirizado dos cargos de auxiliar, de apoio, e de assistente administrativo I, II e III.

Vejamos os seguintes precedentes do STF a esse respeito:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DISTRITAL 418/93. EC 19/98. ALTERAÇÃO NÃO-SUBSTANCIAL DO ARTIGO 37, II, DA CF/88. PREJUDICIALIDADE DA AÇÃO. INEXISTÊNCIA. CONCURSO PÚBLICO. ATIVIDADES PERMANENTES. OBRIGATORIEDADE. SERVIÇO TEMPORÁRIO. PRORROGAÇÃO DO PRAZO. LIMITAÇÃO. REGIME JURÍDICO APLICÁVEL.

1. Emenda Constitucional 19/98. Alteração não-substancial do artigo 37, II, da Constituição Federal. Prejudicialidade da ação. Alegação improcedente.

2. A Administração Pública direta e indireta. Admissão de pessoal. Obediência cogente à regra geral de concurso público para admissão de pessoal, excetuadas as hipóteses de investidura em cargos em comissão e contratação destinada a atender necessidade temporária e excepcional. Interpretação restritiva do artigo 37, IX, da Carta Federal. Precedentes.

3. Atividades permanentes. Concurso Público. As atividades relacionadas no artigo 2o da norma impugnada, com exceção daquelas previstas nos incisos II e VII, são permanentes ou previsíveis. Atribuições passíveis de serem exercidas somente por servidores públicos admitidos pela via do concurso público.

4. Serviço temporário. Prorrogação do contrato. Possibilidade limitada a uma única extensão do prazo de vigência. Cláusula aberta, capaz de sugerir a permissão de ser renovada sucessivamente a prestação de serviço. Inadmissibilidade.

5. Contratos de Trabalho. Locação de serviços regida pelo Código Civil. A contratação de pessoal por meio de ajuste civil de locação de serviços. Escapismo à exigência constitucional do concurso público. Afronta ao artigo 37, II, da Constituição Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente para declarar inconstitucional a Lei 418, de 11 de março de 1993, do Distrito Federal.”

(ADI 890/DF, Relator Min. MAURÍCIO CORRÊA, Julgamento em 11/09/2003, Tribunal Pleno, publicado no DJ I de 06/02/2004, por maioria, vencido o sr. Ministro Marco Aurélio)

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PEDIDO CAUTELAR. REGULAMENTAÇÃO DE DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL PELA MEDIDA PROVISÓRIA n. 2.014-4/00. CARGOS TÍPICOS DE CARREIRA. INCONSTITUCIONALIDADE. PREENCHIMENTO MEDIANTE CONCURSO PÚBLICO (CF, ARTIGO 37, II).

1. As modificações introduzidas no artigo 37 da Constituição Federal pela EC 19/98 mantiveram inalterada a redação do inciso IX, que cuida de contratação de pessoal por tempo determinado na Administração Pública. Inconstitucionalidade formal inexistente. 1.2 Ato legislativo consubstanciado em medida provisória pode, em princípio, regulamentá-lo, desde que não tenha sofrido essa disposição nenhuma alteração por emenda constitucional a partir de 1995 (CF, artigo 246).

2. A regulamentação, contudo, não pode autorizar contratação por tempo determinado, de forma genérica e abrangente de servidores, sem o devido concurso público (CF, artigo 37, II), para cargos típicos de carreira, tais como aqueles relativos à área jurídica. Medida cautelar deferida até julgamento final da ação.

(ADI 2125MC/DF, Relator Min. MAURÍCIO CORRÊA, julgamento em 06/04/2000, Tribunal Pleno, unânime, publicado no DJ I de 29-09-00, P69)

Passa-se, agora, a analisar a natureza e os efeitos do Decreto nº 4.178/2002.

O Decreto nº 4.178/2002 foi editado no exercício da atribuição de poder regulamentar autônomo pelo art. 84, VI, “b”, da CR/1988. Tal poder autônomo, conferido ao administrador somente após a edição da EC nº 32/2001, constitui derrogação do princípio da legalidade. Logo, tem o visio da excepcionalidade e deve observar seus limites. Assim, o administrador pode, sozinho, extinguir os cargos ali previstos.

O uso da competência deferida pelo art. 84, VI, "b", da CR/1988, se promovido para extinguir cargos administrativos não terceirizáveis, como os cargos de apoio administrativo e de assistente administrativo I, II e III acima especificados, tem sua legitimação atrelada à ociosidade dos cargos, posto vagos.

Se se reconhecer ao administrador, ao revés, a possibilidade de terceirizar, sem quaisquer restrições, cargo administrativo típico extinto por decreto autônomo, estar-se-á ferindo de morte não só o princípio do concurso público (CR/1988, art. 37, II), mas também o princípio da legalidade da administração pública (CR/1988, art. 37, *caput*), pois se estaria recriando, por via oblíqua, cargo extinto conforme a lei, cuja nova criação somente poderia se dar através de nova lei (CR/1988, art. 48, X) de iniciativa privativa do Presidente da República (CR/1988, art. 61, § 1º, II, "a").

De outro lado, no que tange aos cargos de assistente administrativo em informática, e de assistente administrativo em manutenção predial civil, elétrica e mecânica, há que se reconhecer que o Decreto nº 4.178/2002, ao extingui-los, abriu, aí sim, de forma perfeitamente válida, a possibilidade de contratação de semelhantes serviços de forma terceirizada, eis que suas atribuições são bem qualificadas como pertencentes às atividades-meio da pessoa.

Realço ainda o judicioso parecer do MPF, que prestigia, em seu opinamento de mérito, a liminar deferida, aduzindo, porém, em boa hora, que a verdadeira extensão da lesão é maior e atinge também os cargos de Auxiliar Administrativo.

De acolher integralmente o parecer, muito bem fundamentado, também acolho a constatação feita no particular.

A circunstância da escolaridade exigida ser menor para o cargo administrativo de Auxiliar não pode ser um facilitador da ação do Administrador, nem ser um indício de dever menor, e nem representar diminuição relativamente aos cargos administrativos de nível médio e superior. A natureza da função do Auxiliar é, também, administrativa, integrando a estrutura básica do INPI e afeta ao funcionamento contínuo do serviço público prestado pelo órgão.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, **julgo procedente em parte o pedido e concedo em parte a segurança**, para sustar os efeitos dos contratos nº 33/03, nº 34/03 e nº 35/03, no que tange aos postos de serviço de Auxiliar Administrativo, Apoio Administrativo, e Assistente Administrativo I, II e III, da autarquia INPI, cujas funções estão descritas às fls. 171/172 destes autos. Custas *ex lege*. Sem honorários advocatícios. P. R. I.

Oficie-se ao Exmo Sr Dr Relator do Agravo.

Rio de Janeiro, 18 de agosto de 2004.

ADRIANO SALDANHA GOMES DE OLIVEIRA
Juiz Federal Substituto da 14ª Vara Federal

O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O DIREITO DE ESTRANGEIRO AO EXERCÍCIO DE PROFISSÃO REGULAMENTADA POR LEI

Alberto Nogueira Júnior

Juiz Federal Titular da 10ª Vara Federal

Trata-se de sentença que se destaca pelos seguintes aspectos: a) o PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. DIREITO INERENTE À QUALIDADE DE SER HUMANO, INDEPENDENTEMENTE DA NACIONALIDADE; b) a VINCULAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCEDIMENTO LEGAL E DA LIBERDADE DE EXERCÍCIO DE PROFISSÃO AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA; c) a OBRIGAÇÃO CONSTITUCIONAL DE TODOS OS ÓRGÃOS E ENTIDADES DAS PESSOAS POLÍTICAS E DAS ADMINISTRAÇÕES PÚBLICAS E PRIVADAS DE DAREM AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA O MÁXIMO DE EFETIVIDADE CONCRETA, PARA ALÉM DE QUAISQUER QUESTÕES COMPETENCIAIS; d) o REGISTRO PROFISSIONAL DE ESTRANGEIRA FORMADA EM MEDICINA NO CRM/RJ, APESAR DE SER ELA POSSUIDORA DE PASSAPORTE COM VISTO TEMPORÁRIO; e)a DURAÇÃO ABUSIVA DO PROCEDIMENTO DE CONCESSÃO DE VISTO PERMANENTE NO ÂMBITO DA POLÍCIA FEDERAL. SEGURANÇA CONCEDIDA.

MANDADO DE SEGURANÇA

PROCESSO Nº: 2004.51.01.021296-9

IMPETRANTE: MARIA TERESA DIAS CORREIA LOPES

IMPETRADO: PRESIDENTE DO CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

MARIA TERESA DIAS CORREIA LOPES impetrou Mandado de Segurança contra ato do Sr. PRESIDENTE DO CONSELHO REIGONAL DE MEDICINA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO alegando que, sendo estrangeira oriunda de país de língua portuguesa, ingressou no Brasil, na condição de estudante, em 1993, tendo sido aprovada para o curso de Medicina. Em 28.8.2002, depois de seis anos de curso universitário e outros dois de residência médica em cirurgia, obteve a graduação. Alega, também, que é casada com brasileiro; que está com seu requerimento de permanência tramitando no Ministério da Justiça; e que é inscrita no CPF/MF, além de ser portadora de CTPS.

Ocorre que a Impetrante formalizou pedido de registro de seu diploma no Conselho Regional de Medicina neste Estado, mas o pedido foi indeferido, sob o argumento de aplicação do disposto no art. 4º., “caput” da Resolução CFM no. 1669/2003, que veda a inscrição e impede o exercício da Medicina ao médico estrangeiro detentor de visto temporário no País. Alega a Impetrante que é aplicável o disposto no art. 366 da CLT, com a redação dada pela Lei no. 8.260/91; que as normas contidas nos arts. 99 da Lei no. 6.815/80 e 4º. e 8º. da Resolução CFM no. 1669/2003 são “discriminatórias sem finalidade, que malferem o princípio da isonomia consagrado na Constituição Federal”; e que tem “proposta de trabalho”, “que lhe propiciará meios próprios de subsistência”, o qual constitui-se, inclusive, em “requisito necessário à concessão do seu visto de permanência”. Pediu, assim, a concessão de medida liminar, determinando-se o registro da Impetrante no CRM; a notificação da autoridade impetrada, para a prestação das informações; e a concessão da ordem, ao final, tornando definitiva a medida liminar concedida. (fls. 02/15) Juntou documentos (fls. 16/45).

Concedida a medida liminar às fls. 46, prestou a autoridade impetrada as informações de fls. 47/50, tendo alegado, em síntese, que “cabe somente à Polícia Federal o deferimento do pedido de permanência no Brasil, sem o qual é impossível a inscrição” de estrangeiro, na forma do que determinado pelo art. 99 da Lei no. 6.815/80.

Manifestou-se o Ministério Público Federal às fls. 52/55.

É o Relatório.

Passo a decidir.

Inicialmente, cumpre estabelecer que, em matéria de trabalho de estrangeiro, a regra geral internacionalmente observada não é a da isonomia com os trabalhadores nacionais, mas sim a da prévia obtenção de autorização oficial, sujeita a condições estabelecidas em lei.

As restrições ao acesso ao mercado de trabalho nacional por parte de trabalhadores estrangeiros tendem a diminuir, até chegar-se ao ponto do completo tratamento isonômico daqueles para com os trabalhadores nacionais, em um ambiente de livre circulação de trabalhadores e de suas famílias, como está a se aplicar e a ser desenvolvido na União Européia, objetivo este que, não obstante, ainda não chegou a

ser plenamente atingido, mesmo naquela ordem comunitária; e as reações xenófobas que têm se verificado com cada vez maior intensidade naquele espaço servem de ilustração do quão longo é o caminho até se lograr o pleno êxito naquela equalização.

Nossa Constituição Federal também não assegura aos trabalhadores estrangeiros, por si só, a completa igualdade de acesso ao mercado de trabalho que reconhece aos trabalhadores brasileiros, e tanto é assim que, por exemplo, seu art. 178, parágrafo único, com a redação dada pela Emenda no. 07/95, remete à lei, “na ordenação do transporte aquático”, “as condições em que o transporte de mercadorias na cabotagem e a navegação interior poderão ser feitos por embarcações estrangeiras”.

Assim também entende JOSÉ AFONSO DA SILVA:

“O princípio é o de que a lei não distingue entre nacionais e estrangeiros quanto à aquisição e ao gozo dos direitos civis (CC, art. 3º). Há, porém, limitações aos estrangeiros estabelecidas na Constituição, de sorte que podemos asseverar que eles só não gozam dos mesmos direitos assegurados aos brasileiros quando a própria Constituição autorize a distinção. Mas ela começa por dar competência à União para legislar sobre *emigração e imigração, entrada, extra-dição e expulsão dos estrangeiros* (art. 22, XV). (...)”

“É vedado autorizar ou conceder a estrangeiros, mesmo a residentes, a pesquisa e a lavra de recursos minerais ou o aproveitamento de potencial de energia hidráulica (art. 176, § 1º). Igualmente, não podem ser proprietários de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens, nem responsáveis por sua administração e orientação intelectual (art. 222). (...)”

“A Constituição assegura aos *estrangeiros residentes no País* a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, tanto quanto aos brasileiros (art. 5º, “caput”). Não diz aí que assegura os direitos sociais, mas, em verdade, ela não restringe o gozo destes apenas aos brasileiros. Vê-se, bem ao contrário, por exemplo, no referente aos direitos dos trabalhadores, que são extensivos a todos, *urbanos e rurais*, sem restrições (art. 7º). Por esse lado, o texto do art. 5º. não é bom, porque abrange menos do que a Constituição dá.

“Por outro lado, não bem como ali se diz, porque ela própria admite restrições, conforme já vimos, quanto ao direito de propriedade de determinados objetivos (empresas jornalísticas, imóveis rurais). Podemos acrescentar, aqui, outro exemplo mais caracteristicamente enquadrável no conceito de direitos e garantias individuais, qual seja, a impossibilidade de atentar ação popular (art. 5º., LXXIII)”. (Curso de Direito Constitucional Positivo, Malheiros Editores, 19ª ed., 2001, p. 341 e 342)

Entretanto, não é menos certo que, preenchidas as condições estabelecidas pela Constituição Federal e pelas leis que sejam conforme as suas normas e princípios, ao trabalhador estrangeiro será assegurado o direito subjetivo ao exercício da profissão para a qual encontrar-se habilitado, se habilitação específica for exigível, como é o caso destes autos.

Como dito por VALENTIM CARRION, ao comentar o art. 5º., XIII da CF/88:

“Do texto se deduz ser inconstitucional qualquer discriminação, mesmo indireta, contra os estrangeiros residentes, como é o caso da proporcionalidade em favor dos nacionais, cuja conseqüência seria a de impedir a contratação de estrangeiros, em hipóteses concretas. A redação da Carta Magna é diferente das que constavam nas de 1946 e 1969 e que asseguravam a brasileiros e estrangeiros residentes inviolabilidade de direitos concernentes à vida, etc. (art. 153)ç ao afirmar que “todos são iguais perante a lei”, restringiam a equiparação ao enumerar o seu alcance, “...sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas” (§ 1º.): assim permitiam que a lei estabelecesse discriminações por causas outras e também tacitamente pela circunstância de alguém ser estrangeiro. Apenas vigoram as restrições da própria Constituição de 1988; referem-se a cargos, empregos e funções públicas (art. 37, I), recursos minerais (art. 176, § 1º.), transporte naval (art. 178, § 1º. red. EC 7/95) e empresas jornalísticas (art. 222). A União mantém sua competência para legislar sobre entrada e expulsão de estrangeiros (art. 22, XV) e, portanto, para proceder e manter a permanência de estrangeiros. Inaplicabilidade de restrições ao estrangeiro e existência de direito suprapositivo (Saulo Ramos, em despacho ministerial, DOU 11.1.90, p. 780).”

Acabando por concluir que:

“Estão revogadas assim as restrições ao exercício profissional privado, referentes a corretagem de navios, fundos públicos, leiloeiros, despachantes aduaneiros, participação da administração de sindicatos ou de entidade de fiscalização do exercício profissional, prático de portos; assim dispunha a L. 6815/80, alterada pela L. 6964/81, que regula a atividade jurídica de estrangeiro. (...)”

(Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho, Ed. Saraiva, 24ª. ed., 1999, p. 249/250)

Mas a discriminação contra a qual se insurge a Impetrante não tem por fundamento sua nacionalidade estrangeira, mas sim, o exercício de atividade profissional com visto de permanência provisório em território brasileiro.

Tenta a Impetrante contornar este óbice, alegando ser casada com brasileiro nato; estar a residir no Brasil há dez anos; possuir diploma de médica; e de ser portadora de CTPS, que autoriza o exercício de atividade laborativa remunerada, tudo isto para extrair a conclusão da inevitabilidade da concessão do visto de permanência definitiva no Brasil para ela.

“Data venia”, não existe semelhante inevitabilidade.

Há muito o casamento de estrangeiro com brasileiro nato deixou de constituir óbice à expulsão daquele.

Veja-se, assim, e.g., a decisão proferida quando do julgamento do HC no. 74.244-SP, STF, Pleno, Rel. Min. Octávio Gallotti, dec. un. pub. DJU 23.3.1997, p. 8.506, cuja respectiva ementa passo a transcrever:

“CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO DEMONSTRADO. NÃO BASTAM A EXECUÇÃO DO ATO DE EXPULSÃO O POSTERIOR CASAMENTO DO ESTRANGEIRO, TAMPOUCO O NASCIMENTO, ANOS DEPOIS, DE SEU FILHO BRASILEIRO. AO PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO, DIRIGIDO AO PRESIDENTE DA REPÚBLICA, SÓ SE PODE ATRIBUIR EFEITO SUSPENSIVO, QUANDO APRESENTADO NO PRAZO DE DEZ DIAS, ESTABELECIDO PELO ART. 72 DA LEI no. 6815/80.”

Mais recentemente, a decisão proferida quando do julgamento do Pedido de Extradicação no. 864, Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

O tempo de residência no Brasil não perde seu caráter precário, independentemente de sua maior ou menor duração.

Quanto a possuir a Impetrante CTPS, não é, este documento, só por si, bastante para assegurar-lhe o direito subjetivo à obtenção do visto permanente, e, para o demonstrar, é suficiente lembrar que médicos residentes são contribuintes da Previdência Social e devem ter assinadas suas CTPS quando contratados; ora, uma das

situações em que ao médico estrangeiro é reconhecido o direito ao exercício profissional é, exatamente, o do residente, vez que, para a definitiva conclusão do seu Curso e a obtenção da qualificação de médico, precisa ele submeter-se a residência e nela ser aprovado; e nesta situação, o médico residente estrangeiro fará uso de visto temporário, e não definitivo.

Como decidido quando do julgamento da AMS no. 2002.71000071275-RS, TRF-2ª. Região, 3ª. Turma, Rel. Juiz Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, dec. un. pub. DJU 24.9.2003, p. 498:

“ADMINISTRATIVO. ESTRANGEIRO. INSCRIÇÃO NO CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA. RESIDÊNCIA MÉDICA. VISTO TEMPORÁRIO. O parágrafo único do art. 99 da Lei no. 6.815, de 1980, permite expressamente - por exceção à regra geral de que os estrangeiros em regime temporário no país não podem exercer atividade remunerada nem inscrever-se em entidade fiscalizadora do exercício de profissão regulamentada - que estrangeiros portadores de visto temporário de cientista, professor, técnico ou profissional de outra categoria, sob regime de contrato ou a serviço do Governo brasileiro possam inscrever-se temporariamente em entidade fiscalizadora de profissão regulamentada. Aos médicos - residentes incluídos em programa de residência médica deve ser reconhecido o favor legal previsto no parágrafo único do artigo 99 da Lei no. 6.815, de 1980, visto que a residência médica é etapa complementar, mas necessária, dos estudos de medicina, e sem o registro no conselho de fiscalização profissional o médico não pode fazer residência médica. Apelação e remessa oficial conhecidas e desprovidas.”

Enfim, e sempre como regra geral, ao trabalhador estrangeiro com visto de permanência temporário em nosso território não é permitido o trabalho de natureza permanente, como é a pretensão da Impetrante.

E a razoabilidade desta proibição não pode ser questionada, na medida em que colima evitar fluxo imigratório de trabalho em condições indignas, não raro com desvantagem dos trabalhadores nacionais, face aos custos sociais incidentes sobre o trabalho prestado por esses, com sérias repercussões no aumento da demanda dos serviços públicos; isto, sem falar no combate a crimes internacionais, como o tráfico de trabalhadores clandestinos que serão submetidos a condições análogas a de escravos, nos portos de destino.

Mas a medida liminar foi concedida, e nesta oportunidade é mantida em definitivo, tendo em vista que, como dito às fls. 46, a Impetrante formalizou seu pedido de concessão de visto permanente junto à autoridade administrativa competente em 10.5.2004, e, embora não haja senão expectativa de direito de que venha a ter deferido o pedido, o fato é que a Administração Pública está a causar dano com sua inércia, em afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana que constitui-se em princípio fundamental da República Federativa do Brasil e que é de se observar independentemente da nacionalidade da pessoa humana.

É irrelevante a alegação da autoridade impetrada, de que “cabe somente à Polícia Federal o deferimento do pedido de permanência no Brasil”.

Evidenciado o abuso da indevida duração do procedimento - condição, que é o em curso na Polícia Federal, tem o CRM competência própria e âmbito discricionário idem, para declarar a lesão a direito fundamental essencial à própria razão de ser do Estado brasileiro, Democrático de Direito que é que busca cada vez mais ser, e adotar as medidas necessárias à proteção desse direito, mormente quando, no caso, trata-se de médica que deseja poder fazer pleno uso dos direitos e prerrogativas profissionais; ora, a defesa de tal espécie de direito e interesse é o que norteou a própria criação do CRM, e tanto é de reconhecer a competência do CRM para esta defesa que basta lembrar que a Impetrante já se encontra registrada, como médica residente, em seus Quadros.

Enfim, omisso o Estado, não há como os órgãos e entidades dele integrantes fugirem à responsabilidade conseqüente, sob o argumento de que não seriam especificamente os competentes para a prática de determinado ato; assim como, em âmbito internacional, a própria República Federativa do Brasil não poderia escusar-se de cumprir com os compromissos de defesa dos direitos humanos que voluntariamente assumiu, invocando questões de competência interna envolvendo suas entidades políticas e administrativas, assim também, em âmbito nacional, os órgãos e entidades administrativos não podem fugir às conseqüências que o descumprimento de direito fundamental, por qualquer um deles, vier a acarretar; há quase como que uma responsabilidade integral, a irmanar todos os órgãos e entidades administrativos na obrigação de, naquilo que cada um deles puder e de acordo com suas limitações, dar plena concretude aos direitos fundamentais, dos quais o primeiro e que serve de fonte de legitimidade para todos os demais, é o da dignidade da pessoa humana.

Isto posto, julgo a ação procedente, tornando definitiva a medida liminar concedida, e condenando o CRM nas custas efetivamente dispendidas pela Impetrante. Sem honorários advocatícios, “ut” Súmula no. 105 STJ.

Oficie-se à autoridade impetrada, comunicando-lhe o inteiro teor desta sentença para imediato cumprimento.

Após, e de acordo com o Provimento no. 46/94 da Vice - Presidência e Corregedoria do Eg. TRF-2ª. Região, ao Ministério Público Federal, pessoalmente.

Decorrido o prazo legal sem qualquer manifestação, remetam-se os autos ao Eg. TRF-2ª. Região, com as nossas homenagens.

P . R . I .

Rio de Janeiro, 31 de março de 2005

ALBERTO NOGUEIRA JÚNIOR
Juiz Federal da 10ª. Vara/RJ

ANISTIA, ATO DE NATUREZA POLÍTICA OU IDEOLÓGICA E A PORTARIA 1104

Alexandre da Silva Arruda

Juiz Federal Substituto do 5º Juizado Especial Federal

Trata-se de sentença que analisa o pedido de anistia política formulado por militares temporários licenciados por término do tempo de serviço durante o regime militar, sem que houvesse sido demonstrada a prática de qualquer ato de natureza política ou ideológica contra os demandantes.

ORDINÁRIA/SERVIDORES

PROCESSO Nº: 2000.5101013827-2

AUTOR: JOEL FRANCISCO DE JESUS e OUTROS

RÉU: UNIÃO FEDERAL

S E N T E N Ç A ²

Vistos etc.

I. RELATÓRIO

JOEL FRANCISCO DE JESUS, ANTÔNIO DA SILVA BELEM, WALDEMAR MOREIRA FILHO, LUIZ EPAMINONDAS REIS e ROBERTO BARBARE DA SILVA, qualificados na petição inicial, propõem a presente ação de rito ordinário em face da **UNIÃO FEDERAL**, postulando a condenação da ré a reintegrá-los à Força Aérea Brasileira, promovendo-os até o posto de capitão, e a transferi-los para a reserva remunerada com os proventos de major. Postulam, ainda, o pagamento de 13º salário desde a data da reintegração, férias e licenças especiais em dobro, pagamento de PASEP e todos os direitos da situação que irão alcançar.

Como causa de pedir aduzem que ingressaram nas fileiras da Força Aérea Brasileira com a finalidade de seguir carreira militar. Alegam, ainda, que serviram por mais de 08 (oito) anos e que tinham todas as condições para serem promovidos, adquirirem estabilidade e serem transferidos para a reserva remunerada da Força Aérea Brasileira.

Por fim, sustentam que foram vítimas de perseguição política perpetrada pela Portaria nº 1.104/GM3/64 do Ministério da Aeronáutica, fazendo jus à anistia prevista no art. 8º do ADCT/88.

Com a inicial de fls. 02/23, vieram as procurações e os demais documentos essenciais à propositura da ação.

Citada, a União Federal contestou o pedido, argüindo, em preliminar, a prescrição quinquenal, e aduzindo no mérito a improcedência do pedido (fls. 151/168).

Conforme decisão da 12ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, proferida nos autos da Exceção de Incompetência nº 2000.5101026644-4, os autos foram remetidos a este Juízo.

Réplica (fls. 186/189).

É o relatório. Passo a decidir.

II. FUNDAMENTAÇÃO

Encontram-se presentes as condições para o exercício regular do direito de ação e os pressupostos de constituição válida do processo.

Rejeito a prejudicial de mérito referente à prescrição do fundo do direito dos autores, já que o art. 8º do ADCT da CF/88 não estipulou prazo para o exercício do direito de requerer anistia.

Ademais, a aplicação do dispositivo em tela implica necessariamente o reatamento de relação de trato sucessivo anteriormente havida entre as partes, e que teria sido, caso verificada a ocorrência dos fatos descritos no comando normativo em questão, irregularmente interrompida.

Nesta perspectiva, é evidente a aplicação ao caso da Súmula nº 85 do Superior Tribunal de Justiça, a qual dispõe que *“nas relações jurídicas de trato sucessivo, em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação”*.

Destarte, encontram-se prescritas, tão-somente, as parcelas anteriores ao quinquídio que antecede a propositura da presente ação, nos termos do art. 1º do Dec. 20.910/32.

Os autores foram militares da Aeronáutica e postulam os benefícios da anistia instituída pela E.C. nº 26/85 e pelo art. 8º do ADCT/88. Este último preceito constitucional, de caráter mais amplo do que aquele, possui o seguinte teor:

“Art. 8.º É concedida anistia aos que, no período de 18 de setembro de 1946 até a data da promulgação da Constituição, foram atingidos, em decorrência de motivação exclusivamente política, por atos de exceção, institucionais ou complementares, aos que foram abrangidos pelo Decreto Legislativo n.º 18, de 15 de dezembro de 1961, e aos atingidos pelo Decreto-Lei n.º 864, de 12 de setembro de 1969, asseguradas as promoções, na inatividade, ao cargo, emprego, posto ou graduação a que teriam direito se estivessem em serviço ativo, obedecidos os prazos de permanência em atividade previstos nas leis e regulamentos vigentes, respeitadas as características e peculiaridades das carreiras dos servidores públicos civis e militares e observados os respectivos regimes jurídicos.

§ 1.º O disposto neste artigo somente gerará efeitos financeiros a partir da promulgação da Constituição, vedada a remuneração de qualquer espécie em caráter retroativo.

§ 2.º Ficam assegurados os benefícios estabelecidos neste artigo aos trabalhadores do setor privado, dirigentes e representantes sindicais que, por motivos exclusivamente políticos, tenham sido punidos, demitidos ou compelidos ao afastamento das atividades remuneradas que exerciam, bem como aos que foram impedidos de exercer atividades profissionais em virtude de pressões ostensivas ou expedientes oficiais sigilosos.”

O objetivo do legislador constituinte foi conceder uma reparação econômica a todos os cidadãos que foram atingidos por atos de exceção com motivação exclusivamente política, no período compreendido entre 18 de setembro de 1946 até a data da promulgação da atual Constituição Federal.

A anistia política representou o reconhecimento da sociedade de que diversas injustiças e arbitrariedades foram praticadas por regimes de exceção anteriores. Configurou, assim, um favor estatal que possui uma dupla finalidade: a reparação econômica e a pacificação social.

Na esfera previdenciária a reparação engendrada pelo legislador consistiu na elaboração de um regime previdenciário que contemplasse todos aqueles que foram afastados de suas atividades profissionais, no setor público ou no setor privado, por atos de natureza política, de molde a suprir determinados requisitos que não puderam ser preenchidos pelo servidor ou empregado em virtude da perseguição política sofrida.

Da análise da documentação constante dos autos, verifico que a situação funcional dos autores pode ser assim sintetizada:

JOEL FRANCISCO DE JESUS: ingressou na Aeronáutica em 14/01/1957 e foi licenciado em 01/12/1966;

ANTONIO DA SILVA BELÉM: ingressou na Aeronáutica em 03/07/1967 e foi licenciado em 10/12/1975;

WALDEMAR MOREIRA FILHO: ingressou na Aeronáutica em 04/03/1954 e foi licenciado em 06/12/1967;

LUIZ EPAMINONDAS REIS: ingressou na Aeronáutica em 03/08/1964 e foi licenciado em 31/07/1972;

ROBERTO BARBARE DA SILVA: ingressou na Aeronáutica em 01/02/1965 e foi licenciado em 01/02/1973;

Segundo informou o órgão de pessoal da Aeronáutica, todos os autores foram licenciados por conclusão de término de serviço, nos termos da Portaria nº 1.104/GM-3, de 12 de outubro de 1964.

Os autores prestaram o serviço militar sob a égide do Decreto-Lei nº 9.500/46 , na redação conferida pela Lei 1.585/52, que estatuiu:

“Art. 87. O engajamento e o primeiro reengajamento poderão, no limite das percentagens anual ou periodicamente fixadas pelos Ministros da Guerra, da Marinha e da Aeronáutica, ser concedidos, a critério da autoridade competente, às praças que os solicitarem, desde que satisfaçam as condições regulamentares, estabelecidas

para as do grau de hierarquia da sua classificação ou, qualificação de função e haja conveniência e interesse para o serviço.

Art. 88. Poderão, ainda, na forma do preceituado no Art. 87, ser concedidos reengajamentos sucessivos às praças reengajadas que se tenham revelado profissionalmente capazes no exercício da função do seu grau hierárquico.

Parágrafo único. Quando a função em que a praça estiver classificada ou qualificada comportar graduações superiores a que tiver, a concessão do segundo e posteriores reengajamentos só lhe poderá ser feita, quando satisfizer, de cada vez os requisitos regulamentares exigidos para essas outras graduações da sua qualificação ou classificação ou, pelo menos, para a graduação imediata à sua.”

Destarte, os autores permaneceram nas fileiras militares através de sucessivos reengajamentos, que eram concedidos pelas autoridades competentes uma vez preenchidos os requisitos legais e regulamentares, e desde que houvesse conveniência e interesse para o serviço.

O engajamento consiste na prorrogação do tempo de serviço do militar não estável, concedido pela autoridade competente ao militar que atenda aos pré-requisitos enumerados na legislação de regência e cuja permanência no serviço militar seja reputada conveniente.

Trata-se, portanto, de ato administrativo discricionário, tendo em vista que a autoridade militar possui a prerrogativa de apreciar a conveniência e a oportunidade do ato de engajamento, encontrando-se limitada, contudo, pelas normas legais e regulamentares atinentes à matéria.

Até por razões pragmáticas a natureza do ato de engajamento deve ser discricionária, posto que a Administração se vê obrigada a escolher, dentre os milhares de jovens de ingressam no serviço militar inicial, aqueles que possuem aptidão para prosseguir na carreira, dentro do número de vagas existentes e segundo as necessidades das diversas instituições militares.

Nesta perspectiva, a Portaria 1.104/GM-3/64 destinou-se a estabelecer critérios para a prorrogação do tempo de serviço das praças não estáveis da Aeronáutica.

Ressalte-se que normas administrativas desta espécie são rotineiras no âmbito das Forças Armadas até os dias atuais, tendo em vista que permanece a necessidade de serem fixados critérios para a concessão do engajamento, em virtude das limitações de vagas inerentes aos diversos graus hierárquicos da carreira militar e da necessária aferição do mérito subjetivo do militar para ascender na carreira.

Com efeito, assim dispõe a Portaria nº 1.104/GM-3/64, no que tange ao licenciamento das praças não estáveis:

“5- Licenciamento

5.1 - Serão licenciadas, na data de conclusão de tempo de serviço, as praças que:

- a- concluírem o tempo e não se encontrarem na situação de alunos dos cursos de formação de sargentos;
- b- sendo Soldado de 1ª ou de 2ª Classe, completarem 4 (quatro) anos de serviço, contados a partir da data de inclusão nas fileiras da FAB;
- c- sendo Cabos, completarem 08 (oito) anos de serviço, contados a partir da data de inclusão nas fileiras da FAB;
- d- deixarem de requerer prorrogação do tempo de serviço;
- e- não satisfizerem às condições do item 3.1”

Note-se que, apesar de editada em pleno regime de exceção, a Portaria nº 1.104/GM-3/64 veiculou normas gerais e abstratas, de cunho meramente administrativo e sem qualquer caráter político. Tanto é assim que a mencionada Portaria vigorou por 18 anos, sendo substituída pela Portaria nº 1.371/GM3, de 18/11/1982, que igualmente estabeleceu normas reguladoras da prorrogação do tempo de serviço das praças não estáveis. Antes dela, a Portaria nº 570/GM5, de 23/11/1954, tratava do mesmo tema.

Da leitura das supracitadas normas não vislumbro nenhum dispositivo que possibilite o cometimento de arbitrariedades ou que enseje a possibilidade de perseguição política por parte dos comandantes militares.

Pelo contrário, a norma é de uma objetividade indiscutível. Todos os soldados com 4 anos de serviço e todos os cabos com 8 anos de serviços foram licenciados, independentemente de serem favoráveis ou contrários ao regime militar, de possuírem ou não punições disciplinares, de serem ou não protegidos por alguma

autoridade, só para citar algumas hipóteses em que, caso a norma tivesse caráter subjetivo, dar-se-ia ensejo ao cometimento de arbítrios e perseguições.

Somente ressalvou-se a situação dos soldados e cabos que, por demonstrarem aptidão intelectual, estivessem matriculados nos cursos de formação de sargentos.

Isto é assim porque os autores não eram, ao contrário do que afirmaram, militares de carreira, e sim convocados com base na Lei do Serviço Militar. Por esta razão, encontram-se, como ainda hoje ocorre com os militares temporários, sujeitos a diversos engajamentos e reengajamentos, mediante ato discricionário praticado pela Administração Militar.

Nos presentes autos nada há que indique qualquer ato de natureza política ou ideológica que tenha sido praticado contra os demandantes. Os autores referem-se a uma série de acontecimentos históricos e juntam uma diversidade de documentos que não guardam qualquer pertinência com a situação individual de cada um.

Da prova existente nos autos, não se vislumbra a existência de qualquer perseguição política contra os autores. Não há nenhum elemento que demonstre a participação dos demandantes nos acontecimentos ocorridos de 25 a 27 de março de 1964 no Sindicato dos Metalúrgicos do Rio de Janeiro ou que os mesmos tivessem integrado a Associação dos Cabos da Força Aérea Brasileira.

Aliás, o conhecimento dos fatos históricos induz exatamente à presunção contrária, já que os militares que participaram destes movimentos foram expulsos da corporação ou sofreram punições disciplinares logo após a eclosão da Revolução de 1964, consoante se verifica do documento de fls. 46.

Por outro lado, os demandantes foram licenciados do serviço ativo da Aeronáutica, por término de tempo de serviço, nos anos de 1966, 1975, 1967, 1972 e 1973, respectivamente, não se vislumbrando qualquer conexão com os acontecimentos políticos que se seguiram à Revolução de 1964.

Assim, para a que fizessem jus aos direitos decorrentes da anistia prevista no art. 8º do ADCT/88, os autores deveriam ter demonstrado que foram atingidos, em decorrência de motivação exclusivamente política, por atos de exceção, institucionais ou complementares.

Neste sentido há precedente jurisprudencial do E. Superior Tribunal de Justiça, consoante se depreende da leitura do seguinte aresto:

“MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL. ANISTIA. PROMOÇÃO. ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITORIAS. MILITARES TEMPORARIOS LICENCIADOS. PRATICA NORMAL DA ADMINISTRAÇÃO, QUE NÃO IMPORTA EM VIOLAÇÃO A DIREITO LIQUIDO E CERTO. SEGURANÇA DENEGADA.

-O ARTIGO 8. DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITORIAS DA CARTA MAGNA DE 1988 CONCEDEU ANISTIA A SERVIDORES MILITARES, GARANTINDO AS PROMOÇÕES NA INATIVIDADE, AO POSTO OU GRADUAÇÃO A QUE TERIAM DIREITO SE ESTIVESSEM NO SERVIÇO ATIVO.

- NÃO FORAM ASSEGURADAS, ENTRETANTO, INDISCRIMINADAMENTE, TODAS AS PROMOÇÕES QUE, EM TESE, SERIAM POSSIVEIS.

- LICENCIADOS OS MILITARES TEMPORARIOS - QUE NÃO ERAM DE CARREIRA, MAS CONVOCADOS NOS TERMOS DA LEI DO SERVIÇO MILITAR - SUJEITOS A ENGAJAMENTOS E REENGAJAMENTOS A CRITERIOS DA ADMINISTRAÇÃO, NÃO HÁ VIOLAÇÃO A DIREITO LIQUIDO E CERTO, POIS NÃO SE ENQUADRAM OS IMPETRANTES NOS LIMITES DOS DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS.

(MS 1282 / DF; Rel. Min. HELIO MOSIMANN; 1ª Seção; DJ 28.09.1992)

Do mesmo modo posiciona-se o E. Tribunal Regional Federal da 2ª Região, verbis:

Relator	JUIZ FERNANDO MARQUES
Decisão	Decide a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.
Ementa	CONSTITUCIONAL. ANISTIA. MILITAR. CABO DA AERONÁUTICA. MOTIVAÇÃO POLÍTICA. ARTIGO 8º DO ADCT. DESLIGAMENTO, EM AGOSTO DE 1970, COM BASE NA PORTARIA 1.104/GM3/64. - <i>O autor comprova ter sido licenciado do serviço ativo da FAB, em agosto de 1970, por conclusão de tempo de serviço, com base na Portaria 1.104, de 12 de outubro de 1964, o que não lhe garante as vantagens da norma insculpida no art. 8º do ADCT, eis que nem todos os militares excluídos do serviço ativo pela aludida Portaria foram alvo de retaliação política.</i> - <i>Ademais, o autor foi agraciado com Declaração de Mérito, expedida em 01 de setembro de 1970, época do desligamento, por sua excelente atividade e modelar comportamento durante a prestação do serviço militar.</i> - <i>Quer na época da ditadura, quer em tempos atuais, a Administração, usando de seu poder discricionário, com base nos juízos de oportunidade e conveniência, tem a possibilidade de negar reenajamentos ou</i>

licenciar ex officio seus praças, por conclusão de tempo de serviço.
- Se motivação política existiu para a dispensa do militar, mesmo transcorridos seis anos da edição da Portaria que poderia tê-lo imediatamente desligado, certo é que o autor não se desincumbiu do ônus de comprovar, nos termos do art. 333, I, do CPC, que efetivamente fora licenciado por motivação política.

Acórdão **Origem:** TRIBUNAL - SEGUNDA REGIÃO
Classe: AC - APELAÇÃO CÍVEL - 204910
Processo: 1999.02.01.032408-5 **UF:** RJ
6 de 6 **Orgão Julgador:** QUINTA TURMA
Data da Decisão: 30/09/2003

Fonte DJU DATA:09/10/2003 PÁGINA: 170

Relator JUIZ RALDÊNIO BONIFACIO COSTA

Decisão A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Relator(a).

Ementa *ADMINISTRATIVO. MILITAR. DESLIGAMENTO DO SERVIÇO MILITAR. LICENCIAMENTO EX OFFICIO. REINTEGRAÇÃO. ANISTIA. NÃO CABIMENTO.*

- 1. Não restou demonstrado que os respectivos licenciamentos tiveram motivação política, vez que não lograram a prorrogação de tempo de serviço, entendendo-se tal medida em ato meramente administrativo despido de qualquer conotação política, ou com atos de exceção da ditadura militar como querem evidenciar.*
- 2. No caso vertente, é de se notar que, quando do advento da Portaria nº 1.104/GM3/64, baixada em 12 de outubro de 1964, os Autores/Apelantes somente contavam com pouco mais de 6 (seis) anos de efetivo serviço, e quando foram licenciados no ano de 1967, a mencionada Portaria já vigia por mais de 3 (três) anos.*
- 3. Nos documentos de fls. 74/80 e 106/114 não consta o nome dos Autores entre aqueles que se encontram relacionados indiciados em Inquérito Policial Militar instaurado nos idos de maio de 1965.*
- 4. De se destacar também, que os Autores não lograram comprovar que teriam preenchidos requisitos delineados nos itens 5.1, "a" e "c", e item 6.2 da citada Portaria nº 1.104/GM3/64.*
- 5. Não fazem jus à concessão da anistia, haja vista que não foram licenciados da carreira militar em decorrência de motivação política, por atos de exceção, institucionais ou complementares, conforme alegaram na peça exordial.*
- 6. Negado provimento à apelação.*

Deste modo, os autores não comprovaram o fato constitutivo de seus alegados direitos, nos moldes exigidos pelo art. 333, I do CPC, razão pela qual suas pretensões não devem ser acolhidas.

III. DISPOSITIVO

Ante o exposto, **JULGO IMPROCEDENTE O PEDIDO**, para extinguir o processo com julgamento do mérito, na forma do art. 269, I, do CPC.

Condeno os autores ao pagamento de honorários advocatícios, que fixo em 10% do valor atribuído à causa, dividido proporcionalmente entre os demandantes.

Custas *ex lege*.

Transitada em julgado esta sentença, dê-se baixa na distribuição e arquivem-se os autos.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

São João de Meriti, 05 de outubro de 2004.

ALEXANDRE DA SILVA ARRUDA

Juiz Federal Substituto do 5º Juizado Especial Federal

CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA E A INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 37, IX DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Caroline Medeiros e Silva

Juíza Federal Substituta da 10ª Vara Federal

Cuida o texto a seguir de decisão prolatada em sede de Ação Civil Pública relativa à contratação para fins de formação de quadro funcional da ANS - Agência Nacional de Saúde - mediante mera análise curricular e com conseqüente dispensa de concurso público.

A questão, embora aparentemente corriqueira e de fácil compreensão, toma especial importância após o julgado prolatado pelo E. Supremo Tribunal Federal, com voto condutor do Exmo. Ministro Eros Roberto Grau, onde fora estabelecida separação entre os requisitos pertinentes a urgência e a temporariedade em tal modo de contratação, como elementos autônomos e independentes entre si para fins de viabilização de contratações deste mesmo gênero pelo CADE.

A sentença infra transcrita enfoca justamente a exegese atribuída aos requisitos constitucionais impostos como meio de viabilizar a contratação sem exigência de prévio concurso público, a excepcionalidade de tal hipótese e o modo como fora tratada ao longo do tempo, pela lei e pelos Tribunais tal forma extraordinária de ingresso, ainda que precário, no serviço público.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

PROCESSO Nº: 2002.51.01.004719-6

AUTOR: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RÉU: AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR - ANS E OUTRO

S E N T E N Ç A (TIPOII)

Vistos, etc...

Trata-se de AÇÃO CIVIL PÚBLICA, proposta em face da ANS e JANUÁRIO MONTONE, com pedido de tutela antecipada, visando à suspensão do processo seletivo

destinado à avaliação de currículos, realização de entrevistas e demais exames dos candidatos aos contratos temporários e, havendo admissão de pessoal, que esta ocorra mediante prévio concurso público, com multa cominatória pelo eventual descumprimento da decisão judicial, declarando-se, ao final, nulo o edital de convocação para inscrições destinadas ao processo seletivo para admissão de servidores temporários, na ANS, bem como de todo e qualquer pagamento e demais despesas que vierem a ser feitos com base neste ato nulo.

Sustenta o Ministério Público Federal que os réus, diante da necessidade temporária de excepcional interesse público, firmaram edital em 2002 para contratação de 470 profissionais mediante processo seletivo, utilizando-se de exame curricular, isto é, sem concurso público, o que seria contrário à Constituição Federal.

Inquérito civil às fls. 18/79.

Às fls. 99, decisão do juízo inadmitindo os embargos de declaração interpostos face à sua intempestividade.

Petição de Januário Montone às fls. 101/103 requerendo a reconsideração, tendo em vista que o prazo para interposição dos embargos de declaração somente teria se iniciado com a juntada do mandado de citação aos autos, sendo, portanto, tempestivos. Juntou jurisprudência do STJ às fls. 104/106.

Às fls. 108, a decisão que inadmitiu os embargos foi reconsiderada, determinando-se vista ao MPF.

Petição da ANS às fls. 109/112 requerendo a suspensão do prazo para apresentação de resposta face à escolha da via inadequada por parte da autoridade apontada como 2.^a ré.

Às fls. 113, foi deferida a suspensão do prazo, determinando seu devolução após o julgamento dos embargos de declaração.

Às fls. 116/143 o notificado Januário Montone apresentou sua manifestação sustentando a inexistência de violação a qualquer princípio da administração pública, estando o processo seletivo realizado pela ANS autorizado pela Constituição

Federal, requerendo o reconhecimento da improcedência total dos pedidos da inicial, rejeitando-se a presente ação pela inadequação da via eleita e pela inexistência de ato de improbidade praticado pelo Diretor Presidente da ANS, ora notificado.

Juntou documentos de fls. 144/154.

Manifestação do MPF às fls. 159/160 informando que foi expedido ofício a ANS para verificar se os candidatos já foram nomeados, sendo constatado, pelo *site*, a abertura de um novo processo seletivo para contratação de 150 técnicos de nível superior, requerendo, desta forma, aditamento à inicial para abranger também esse novo processo seletivo de 2002, requerendo, liminarmente, a suspensão da continuidade desse processo seletivo simplificado e a abstenção de realização de novos processos seletivos nos mesmos moldes. Juntou documentos de fls. 161/171.

Às fls. 172 foi determinada a intimação da ANS para manifestar-se sobre o pedido de tutela antecipada.

Manifestação da ANS às fls. 173/181 acerca do pedido de tutela antecipada formulada pelo MPF quanto à suspensão das contratações temporárias, **ressaltando que a mesma inviabilizaria o exercício efetivo do poder de polícia por aquela agência reguladora.** Juntou jurisprudência às fls. 182.

Encaminhados os autos ao MPF, o mesmo requereu a apreciação do pedido de tutela antecipada (fls. 187).

Decisão de fls. 188/192 **concedendo a tutela antecipada para determinar que a ANS suspenda, de imediato, o processo seletivo simplificado noticiado no item 1 de fls. 160, inclusive abstando-se de proceder, daquela data em diante, a qualquer contratação com fulcro no procedimento mencionado e no que lhe antecedeu, determinando, ainda, que os réus se abstivessem de dar início a eventual novo processo seletivo nos mesmos moldes do certame em testilha, pelo prazo de 8 meses.**

ESTE JUÍZO NÃO FOI INFORMADO ACERCA DA INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO PELOS RÉUS.

Ofício do TRF/2.^a Região às fls. 195/196 **comunicando a suspensão da antecipação de tutela até o julgamento de mérito da ação civil pública.** Juntado o original às fls. 253/254.

Manifestação do MPF às fls. 199 encaminhando cópia da resposta da ANS ao ofício expedido, listando os classificados no processo seletivo simplificado, edital 21/2001, conforme requisitado (fls. 200/251).

Informações prestadas ao TRF/2.^a Região às fls. 256/257.

Ofício do TRF/2.^a Região às fls. 259/261 comunicando que foi negado seguimento ao recurso de agravo interposto pelo MPF contra a decisão que suspendeu a tutela antecipada.

Despacho de fls. 262 determinando que o MPF esclareça se o pedido formulado no item “f” de fls. 16 abrange os pagamentos e despesas relacionadas às remunerações percebidas por todos os indivíduos já contratados temporariamente e, caso positivo, os mesmos devem integrar a lide.

Manifestação do MPF às fls. 263 informando que não requererá a citação dos contratados, requerendo o julgamento antecipado da lide.

Instadas as partes a se manifestarem se concordam com o julgamento antecipado da lide (fls. 264), a ANS apresentou petição de fls. 265/269, anexando as Leis n.ºs 8.745/93 (fls. 270/275) e 9.961/00 (fls. 276/288), **não se opondo ao julgamento antecipado da lide.**

Vistos os autos em inspeção, foi requerido pela Procuradora da República a análise do feito (fls. 292).

Vieram os autos conclusos para sentença.

É o relatório. Passo a decidir.

Quanto à regularidade na intimação da autarquia ré, repise-se que Medida Provisória nº 1798 ensejou a possibilidade de intimação pessoal para os procuradores autárquicos, a partir da inserção do parágrafo 3º junto ao artigo 6º da Lei 9.028/95, cuja redação tinha o seguinte teor: **“Aplicam-se aos procuradores ou advogados integrantes dos órgãos yinculados à Advocacia-Geral da União o contido no caput e no § 2º deste artigo”**.(NR), remetendo ao dispositivo que trata da intimação pessoal dos membros da AGU.

Tal redação, todavia, não foi reproduzida pelo pelas Medidas Provisórias supervenientes, nem tampouco por sua atual versão, hoje sob o nº 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, e cuja vigência se protraí no tempo por força da Emenda Constitucional 32/01, artigo 2.º, que somente passou a exigir a intimação pessoal do procurador federal quando a mesma tiver que ser concretizada fora da sede do juízo, o que não ocorre nos presentes autos, face à ambos os réus possuírem domicílio na Capital do Rio de Janeiro.

Inexiste, portanto, fundamento legal para exigir-se que a intimação dos procuradores autárquicos seja pessoal, entendimento este corroborado por vasta Jurisprudência que se passa a transcrever:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. INSS. PROCURADOR AUTÁRQUICO. INTIMAÇÃO PESSOAL.

O art. 6º da Lei 9.028/95, seja em seu caput, seja nos parágrafos posteriormente acrescentados pela MP 1.798/99 (substituída pela MP 1.906/99), não garante aos procuradores autárquicos a prerrogativa de intimação pessoal nos processos em que atuam. Agravo regimental desprovido.

(STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - 244077, QUINTA TURMA, DJ DATA:12/02/2001 PÁGINA:129 Relator(a) FELIX FISCHER, Decisão por unanimidade)

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. INTIMAÇÃO PESSOAL DOS PROCURADORES AUTÁRQUICOS. INTEMPESTIVIDADE.

1. Válida a intimação do procurador autárquico pela imprensa oficial.

2. Não havendo reedição de parte da Medida Provisória nº 1798, que acrescentou o § 3º ao art. 6º da Lei nº 9.028/95, nem convertida em lei no prazo constitucional, o direito à intimação pessoal dos procuradores do INSS desapareceu retroativamente.

3. Intempestivo o apelo interposto fora do prazo legal, que considerou como termo a quo da contagem a intimação pessoal.

(TRIBUNAL - QUARTA REGIÃO, APELAÇÃO CIVEL - 351206, QUINTA TURMA, DJU DATA:27/02/2002 PÁGINA: 629 DJU DATA:27/02/2002 Relator(a) JUIZA VIRGÍNIA SCHEIBE Decisão POR UNANIMIDADE)

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. INTIMAÇÃO PESSOAL DO REPRESENTANTE DO INSS. LEI 9028/95 E MP 1798/99 ADIN Nº 2251-2. APELAÇÃO INTEMPESTIVA

1. O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2251-2, suspendeu o § 3º do art. 6º da Lei 9028/95, não podendo, assim, ser determinada a intimação pessoal do representante do INSS.

2. Ainda que se considere a data da intimação pessoal do representante da autarquia (21.06.2000), o prazo para interposição do apelo esgotou-se em 24.07.2000, e o recurso foi apresentado apenas em 26.07.2000, portanto, a destempo.
(TRIBUNAL - QUARTA REGIÃO, AGRAVO DE INSTRUMENTO - 67110, QUINTA TURMA, DATA:07/03/2001 DJU DATA:07/03/2001 Relator(a) JUIZ TADAAQUI HIROSE)

Assim, embora as procuradorias autárquicas sejam órgãos vinculados à Advocacia Geral da União, a teor do artigo 2º, § 3º da Lei Complementar 73/93, não se aplica às mesmas todas as regras processuais que regem a atuação dos advogados gerais da União, dentre elas, a intimação pessoal.

Conclui-se, portanto, que o Diretor da ANS foi devidamente intimado da decisão que recebeu a inicial e determinou o prosseguimento do feito (fls. 155/157), havendo exercido amplamente sua defesa através do despacho inicial, inobstante o *nomem iuris* atribuído, qual seja, notificação.

Quanto a ANS, muito embora a citação de fls. 81 tenha sido tornada sem efeito pela decisão de fls. 115, a mesma manifestou-se quanto ao pedido de tutela antecipada às fls. 173/181 e, quando instada a se manifestar acerca do julgamento antecipado da lide, novamente se apresentou às fls. 265/269.

Sendo assim, a teor do disposto nos arts. 244, 245 e 247 do CPC, não tendo havido prejuízo para ambos os réus, vez que o primeiro deles apresentou defesa às fls. 173/181 e 265/269 e o segundo, por sua vez, às fls. 116/143, não há que se reconhecer qualquer nulidade, considerando-se, ainda, a preclusão da matéria, tendo em vista as sucessivas manifestações das partes sem a arguição de ausência de citação.

Neste mesmo sentido se posiciona vasta jurisprudência:

PROCESSUAL CIVIL - EXECUÇÃO DE SENTENÇA - ATUALIZAÇÃO DE CONTA JÁ HOMOLOGADA - NOVA CITAÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA PARA EMBARGAR - DESNECESSIDADE - ALEGADA INEXISTÊNCIA DE 1ª CITAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME EM RECURSO ESPECIAL - SÚMULA 7/STJ - MATÉRIA NÃO VENTILADA NA PRIMEIRA OPORTUNIDADE - PRECLUSÃO - VIOLAÇÃO À COISA JULGADA - INEXISTÊNCIA - PRECEDENTES.
(...)

- A questão relativa à ausência ou nulidade da 1ª citação envolve o reexame de provas, vedado em sede de recurso especial (Súmula 7/STJ).
- Ademais, trata-se de tema precluso, por isso que não alegado pela parte na primeira oportunidade processual.
- Não conhecida pela Eg. 1ª Seção a RCL 668/DF, que discutia tão-só a forma de satisfação do crédito da ora recorrida, via precatório ou “na boca do caixa”, inexistente a alegada violação ao art. 467 do CPC.
- Recurso especial não conhecido.

(STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - Classe: RESP - RECURSO ESPECIAL - 443324 - Processo: 200200774704 UF: DF Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA - Data da decisão: 06/05/2004 Fonte DJ DATA:30/06/2004 PÁGINA:296 - Relator FRANCISCO PEÇANHA MARTINS)

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. DESISTÊNCIA DOS CONCORRENTES E CONTRATAÇÃO DIRETA. AFERIÇÃO DA AUSÊNCIA DE PREJUÍZO DE OBRA REALIZADA HÁ MAIS DE 10 (DEZ) ANOS, E QUE NÃO TERIA CAUSADO LESÃO AO ERÁRIO PÚBLICO. CONCLUSÃO NESSE SENTIDO A QUE CHEGARAM AS INSTÂNCIAS LOCAIS E INSINDICÁVEL PELO E. STJ POSTO TRATAR-SE DE MATÉRIA FÁTICA. PROCESSUAL CIVIL. LITISCONSÓRCIO. AUSÊNCIA DE CITAÇÃO DA CONTRATANTE. ALEGAÇÃO FEITA POR LITISCONSORTE ATIVO (FAZENDA DO ESTADO). ART. 245 DO CPC. PRECLUSÃO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. PAS DES NULLITÉ SANS GRIEF. (...)

5. Deveras, o litigante sucumbente não tem legitimidade para arguir ausência de convocação de eventual litisconsorte necessário-unitário, haja vista que a esse caberia, se sucumbente, pleitear a nulificação do feito pela condenação à sua revelia. Isto porque, no direito brasileiro, o juiz não deve decretar a nulidade em favor da parte a quem aproveita a declaração de nulidade se puder concluir sobre o mérito em seu prol, sendo este o fundamento do decisum recorrido para afastar a decantada nulidade.

6. À luz do Princípio *pas des nullité sans grief* não se decreta a nulidade sem o comprometimento dos fins de justiça do processo, máxime quando o recorrente interveio nos autos e nada alegou.

7. Recurso improvido.

(STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - Classe: RESP - RECURSO ESPECIAL - 493736 - Processo: 200201665437 UF: SP Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA - Data da decisão: 01/04/2004 - Fonte DJ DATA:31/05/2004 PÁGINA:183 - Relator LUIZ FUX)

PROCESSUAL CIVIL - ICMS - MEDIDA CAUTELAR - CORREÇÃO MONETÁRIA DOS SALDOS CREDORES - AUSÊNCIA DE CITAÇÃO DO RÉU - INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO PROCESSUAL - CPC, ART. 213 E SEGUINTE - NULIDADE DECRETADA - PREJUDICIALIDADE DAS DEMAIS QUESTÕES SUSCITADAS - PRECEDENTES STJ.

- A citação é o ato pelo qual se chama ao juízo o réu ou interessado para defender-se. É condição indispensável para validade da relação

processual; a sua ausência ou nulidade, se não suprida, torna viciado o processo, fato este que pode ser reconhecido a qualquer tempo, e até mesmo de ofício.

- A ausência de citação, quando alegada pela parte, deverá sê-lo na primeira oportunidade processual sob pena de preclusão.

- Acolhida a preliminar de nulidade, tem-se como prejudicadas as questões de mérito suscitadas.

- Inteligência dos arts. 213 e seguintes do CPC.

- Recurso conhecido e provido.

(STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - Classe: RESP - RECURSO ESPECIAL - 152023 - Processo: 199700743675 UF: RS Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA - Data da decisão: 16/03/2000 Fonte DJDATA:02/05/2000 PÁGINA:131 - Relator FRANCISCO PEÇANHA MARTINS)

Ultrapassada a questão quanto à citação dos réus, e ante a preclusão encerrada pela decisão de fls. 155/157, tenho por presente as condições específicas da ação civil pública, encontrando-se todas atendidas, notadamente quanto à competência (art. 2º), a matéria objeto da lide (art. 1º, inciso III), a natureza do pedido (art. 3º e 11) e a legitimidade do autor (art. 5º da Lei da ação civil pública e art. 129, III da Constituição Federal) referentes à Lei 7.347/85. Passo, assim, à análise do *meritum causae*, com julgamento antecipado da lide, nos termos do artigo 330, inciso I do Código de Processo Civil e requerido pelas partes.

O cerne de toda a celeuma formada nesta lide cinge-se em apurar a nulidade dos editais de 2001 e 2002 para contratação de pessoal para integrar o quadro da ANS sem realização de provas, mas tão-somente através de análise curricular.

Pretendem as rés se valerem do preceituado no artigo 37, inciso IX da Constituição Federal, que prevê contratação temporária nos seguintes termos:

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: (Re-
dação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

(...)

IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;

De fato, entre as espécies de servidores públicos, tem-se os chamados servidores temporários, contratados por tempo determinado para atender necessidades de excepcional interesse público, restando os mesmos no exercício de função, sem vinculação a cargo ou emprego público.

O regime jurídico de tais servidores é especial, disciplinado por lei própria, no âmbito federal, a Lei 8.745/93, a qual prevê exceção à regra do concurso público, em seu art. 3.º, valendo destacar, neste diapasão, lição de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, a qual ressalta que *"Hoje, não mais se tolera a admissão, mas apenas a contratação, que somente pode ocorrer por tempo determinado para atender necessidade temporária de excepcional interesse público (...)"*. (in Direito Administrativo, 8a edição, pág. 355).

Portanto, no que tange ao regime jurídico, não se inserem os mesmos entre os estatutários, tampouco entre os celetistas, a partir do determinado pelo art. 11 da Lei 8.745/93, o qual remete a dispositivos da Lei 8.112/90, que trata do Regime Jurídico Único dos servidores públicos, deferindo aos contratados temporários alguns dos direitos reservados aos estatutários, dentre eles, o décimo - terceiro salário, adicionais, e férias, conforme artigo 11 da mencionada lei.

A previsão quanto à possibilidade de contratação com dispensa do concurso público deve ser compreendida como exceção e jamais como regra. Assim é que a Magna Carta autoriza, sim, a contratação, porém, apenas para atender necessidade temporária e sempre por tempo determinado.

De fato, a Constituição não vincula explicitamente tal modalidade excepcional de ingresso em atividade pública ao desempenho de função de caráter eventual, temporário ou excepcional. Todavia, ante a precariedade enunciada pela própria Magna Carta, outra não pode ser a conclusão extraída a partir do texto constitucional.

Neste contexto, não há como compreender como temporária a necessidade na contratação de pessoal para o desempenho de atividade essencial à autarquia, no desenvolvimento de atividade de caráter permanente, sob o fundamento de que a precariedade na contratação se justificaria pela premência na formação de quadro de pessoal, em especial por não restar demonstrado qualquer óbice que inviabilizasse a contratação pelo meio regular através de concursos públicos.

Ao revés, o que restou de fato demonstrado foi o intuito inabalável da Administração Pública no caso em testilha em contratar mediante dispensa de certame, o que restou expressamente demonstrado no exercício seguinte àquele ao qual se referia a contratação objurgada, quando, então, diante da suspensão do edital através da presente ação, intentou a Administração contratar novamente pelo mesmo método, burlando, por via transversa, a medida liminar exarada na presente ação que suspendera a contratação guerreada através do primeiro edital.

Outro aspecto que esbarra na exegese pretendida pelo E. Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADIn 3.068 é a tipificação como temporário do servidor assim contratado. Se a função a ser ocupada integra a própria estrutura da agência, demarcando sua perenidade, impossível se apresentaria destinar servidores classificados como temporários para tais atribuições.

Ao tratar da matéria, JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO destaca a contratação com dispensa de concurso público dentre as formas excepcionais de ingresso no serviço público a título de recrutamento de servidores temporários. Assim, preceitua que ***“a dispensa se baseia em razões lógicas, sobretudo as que levam em conta a determinabilidade do prazo de contratação, a temporariedade da carência, e a excepcionalidade da situação de interesse público (...)”*** (in Manual de Direito Administrativo, 4ª edição, pág 421).

Outra a destacar o caráter extraordinário de tal meio de contratação é a doutrinadora MARIA SYLVIA DI PIETRO que destaca ***“somente ser possível a contratação de servidor temporário para atender a necessidade transitória de excepcional interesse público, (quando) a demora do procedimento do concurso público pode ser incompatível com as exigências imediatas da Administração (...).”***Mais adiante, ressalta, porém, a mesma autora que ***“é preciso que a lei, ao disciplinar esse tipo de contratação, estabeleça regras que assegurem a excepcionalidade da medida, evitando que se transforme em regra geral, a exemplo do que ocorreu na vigência da Constituição anterior (...).”***(in Direito Administrativo, 16ª edição, 2003, pág. 443).

Em tempos remotos, chegou-se a admitir ingresso no serviço público, sem concurso público e sem que houvesse mesmo cargos vagos, situação na qual os admitidos eram denominados de extranumerários, e que foram beneficiados por leis e constituições posteriores que os estabilizaram, com direitos que os elevaram ao *status* dos atuais servidores públicos.

Já sob a égide da Constituição Federal de 1969, a teor do artigo 97, 1º, a nomeação para cargos efetivos e vitalícios, como regra, dependia de concurso público, sendo que a contratação sem a observância de prévio certame, apenas era aceita como forma de provimento de cargos vagos, correspondendo a mera admissão, enquanto se aguardava a realização de concurso público.

Lembra CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, que o ingresso se daria necessariamente sob forma precária e dentro do regime trabalhista ou sob normas especiais, sem jamais equipará-los a funcionário público, hoje, servidor. Mais adiante, o mesmo autor lembra que **"o admitido não titulariza cargo público. (...) Mesmo que deva exercer atividades correspondentes às de um cargo vago, e para isso tenha sido admitido, o cargo continua vago, dependendo de concurso para seu preenchimento"**. Conclui sua explanação a respeito da hipótese de admissão equiparável a ora tratada informando que **"por meio de admissão se realiza a provisória e precária inclusão de pessoas no serviço público a fim de desempenharem funções correspondentes a cargos vagos, enquanto não se realizam os concursos necessários ao preenchimento deles"**. (in Apontamentos sobre agentes e órgãos públicos, Editora RT, 1ª edição, 2ª tiragem, pág. 31/32).

A ressalva mantida quanto à contratação direta na Constituição Federal de 1988 foi definida, por PINTO FERREIRA, em seus **"Comentários à Constituição Brasileira"**, ainda no início da nova Constituição, como **"exceção muito perigosa, na medida em que atua como válvula de escape para fugir à obrigatoriedade dos concursos públicos (...)"** (Saraiva, 1989, volume 2, pág. 374)

Reportando-nos à lei 8.745/93, que disciplinou na esfera federal tal espécie de contratação, não se pode olvidar que dentre as hipóteses autorizadoras de sua incidência, não se encontra a presente, conforme se atesta pela transcrição do artigo 1º, valendo ressaltar, ainda, que tais hipóteses foram elencadas como *numerus clausus* ante a excepcionalidade de sua incidência destacada pela própria Constituição Federal:

Art. 2º Considera-se necessidade temporária de excepcional interesse público:

- I - assistência a situações de calamidade pública;
- II - combate a surtos endêmicos;
- III - realização de recenseamentos e outras pesquisas de natureza estatística efetuadas pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE; (Redação dada pela Lei nº 9.849, de 1999).

- IV - admissão de professor substituto e professor visitante;
- V - admissão de professor e pesquisador visitante estrangeiro;
- VI - atividades: (Redação dada pela Lei nº 9.849, de 1999).
- a) especiais nas organizações das Forças Armadas para atender à área industrial ou a encargos temporários de obras e serviços de engenharia; (Incluído pela Lei nº 9.849, de 1999).
 - b) de identificação e demarcação desenvolvidas pela FUNAI; (Incluído pela Lei nº 9.849, de 1999).
 - c) ~~de análise e registro de marcas e patentes pelo Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI;~~ (Incluído pela Lei nº 9.849, de 1999). (Revogado pela Lei nº 10.667, de 2003)
 - d) finalísticas do Hospital das Forças Armadas; (Incluído pela Lei nº 9.849, de 1999).
 - e) de pesquisa e desenvolvimento de produtos destinados à segurança de sistemas de informações, sob responsabilidade do Centro de Pesquisa e Desenvolvimento para a Segurança das Comunicações - CEPESC; (Incluído pela Lei nº 9.849, de 1999).
 - f) de vigilância e inspeção, relacionadas à defesa agropecuária, no âmbito do Ministério da Agricultura e do Abastecimento, para atendimento de situações emergenciais ligadas ao comércio internacional de produtos de origem animal ou vegetal ou de iminente risco à saúde animal, vegetal ou humana; (Incluído pela Lei nº 9.849, de 1999).
 - g) desenvolvidas no âmbito dos projetos do Sistema de Vigilância da Amazônia - SIVAM e do Sistema de Proteção da Amazônia - SIPAM. (Incluído pela Lei nº 9.849, de 1999).
 - h) técnicas especializadas, no âmbito de projetos de cooperação com prazo determinado, implementados mediante acordos internacionais, desde que haja, em seu desempenho, subordinação do contratado ao órgão ou entidade pública. (Incluído pela Lei nº 10.667, de 2003)
- VII - admissão de professor, pesquisador e tecnólogo substitutos para suprir a falta de professor, pesquisador ou tecnólogo ocupante de cargo efetivo, decorrente de licença para exercer atividade empresarial relativa à inovação. (Incluído pela Lei nº 10.973, de 2004)

Como a definição sobre o que seria *necessidade temporária de excepcional interesse público*, se apresenta como pressuposto necessário à aplicação da norma de contratação temporária, e não se enquadrando a hipótese ora tratada dentre aquelas a autorizar sua inserção na disposição supra apresentada, a qual, repise-se, tem caráter exaustivo, forçoso reconhecer a impossibilidade de incidência do artigo 37, XI da Magna Carta à hipótese na qual se discute contratação para agência reguladora a fim de seus instituir quadros funcionais, sob pena de restar configurada inter-

pretação que conflita com outra cláusula constitucional, dentro do mesmo artigo, qual seja, o inciso I, de aplicação ampla, na medida em que traçada como regra no âmbito da Constituição Federal.

Ainda no que se refere à interpretação da cláusula constitucional, repi-se-se que os requisitos impostos constitucionalmente quanto à urgência e temporariedade na contratação não podem ser apartados; é dizer, a Constituição Federal em momento algum previu que a necessidade urgente de contratação poderia se sobrepor à imposição de que a mesma fosse temporária, dado o caráter precário e excepcional da situação, donde se deflui que a contratação sem concurso público para atividades permanentes ensejaria, por via transversa, a burla ao princípio do concurso público, na medida em que a regularidade das atividades desempenhadas acaba por legitimar a permanência em tais cargos, não sendo razoável admitir-se que a urgência se protraia por anos a fio, pois apenas se justificaria a contratação excepcional dentro do prazo de organização do concurso público, o que não se verificou no caso em tela.

Em verdade, o que se constata é a tentativa de convalidar contratação direta, em hipótese onde restara comprovada a necessidade de concurso público, sob alegação de pretensa urgência, a fim de viabilizar os trabalhos da autarquia recém-criada, situação emergencial esta não verificada, na medida em que a contratação irregular acabou por se protrair no tempo, caindo por terra, portanto, a temporariedade descrita como fundamento a permitir o veículo de contratação excepcional.

Ao tratar especificamente do quadro funcional dos servidores públicos dentro das agências reguladoras, ressalta DIOGENES GASPARINI que *“os servidores vinculam-se à agência reguladora por um liame de natureza institucional, portanto, estatutário, ditado, na esfera federal, pela Lei 8.112/90. Não se desconhece, no entanto, a tentativa para submetê-los ao regime celetista, com o advento da lei federal 9.986 de 18 de julho de 2000 (...). Quando muito, se aceita um regime misto, onde as atividades mais simples, de natureza braçal, são desempenhadas por servidores sob o regime de empregos, por conseguinte, celetistas, enquanto os demais estarão sob a cura de servidores sob o regime de cargo, portanto, estatutários. Sua admissão, seja qual for o regime de pessoal, depende de prévio concurso público de provas ou de provas e títulos.”* (in Direito Administrativo, 9ª edição, 2004, pág 374).

Por derradeiro, trago a colação decisão do próprio E. Supremo Tribunal Federal proferida na Adin 3.210/PR em 11 de novembro de 2004, e noticiada no informativo 369, com o seguinte teor:

“Contratação Temporária de Servidores e Excepcional Interesse Público

Por ofensa aos incisos II e IX do art. 37 da CF, o Tribunal julgou precedente pedido de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Procurador-Geral da República contra a Lei 9.198/90, exceto os artigos 6º e 7º, e contra a Lei 10.827/94, ambas do Estado do Paraná, que dispunham sobre a contratação de servidores, em casos de excepcional interesse público, para atender a necessidade temporária de serviço. **Entendeu-se que as leis impugnadas estabeleciam hipóteses abrangentes e genéricas de contratação temporária, sem especificar a contingência fática que evidenciaria a situação de emergência, atribuindo, indevidamente, ao Chefe do Poder interessado na contratação, o poder para decidir sobre a existência dessa situação.** Declarou-se a inconstitucionalidade dos artigos 1º; 2º, §§1º, 2º e 3º; 3º; 4º e 5º, da Lei 9.198/90, com as alterações da Lei 10.827/94. ADI 3210/PR, rel. Min. Carlos Velloso, 11.11.2004. (ADI-3210)”

Tal julgado vem tão-somente a confirmar o caráter exaustivo das hipóteses elencadas na Lei 8.743/93, como definidoras de necessidade temporária de excepcional interesse público, de modo que, não se enquadrando a hipótese em tela dentre uma delas, forçoso reconhecer a arbitrariedade, ilegalidade e inconstitucionalidade do ato administrativo ora objurgado.

Por derradeiro, quanto ao pedido de anulação dos pagamentos feitos a eventuais contratados, em que pese os inúmeros vícios verificados no ato que teria ensejado a potencial contratação, não há como admitir-se tal iniquidade, sob pena de legitimar situação que remete ao enriquecimento sem causa da administração em detrimento do particular contratado, o qual, ainda que não tenha cumprido os trâmites legais para que ocupasse a função, exerceu a atribuição, contando com o aval da própria Administração Pública, ainda que a partir de ato inconstitucional, sem prejuízo das responsabilidades que daí advierem, ao manter em cargo público terceiro sem observância da imposições legais para tal.

3. DISPOSITIVO:

Ante o exposto,

· JULGO PROCEDENTE EM PARTE O PEDIDO formulado na Ação Civil Pública, consoante art. 11 da Lei 7.347/85, nos seguintes termos:

· Quanto ao item *f*, declaro procedente o pedido quanto ao reconhecimento da nulidade do edital de convocação para inscrições destinadas ao processo seletivo para admissão de servidores ditos temporários, junto a ANS; e improcedente o pedido de declaração de nulidade de qualquer pagamento feito aos eventuais contratados, sob pena de restar configurado enriquecimento sem causa em favor da autarquia-ré;

· Determino, outrossim, como consectário direto do deferimento do pedido supra mencionado e coadunado a prestação jurisdicional ao preceituado no artigo 3º da Lei 7.347/85, própria das Ações Cíveis Públicas, que os réus se abstenham de realizar novas contratações mediante mera análise curricular e com dispensa de concurso público de provas ou provas e títulos, ante a patente inconstitucionalidade de tal conduta;

· Na mesma linha do mandamento supra exarado, fixo prazo de 180 dias ou seis meses para que iniciem os réus processo de seleção por via de concurso público, caso ainda não o tenham feito, mantendo os então contratados, por mero exame curricular, até que seja finalizado o concurso de seleção, por meio de certame de provas ou provas e títulos;

· Fixo multa diária de R\$ 1.000,00 (mil reais) a recair sobre cada um dos réus, a contar do fim do prazo supra mencionado, caso não haja o cumprimento da ordem judicial ora exarada;

· Quanto ao pedido do item *c*, pertinente à aplicação de multa por descumprimento da liminar, queda-se a mesma prejudicada ante a decisão de fls. 195, que suspendeu a antecipação de tutela deferida, tornando prejudicado, outrossim, o pedido de item *i*;

· Quanto aos pedidos de item *a, b, d*, pertinentes à tutela antecipada, esgotaram-se os mesmos através da decisão de fls. 188/192 e decisão em âmbito do E. Tribunal Regional Federal de fls. 254 e 260/261.

Fixo prazo de 60 (sessenta) dias a contar do trânsito em julgado para que seja iniciado, pelo MPF, a execução da obrigação de fazer, consoante art. 15 da Lei 7.347/85.

Sem condenação em custas processuais, face ao art. 18 da Lei 7.347/85.

Sem condenação em honorários advocatícios, por estar o Ministério Público Federal no exercício de atribuição constitucional, sendo-lhe vedada a percepção de tais verbas, nos termos do art. 128, § 5º, inciso II, alínea *a* da Constituição Federal.

Face à notícia de existência de Agravo de Instrumento pendente de julgamento junto ao E. Tribunal Regional Federal da 2ª Região, comunique-se ao Excelentíssimo Senhor Doutor Desembargador Federal relator do Agravo de Instrumento interposto contra a decisão anterior que deferiu o pedido liminar.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Rio de Janeiro, 20 de junho de 2005.

CAROLINE MEDEIROS E SILVA

Juíza Federal Substituta da 10ª Vara Federal do Rio de Janeiro

AÇÃO CIVIL PÚBLICA : TUTELA DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E INVIABILIDADE DE PEDIDO ABSOLUTAMENTE GENÉRICO

Guilherme Couto de Castro

Juiz Federal Titular da 19ª Vara Federal

Ação civil pública. Ministério Público. Tutela do patrimônio histórico. Inviabilidade de pedido absolutamente genérico, que apenas postula sejam os entes públicos condenados a adotar as medidas necessárias à conservação dos sítios históricos, sem, sequer de modo mínimo, esclarecer quais as providências necessárias. Função jurisdicional que deve apreciar litígio concreto, e não apenas repetir a lei. Indeferimento.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

PROCESSO Nº: 2004.5101006133-5

AUTOR: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

1º RÉU: UNIÃO FEDERAL

2º RÉU: INSTITUTO DE PESQUISA JARDIM BOTÂNICO DO RIO DE JANEIRO

S E N T E N Ç A (Tipo 1)

I

O **Ministério Público Federal** aforou a presente ação civil pública em face da **União Federal** e do **Instituto de Pesquisa Jardim Botânico do Rio de Janeiro**, com o seguinte pedido:

"I -a citação (...)

II - a condenação da 1ª Ré, União Federal, à obrigação de dar consistente no pagamento das obras necessárias a manutenção e recuperação do antigo Museu Botânico, da antiga Biblioteca e da Residência Pacheco Leão, mediante as intervenções que se façam necessárias à preservação dos imóveis;

III - a condenação do 2º Réu, Instituto de Pesquisas Jardim Botânico do Rio de Janeiro - JBRJ, à obrigação de fazer consistente na

realização de projeto e sua execução, no prazo de 6 (seis) meses, abrangendo todas as obras necessárias à manutenção e recuperação das referidas edificações, após a devida aprovação do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional - IPHAN;

IV - a condenação dos Réus ao pagamento de multa cominatória diária, no valor de R\$1.000,00 (mil reais), por descumprimento da sentença transitada em julgado. (cf. fls.10/11).

Como causa de pedir, alega que através de procedimento administrativo instaurado na Procuradoria da Republica do Rio de Janeiro, foi constatado que as edificações do antigo Museu Botânico, da antiga Biblioteca e da Residência Pacheco Leão, situadas no Jardim Botânico, apresentavam estado de conservação crítico, e causavam preocupação, em razão da irreversibilidade do quadro de deterioração dos prédios; que o Instituto Jardim Botânico informou que o projeto de restauração dos prédios não foi contemplado na sua verba orçamentária; que o Decreto-lei n° 25/37 impõe ao proprietário do bem tombado a obrigação de mantê-lo conservado, executando obras de restauração e manutenção. Postulou a imediata adoção de medidas necessárias à completa restauração dos bens em tela. Anexou documentos (fls.12/90).

Em fls.113/114 foi exarado despacho apontando a inépcia da inicial na forma como apresentada. Em tal decisão foram especificados os aspectos que deveriam ser esclarecidos na narrativa e na formulação do pedido propriamente dito, alertando para o fato de que, a forma genérica como redigida a inicial, sem especificar o pedido, equivale a requerer que sejam adotadas as providências necessárias para consertar o País. Determinou-se a emenda da inicial.

Em fls.175 o Ministério Público Federal postulou a reconsideração do despacho, sustentando que o pedido genérico é admitido, nos termos do artigo 286, III, do CPC.

É o relatório. **DECIDO.**

II

O julgamento imediato do feito é medida que se impõe, e tem ele solução singela, pois é impossível superar os vícios sucessivos que o Ministério Público não solucionou, a começar pela inépcia da petição inicial.

Na decisão em que determinei a emenda da peça vestibular, da qual foi pessoalmente intimado o Ministério Público, foi assentado:

“O pedido é:

a) de condenação da União nas obras necessárias à manutenção e recuperação do antigo Museu Botânico, da antiga Biblioteca e da residência Pacheco Leão mediante as intervenções que se fizerem necessárias;

b) condenação do JBRJ à obrigação de realizar projeto e executá-lo, em seis meses, abrangendo todas as obras necessárias à manutenção e recuperação das citadas edificações.

Já de relance vê-se que o pedido é genérico, contrariando o art.286 do C.P.C. Mas há mais.

A inicial veio acompanhada de um amontoado de cópias de ofícios expedidos e respondidos, em sua maioria inteiramente destoados dos pedidos formulados, embora versando sobre problemas pertinentes ao Jardim Botânico.

O certo é que, de antemão, é evidente que tanto a União quanto o JBRJ também querem a conservação, manutenção e recuperação dos imóveis citados. Até aí todos querem o mesmo e não haveria necessidade de uma ação que será um fingimento. A sentença condenará a uma obrigação inespecífica, e aí começa uma eterna execução: quais as obras necessárias?? Quais os projetos necessários?? Quais as intervenções necessárias??

Tudo isso deve vir especificado, como o impõe o artigo 286 do C.P.C. De outro lado, se a União e o JBRJ já estiverem fazendo o necessário para tal manutenção, dentro do necessário equilíbrio orçamentário, então a demanda é inútil.

Do exposto, no prazo de 10 (dez) dias, sob pena de extinção, esclareça o Ministério Público, emendando a inicial:

1 - Se tem idéia, se se preocupou em saber o valor das obras necessárias, e quais exatamente são essas obras necessárias;

2 - Se sabe se foi feita proposta de inclusão orçamentária de tais verbas, ou se chegou (o próprio MP) a pedir administrativamente tal inclusão ao Ministério competente;

3 - Se apurou o nome de servidores relapsos, quer da União, quer do JBRJ, que não estão cumprindo seus deveres em relação à manutenção e conservação dos bens, e quais as providências penais e administrativas que adotou.

Prazo de dez dias, contados da intimação pessoal.”

O Ministério Público não atendeu ao despacho, revelando que nada diligenciou, jamais.

Permitir o prosseguimento do feito, na forma como redigida a inicial, sem especificar as obras necessárias, implicaria consentir com execução que homenagearia a ineficiência e a burocracia, pois absolutamente tudo que deveria vir narrado na inicial foi comodamente empurrado para a execução, que redundaria em eterno ir e vir de ofícios, quando se trata de fase na qual a providência jurisdicional deve ser materializada - e não apurada.

A inicial não contém descrição mínima das obras pretendidas. A peça vestibular não veio acompanhada de um inquérito civil organizado, o mínimo que se esperaria no feito, e sim de um emaranhado confuso e desconexo de peças, intituladas de procedimento administrativo.

Ainda assim, após a narrativa da inicial, que consiste basicamente em afirmar que é precário o estado de conservação do Museu Botânico, da Biblioteca e da Residência Pacheco Leão, asseverando que se trata de local de excepcional valor cultural, científico, histórico, etc... - todos o sabem — o pedido formulado é o de condenação "...à execução de todas as obras necessárias para manutenção e recuperação das edificações..." (cf.fl.s.11, item III, da inicial). O problema óbvio é saber exatamente quais são essas obras, e sem isso tudo já está sem sentido.

É óbvio que se o Ministério Público tem conhecimento de situação de ameaça ao patrimônio histórico, deve atuar, mas de forma adequada, atenta. Não juntando um emaranhado de peças, e jogando-as ao Judiciário.

Nem escritórios médios ou pequenos formulam iniciais jogando papéis de maneira atabalhoada, sem índice ou explicação, e mostrando, na resposta ao despacho que determinou a emenda, que jamais nada foi apurado, qualquer responsabilidade funcional foi indagada ou fiscalizada, de quem quer que seja.

No caso, as cópias anexadas, algumas de fotografias que perdem todo o sentido e visibilidade, mostram um amontoado de ofícios e nenhuma organização. É insuficiente simplesmente relatar que o bem não está sendo preservado e pedir que todo o necessário seja feito.

O pedido não pode ser genérico, quando o caso demanda medidas determinadas, específicas, que deveriam ter sido postuladas, uma a uma, nos termos do

artigo 286, caput, do CPC. Sendo assim, é de reconhecer-se que o destino do feito está selado.

Além de tudo, se toda a incrível sucessão de falhas fosse superada, há de ser estudada a existência de recursos previstos no orçamento, ou, em caso de inexistência, a razão legal de poder compelir a administração a tal ou qual prioridade, sem invadir a esfera de discricionariedade.

O palavreado bonito da doutrina gosta de usar a expressão da moda: o princípio da reserva do possível.

O patrimônio histórico merece total amparo, ninguém duvida, as rés também o afirmam. A saúde, a educação, as populações marginalizadas, também. Mas isso não autorizaria que o MP promova ação, igual à inicial, para compelir a administração a tomar todas as providências necessárias, sem especificar quais, para resolver as urgentes crises da saúde, da educação, das populações marginalizadas, da desigualdade, todas situações cujos vícios a Constituição proclama atacar. Embora tais prioridades estejam na Constituição, como não haveria recursos para tudo, chegaríamos à conclusão de que a ação é sem sentido.

O Manoel da esquina, o João da quitanda, e o José, porteiro do MP, sabem que para resolver tais problemas é preciso um trabalho efetivo. Especialmente demonstrando a malversação, e perseguindo pessoalmente os responsáveis. Apurar os responsáveis pessoais pelos problemas, essa é a questão que o Brasil sempre quer. Superar a impunidade, e adotar as medidas para a punição de tais gestores. Aí a questão não é nem de verba ou falta de verbas, pois as medidas pedem a sanção das pessoas naturais, e até reparação patrimonial à custa de tais pessoas.

Veja-se que a decisão que pediu a emenda da inicial determinou o esclarecimento se o Ministério Público, ao longo de todo o tempo em que burocraticamente trocou ofícios, fez alguma apuração sobre quais os valores das obras, sobre estarem ou não postulados para inclusão orçamentária, sobre a negativa ou não, sobre eventual atuação errada de funcionários e responsáveis, etc. Mas, a julgar pela ausência de esclarecimento, nada foi feito.

Um âncora de TV, analisando o emaranhado que acompanha a inicial, e a falta de providências mínimas, por parte do órgão que deveria agir, e apenas assina ofícios, naturalmente diria: “uma vergonha, uma vergonha”.

Espera-se que, diante da intimação da sentença, algo de útil seja providenciado.

III

Do exposto, INDEFIRO A INICIAL E JULGO EXTINTO O PROCESSO, nos termos do artigo 267, I, c/c 295, I, do CPC.

Sem custas (artigo 18, da Lei 7347/85).

P.R.I., dando-se pessoal ciência ao Ministério Público Federal.

Rio de Janeiro, 1° de junho de 2004.

GUILHERME COUTO DE CASTRO
Juiz Federal da 19ª Vara Federal

Direito Administrativo

Artigos

Marca Notoriamente Conhecida: Espectro da Proteção Legal

Maria de Lourdes Coutinho Tavares
Juíza Federal Substituta da 7ª Vara Federal

Introdução

O objetivo deste trabalho consiste na abordagem de aspectos que contribua para uma compreensão do espectro da proteção legal conferida às marcas notoriamente conhecidas.

No terreno da discussão acerca da marca notoriamente conhecida necessariamente deve estar presente o estudo da marca de alto renome, seja por razões históricas, seja em virtude de traços semelhantes e relevantes observados em ambas as figuras. Onde surge a necessidade de se distinguir ambos os signos famosos, também com o objetivo de evitar confusões conceituais causadas pela plasticidade terminológica que envolve o conceito de “marca notória”, qualificativo insito a ambas figuras.

1. Terminologia

Para uma boa compreensão da abordagem desenvolvida neste trabalho, é impositivo que as nomenclaturas designativas das marcas em estudo sejam corretamente empregadas. Infelizmente, a doutrina não construiu uma terminologia uniforme e padronizada para os signos distintivos famosos. Os especialistas têm contribuído bastante para gerar divergências de nomenclaturas que ensejam imprecisão e confusão para os estudiosos na matéria, os quais se defrontam com a dificuldade de diferenciar as espécies de marcas famosas ou identificar os efeitos jurídicos decorrentes da proteção legal conferida a cada uma delas.

No Brasil, sob a égide da Lei 5.772/71, o dispositivo do seu art. 67 e o do art. 6 bis da Convenção da União de Paris (CUP) eram os únicos vigentes que reconheciam um alargamento da proteção das marcas, em virtude da notoriedade. Tal fenômeno - notoriedade - não foi objeto de definição legal, embora o Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) tenha traçado alguns critérios para dar um contorno mais definido à noção.

A par disso, o INPI, por muito tempo, mostrou-se refratário à aplicação do art. 6 bis da CUP, por considerar a sua disposição incompatível com o sistema atributivo adotado pela legislação brasileira. Muita confusão houve no campo de proteção das “marcas notórias” e das marcas “notoriamente conhecidas”, a ponto de ambas as expressões serem associadas, embora identificassem figuras distintas. Em consequência, por um período o órgão optou por não aplicar a norma convencional e invocar o art. 67 do Código revogado como a única hipótese de amparo às marcas notórias, incorrendo em confusão de conceitos cujos efeitos ainda são sentidos na época atual.

As duas últimas leis brasileiras exibem terminologias distintas. A Lei 5.772/71 cuidou apenas da marca notória, no art. 67, enquanto que a Lei 9.279/96 disciplina a marca notoriamente conhecida e a marca de alto renome.

A título ilustrativo, vale citar os autores que não distinguem a marca notoriamente conhecida da marca de alto renome : Albert Chavanne e Jean-Jacques Burst, que consideram *marques notoires* como sinônimos de “*marques de haute renommée, de haute réputation, de grande notoriété, connues au loin ou mondiales*”¹

Luiz Guilherme de A. V. Loureiro (1999) compartilha a mesma opinião:

“Embora a Lei nº 9.279/96 se refira no art. 125 às marcas de alto renome e, no art. 126, às marcas notórias, o legislador parece não fazer distinção entre estes conceitos. Na verdade, trata-se de sinônimos. As marcas de renome, são aquelas de alta reputação, de grande notoriedade, conhecidas mundialmente. Essas marcas constituem uma exceção ao princípio da necessidade de registro.”

A maioria dos doutrinadores distingue a marca notoriamente conhecida da marca de alto renome. Entre os estrangeiros, Dassas, Portet, Guglielmetti, Novoa, Monteagudo, Ladas, Bertone e Cabanellas.² Entre os brasileiros, Leonardos (1995) e Barbosa (2003).

Merece referência a classificação adotada por alguns doutrinadores que considera a marca notória como gênero, do qual são espécies a marca notoriamente conhecida e a marca de alto renome. É essa a posição adotada por Moro (2003:92):

¹ Citado por Moro (2003), p. 93.

² Citados por Moro (2003), p. 93.

“Notório é aquilo que é conhecido de uma substancial fração do público. A proteção atribuída e a razão de existir da marca notoriamente conhecida e da marca de alto renome se devem ao fato de serem notórias, e por isso estarem mais expostas ao abuso por parte de terceiros de má-fé. São institutos diversos, mas decorrentes da manifestação de um mesmo fato, a notoriedade. Logo, não há por que não considerar a marca notória como gênero, e a marca notoriamente conhecida e a marca de alto renome como espécies pertencentes a este gênero.”

Data vênia, a consideração da marca notória como gênero, à luz do atual ordenamento jurídico, não se afigura prudente, na medida em que pode se prestar como uma armadilha para a ocorrência de confusão conceitual originária do código revogado, cujos efeitos ainda são percebidos pelos operadores do direito. Ao se fazer referência à marca notória (gênero) é possível que surja uma vinculação com a marca notória prevista no art. 67 da Lei 5.772/71, e não àquela (considerada espécie) denominada como “notoriamente conhecida”, no art. 129 da Lei 9.279/96.

Na opinião de Luiz Leonardos (1995:15):

“Parece-nos, contudo, que a questão não está bem colocada quando se procura conceituar a marca de alto renome ou marca famosa como uma espécie de marca ‘notoriamente conhecida’ e, tampouco, seria ela uma espécie de marca ‘notória’.”

Com o intuito de evitar que o emprego inadequado da terminologia dos sinais em estudo seja um obstáculo para a boa compreensão do tema, convém que seja adotada exatamente a nomenclatura utilizada pela atual Lei de Propriedade Industrial. A utilização da expressão marca notória exige o necessário cuidado por parte do operador do direito na tarefa de distinguir ambos os tipos de marcas com rigor terminológico consentâneo com o atual sistema normativo de propriedade intelectual.

2. Marca Notória à Luz da Lei 5.772/1971

Faz-se relevante comentar o panorama normativo que disciplinou a marca notória tratada no art. 67 do anterior Código de Propriedade Industrial, o que contribuirá para uma análise da evolução legislativa da matéria e das mudanças de procedimento implementadas na esfera administrativa. O entendimento dos efeitos dessas mudanças auxilia o estudo das marcas famosas tratadas na atual lei de propriedade industrial.

A marca de alto renome prevista no art. 125 da Lei 9.279/96 corresponde à denominada marca notória disciplinada no Código revogado (Lei 5.772/71), e toda cautela é pouca para que essa figura não seja confundida com a marca notoriamente conhecida tutelada no artigo 6 bis da Convenção da União de Paris, em sua versão de Estocolmo, internalizado no Brasil por força do Decreto nº 635/92 e transposto para o artigo 126 da Lei 9.279/96.

Insta notar que tratamento conferido à marca de alto renome na atual lei de propriedade industrial afigura-se diferente do disciplinamento traçado no código revogado para os sinais então denominados “notórios”. Com efeito, de acordo com o art. 67 do CPI anterior, a marca considerada notória no Brasil, desde que registrada, terá assegurada “proteção especial” em todas as classes, mantido registro próprio para impedir outro registro idêntico ou similar, se houver possibilidade de confusão quanto à origem dos produtos, ou prejuízo para a reputação da marca.

O Código anterior, assim como o atual, excepcionou o princípio da especialidade, porém, o registro de uma marca notória conferia uma proteção especial bastante peculiar, na medida em que não produzia o efeito de criar propriedade em todas as classes, e sim tinha uma finalidade puramente defensiva e acautelatória, de impedir o registro e o uso de outros sinais iguais ou parecidos em todas as classes, vale dizer, com relação a outros signos que assinalassem produtos ou serviços de classes diferentes, desde que houvesse possibilidade de causar confusão quanto à origem ou prejuízo para a reputação da marca.

MOMSEN LEONARDOS & CIA³ bem resume o regime jurídico da LPI anterior com relação à declaração de notoriedade pelo INPI:

“A marca notória do antigo CPI brasileiro, para ser reconhecida, dependia de declaração dessa notoriedade pelo INPI. A fim de obtê-la, o requerente devia instruir um requerimento com informações como o valor da marca no ativo da empresa, o valor dos gastos em propaganda diretamente relacionada com a marca, enumeração de países em que a marca se encontrava registrada, data inicial do uso efetivo da marca no Brasil, dentre outras. Um elemento que era considerado essencial pelo INPI era o conhecimento da marca pelo público em geral, em percentual superior a 50% (cinquenta por cento) de todas as classes sociais da população brasileira.”

³ Monsen Leonardos & Cia, in Newsletter nº 163, de fevereiro de 2004, p. 2.

Tal proteção, portanto, não era ilimitada, porquanto colimava alcançar todas as classes, desde que houvesse “possibilidade de confusão quanto à origem dos produtos, mercadorias ou serviços ou prejuízo para a reputação da marca” (Lei 5.772/71). Em outras palavras, a concessão do registro da marca notória não conferia necessariamente uma proteção em todas as classes, e sim nas classes em que houvesse possibilidade de confusão ou prejuízo à sua reputação.

Barbosa atentou para essa peculiaridade: “Vê-se, desta feita, que o registro é meramente acautelatório, não produzindo quaisquer efeitos se inexistir possibilidade de confusão ou de prejuízo à reputação”.⁴

O registro especial de uma “marca notória” não conferia ao titular exclusividade marcária em todas as classes e produtos, vez que o registro era apenas defensivo ressalvados os direitos de terceiros, já adquiridos. A condição para que o titular de uma marca notória adquirisse a propriedade era a obtenção de um outro registro regular (além do registro especial de marca notória) nas classes relativas aos produtos assinalados pela marca. De qualquer forma, esse registro especial conferia uma proteção especial de marca notória.

Existia uma relação de acessoriedade do registro especial com o registro regular, como bem ressalta Barbosa (1980:8): *“a extinção do registro ativo, pelo mesmo princípio de acessoriedade, implica em cessação de efeitos da inscrição no registro de notoriedade”*. Coerentemente, conclui o referido Autor que a inscrição da marca notória no tomo especial não conferia ao titular o direito de licenciar nas classes e produtos não amparados no registro regular.

Portanto, os requisitos legais exigidos pela Lei 5.772/71 para a concessão de proteção especial a uma “marca notória” eram os seguintes: o registro prévio no Brasil, a comprovação do fenômeno da notoriedade e a possibilidade de confusão. A par disso, o registro especial era condicionado à vigência do título originário, não deixando dúvidas quanto ao seu caráter acessório.

O curso do processo instaurado perante o INPI para a concessão do registro de marca notória era apreciado e julgado o pedido de reconhecimento da

⁴ Citado por Moro (2003), p. 100.

notoriedade da marca. Os titulares de marcas conhecidas que não lograram êxito junto ao órgão administrativo, buscavam na via judicial a declaração de notoriedade.

Como exemplo de marca que teve sucesso em obter o registro de declaração de notoriedade em juízo: marca Chanel para produtos de beleza, perfumes, cosméticos e artigos de toucador em geral (TRF2-AC 90.02.06513-2 - Rel Sergio D´Andrea - DJ 21.10.1993); a marca “Vigor” (TFR - AC 94.541-RJ - Rel Min. Eduardo Ribeiro - DJ 13.11.1986); a marca “Tostines” (JF/RJ - 9 VF - Ação Ordinária 5357659 - Juiz Silvério Cabral - j. 28.11.1983).⁵

Entre as marcas que não conseguiram reverter o ato administrativo de negativa do pedido de notoriedade de marca, são exemplos: a marca figurativa “Toyota” para automóveis (TRF2 - AC. 90.02.13987-0 - Rel. Des. Arnaldo Lima - DJ 10.08.1995); as marcas “Vida e Saúde”, o “Atalaia” e “Nosso Amiguinho” para revistas de circulação restrita (TFR- AC 90.224-RJ - RTFR 117/216 e ss., jan. 1985).⁶

A partir desse registro especial a marca passava a gozar de presunção de notoriedade, como forma de resguardar o consumidor adquirente da falsa crença de que os bens assinalados por um determinado signo distintivo teriam a mesma procedência da marca famosa.

Surgiram várias manifestações de inconformismo na Doutrina com relação a exigência de um registro especial para a tutela de uma marca notória, já que a morosidade do trâmite do processo administrativo deixava o titular da marca desguarnecido de qualquer proteção no aguardo da concessão do registro especial.

Alvo também de insurgência pela Doutrina foi a exigência de “provas de notoriedade da marca”, tida como absolutamente incorerente à luz do direito processual civil, segundo o qual os fatos notórios independem de prova.

Outra crítica ao registro especial de declaração de notoriedade questionava o tempo de duração de existência e reconhecimento da notoriedade, que não necessariamente coincidia com o prazo de validade marca.

⁵ Citado por Moro (2003), p. 99.

⁶ Citado por Moro (2003), p. 99.

Fróes (1973:4-6), ao comentar a regulamentação pelo INPI da norma revogada, tece considerações críticas que englobam esses aspectos, as quais merecerem ser transcritas porque resumem de forma completa todas as questões surgidas àquela época:

“Mais de um ano após a entrada em vigor desse Código, o Instituto Nacional de Propriedade Industrial regulamentou a matéria, dispondo, na Portaria nº 31, de 2.1.73, sem maiores explicações, que ‘com o pedido de transformação em marca notória’ (sic) deveriam ser apresentadas ‘provas de notoriedade da marca’, mais o original do certificado de registro e procuração adequada (Revista da Propriedade Industrial, nº 59, de 18.1.73, pg. 4).

Ficou-se sabendo, então, e só então, que o Instituto havia decidido que o ‘registro próprio’ de marca notória deveria resultar da transformação de um registro já existente.

É primeiramente, injustificável que o legislador tenha condicionado a tutela da marca notória a um registro especial, o que, na prática, vem dificultar, consideravelmente, sua efetivação, dado o acúmulo de serviço existente, ainda, na repartição administrativa. A própria transformação do registro de marca comum em registro de marca notória, que pareceria simples, à primeira vista, na realidade não o é, pois até hoje, passados vários meses da entrada em vigor da Portaria nº 31, não foi deferido nenhum requerimento nesse sentido !

Além disso, a notoriedade, muitas vezes, é adquirida de forma quase instantânea, sobretudo por força de modernos métodos de promoção publicitária, de sorte que o titular da marca que atingiu esse status fica sem proteção adequada enquanto o registro especial não é concedido.

Por outro lado, a notoriedade não é permanente, podendo durar muitos anos, alguns anos ou poucos anos. Nesse caso, desaparecendo a notoriedade, a permanência do registro passará a ser um estorvo, impossibilitando, durante certo lapso de tempo, a adoção, uso e registro, por parte de terceiro, de marca idêntica ou parecida, para distinguir artigos ou serviços totalmente diversos.

Se a criação do “registro próprio” foi inconveniente, mais inconveniente, ainda, se tornou, depois da regulamentação operada pela deficiente Portaria n 31/73. Dizer-se, como aí se disse, que o pedido de “transformação em marca notória” deverá ser instruído com “provas de notoriedade da marca”, é o mesmo que não se dizer coisa alguma. É regra conhecida, no Direito Processual, que os fatos notórios independem de prova (art. 211, do Código de Processo Civil), acrescentando a esse respeito Pontes de Miranda, que “os fatos notórios, que estão na ordem dos fatos empíricos como as proposições evidentes na ordem lógica, prescindem de prova”.

Não obstante o art. 67 da lei revogada não tenha feito menção ao impedimento do uso de marca notória, e apenas ao registro em classes diversas, não se pode conceber que tal proteção seja limitada apenas ao registro. Uma exegese sistemática do referido diploma legal faz concluir que foi vedado também o uso, tendo em vista a previsão desse fato como agravante do crime de contrafação, prevista no art. 196, inc. II da Lei de Propriedade Industrial.

3. Procedimentos para aplicação do art. 125 da Lei 9.279/96 disciplinados pela Resolução nº 110/2004 do INPI

A partir da vigência da Lei 9.279/96, passou a inexistir um procedimento específico para declaração de alto renome de uma marca, restando ao seu titular apenas a via judicial com vistas à obtenção de uma declaração de alto renome. Dessa forma, também, o INPI estaria obrigado a refutar qualquer requerimento de registro de marca que adote essa proteção.

Segundo entendimento de MOMSEN LEONARDOS & CIA⁷, demonstrado em suas publicações,

“A importância do reconhecimento do alto renome da marca decorre não apenas da possibilidade de sua proteção em todas as classes de produtos e serviços, incluindo aquelas em que o titular da marca não possui atuação, mas igualmente da agravante penal prevista no art. 196, II da LPI, segundo a qual a pena pelos crimes de violação de marca registrada é aumentada de um terço à metade se a marca alterada, reproduzida ou imitada for de alto renome.”

A Resolução nº 110/2004 não prevê - tal como a antiga LPI - um procedimento de registro de marcas de alto renome, e sim uma “anotação de alto renome”, que vigorará pelo prazo de cinco anos.

Esta anotação de cunho declaratório e facultativa não se confunde com o antigo registro, de alto renome, previsto na lei antiga, e não avertido na atual Lei. Não ocorre, pois, discrepância ou contrariedade, neste ponto, entre a regulamentação contida na Resolução em apreço e a atual Lei de Propriedade Industrial.

⁷ MOMSEN, LEONARDOS & CIA. A marca de alto renome - Análise da Resolução nº 110/2004 do INPI que aprovou procedimentos para aplicação do art. 125 da Lei nº 9.279/96. *Newsletter*, Rio de Janeiro, n. 163, fevereiro 2004.

O art. 1º da Resolução nº 110/2004 aponta o momento oportuno para a formulação do requerimento de proteção especial conferida pelo art. 125 da LPI, perante o INPI: “pela via incidental, como matéria de defesa, quando da oposição a pedido de registro de marca de terceiro ou do processo administrativo de nulidade de registro de marca de terceiro, em tramitação no INPI, nos termos e prazos previstos nos art. 158, *caput*, e 168 da LPI, respectivamente.”

Convém destacar o disposto no art. 2º da Resolução nº 110/2004, que indica o momento em que o INPI deverá apreciar e decidir quanto à condição de alto renome da marca, qual seja, “previamente ao exame da oposição ou do processo administrativo de nulidade de que trata o art. 1º”.

A anotação de alto renome confere ao titular da marca uma vantagem, de efeitos práticos, que agilizará o trâmite dos processos e reduzirá por demais a burocracia enfrentada pelo INPI e pelos requerentes, a saber : a dispensa de apresentação de novas provas da condição de marca de alto renome em todas as eventuais demandas que sejam propostas a respeito da mesma marca, durante o prazo da anotação. É o que prevê o parágrafo 1º do art. 14, da Resolução 110/200⁸.

O caráter acessório da anotação de alto renome é indubitoso - tal como ocorria com o antigo registro especial de “marca notória” - o que se revela lógico, na medida em que não poderia subsistir tal anotação na hipótese de extinção do registro da marca de alto renome ou a partir do reconhecimento pelo INPI da insubsistência do alto renome⁹.

Outra novidade trazida pela Resolução em comento, que merece ser ressaltada, é a relação de provas cabíveis à comprovação de alto renome da marca, elencadas no seu art. 5º, o que auxilia o interessado detentor da marca famosa de alto renome, norteando-o na instrução de seu pedido. Donde se depreende ou supõe-se que o INPI já detenha determinados parâmetros ou critérios para cada item (meio de prova) para considerar ou não um signo merecedor dessa proteção especial.

⁸ Par. 1º do art. 14, da Resolução nº 110/2004 : “Durante o prazo dessa anotação, o titular da marca de alto renome ficará dispensado da apresentação de novas provas dessa condição nas demandas eventuais em processos de outorga de direitos marcários, ressalvados os casos em que o INPI julgue necessário determinar a produção de novas provas. ”

⁹ Par. 2º do art. 14, da Resolução nº 110/2004 : “A anotação referida no *caput* será automaticamente excluída do Sistema de Marcas na hipótese de extinção do registro da marca de alto renome no Brasil, ou, então, do reconhecimento, pelo INPI, da insubsistência do alto renome da marca, nos termos do art. 9º.

Tais parâmetros obviamente devem ser avaliados não individualmente, e sim dentro de um contexto de todas as provas apresentadas. A relevância dos meios de comprovação do alto renome da marca, indicados de antemão pelo INPI como “elementos informativos” e a adoção de parâmetros razoáveis para aferição dessa condição especial também assumem relevância em eventual impugnação da proteção, prevista no art. 6^a da Resolução nº 110/2004¹⁰. Não obstante, o Impugnante não fica desincumbido do ônus probatório quanto à insubsistência do alto renome¹¹.

A apreciação das oposições e procedimentos administrativos de nulidade, que versem sobre arguição de alto renome, deverá ser apreciada por uma Comissão Especial composta de três membros e dois suplentes, todos servidores do INPI de elevada qualificação técnico-profissional, consoante preconizado no art. 11 da Resolução nº 110/2004, a ser designada em ato próprio, pelo Presidente do INPI. Observa-se o tratamento distinto conferido ao exame do pedido de alto renome (e suas impugnações), dada a tamanha relevância dessa espécie de arguição e de tal proteção especial conferida a uma marca.

A Resolução nº 110/2004 trouxe inovações, e também algumas polêmicas. Uma delas reside na discussão de ser ou não necessária a ocorrência de um conflito de marcas como condição de viabilidade (ou procedibilidade) de um pedido de anotação de alto renome. Outro ponto controvertido que se entrelaça com o anterior repousa na possível exigência de o Judiciário entender que para a comprovação do alto renome seria necessária a prévia declaração de alto renome pelo INPI, caso não tenha se configurado um conflito de marcas perante o próprio INPI.

Ora, se assim fosse, o pedido de anotação de alto renome não seria uma faculdade do detentor da marca, e sim um ônus, não previsto na Lei 9.279/96. Não é admissível que um ato normativo administrativo, hierarquicamente inferior à lei ordinária, restrinja direitos e/ou crie obrigações. A par disso, nessa mesma linha de raciocínio, em que pese a relevância dos preceitos da Resolução nº 110/2004, a mesma não goza de força jurídica para criar uma condição de procedibilidade de uma ação judicial - declaração

¹⁰ “Art. 6^o. A proteção especial conferida pelo art. 125 da LPI deverá ser impugnada pelo interessado pela via incidental, como matéria de defesa, quando do recurso interposto contra a decisão de indeferimento do seu pedido de registro de marca ou da manifestação em processo administrativo de nulidade do seu registro de marca, nos termos e prazos previstos no art. 212, *caput*, e 170 da LPI, respectivamente.”

¹¹ “”Art. 10. O impugnante da proteção especial de que trata o art. 125 da LPI deverá apresentar ao INPI, por ocasião do recurso ou da manifestação em processo administrativo de nulidade, as provas cabíveis à demonstração da insubsistência do alto renome da marca.

pré-existente de alto renome da marca - cujo propósito seja um provimento jurisdicional declaratório da existência do direito à proteção especial, independentemente de haver ou não um prévio conflito de marcas.

Existiria, em tese, um conflito de marcas, se o pretenso detentor de uma marca de alto renome demonstrasse que terceiros estão fazendo uso supostamente indevido daquele signo. Caso tal hipótese não esteja plenamente configurada, é presumido o interesse do autor de uma ação judicial, cujo pedido seja a declaração de alto renome, tendo em consideração os elevados investimentos financeiros destinados para a conquista da notoriedade da marca e os nefastos efeitos da diluição do signo ou da associação com outros sinais, que possam prejudicar a reputação da marca. Nesse caso, o titular da marca agiria cautelarmente, presumindo-se que o mesmo visa a se resguardar de uma “lesão mínima” que pode assumir proporções maiores.

Assentadas tais considerações o interesse do Autor, no caso de inexistência de conflito de marcas e de anotação de alto renome pelo INPI, pode limitar-se, na esfera judicial, apenas à existência ou inexistência do seu invocado direito à declaração de alto renome, nos termos do art. 4º, inc. I, do C.P.C. Nesse caso, inexistindo conflito de marcas, o único réu seria o INPI, o qual poderia até reconhecer a procedência do pedido, se fosse o caso. Diante dessa situação, a anotação de alto renome partiria de uma decisão judicial, com aquiescência ou não do INPI.

A exigência de uma prévia declaração de alto renome pelo INPI ou de formulação de um pedido administrativo de anotação de alto renome - quando não houver conflito de marcas - como condição de procedibilidade da ação judicial, não está prevista em lei, nem expressamente na Resolução em comento, sendo que esta não seria o veículo normativo legítimo e legal para fazê-lo.

Há que se ressaltar, porém, que, nessa circunstância de inexistência de um efetivo conflito marcário, o Autor da demanda judicial deve demonstrar que está sujeito a uma “lesão mínima”, ao formular o pedido de declaração de marca de alto renome. E, tendo-se em conta os elevados investimentos financeiros destinados ao signo famoso, e a possibilidade de ser maculada a reputação da marca, mediante o fenômeno da associação ou diluição, essa lesão mínima é presumida, podendo, por cautela, o seu titular agir preventivamente, caso o INPI não lhe conceda uma resposta ao seu pedido de anotação de alto renome em tempo razoável. ou mesmo na hipótese de não

ter sido formulado qualquer pedido nesse sentido perante o INPI. Prevalece, *in casu*, o princípio constitucional da inafastabilidade da prestação jurisdicional.. Nessa hipótese, o interesse processual residiria numa resposta jurisdicional, provavelmente mais rápida, do que uma declaração administrativa, o que já seria suficiente para resguardar os interesses do titular da marca de alto renome de uma lesão, que pode ser presumida a partir do exame das circunstâncias avaliadas em cada caso concreto.

4. Notoriedade da Marca e Proteção Especial no Regime do Código Atual

O direito à propriedade e uso exclusivo da marca, em regra, é parametrizado pelo princípio da territorialidade e pela regra da especialidade. Tirante as situações elencadas no art. 132 da Lei 9.279/96, os direitos do titular da marca restringem-se ao ramo de atividade para o qual a marca foi registrada, e a proteção encontra limitação geográfica no país em que tiver sido efetuado o registro.

A notoriedade de uma marca é um fenômeno aferido a partir do expressivo conhecimento, sucesso e aceitação junto ao público consumidor, em virtude de uma variedade de critérios, tais como a antigüidade da marca, a intensidade da publicidade, reputação, qualidade do produto, volume de vendas. O valor econômico e o maior poder de distintividade dessas marcas as tornam mais vulneráveis à cobiça, à usurpação e a práticas maliciosas de desvio de clientela, razão por que necessitam de uma proteção especial, diferente daquela outorgada às marcas normais limitada pelos dois princípios, da territorialidade e especialidade.

No regime da nova lei, a tutela especial aos sinais considerados notórios depende tão-somente da aferição do fenômeno da notoriedade no determinado momento que se erige tal questionamento. O art. 125, da Lei 9.279/96 exige o registro no Brasil para a proteção da marca de alto renome, devendo o registro designar essa qualidade, e, acertadamente, dispensou os pressupostos fixados previstos no art. 67 do no Código de 1971, quais sejam a possibilidade de confusão e/ou prejuízo à reputação da marca. O legislador ao suprimir tais pressupostos eliminou uma redundância, à evidência de que a possibilidade de confusão ou associação é consectário inexorável da notoriedade granjeada pela marca.

A Lei 9.279, no seu artigo 125, não cuidou de traçar uma definição exata do que seria uma marca de alto renome, nem fixa critérios para o seu reconhecimento,

mas assegura-lhe a proteção especial em todos os ramos de atividade, explicitando e ratificando, destarte, uma exceção ao princípio da especialidade.

A identificação de uma marca de alto renome não exige reflexão demorada, nem suscita indagações; do contrário, não há de ser considerada uma marca de alto renome. A despeito do alto grau de subjetivismo que impregna a noção de notoriedade dessa marca, a sua identificação dá-se instantaneamente na mente do consumidor, como um *flash* ou ato reflexo, perceptível pelo público em geral, e não apenas pelo consumidor alvo do produto (ou serviço) e pelos profissionais do mesmo ramo de atividade.

A notoriedade de uma marca de alto renome não necessariamente está vinculada à qualidade excepcional do produto ou do serviço que identifica, e, na maioria dos casos, decorre de uma reputação internacional e do elevado número de bens vendidos. São vários os critérios sopesados subjetivamente que amparam a proteção de uma marca de alto renome em todas as classes, entretanto o fato preponderante, sem dúvida, é o intenso poder de atração sobre o público em geral.

Interessante citar os subsídios adotados pelos técnicos do INPI para identificar uma marca como sendo de alto renome, nas Diretrizes de Análise de Marcas, instituídas pelo já revogado Ato Normativo nº 123, de 04/08/94 (publicado no Revista da Propriedade Industrial, nº 1.236, de 09/08/94). Alguns critérios que orientavam o órgão administrativo são os seguintes: valor da marca no ativo da empresa, valor dos gastos em propaganda diretamente relacionados com a marca, abrangência de mercado interno e externo, com número estimado de consumidores e esclarecimentos de sua participação relativa no setor, enumeração das empresas nacionais e estrangeiras que utilizam a marca; enumeração de países em que a marca se encontra registrada; pesquisa de opinião pública.

O atual Código desburocratizou o procedimento atinente à marca de alto renome, na medida em que dispensou o antigo procedimento administrativo de declaração de notoriedade. Atualmente, basta o simples fato da notoriedade na modalidade de alto renome para que o signo tenha o espectro de proteção ampliado além dos limites do ramo de atividade para o qual está registrado, resguardados apenas os direitos adquiridos de terceiros.

Não se há de negar, todavia, os efeitos decorrentes das declarações de notoriedade emitidas por registros concedidos sob a égide do código revogado; se a notoriedade ainda é reconhecida, perdura, até os dias de hoje.

Questão que tem suscitado controvérsias diz respeito aos efeitos produzidos por uma declaração de alto renome de uma marca, num processo administrativo de terceiro, atacado pelo titular da marca que se pretende de alto renome. Em tese, essa declaração não produz efeitos *erga omnes*, não atinge terceiros que não foram partes no processo administrativo. Não engendra os mesmos efeitos produzidos do antigo registro declaratório previsto no código revogado.

Resta aos titulares dessas marcas consagradas a alternativa da busca de uma tutela jurisdicional para o reconhecimento do *status* de alto renome do signo. Desta forma, um título executivo judicial com conteúdo cominatório/condenatório presta-se como meio mais viável para suprir a falta do procedimento específico eliminado pela atual Lei de Propriedade Industrial. A via judicial manejada com tal propósito pode, em tese, prestar-se um caminho mais célere do que a esfera administrativa, nas situações em que o INPI aquiesce, em juízo, que a marca *sub judice* ostenta os predicativos próprios de uma marca de alto renome, abreviando por demais o processamento do feito judicial.

A marca notoriamente conhecida veio a ser protegida pelo art. 6 bis, da Convenção da União de Paris e trouxe uma exceção à regra da territorialidade da marca, diferentemente da marca de alto renome, que excepcionou a regra da especialidade. Graças a esse instituto ganham proteção as marcas estrangeiras que possuem um certo grau de conhecimento do público num determinado país-membro da União onde terceiros pretendam (ou possam pretender) tirar proveito da sua notoriedade, independentemente de ter o registro nesse país.

A despeito de ambas as marcas de notoriedade serem contempladas com uma proteção especial, a marca notoriamente conhecida possui traços completamente distintos da marca de alto renome. Enquanto esta necessita de estar registrada no Brasil para receber proteção especial, a marca notoriamente conhecida será protegida mesmo sem o registro no País, porque a limitação geográfica foi derogada no âmbito dos países signatários da CUP, em face das modificações implementadas no texto original da Convenção pela Conferência de Haia de 1925.

5. Exceção ao Princípio da Territorialidade

De regra, à luz do sistema atributivo brasileiro, existe um limite jurídico-geográfico dentro do qual uma expressão não pode ser registrada como marca de outrem para distinguir outros produtos idênticos ou semelhantes de origem diversa : o território do país onde se dá o registro da marca. Fora deste limite, o mesmo signo é passível de registro em nome de outrem.

Na lição de Gusmão (1996):

“O princípio da territorialidade inerente ao direito de propriedade industrial, em geral, deriva do princípio maior da territorialidade das leis, segundo o qual as leis de determinado Estado são aplicáveis única e exclusivamente no território daquele Estado.”

Releva destacar que a proteção deferida ao titular do direito marcário, em todo o território nacional do país onde efetuado o registro, independe do fato de a marca ser explorada apenas em determinada região ou área territorial. A partir da concessão do registro será nacional a proteção contra o uso de terceiros, para produtos ou serviços iguais ou semelhantes.

Merece referência uma importante observação feita por Moro (2003:66) no sentido de que o caráter nacional da marca se dá pelo registro:

“O que é bastante coerente, pois, se a marca é reconhecida tão somente pelo uso, sua proteção se daria nos locais onde a marca circulasse, o que não necessariamente representa todo o território nacional. Já no caso de existir um registro para todo o país essa questão de localização da utilização da marca desaparece, pois a marca é protegida em todo o território.”

A marca notoriamente conhecida protegida pelo art. 6 bis, da Convenção da União de Paris traz uma exceção ao princípio da regra da territorialidade da marca, na medida em que está registrada ou não no país de origem do seu titular, com registro de valor atributivo ou declaratório, mas é suscetível de proteção noutro país-membro em que também tenha granjeado notoriedade e no qual não necessariamente tenha sido registrada. Por força do art. 6 bis da CUP, o titular da marca notoriamente conhecida pode impedir o registro ou o uso por outrem nos países membros onde não existe o registro da mesma.

No tocante ao legítimo utente da marca notoriamente conhecida, que ainda não tenha obtido o registro no país em que é pedida a proteção, tem o mesmo o direito de preferência para a obtenção do registro, em detrimento de um pretense usurpador. Uma vez que a proteção assegurada no art. 6 bis da CUP independe da existência do registro (declaratório ou atributivo) noutra país-membro, cabe ao utente da marca famosa comprovar a notoriedade no país em que pleiteia a proteção e a anterioridade do seu uso - pelo menos - no país de origem.

No entanto, o art. 158, parágrafo 2º da nova Lei de Propriedade Industrial obriga o titular da marca notoriamente conhecida a postular o registro do signo no Brasil, no prazo de sessenta dias contados do protocolo de uma oposição contra um pedido de registro de marca de terceiro, se tal oposição tiver sido fundamentada no 6 bis da CUP, para que passe a ter duplicidade de registros (no exterior e no Brasil).

A obrigatoriedade do depósito prevista no art. 158, parágrafo 2º da Lei de Propriedade Industrial gera a obrigação do uso da marca notoriamente conhecida, a qual, todavia, foi isenta da prova do pré-uso para gozar de proteção especial, face ao disposto no art. 6 bis da CUP. À primeira vista, o referido dispositivo legal mostra-se incompatível com a norma convencional.

Ao se perscrutar qual seria a finalidade do registro exigido do oponente, poder-se-ia inferir uma condição de procedibilidade da oposição ou uma forma de demonstração do efetivo interesse do titular da marca notoriamente conhecida em dar prosseguimento à oposição oferecida na esfera administrativa. Todavia, tal condicionante não repercute - e é indiferente - no fenômeno da notoriedade, aspecto preponderante, suficiente e decisivo para a tutela especial da marca famosa.

Com efeito, ainda que o oponente não deposite a sua marca e esta não seja efetivamente usada no território brasileiro, a sua notoriedade pode ser sentida e se perpetuar; ela continuaria sendo notoriamente conhecida no Brasil, e a norma internacional não poderia ser ignorada. Vale dizer, o titular da marca notoriamente conhecida não poderia ficar desguarnecido de proteção, em virtude da não observância desse requisito erigido em lei ordinária. A adoção de tal postura pelo nosso País pode ser compreendida como uma forma de violação a acordos internacionais, sujeitando-o a indesejáveis sanções pelo injustificado descumprimento.

Convém lembrar que a regra do *pacta sunt servanda* opera em sua plenitude, de maneira que, a partir da vigência do compromisso, o seu fiel cumprimento se impõe às partes, e a denúncia unilateral, se e quando possível, estará subordinada a regras prefixadas, acautelatórias dos interesses dos demais pactuantes.

A questão é crucial e ainda não foi enfrentada pela nossa Jurisprudência. A polêmica que salta aos olhos surge ao se atentar que o titular de uma marca notoriamente conhecida registrada, mas não utilizada no Brasil, sucumbiria na oposição embasada no pedido de caducidade, enquanto que aquela que não estivesse registrada e desobrigada do uso estaria em situação favorável diante desse mesmo argumento.

A propósito são instigantes as reflexões de Leonardos (1998) que conduzem ao questionamento do verdadeiro interesse jurídico do registro exigido no parágrafo 2º, do art. 158 da LPI:

“Assim, indago: será que uma marca notoriamente conhecida, que sempre foi isenta de obrigação de uso no Brasil (porque, afinal, ela é protegida independentemente de registro segundo o art. 6 bis), estaria agora sujeita - por via indireta - à obrigação de uso? Se dissermos que sim, então temos um paradoxo: uma marca notoriamente conhecida registrada estaria em uma situação mais desfavorável que outra, não registrada. Explico: uma oposição fundamentada em uma marca notoriamente conhecida registrada poderia ser contra-atacada, pelo depositante da marca oposta, com a utilização de um pedido de caducidade do registro da opoente, ao passo que, no caso da marca notoriamente conhecida não estar ainda registrada (v.g. nas primeiras oposições feitas pelo opoente com base no 6 bis), a oposição será procedente e o depositante não terá nenhuma arma de defesa. Para evitarmos o paradoxo, então temos que chegar à conclusão que o art. 158, § 2º exige um registro que está excepcionado da obrigação de uso. Esta última opção é a única que se coaduna com o texto do art. 6 bis da CUP (aliás, lembro que a CUP foi incorporada, por referência, ao TRIPs e, por conseguinte, ao Acordo da OMC; logo, atualmente, descumprir a CUP significa - ao menos em tese - correr o risco de sofrer sanções comerciais através da OMC). Alguns países do mundo (não muitos) têm um sistema de registros de marcas de defesa, excepcionadas da obrigação de uso; em tais países, normalmente, há uma norma expressa excepcionando tais marcas (normalmente marcas notoriamente conhecidas) da obrigação de uso. No Brasil - vimos acima - não há

norma expressa excepcionando a obrigação de uso (ao contrário: há norma exigindo o depósito da marca!), mas será que podemos chegar a esta conclusão através de uma interpretação sistemática da CUP c/c LPI? Nesta hipótese, alguém poderia dizer, então, que o único objetivo do registro decorrente do art. 158, § 2 é dar publicidade (através das publicações na Revista da Propriedade Industrial - RPI e da base de dados do INPI) às marcas notoriamente conhecidas? Se este é o objetivo do art. 158, § 2, então eu novamente diria que ele é supérfluo, pois, por definição, os empresários envolvidos em determinada atividade já conhecem (ou pode-se presumir que conhecem) todas as marcas notoriamente conhecidas dentro dessa atividade, pois, do contrário, tais marcas não seriam notoriamente conhecidas! Para finalizar, indago, então: a obrigatoriedade imposta pelo art. 158, § 2 serve a algum interesse jurídico?"

Diante da obrigatoriedade do uso da marca notoriamente conhecida, faz-se impositiva a aplicação dessa regra com o tempero do princípio da repressão à concorrência desleal e com as normas de proteção do direito do consumidor, pois, do contrário, o não uso da marca notoriamente conhecida pode servir de pretexto para a contrafação e para iludir a boa-fé do consumidor.

É oportuno lembrar que o Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), no seu artigo 4º, cuida da política nacional das relações de consumo, atendendo, entre outros princípios, à coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais, das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores. Não há de se olvidar, também, que a defesa do consumidor é um dos princípios informadores da ordem econômica, de índole constitucional (art. 170, inc. V, da CR/88).

O dilema em questão é dirimido mediante a técnica teleológica de interpretação com o exame conjugado da Lei de Propriedade Industrial, do TRIPS, da CUP e da atual ordem constitucional. Espera-se que intérprete e o operador do direito atendam às mudanças sócio-econômicas e aos valores vigentes na sociedade atual.

Leciona Diniz (2002:166) que

“A teleologia social terá um papel dinâmico e de impulsão normativa. Se assim não fosse, a norma jurídica seria, na bela e exata expressão de Rudolf von Ihering, um ‘fantasma de direito’, uma reunião de palavras vazias. Sem conteúdo substancial esse ‘direito fantasma’, como todas as assombrações, viveria uma vida de mentira, não se realizaria, e a norma jurídica - ainda o mestre de Gottingen quem diz - foi feita para se realizar. A norma não corresponderia a sua finalidade; seria, no seio da sociedade, elemento de desordem e instrumento de arbítrio. Viveria numa ‘torre de marfim’, isolada, à margem das realidades, auto-suficiente, procurando em si mesma o seu próprio princípio e o seu próprio fim”.

O acesso à Internet rompeu com barreiras geográficas e propiciou a transmissão rápida e simultânea de informações entre diferentes países, permitindo que as marcas se projetem com celeridade e sem obstáculos pelo mundo afora. Os empresários não precisam se deslocar fisicamente de seus países para conhecer novas marcas e, num piscar de olhos, acessam às informações pertinentes ao seu ramo de atividade e realizam negócios com base em dados colhidos no mundo virtual.

Novos paradigmas eclodiram no atual ambiente econômico mundial moldado pelas constantes inovações tecnológicas e com a crescente afirmação da Era da Informação e do Conhecimento. Faz parte desse cenário o processo de abertura de nossas fronteiras ao comércio internacional e a crescente globalização dos mercados. A legislação marcária deve ser transposta para essa nova realidade.

Nesse contexto, determinado signo torna-se larga e intensamente conhecido no segmento de mercado específico dos produtos assinalados, a ponto de não ser possível negar a sua existência na esfera do empresariado dedicado ao respectivo ramo de negócio. Diante dessa situação incide a regra do art. 124, inc. VIII, da Lei 9.279/96 (“*marca que o requerente não poderia desconhecer em razão de sua atividade.*”)

A solução de uma controvérsia envolvendo uma marca notoriamente conhecida dependeria, pois, de se averiguar se o empresariado do ramo de atividade dos produtos ou serviços assinalados pelo signo famoso poderia ou não desconhecer a existência do sinal e, em caso negativo, uma vez invidiosa a notoriedade, seria impositiva a proteção especial do art. 6 bis da CUP, ainda que o produto (ou serviço) não seja vendido no território brasileiro.

Outro aspecto a ser destacado é que a proteção internacional de marcas famosas é uma tendência forte e irreversível. Um número cada vez maior de países têm avançado no sentido de aumentar a proteção local das marcas de notoriedade (“well-known marks”). Enquanto alguns países estabeleceram garantias específicas em suas legislações, outros optaram por permitir que as suas Cortes de Justiça definam o conceito do que seja uma “famous” ou “well-known” mark e a extensão da proteção que lhes deve ser conferida. Os países têm sido intensamente compelidos a adaptar as suas leis nacionais às necessidades oriundas da globalização do comércio internacional. E o Brasil não pode ficar à margem desse processo evolutivo.

Cite-se, como exemplo dessa tendência, a Resolução derivada da Reunião do Comitê Executivo, da “*Association Internationale Pour La Protection de La Propriété Industrielle*”(AIPPI), realizada em Barcelona (30 de setembro a 05 de outubro de 1990), ocasião em que foram fixados alguns parâmetros mínimos de proteção às marcas renomadas, tendo sido levado em consideração que a proteção prevista no art. 6 bis da CUP deveria ser revista no contexto atual do desenvolvimento do mercado internacional. Impende destacar que a citada Resolução recomendou a abolição da exigência do uso da marca famosa no território onde a proteção é requerida - frise-se - como um parâmetro mínimo de proteção. É elucidativa a leitura de parte do texto da Resolução :

“AIPPI, having considered that

- as a general rule, marks are protected only against use or registration in respect of goods and services which are identical or similar to those for which they are registered or used and in many countries such a protection depends on registration;

- There are marks, however, which deserve a protection which goes beyond the protection described above;

- Protection of well-known marks under Art. 6 bis of the Paris Convention needs to be reviewed in the context of developments in international trade;

- Domestic laws often do not provide for sufficient protection of marks which have acquired a reputation;

And having regard to previous resolutions of AIPPI, in particular The Resolution of Berlin in 1963, and to the work undertaken by WIPO adopts the following Resolution:

A) With regard to the question of well-known trademarks (6bis)

To ensure better protection against misappropriation, the protection of well-known marks should conform to the following **minimum standards:**

(...)

3) NO CONDITION OF USE IN THE JURISDICTION WHERE PROTECTION IS SOUGHT SHOULD BE REQUIRED". (não negrito no original)

De toda sorte, por fim, cumpre ressaltar que o regime de proteção traçado pela Lei de Propriedade Industrial é de tal ordem que não desampara o titular de uma marca notoriamente conhecida que porventura não exerça em tempo hábil o seu direito de precedência ao registro (art. 158, parágrafo 2º, LPI), porquanto sempre será viável a ação por concorrência desleal, na esfera da responsabilidade civil, contra atos prejudiciais à reputação ou aos negócios alheios, capazes de criar confusão entre estabelecimentos comerciais ou industriais ou entre produtos e artigos postos no comércio (art. 209, da Lei n 9.279/96).

6. Extensão Territorial da Proteção às Marcas Notoriamente Conhecidas - Lugar onde é Aferida a Notoriedade

A norma convencional incorporada no art. 126 da Lei 9.279/96 proíbe o uso de marca que constitua reprodução, imitação ou tradução, suscetíveis de estabelecer confusão, de uma marca que a autoridade competente do país do registro ou do uso considere que nele é notoriamente conhecida como sendo já marca de uma pessoa amparada pela presente Convenção, e utilizada para produtos idênticos ou similares.

No que respeita ao lugar em que deve ser aferido o fenômeno da notoriedade, para ser reconhecida a proteção especial prevista na norma convencional, não há mais controvérsias diante da clareza do disposto no art. 6 bis da CUP, que expressamente se refere à notoriedade no país onde se postula a proteção, e não no país de origem do seu titular. Logicamente, caberá às autoridades locais do país, onde é pedida a proteção, decidirem, em cada caso, se a marca faz jus ao título de notoriamente conhecida.

Nessa linha de entendimento julgou o Tribunal de Justiça de São Paulo, na AC 100.913.4/0:

“O tema, à primeira vista, diante da liberalidade da redação do art. 126 da Lei de Propriedade Industrial, não ofereceria muita dificuldade interpretativa. De fato, dispõe a referida norma que ‘a marca conhecida em seu ramo de atividade nos termos do art. 6 bis (I), da Convenção da União de Paris para Proteção da Propriedade Industrial, goza de proteção especial, independentemente

de estar previamente depositada ou registrada no Brasil'. Ocorre que a norma referida da Convenção realça como notoriedade aquela '...mark considered by the competente authority of the country of registration to be well-known in that country' que em tradução livre significa, 'marca que a autoridade competente do país do registro considere notoriamente conhecida naquele país' (...). Resulta dos termos da Convenção da União de Paris que o país-membro não é obrigado a proteger marcas notoriamente conhecidas, mas que não o são dentro de seu território. Portanto, a proteção se dirige a 'uma marca que a autoridade competente do país do registro ou do uso considere que nele é notoriamente conhecida" (TJSP - AC 100.913-4/0 - Rel. Ruyter Oliva - j 17.10.2000).

Em decorrência, curiosamente, uma marca estrangeira pode ser considerada notória no Brasil, independentemente de ser a mesma notória ou não no país de origem.

A Internet e revistas estrangeiras de grande tiragem nas capitais do país destacam-se como veículo poderoso de divulgação e propaganda de uma marca, e por isso, não podem ser ignorados no exame da notoriedade no território brasileiro. A regra é que a notoriedade seja aferida no país onde é postulada a proteção, mas não há limitações ou restrições com relação aos meios pelos quais tal notoriedade é conquistada.

7. Abrandamento do Princípio da Especialidade para as Marcas Notoriamente Conhecidas

Partindo-se da premissa de que o princípio da especialidade não é excepcionado para as marcas notoriamente conhecidas, um enfoque especial deve ser dado à aplicação desse princípio, considerando-se os critérios que melhor se amoldam ao sistema de proteção do direito marcário. Se, por um lado, a lei proíbe o registro de marca que constitua reprodução ou imitação de marca alheia anteriormente registrada, por outro lado, tal proibição não é absoluta, por força do princípio da especialidade das marcas.

A marca é compreendida como um sinal distintivo com a função de identificar e diferenciar um produto ou serviço assinalado de outros idênticos ou semelhantes de origem diversa. Para atender ao fim a que se destina, de acordo com a sua definição, as marcas devem satisfazer os seguintes requisitos: distintividade, novidade, veracidade e caráter lícito.

Para melhor alcance e entendimento do princípio da especialidade, o requisito novidade deve ser enfocado de modo relativo, considerando-se uma marca como realmente nova, se a mesma não assinala produtos idênticos, semelhantes ou afins.

Com sua costumeira maestria, Cerqueira (1982:778), renomado especialista na matéria, explica que:

“A novidade da marca é relativa, bastando, para considerar-se nova, que a marca não seja ainda usada para assinalar produtos idênticos ou semelhantes. Diz-se, por isso, também, que a marca deve ser especial, isto é, deve aplicar-se a certo produto ou classe de produtos, ou a certo gênero de comércio ou indústria, conforme o sistema de cada lei. A novidade da marca, portanto, resulta de sua especialização, o que Allart explica com justeza, dizendo : Em resumo, a novidade exigida em matéria de marcas consiste na especialização do sinal adotado pela sua aplicação a certo produto; é o que se costuma exprimir dizendo-se que a marca deve ser especial, isto é, não deve confundir-se com qualquer outra anteriormente empregada para objetos semelhantes”.

Bastos (1997:219) tece explicações elucidativas sobre a proteção conferida à marca pelo princípio da especialidade:

”Princípio pelo qual se assegura a proteção marcária para os produtos, mercadorias ou serviços correspondentes à atividade do titular. Corresponde à esfera dentro da qual se aplica a proteção conferida à marca. De acordo com este princípio, o sinal registrado como marca terá amparo legal apenas para determinados produtos ou serviços, idênticos ou similares àquele a que se destina a proteção conferida, dentro de determinado segmento comercial ou industrial, e não todo o setor ou mercado. Nos casos dos produtos compreendidos em setores completamente diversos, como, por exemplo, alimentos e máquinas calculadoras, o titular da marca não poderá impedir que outro utilize o mesmo sinal ou denominação, podendo perfeitamente haver coexistência de ambos os registros, já que não há risco de confusão”.

Considera-se, portanto, que não constitui infração ao direito marcário a reprodução de uma marca alheia para assinalar produtos ou serviços que não sejam do mesmo gênero, dentro da idéia da anterioridade do registro. Questão que desperta discussões, muitas vezes, surge na definição dos limites que cercam a

idéia de exclusividade no que concerne ao universo das atividades alcançadas pela proteção do registro.

Enquanto uma linha de entendimento tende a apreciar a colidência de marcas unicamente em função de suas respectivas classes, outra vertente mais moderna e mais afinada com o princípio da repressão à concorrência desleal tende a considerar a afinidade e semelhança sob um enfoque mais amplo, que se estende além da classificação adotada pelo órgão administrativo como um critério de busca e arquivamento.

Resta superada e anacrônico o entendimento de se considerar apenas o fator classe na apreciação de colidência de marcas. As fronteiras da especialidade tem se ampliado moldando uma concepção mais extensiva e flexibilizada do critério de novidade relativa, considerando-se a afinidade entre os segmentos mercadológicos dos produtos ou serviços assinalados, que seja passível, ou não, de induzir o consumidor à crença de que os bens comercializados tenham uma mesma procedência.

As classes de atividades econômicas de indústria e comércio estabelecidas pelo INPI assumem um papel preponderantemente administrativo, utilizado como critério de busca de anterioridade e arquivamento. Como ressaltam Chavanne e Burst, “les marques administratives en effet ne déterminent pas l’étendu de la protection”.¹²

Fróes (1969:32) sustenta nesse sentido que “As classes não são compartimentos estanques, mas, ao revés, se interpenetram. Pode haver colidência entre marcas distintivas de artigos incluídos em classes diversas, da mesma forma que pode inexistir conflito se os artigos pertencerem a uma mesma classe”

O autor norte-americano Milton Wright (1993:34), especialista na matéria, segue essa mesma trilha, esclarecendo que “*what constitutes the same class of goods is a matter not always so clear as one might imagine*”.¹³

¹² texto de Chavanne e Burst citado por Moro (2003), p. 69.

¹³ citado por Maurício Lopes de Oliveira (1997:31)

E exemplificando Wright (1993:34) cita algumas situações ilustrativas:

"You might, for example, that hat is an article of clothing. That is what Rosenberg Brothers & Company, Rochester clothing manufactures, thought when they brought an infringement suit against John F. Elliot, owner of men's furnishing store in Shenandoah, Pa. Elliot had used the trademark 'Fashion Park' on hats and caps. The courts declared that there was no infringement, because hats and caps may be called furnishings, apparel, or haberdashery but never clothing.

On the other hand, Lord & Taylor, a large New York department store, succeeded in restraining a manufacturer of underwear from using the trade-mark "Onyx", a trade-mark Lord & Taylor Lord and Yaylor had registered for hosiery. The ground of the decision was that hosiery and underwear are sold in the same stores, frequently over the same counters, and the public naturally would think the same manufacturer made both articles bearing the same trade-mark".

Como bem assinala Moro (2003:70), ao distinguir classe e ramo de atividade:

"Há uma grande diferença entre classe e ramo de atividade, pois nem sempre o ramo de atividade está contido em uma só classe, podendo ser mais abrangente que esta. E não necessariamente os produtos ou serviços elencados em uma classe pertencem a um mesmo ramo de atividade. Para o titular da marca, melhor é a proteção em seu ramo de atividade, pois é neste que ele poderá sofrer mais prejuízos se um terceiro registrar marca igual ou semelhante, para assinalar produto igual ou afim".

Nesse panorama, o princípio da especialidade há de ser interpretado com maior amplitude, tendo-se como parâmetro o ramo de atividade em que são explorados os produtos ou serviços assinalados por um signo distintivo, e não apenas e simplesmente a classe correspondente à atividade.

Atualmente, há uma tendência cada vez maior à diversificação de atividades comerciais e industriais pelas empresas, na busca de uma penetração mais ampla no mercado. Para tanto, empresas tradicionalmente dedicadas a um determinado segmento de negócio têm enveredado para a exploração de outros ramos de atividades. Como consequência, setores econômicos acabam se entrelaçando, fenômeno perfeitamente perceptível na ocasião em que é realizada a oferta ao público consumidor,

seja por meio de veículos de publicidade (televisivos, encartes de jornais e revistas), seja pela posição física dos produtos nos estabelecimentos comerciais. Como exemplo, uma mesma marca pode assinalar produtos de classes e ramos de atividades distintas, v.g., eletrodomésticos e aparelhos eletrônicos.

Especificamente com relação à marca notoriamente conhecida, o art. 6 bis da Convenção de Paris mostra-se fiel ao princípio da especialidade, ao conferir proteção à marca de fama frente aos signos idênticos ou similares destinadas a assinalar bens idênticos ou similares àqueles identificados pela mesma. No entanto, mister se faz que a regra da especialidade seja amoldada e concebida com certo temperamento, para que o seu verdadeiro sentido não seja desvirtuado maliciosamente. Do contrário, o princípio da especialidade poderia se prestar como instrumento de desvio de clientela manejado pelos não concorrentes diretos do titular da marca, os quais justificariam a usurpação, apoiando-se no fato de atuarem em ramo de atividade distinto da marca que conquistou notoriedade. Essa seria uma situação típica de fraude à lei perpetrada como prática de concorrência desleal.

Nesse passo, a princípio, a extensão necessária do conhecimento da marca a que se refere o art. 6 bis, da CUP, é verificada nos círculos comerciais interessados ou, como dispõe o art. 16.2 do Acordo sobre as questões de comércio relativas à propriedade intelectual (TRIPS), no “setor pertinente do público”. Tendo o Brasil aprovado este acordo pelo Decreto nº 30, de 15/12/94, promulgando-o pelo Decreto nº 1.355, de 30/12/94, deve ser conjugado com o texto referido da CUP, surgindo daí uma polêmica acerca do conceito e alcance do que seja “setor pertinente do público”.

Conclui-se que o grau de conhecimento necessário para a proteção prevista, a princípio, é limitado a determinados ramos do mercado onde a marca transita, tendo-se em conta que o signo distintivo pode assinalar produtos ou serviços ligados a segmentos distintos (casos de diversificação de ramos de atividade).

Como ressaltado, a princípio, existiria esse limite - ramo de atividade explorado pela marca -, todavia, podem acontecer situações especiais que exijam uma proteção da marca notoriamente conhecida além do ramo de atividade explorado. Vislumbra-se, para tanto, a situação em que o público que compra os produtos da marca notoriamente conhecida é o mesmo público a que se destina o da marca que

pretenderia registrar ou ser usada na outra atividade, e existe um risco de associação ou confusão na mente do consumidor com a marca alheia.

Nessa matéria, cada caso concreto merece um exame especial que leve em consideração suas peculiaridades, não sendo possível estabelecer uma fórmula exata para aplicação indiscriminada a todas as situações. E imperiosa, sim, a fixação de critérios e parâmetros mínimos para a aplicação das regras e princípios.

Moro (2003:104) destaca que:

“Não basta o elevado conhecimento da marca por parte da pessoa que a registrou no país em seu nome. O conhecimento da marca deve ser mais amplo. Deve ser constatado entre os consumidores do produto (ou serviço) assinalado por essa marca. Em outras palavras, pode-se dizer que é uma notoriedade setorial (‘no ramo de atividade’).”

Como observou Barbosa (1980: 879-881), “A definição do TRIPS acolhe a noção de que a notoriedade se deva apurar junto ao público, e não junto aos empresários, mas não adota a noção de que seja o público em geral. (...) O setor pertinente do público, como o que o TRIPS 16.2 é exatamente o de outra atividade econômica, que não aquela explorada pelo titular da marca. Neste caso, provavelmente será razoável exigir-se que o conhecimento da marca se dê pelo público em geral, ainda que não seja por todo o público”

Exemplificadamente, vale citar um precedente submetido a meu julgamento, em que foi solucionada conflito entre um signo distintivo estrangeiro de um *software*, amplamente conhecido no mercado de tecnologia da informação (Unix) - tido como uma marca notoriamente conhecida - e idêntica marca que assinala livros, álbuns, moldes de papel e impressos em geral, artigos para escritório, material didático e de desenho. Nesse caso, afigurou-se-me óbvio que os produtos assinalados pela marca brasileira são comercializados no mercado onde podem ser facilmente associados à marca estrangeira, conhecida mundialmente, embora pertençam a classes e ramos de atividade distintas. Nesse caso, é certo que os consumidores estabeleçam nas suas mentes, ainda que no subconsciente, alguma vinculação (ou associação) da marca com o sistema operacional, por ser este mais conhecido, mais divulgado, com poder de atração mais forte.

Extrai-se desse exemplo a constatação de que é insuficiente, para a análise de colidência de marcas, a mera verificação das classes dos produtos e dos ramos de atividade, quando o público alvo da marca estrangeira é mais abrangente e engloba o mercado consumidor dos produtos assinalados pela marca que se pretende registrar. Essa proteção mais alargada é impositiva, ainda que os titulares dos direitos envolvidos não mantenham entre si uma concorrência direta, bastando que exista a possibilidade de que os produtos designados pela marca brasileira (que se pretende registrar ou usar) se mostre ao consumidor médio como se fossem originários do titular da marca estrangeira.

Essa linha de raciocínio guarda congruência com o disposto no art. 16, item 3 do TRIPS, o qual veio ampliar a dimensão da proteção conferida à marca notoriamente conhecida, que esteja registrada, em relação a bens e serviços que não sejam similares àqueles para os quais uma marca famosa esteja registrada. Do seu texto, conclui-se que basta a possibilidade de associação de um bem ou serviço com uma marca registrada que já alcançou reconhecimento e respeitabilidade no mercado, independentemente de serem idênticos, semelhantes ou afins os produtos e serviços designados pelas marcas em conflito, para que a marca notoriamente conhecida seja contemplada com uma proteção especial.

Observa-se um critério expressamente previsto na norma internacional que amplia o alcance da proteção das marcas excepcionalmente notórias, e atenua sobremaneira o princípio da especialidade.

Todavia, o art. 16.3. do TRIPS deve ser interpretado com a necessária cautela e ponderação face às normas e princípios do sistema de proteção à propriedade intelectual, a fim de que não seja utilizado como pretexto ou argumento para negação ao princípio da especialidade (não excepcionado para a marca notoriamente conhecida) e não engendre equívocos e confusões com o trato da marca de alto renome, uma vez que a norma exige que a marca famosa esteja registrada no Brasil.

Na opinião de Leonardos (1995:15),

“embora ampliando a proteção, o art. 16.3, do TRIPS não resolverá a questão. Em primeiro lugar, exige ele que a marca a ser protegida esteja registrada, o que descartará a possibilidade de proteção na maioria dos casos, pois a finalidade principal do art.

6 bis, da CUP, é a de proteger as marcas ainda não registradas contra sua apropriação indevida por terceiros. Em segundo lugar, condiciona a proteção a que os interesses do titular da marca sejam possivelmente prejudicados por tal uso. Esta última condição será apreciada quer pela autoridade administrativa, quer pelo juiz, segundo critérios não especificados e, portanto, submetidos a alta dose de subjetividade.”

E conclui com bastante propriedade o especialista na matéria: *“Melhor teria sido presumir que a reprodução ou a imitação de marca notoriamente conhecida seria sempre prejudicial ao seu titular e, também, aos consumidores em virtude do engano a que pode levá-los”*. (Leonardos, 1995:15)

Diante desse panorama, o critério que se afigura mais eficaz e razoável para a solução de conflitos envolvendo uma marca notoriamente conhecida é aquele fixado no art. 124, inc. XXIII, da Lei 9.279/96 (*“marca que o requerente evidentemente não poderia desconhecer em razão de sua atividade, cujo titular seja domiciliado em território nacional ou em país com o qual o Brasil mantenha acordo ou que assegure reciprocidade de tratamento (...)”*). Afere-se a notoriedade com relação ao empresariado, que, em virtude da atividade econômica desenvolvida, não poderia deixar de desconhecê-la, seja porque atue no mesmo ramo de negócio ou em setor de atividade que se entrelaça com o segmento de mercado onde transita a marca famosa.

Não convém insistir na questão tormentosa relativa ao conceito de uma marca que mereça proteção ampliada como sendo marca notoriamente conhecida, conceito esse que a lei se absteve de traçar. A aferição da notoriedade de uma marca envolve a análise subjetiva de vários aspectos e suscita diversas indagações, que surgem em cada caso, não sendo possível estabelecer uma fórmula ou conceituação fechada do fenômeno. A par disso, não existe uma concepção única e pacificada a respeito do que seria “setor pertinente do público” a que alude o art. 16.2 do TRIPS, de sorte que a regra do art. 124, inc. XXIII da Lei de Propriedade Industrial funciona como um “termômetro” que, em cada caso, regula e tempera a subjetividade inerente à análise da questão.

Uma interpretação sistemática da CUP, do TRIPS e da atual Lei de Propriedade Industrial conduz à conclusão de que, mesmo sem prévio registro no país em que é pedida a proteção, a marca ganha uma proteção especial, simplesmente por ter

se tornado notoriamente conhecida, bastando que a sua notoriedade seja reconhecida nos ramos de atividade próprios dos produtos ou serviços por ela assinalados e em outros setores econômicos afins que se entrelaçam com aqueles, por atingirem o mesmo público alvo, a ponto de os empresários dos ramos de atividade envolvidos não poderem assumir que não conheciam a marca famosa.

É oportuno citar as diretrizes emitidas pelo Comitê da Organização Mundial de Propriedade Industrial que se prestam como parâmetros subjetivos da notoriedade :

“Relevant sectors of the public shall include, but shall not necessarily be limited to :

- i) actual and/or potential consumers of the type of goods and/or services to which the mark applies;
- ii) persons involved in channels of distribution of the type of goods and/or services to which the mark applies;
- iii) business circles dealing with the type of goods and/or services to which the mark applies.

Where a mark is determined to be well known in at least on relevant sector of the public in a Member State, the mark shall be considered by the Member State to be a well-known mark.

Where a mark is determined to be known in at least on relevant sector of the public in a Member State, the mark may be considered by the Member State to be a well-known mark.

A Member State may determine that a mark is a well-known mark, even if the mark is not well known or (...) known in any relevant sector of the public of the Member State.

A Member State shall not require, as condition for determining whether a mark is a well-known mark :

- i) that the mark has been used in, or that the mark has been registered or that an application for registration of the mark has been filed in or in respect of, the Member State;
- ii) that the mark is well known in, or that the mark has been registered or that an application for registration of the mark has been filed in or in respect of, any jurisdiction other than the Member State; or
- iii) that the mark is well known by the public at large in the Member State. (...)*a Member State may require that the mark be well known in one or more jurisdictions other than the Member State. (Barbosa, 2003:879)*

A regra da especialidade da marca, por não ser absoluta, é contemporânea em função da vigência do sistema de propriedade industrial, princípio de repressão à concorrência desleal (art. 2º, inc. da Lei 9.279/96). Por conseguinte, a

proibição do registro de uma marca idêntica ou semelhante a outra que o depositante não poderia desconhecer é norma imposta na Lei de Propriedade Industrial (art. 123, inc. XXXIII) e prevalece como um critério de peso na solução de conflito relacionado também com uma marca notoriamente conhecida.

Não é suficiente restringir a proteção da marca notoriamente conhecida ao universo de produtos idênticos ou similares ou ao público consumidor do produto (ou serviço) assinalado. Uma marca famosa pode ser imitada em outro ramo de atividade não similar, onde não poderia também deixar de ser conhecida, causando o risco de associação ou confusão na mente do consumidor.

Tendo em consideração o amplo espectro de proteção da marca notoriamente conhecida, conclui Dannemann (2001:261): “A *causa finalis* do dispositivo em exame, modificativo da dimensão do art. 6 bis da Convenção da União de Paris é reprimir o benefício gracioso, indireto, parasitário, que decorreria da associação de um sinal distintivo a outro, independentemente de não serem similares ou idênticos os produtos.”

Esse raciocínio aplica-se inclusive na hipótese de um conflito que envolva uma marca notoriamente conhecida, registrada ou não no País em que é pedida a proteção, pois, do contrário, estar-se-ia premiando a má-fé de um pretense usurpador de uma marca de prestígio, algo inconcebível nas práticas comerciais e extremamente pernicioso para o comércio externo do legítimo (e primeiro) utente da marca e para os genuínos fins econômicos almejados pelo sistema de propriedade industrial.

Di Blasi *et al* (1998:168) opinam nesse mesmo sentido sobre a necessidade de flexibilização do princípio da especialidade:

“Constata-se, no entanto, que com a globalização do mercado internacional, o referido princípio, outrora consolidado pela doutrina, está se enfraquecendo, já que as empresas vêm divulgando, no mundo inteiro, através dos mais diversos meios de comunicação, seus produtos e serviços, além de diversificar sua área de atuação. Desta maneira, o uso por terceiros de uma marca registrada conhecida do público em geral, para um determinado segmento mercadológico (mesmo que seja para distinguir produtos ou serviços completamente diversos), poder gerar o risco de diluição desta marca, enfraquecendo-a ou desgastando-a no mercado. Isto, além de tudo, pode ser motivo de aproveitamento parasitário de terceiros”.

8. A Notoriedade Da Marca Face Ao Princípio Da Repressão À Concorrência Desleal.

Impende destacar que a norma do art. 124, inc. XXIII, da Lei 9.279/96, que erige uma hipótese de irregistrabilidade, colimando situações de fraude em que não está em jogo a notoriedade da marca, e sim segmentos do mercado em que não seria razoável que o empresariado desconhecesse a existência do signo distintivo.

O propósito do art. 124, inc. XXIII, da Lei 9.279/96 não foi dar amparo apenas e especificamente às marcas de alto renome e às marcas notoriamente conhecidas - vez que os artigos 125 e 125 buscaram cumprir tal finalidade - e sim criar mecanismos concretos e criteriosos para conferir efetividade ao princípio da repressão à concorrência desleal, para todos os casos de conflito entre marcas, de modo a coibir o enriquecimento sem causa decorrente de flagrante fraude à lei.

Neste particular, releva sublinhar as considerações tecidas por Dannemann et al (2001:124):

“O inciso XIII funciona como válvula reguladora, tendo como causa *finalis* a fraude à lei. Não seria preciso, pela boa técnica - e nisso, ironicamente, bem andou o Código pretérito - que o legislador manifestasse expressamente o desejo de evitar a fraude. Basta que se beba na fonte do direito comum. O brocardo romano *fraus oomnia corrumpit* é absoluto, imperando como um dos sustentáculos de todo o edifício do direito. *Esse é o axioma máximo* que orienta a exegese de qualquer ato jurídico. Se o ato tem como causa o desiderato de lesar, indiretamente, direito alheio, desjuridiciza-se, tombando à margem do direito. A experiência ruínosa, porém, que o País viveu, ao longo de muitos anos, em decorrência de incompreensível desprezo a que a lei nova, ditada pelo espírito de ampla proteção às marcas, frutos que são de investimento e trabalho contra o enriquecimento sem causa, chamasse para dentro de seu domínio o princípio de que não se pode apropriar, como se sua fosse, marca sabidamente de terceiro.”

De certa forma, entende-se a razão pela qual o legislador se absteve de conceituar ou de fixar os critérios identificadores de uma marca notoriamente conhecida, dada a inviabilidade decorrente do grau de subjetividade que impregna o conceito de notoriedade e os variantes fatores que o compõem em cada situação específica.

Nesse diapasão, a aferição da notoriedade de uma marca deixou de ser um critério absoluto e prioritário para a solução de conflitos que envolvam uma marca notoriamente conhecida, para se tornar um dos aspectos a serem enfrentados na averiguação de cometimento de atos incompatíveis com práticas honestas e leis de concorrência.

A notoriedade, por si só, ainda que em grau menor, de uma marca famosa, pode dar azo ao aproveitamento parasitário, quando, maliciosamente, empresários buscam se aproveitar da reputação e do sucesso adquiridos pelo titular de uma marca e, para tanto, reproduzem ou imitam uma marca que necessariamente não poderiam desconhecer, a despeito de as marcas em conflito se situarem em ramos de atividades econômicos distintos. Por isso, mais relevante se afigura o enfoque sobre o fato da reprodução ou imitação de uma marca que não poderia ser desconhecida, seja em razão de sua notoriedade, seja em razão da atividade empresarial desenvolvida, ou, em virtude de ambos os aspectos conjugados.

Incluem-se nesse raio de proteção as marcas de alto renome, as notoriamente conhecidas e, também, aquelas marcas (não tão excepcionalmente famosas) que se tornaram conhecidas ou famosas suficientemente para serem cobiçadas pelos concorrentes ou empresários de segmentos de mercado distintos (não concorrentes), os quais se valem do magnetismo desses signos para atraírem os consumidores, induzindo-os ao erro e à falsa crença de que os produtos assinalados tenham a mesma procedência.

Seguindo essa trilha, no passado, o INPI prestigiou a teoria do aproveitamento parasitário da fama e do renome da marca para coibir a fraude à lei ou abuso de direito, ao emitir as Diretrizes de Análise de Marcas, aprovadas pelo ato normativo INPI nº 123/94. Essa teoria serve como orientação no sentido de que a proteção da propriedade de uma marca não se restringe apenas a produtos e serviços semelhantes e afins, se o signo distintivo é inconfundível, e não poderia jamais ser desconhecido nos segmentos econômicos em que circula.

Uma moderna concepção a respeito da extensão da notoriedade da marca para que seja merecedora de uma proteção especial é fruto da evolução do direito tendente mais a reprimir os atos lesivos ao proprietário de um sinal distintivo e coibir o fenômeno do parasitismo.

O sistema de propriedade industrial é todo plasmado para atender o interesse social e contribuir para o desenvolvimento tecnológico e econômico do País, em consonância com o artigo 5º, inciso XXIX da Constituição da República de 1988. Isso só se torna viável se forem reprimidos todos os atos contrários às regras e práticas leais de concorrência que rigorosamente devem nortear as atividades econômicas. O progresso no campo tecnológico e econômico não encontra terreno saudável onde há práticas desleais de concorrência.

Cumprido salientar que, antes do advento da Lei 9.279/96 (art. 2º, inc. V), o princípio da repressão à concorrência desleal já se encontrava incorporado ao nosso ordenamento jurídico através da Convenção da União de Paris, em seu artigo 10 bis, erigindo-se como cláusula pétrea de todo o sistema da propriedade industrial. Aliás, normas de repressão à concorrência desleal tradicionalmente estão incorporadas nas leis de propriedade industrial, desde o Código de 1945 (Decreto-lei nº 7.903/45).

É de se ressaltar que o tema da concorrência desleal domina o universo da propriedade industrial e, defendendo essa tese Campos¹⁴ sustentou, em um de seus pareceres, que o registro representa a simplificação do direito mais complexo da concorrência, tendo por finalidade tornar isentos de dúvida ou questão certos dados de fato, de maneira que mais certa e mais segura venha a ser a proteção jurídica dispensada aos bens imateriais”.

9. Associação, Conceito Distinto De Confusão E Teoria Da Diluição

A determinação da colidência entre signos distintivos idênticos é facilmente solucionada e detectada em função do princípio da especialidade e da anterioridade do registro. A utilização de sinais idênticos para bens (ou serviços) que sejam idênticos àqueles para os quais a marca está registrada não suscita indagações, em face do disposto no art. 16.1 do TRIPS que presume a possibilidade de confusão para essa situação.

Discussões surgem quando um conflito envolve signos idênticos ou semelhantes, de diferentes titulares, que assinalam produtos ou serviços semelhantes ou

¹⁴ *apud* Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro, vol 47, p. 259, verbete “Registro de Marca”, citado no painel Anais do XXI Seminário Nacional da Propriedade Intelectual (2001), por Luiz Henrique O. do Amaral.

afins. Nesta hipótese, não se cogita de confusão, e sim de um fenômeno um pouco diferente, o risco de confusão, que pode comprometer a função essencial de uma marca, a sua função distintiva.

A semelhança entre os sinais pode gerar na mente do consumidor a idéia de que os produtos ou serviços tenham uma mesma proveniência, fazendo com que o mesmo, ao fazer a sua escolha, tome um produto por outro. Com relação às marcas notoriamente conhecidas, esse risco é mais acentuado, em virtude do seu maior valor econômico e do poder de atratividade mais intenso.

Soma-se a isso o enriquecimento sem causa do titular da marca que se aproveita da boa fama e reputação da marca famosa, tirando proveito de todas as espécies de investimentos empregados (tecnologia, publicidade, etc) pelo titular originário. O desvio de clientela e o aproveitamento econômico indevido da notoriedade de uma marca famosa são consequências perversas sofridas pelo titular da marca notoriamente conhecida, acentuadas pelo magnetismo exercido sobre o público consumidor.

Como ressalta Guglielmetti, o poder atrativo, como valor patrimonial, está diretamente ligado à notoriedade da marca:

*“Potere attrattivo o di vendita (selling power) del marchio deve quindi essere inteso come potere di richiamare l’attenzione del pubblico, e quindi, di spingerlo all’acquisto, sui prodotti collegato ai quali il marchio ha ottenuto celebrità ed inoltre su quei prodotti che il pubblico è indotto a credere provenienti dallo stesso imprenditore titolare del marchio celebre”.*¹⁵

O risco de confusão constitui um dos critérios legais que, aliado à regra do art. 124, inc. XXXIII da Lei de Propriedade Industrial (marca que o “requerente” não poderia desconhecer em razão de sua atividade), deve ser aplicado pelo órgão administrativo e pelo Judiciário, para solução de um conflito marcário, com o fito de coibir práticas desleais de concorrência, prejuízos ao titular da marca e falsas associações por parte do consumidor.

¹⁵ citado por Moro 2003, p. 120.

Vale destacar os critérios de aferição de colidência de marcas recomendados por Cerqueira (1982:919)

“1º) as marcas não devem ser confrontadas e comparadas, mas apreciadas sucessivamente, a fim de se verificar a impressão causada por uma e a impressão causada por outra; 2º) as marcas devem ser apreciadas, tendo em vista não as suas diferenças, mas as suas semelhanças; 3º) finalmente, deve-se decidir pela impressão de conjunto das marcas e não pelos seus detalhes”.

É o caso concreto a ser examinado que indicará os fatores a serem sopesados na averiguação de ocorrência de semelhança marcária. Também para tal análise não se pode prescrever uma fórmula ou uma receita. Vale citar alguns aspectos relevantes para os quais atentou Carlos Olavo, que considera que a confusão deve ser medida com relação ao consumidor de atenção média, e para defini-lo haveria necessidade de considerar : o(s) produto(s) em questão, bem como a condição social e a cultura do público a que esses produtos são destinados.¹⁶

Insta ressaltar que a matéria atinente à colidência de marcas suscetíveis de causar risco de confusão envolve fatos, dependentes de comprovação, não se cuida, pois, de matéria puramente de direito.

A propósito, destaca-se a lição de Cerqueira (1982:918), que reconhece a complexidade e dificuldade da tarefa de se decidir se duas marcas são confundíveis ou não, face ao inegável caráter subjetivo da apreciação dada a cada caso:

“A apreciação das limitações, ou da possibilidade de confusão entre marcas semelhantes, na opinião de todos os autores, constitui questão de fato, que ao juiz ou à autoridade administrativa, conforme o caso, compete decidir. Considera-se, também, como questão opinativa e de certo modo o é, porque o critério subjetivo, assim como as qualidades pessoais do observador, não deixam de influir sensivelmente na sua decisão. Mas só nesse sentido pode admitir-se o conceito e não no sentido de se tratar de matéria arbitrária, em que cada pessoa pode opinar livremente, como quiser e entender. Isso porque, se opinativo significa aquilo ‘que

¹⁶ citado por Moro 2003, p. 124.

tem por base a opinião particular, questão opinativa é só 'aquela em que se pode seguir o conselho próprio por falta de regra ou, preceito superior', como se lê no dicionário de Caldas Aulete”.

Ao se abordar o fenômeno do risco de associação, inevitavelmente há uma tendência a se fazer uma correlação ou vinculação com o critério do risco de confusão. É o que se observa no estudo do direito comparado. A Diretiva da Comunidade Européia de 21/12/1988, cujo objetivo era harmonizar as leis nacionais de marcas dos países integrantes daquela comunidade (posteriormente renomeada por “União Européia”) estabeleceu que

“o pedido de registro de uma marca será recusado ou, tendo sido efetuado, o registro poderá ser declarado nulo (...) se, devido à sua identidade ou semelhança com a marca anterior, e devido à identidade ou semelhança dos produtos e serviços a que as duas marcas se destinam, existir, no espírito do público, um risco de confusão que compreenda um risco de associação com a marca anterior”. (Leonardos, 1997:53)

No entendimento da Corte de Justiça de Benelux (jurisdição formada em conjunto pela Bélgica, Holanda e Luxemburgo, o risco de associação compreende três hipóteses: 1) o caso em que o consumidor confunde o sinal e a marca em questão (risco de confusão direta); 2) o caso em que o consumidor estabelece uma ligação entre os titulares do sinal e da marca e os confunde (risco de confusão indireta ou associação), significando a possibilidade de que o consumidor pudesse presumir que haveria algum tipo de relacionamento entre o proprietário da marca mais antiga e o usuário da marca mais nova (v.g, uma relação de franquia, licença); 3) caso em que o consumidor efetua uma apreciação entre o sinal e a marca, estabelecendo uma relação, sem todavia os confundir (risco de associação propriamente dita).

O Tribunal de Justiça Europeu, no julgamento de uma ação proposta pela empresa Puma AG contra Sabel BV, originária do Tribunal de Justiça Alemão, manifestou o seu entendimento no sentido de que o risco de associação nada mais é do que uma das formas de apreciação do risco de confusão, e não um conceito independente como ocorre no direito do Benelux.¹⁷

¹⁷ citado Leonardos (1997), p. 52.

A atual Lei de Propriedade Industrial, no seu art. 124, incisos XIX e XVIII, ao prever o critério do risco de associação, fê-lo com relação a produtos idênticos, semelhantes ou afins, e sendo o dispositivo conjugado com o art. 126 e com o TRIPS, a sua aplicação é válida também para os casos de conflitos de marcas que assinalem produtos diversos ou não similares.

Cabe a cada sistema normativo de proteção à propriedade industrial resguardar o titular de uma marca notoriamente conhecida do risco de que o consumidor faça alguma associação na sua mente com a uma marca de terceiro que assinale produto diferente daquele por ela assinalado. A marca famosa transmite alguns valores que a destacam, que constituem a razão da sua notoriedade, v. g., *status* social, prestígio, segurança. São esses valores transmitidos pela marca famosa e que são buscados pelo consumidor quando adquire o produto. Sendo assim, se um terceiro resolve se aproveitar da notoriedade da marca e utilizá-la para assinalar produtos diferentes, poderá existir o risco de associação. Ainda que não ocorra um prejuízo material imediato ou redução da demanda do produto (ou serviço) distinguido pela marca famosa, há possibilidade de abalo na reputação da marca, sobretudo de for questionável a qualidade do bem comercializado pelo usurpador da marca originária. Quaisquer que sejam as conseqüências, com clareza fica configurada uma prática de concorrência desleal e enriquecimento ilícito que devem ser rigorosamente combatidos.

Diante dessas considerações, interpreta-se a Lei de Propriedade de Industrial, concluindo que o risco de associação constitui um elemento que se presta para a apuração da ocorrência do risco de confusão.

Conquanto a Lei de Propriedade Industrial expressamente não faça menção ao risco de diluição de uma marca, o titular de um signo famoso dele está protegido, à luz do art. 130, inc. III, *verbis* :

“Art. 130. Ao titular da marca ou ao depositante é ainda assegurado o direito de :
(...)
III - zelar pela sua integridade material ou reputação”.

A teoria da diluição foi construída pela doutrina e jurisprudência norte-americanas e refere-se aos casos de marcas que se tornaram suficientemente distintas a ponto de ganharem uma certa notoriedade no mercado. A diluição da marca ocorre

com a usurpação pelo titular ou utente de um signo idêntico ou similar, para produtos diferentes daqueles assinalados pela marca famosa, com o aproveitamento indevido da fama e dos valores por ela transmitidos. Dentre os efeitos diretos prejudiciais produzidos, os mais nefastos são a perda da distintividade e a ofensa à sua reputação.

Epstein (1997) comenta a respeito de uma notável e histórica inovação na legislação norte-americana, que denomina "Revision of the Lanham Act", The Federal Trademark Dilution Act of 1995", em vigor desde janeiro de 1996, que protege amplamente o titular de uma marca famosa dos efeitos do fenômeno da diluição, conferindo-lhe mecanismos judiciais para combater os efeitos danosos à qualidade distintiva do sinal famoso, desde que o uso indevido por terceiro tenha se iniciado após a marca ter adquirido notoriedade.

Convém transcrever o texto do preceito legal norte-americano ("The Lanham Act"), *in verbis* :

"§ 43 (C) (1). The owner of a famous mark shall be entitled, subject to the principles of equity and upon such terms as the court deems reasonable, to an injunction against another person's commercial use in commerce of a mark or trade name, if such use begins after the mark has become famous and causes dilution of the distinctive quality of the mark, and to obtain such other relief as is provided in this subsection."

Ressalta Epstein (1997) que a questão preliminar, nesta matéria, consiste em aferir se uma determinada marca é suficientemente famosa para merecer uma proteção tão ampla. A tendência dos Tribunais americanos é considerar uma marca como suficientemente famosa, se a sua aceitação não é limitada a uma área geográfica reduzida. A jurisprudência majoritária americana destaca, então, que a proteção contra os efeitos da diluição é assegurada a todas as espécies de marca famosa, uma vez que a lei não faz distinção - como no Brasil - entre marca de alto renome e marca notoriamente conhecida, bastando que o uso da marca similar dilua ou diminua a sua capacidade de distinguir a origem dos bens ou serviços ("*the owner's goods or services*").

Diz, ainda, o citado especialista, para que uma marca seja considerada famosa e faça jus à tutela prevista na referida lei ("The Lanham Act"), a mesma deve ser utilizada em área geográfica do território do país de extensão considerável, não sendo suficiente o uso e reconhecimento local ou regional.

E, concluindo o Autor norte-americano, a solução depende de fatores a serem sopesados em cada caso (Epstein, 1997): *"As with so many other trademark issues, however, the determination of whether a mark is famous is highly fact-specific, and precedent may prove to be of little value in predicting the result in future cases."*

O processo de degeneração da marca e os prejuízos decorrentes (da diluição) são percebidos a longo prazo, de forma progressiva e lenta, diferentemente dos danos provocados pela confusão.

No direito norte-americano, em que houve um estudo mais aprofundado sobre a teoria da diluição, a doutrina reconhece três manifestações de diluição: a maculação (*tarnishment*), a ofuscação (*diminishment*) e *blurring* (perda da distinguibilidade)

A maculação, como a expressão dá a entender, decorre de uma conduta que causa dano à reputação do sinal, em geral, porque o mesmo é associado com um produto ou serviço de qualidade inferior assinalado por marca semelhante cujo titular não necessariamente é concorrente do legítimo utente (concorrência parasitária). Esse fenômeno é comum em casos que envolvem o uso de uma marca associado à pornografia ou a produtos ou serviços que possam ser tidos como moralmente ofensivos.

A ofuscação consiste na "perda do brilho", em virtude de diminuição do grau de sua aceitação ou prestígio junto ao consumidor e tem como efeito direto a diminuição do poder de venda. Vale citar como exemplo, por bastante ilustrativo um precedente julgado pela Justiça norte-americana:

"Ringling Bros-Barnum & Bailey Combined Shows, Inc. versus Celozzi-Ettelson Chevrolet, Inc., em que a autora é proprietária de um circo de renome nos Estados Unidos, que identifica seus espetáculos com a marca 'The greatest show on earth' (o maior espetáculo da terra); o réu, um revendedor de automóveis novos e usados, passou a adotar o sinal 'the greatest used car show on earth' (o maior espetáculo de carros usados da terra) em seu salão de exposições, com o mesmo tipo estilizado de letra da autora e com adornos circuncens. O Tribunal de Apelação da 7 região confirmou a sentença de primeiro grau no sentido de que 'o uso do slogan 'The Greatest Used Car Show on Earth' pelo réu ofusca a forte associação que o público faz com a marca da autora, e seu circo e, portanto, acarreta um dano irreparável". (Cabral, 2002: 25)

No que respeita ao fenômeno da ofuscação, merece referência um precedente judicial citado por Epstein (1997), que envolve um conflito entre uma marca famosa e um nome de domínio - Panavision Int’L x Toeppen, no qual a Justiça norte-americana reconheceu os direitos da Panavision contra o nome de domínio pirata que se apropriou do nome da marca da autora, com o objetivo de se aproveitar da fama da marca para venda de “camera makers”. Ressalta o referido Autor norte-americano que a lei daquele país serve de suporte para resguardar os direitos de titulares de marcas famosas contra a ação de nomes de domínios enganosos (“deceptive Internet addresses”), que são tidos como formas de diluição. No caso Panavision, a Justiça avançou na aplicação da teoria da diluição, reconhecendo que o réu estava diminuindo um canal de comércio que deveria estar disponível exclusivamente para o titular da marca famosa.

A perda da distinguibilidade ocorre em situações de uso de uma marca similar a de uma marca famosa para distinguir produtos ou serviços não similares ou não afins. As Cortes americanas se valem de alguns fatores para dirimir conflitos que cuidam desse fenômeno, quais sejam, a similaridade das marcas, a similaridade dos bens assinalados, o grau de sofisticação do consumidor, ocorrência de má-fé e o grau de reconhecimento e aceitação das marcas. Destaca (Epstein, 1997) que o aspecto relacionado com a similaridade dos produtos obviamente não é adequado no contexto de uma ação que aborda a teoria da diluição, uma vez que esta não está embasada no risco de confusão a que pode incorrer o consumidor.

Outro parâmetro relevante advindo da teoria da diluição aplicada nos Estados Unidos diz respeito à prova da intenção (má-fé). O citado diploma legal norte-americano reza claramente que tal prova não é necessária como requisito para a configuração do fato diluição. Sendo assim, a inexistência de má-fé (“willfully intend to trade on the owner’s reputation or to cause dilution of the famous mark”) não favorece o réu, mas, se configurada a má-fe, esta servirá como elemento para a fixação de vultosas indenizações e honorários advocatícios

A teoria da diluição no Brasil constitui ferramenta preciosa na seara da marca notoriamente conhecida, e também da marca de alto renome, pois são as mais

cobiçadas, e sua utilização seria proveitosa para a solução justa de conflitos em que tal fenômeno é detectado. Ainda que se considere que a Lei de Propriedade Industrial não faça previsão expressa ao fenômeno da diluição - argumento refutável face ao disposto no art. 130, LPI - é de se reconhecer que a aplicação dessa teoria é uma forma de concretização do princípio da equidade.

É indubitável que quanto mais famosa for a marca, maior o poder de atração e distintividade e mais suscetível de deterioração pela diluição. E maior o prejuízo causado pela diluição. O mesmo não ocorre com as marcas ditas comuns ou que se encontram no anonimato, cujos danos não serão tão expressivos, se houver uso concomitante de signo idêntico ou semelhante por terceiros em segmentos mercadológicos distintos.

A teoria da diluição está harmonizada com a repressão ao aproveitamento parasitário, que também repudia a reprodução ou imitação de marcas famosas em ramos não concorrentes ou afins de mercado. A idéia matriz e propulsora da repressão à concorrência parasitária não é uma exclusividade da marca de alto renome, na medida em que, em determinadas situações - examinadas neste trabalho - a marca notoriamente conhecida também faz jus à proteção especial, em relação a produtos distintos ou ramos de atividades diversos, quando presentes cumulativamente os critérios legais (marca que terceiro não poderia desconhecer em razão de sua atividade e risco de confusão ou associação). Visa-se a tutela jurídica do patrimônio moral e material do titular de um signo distintivo, para resguardá-lo da concorrência parasitária, quando o poder evocativo do sinal é ameaçado além das fronteiras do segmento mercadológico onde transita.

Além da perda da distintividade da marca, o aproveitamento deliberado e malicioso do prestígio e boa fama da marca renomada gera uma vantagem econômica para o terceiro que não fez nada por merecer tal enriquecimento, e sim valeu-se de todos os esforços e investimentos promovidos pelo titular da marca. Esse comportamento deve ser coibido e gravemente repreendido, na esfera da responsabilidade civil e criminal, por causar lesão ao patrimônio do legítimo titular e vulnerar o princípio da repressão à concorrência desleal e os direitos do consumidor.

CONCLUSÃO

A Lei n 5.772/71, em seu art. 67, utilizava a expressão “marca notória” para designar categoria de signo cuja proteção se estendia a todos os ramos de mercado. O registro especial de “marca notória” tinha uma finalidade puramente defensiva e acautelatória e conferia ao signo uma presunção de notoriedade. Não concedia o direito de propriedade e uso exclusivo em todas as classes e produtos; para tanto, era necessário um outro registro dito regular nas classes relativas aos produtos (ou serviços) assinalados.

Na atual Lei de Propriedade Industrial está clara a distinção entre a marca notoriamente conhecida e a marca de alto renome. Enquanto esta deve ser registrada para ser protegida e o seu registro impede o uso e registro da marca em qualquer segmento de mercado, aquela está dispensada do registro para a obtenção de tutela, em razão da notoriedade conquistada no seu ramo de atividade.

Diz-se que ambas excepcionam os parâmetros limitadores da proteção do direito de propriedade e uso exclusivo da marca. A marca notoriamente conhecida constitui uma exceção ao princípio da territorialidade, uma vez que sua proteção extrapola os limites geográficos do país de origem. A marca de alto renome afasta a regra da especialidade.

A identificação de uma marca de alto renome, em geral, não exige muito esforço; aliás, deve ser instantânea, surgir como um “flash” na mente do público consumidor em geral, e não apenas do consumidor alvo do ramo de atividade específico do produto (ou serviço) assinalado pelo signo famoso.

A repressão à concorrência parasitária sempre serviu de ferramenta de aplicação para resguardar a marca de alto renome dos riscos de usurpação e desgaste oriundos da diluição, aos quais está mais suscetível, dado o seu intenso poder de atração. Todavia, a flexibilização do princípio da especialidade para a marca notoriamente conhecida necessariamente também é pontuada pelo princípio da repressão à concorrência parasitária. Essa é a solução encontrada para compatibilizar o direito com a nova realidade e aperfeiçoar o aparato legal construído para combater atos de verdadeira fraude à lei e práticas lesivas aos legítimos titulares e aos consumidores.

A exigência do art. 158, parágrafo 2º, da Lei de Propriedade Industrial, impõe uma obrigação de uso da marca, estabelecendo uma restrição não prevista no art. 6 bis da Convenção da União de Paris. O princípio da repressão à concorrência desleal e as normas de proteção do direito do consumidor temperam essa exigência, na medida em que existem marcas famosas e não utilizadas no Brasil, mas cuja notoriedade é incontestável. E, por isso, não seria admissível a usurpação por terceiros titulares de marcas similares que designam produtos (ou serviços) idênticos ou similares. Esse fato não encontra o beneplácito da lei, à evidência da ilegitimidade dos fins e a ilicitude dos meios empregados, como prática de flagrante concorrência desleal lesiva aos interesses do consumidor, induzido a erro na aquisição de bens.

Tais ponderações conduzem a uma releitura da exigência do art. 158, par. 2º para compatibilizá-lo com as normas internacionais e servem de norte para uma interpretação da norma mais consentânea com a realidade do mundo moderno, fruto de uma rápida - e relativamente recente - evolução tecnológica e da ampliação do acesso aos meios eletrônicos de comunicação (disponibilizados inclusive para segmentos sociais e faixas etárias mais diversificados).

Uma interpretação da legislação mais consentânea com a realidade do mundo moderno e com a crescente globalização do comércio internacional - em que o aumento da competitividade está ligado ao aumento da capacidade de os fornecedores e clientes se valerem da comunicação eletrônica e relacionado com a estratégia de diversificação de atividades de comércio e indústria - exige o abrandamento do princípio da especialidade, de acordo com os seguintes critérios legais cumulativos : 1º) proteção da marca notoriamente conhecida em ramos de atividades distintos do produto (ou serviço) assinalado, os quais se entrelaçam com o segmento de mercado relacionado com o sinal famoso, tendo-se em conta que o pretense usurpador (terceiro, requerente do registro) não poderia deixar de conhecer o signo famoso em razão das suas atividades (art. 124, inc. XXIII, da LPI); 2º) ocorrência de confusão, risco de confusão, associação e diluição da marca).

O sistema protetor dos direitos relativos à propriedade industrial foi todo alicerçado no princípio da repressão à concorrência desleal (art. 2º, inc. V, da Lei 9.279/96), também erigido como um dos pilares do Código de Defesa do Consumidor

(art. 4º, inc. VI). A proteção especial deferida às marcas notoriamente conhecidas, além da esfera do ramo de atividade em que circula, constitui uma ferramenta poderosa e imprescindível de inibição e reprimenda às tentativas de aproveitamento malicioso da fama e do prestígio de marcas conhecidas, como forma de se resguardar os interesses do legítimo titular, que despendeu esforços para alcançar a notoriedade, e, também, os direitos do consumidor, mais suscetível a ser ludibriado.

BIBLIOGRAFIA

ASSOCIATION INTERNATIONALE POUR LA PROTECTION DE LA PROPRIÉTÉ INDUSTRIELLE (AIPPI).

Rapports des Représentants de Asociacion Internacional para la Proteccion de la Proprieté Industrielle, Réunion du Comité Exécutif. Barcelona: Annuaire 1991/I.

BASTOS, Aurelio Wander. *Dicionário Brasileiro de Propriedade Industrial e Assuntos Conexos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

BARBOSA, Denis Borges. *Notas sobre a proteção da marca notória*. In *Atualidades Forenses*, p. 3-8, set. 1980.

----- . *Uma introdução à propriedade intelectual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CABRAL, Filipe Fonteles. *Diluição de marca: uma teoria defensiva ou ofensiva ?* In *Revista ABPI* n. 58, p. 24-29, mai/jun 2002.

CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado de Propriedade Industrial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, vol. 2, 1982.

DANNEMANN et al. *Comentários à Lei da Propriedade Industrial e correlatos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DI BLASI, Gabriel *et al.* *A propriedade Industrial*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretado*. São Paulo: Saraiva, 2002.

EPSTEIN, Jeffrey. *Trademarks Update: 1996*. Apresentado no The 6th Intellectual Property Institute for Corporate Counsel, São Francisco: Cowan, Liebowitz & Latman, P.P., 28 janeiro 1997.

FRÓES, Carlos Henrique de Carvalho. *Âmbito de Proteção à Marca*. In *Revista dos Tribunais*, v. 403, p. 30-36, maio de 1969.

----- . *Marcas Notórias*. In *Informativo Quinzenal Abifarma*, n. 237, 15 jul. 1973.

GUSMÃO, José. *A nova Lei de Propriedade Industrial no contexto internacional.* In Anais do Seminário Nacional da Propriedade Intelectual, 1996.

LOUREIRO, Luiz Guilherme de A. V.. *A Lei de Propriedade Industrial Comentada.* São Paulo: Lejus, 1999.

LEONARDOS, Gabriel. *Art. 6 bis da Convenção de Paris e Nova LPI Brasileira.* Disponível na Internet, 22 de outubro de 1998.

----- (Leonardos, :53). *A definição de risco de associação no direito de marcas da União Européia.* In Revista ABPI n. 27, p. 52-55, mar/abr. 1997.

LEONARDOS, Luiz. A superação do conceito de notoriedade na proteção contra as tentativas de aproveitamento de marcas alheias. In Revista da ABPI n. 19, p. 13-16, nov/dez. 1995.

MOMSEN, LEONARDOS & CIA. A marca de alto renome - Análise da Resolução nº 110/2004 do INPI que aprovou procedimentos para aplicação do art. 125 da Lei nº 9.279/96. *Newsletter*, Rio de Janeiro, n. 163, fevereiro 2004.

MORO, Maitê Cecília Fabbri. *Direito de Marcas.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

OLIVEIRA, Mauricio Lopes de. O âmbito de proteção à marca registrada. In Revista da ABPI, n. 31, p. 26-34, nov/dez. 1997.

WRIGHT, Milton. *Inventions, Patents and Trade-marks.* McGraw-Hill Book Company, 1993.

TERCEIRO SETOR: A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA

Valter Shuenquener de Araújo

Juiz Federal Substituto do 3º Juizado Especial Federal,
Professor Contratado da UERJ e da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ,
Professor da Pós-Graduação em Direito Público da Universidade Estácio de Sá,
Mestre em Direito Público pela UERJ,
Doutorando em Direito Publico na UERJ. Juiz Federal Substituto.

Sumário. 1. Visão Panorâmica. 2. Entidades do Terceiro Setor. 2.1. Serviços Sociais Autônomos. 2.1.1. Relação jurídica com a Administração Pública. 2.1.2 Regime dos Agentes. 2.1.3. Regime dos Bens. 2.1.4. Regime de compras e alienações. 2.2. Organizações Sociais. 2.2.1. Relação jurídica com a Administração Pública. 2.2.2. Regime dos Agentes. 2.2.3. Regime dos Bens. 2.2.4. Regime de compras e alienações. 2.3. Organizações Sociais da Sociedade Civil de Interesse Público. 2.3.1. Relação jurídica com a Administração Pública. 2.3.2. Regime dos Agentes. 2.3.3. Regime dos Bens. 2.3.4. Regime de compras e alienações. 2.4. Entidades de Apoio. 2.4.1. Regime dos Agentes. 2.4.2. Regime dos Bens. 2.4.3. Regime de compras e alienações. 3. Responsabilidade estatal pelos atos das entidades do Terceiro Setor. 4. Atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário. Conclusões. Bibliografia.

1. Visão Panorâmica

O Estado brasileiro não possui condições de satisfazer as necessidades coletivas de sua população. Sem adentrarmos o mérito se nosso país já chegou, em algum momento histórico, a concretizar parcela substancial dos anseios populares, é fácil constatar que hoje em dia o Estado muito pouco consegue realizar sozinho.

Sob a influência desse crítico cenário, o Programa Nacional de Desestatização foi formulado através da Lei nº 8.031/90 na gestão do então Presidente Fernando Collor de Mello. Pouco tempo após o advento da referida lei, fatos políticos que culminaram com a renúncia do Presidente Collor obstaram a sua efetividade. Com isso, a retomada do distanciamento estatal em relação a uma intervenção mais direta no domínio econômico apenas voltou a ocorrer no primeiro governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso iniciado em 1995.

Logo na inauguração de seu mandato, Fernando Henrique elaborou um minucioso plano estratégico denominado Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Nele o ex-Presidente demonstrou uma larga preocupação com a mudança do Estado burocrático, outrora patrimonialista, para um Estado gerencial. Inúmeros fatores influenciaram essa modificação na atuação estatal. Os mais conhecidos são a falta de recursos financeiros, a insuficiência de resultados do Poder Público nas suas ações e a falta de agentes qualificados. A caminhada com destino a um Estado gerencial, que volta sua atenção para resultados e para um eficiente atendimento dos interesses de seus cidadãos, acaba por demandar um afastamento direto do Estado de variadas atividades do domínio econômico. Com isso, o Estado se concentra em outros campos, tal como no regulatório, e torna-se mais eficaz. Aqui vale lembrar a pertinente avaliação de Paulo Modesto no sentido de que o Estado não deve apenas ser regulador, mas também deve voltar-se para necessidades sociais básicas. Segundo Modesto, *"não prover diretamente o serviço não quer dizer tornar-se irresponsável perante essas necessidades sociais básicas. Não se trata de reduzir o Estado a mero ente regulador. (...) O Estado deve ser regulador e promotor dos serviços sociais básicos e econômicos estratégicos"*.¹ Portanto, ainda que a Administração Pública não preste diretamente um serviço, deverá satisfazer, mesmo que indiretamente, as necessidades essenciais da sua população.

Com amparo na estratégia traçada no Plano Diretor, foi criado um novo programa de desestatização em 1997 através da Lei nº 9.491/97. Dessa vez, o resultado almejado com a privatização foi alcançado e o Estado deixou de efetivamente atuar diretamente em diversas áreas.

Após o momento inicial de afastamento do Estado da economia e da prestação direta de serviços de utilidade pública, verificamos a ocorrência de dois fatos marcantes. De um lado, a criação de agências reguladoras se fez presente, fato que decorreu da necessidade de existência de um ambiente propício à exploração de atividades econômicas e à prestação de serviços públicos. De outro, o Estado passou a estimular a atividade de particulares que colaboram com a Administração Pública. Ganhou força o Terceiro Setor,² composto por entes que, sem finalidade

¹ MODESTO, Paulo. *Reforma do marco legal do Terceiro Setor no Brasil*. <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=474>. Acesso em: 1º de novembro de 2004, p.5.

² Nunca é demais rememorar que o Terceiro Setor é composto por entidades particulares que não possuem finalidade lucrativa. Por seu turno, o Primeiro Setor é abrangido pelo Estado e o Segundo Setor composto pela iniciativa privada com finalidade lucrativa.

lucrativa, representam a iniciativa privada e são fomentados pelo Estado. Essas entidades do Terceiro Setor não fazem parte da Administração Pública indireta. Elas não foram mencionadas pelo Decreto-Lei nº 200/67 e nem mesmo pela Constituição da República como integrantes da Administração Pública. E não poderia deixar de ser diferente, pois elas podem existir mesmo sem qualquer estímulo estatal. Com efeito, uma entidade particular sem fins lucrativos pode, desamparada por completo de recursos públicos, realizar inúmeras atividades de interesse público.

Na segunda metade da década de 90, foram criadas duas leis de extrema relevância para o Terceiro Setor: a Lei nº 9.637/98 e a Lei nº 9.790/99. A primeira tratou das organizações sociais e a segunda das organizações da sociedade civil de interesse público. Essas duas entidades constituem autênticos exemplos de pessoas que integram o Terceiro Setor.

O Terceiro Setor é aquele conjunto de entidades dinamizadas pelo fomento estatal, pelo estímulo conferido pelo Estado à atividade particular. A intervenção direta estatal é substituída por um direcionamento da atuação do particular. Convencendo e incentivando - em lugar de atuar em primeiro plano - o Estado deixa de incrementar desnecessariamente o seu aparato e confere aos cidadãos uma oportunidade de que eles próprios tratem de seus interesses. Caminhando dessa maneira, o Estado brasileiro segue o rumo da subsidiariedade.³

O espaço antes mal preenchido pela Administração passa a ser colmatado por entidades que surgem no seio da sociedade. No dizer de Ana Paula Silvano, "*diante da crescente tendência de o Estado tornar-se um Estado predominantemente regulador, não mais o Estado produtor e provedor de outrora, vem se fortalecendo na sociedade brasileira o denominado Terceiro Setor*".⁴ Parte-se de uma premissa de que os problemas sociais serão mais facilmente resolvidos pela articulação do Estado com o particular do que apenas pela atuação imperativa estatal.

³ Cumpre-nos frisar, fazendo uso das valiosas palavras de Marcos Juruena Villela Souto, que "o resgate do princípio da subsidiariedade não representa um retrocesso aos tempos do Estado-mínimo, mas o reconhecimento de que a sociedade deve ter a liberdade de agir em busca do atendimento dos interesses públicos, só se transferindo ao Poder Público a função (e a conseqüente necessidade de seu custeio, via recursos oriundos da sociedade) que por ela não pode ser atendida." SILVANO, Ana Paula Rodrigues. *Fundações Públicas e Terceiro Setor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, prefácio.

⁴ SILVANO, Ana Paula Rodrigues. *Fundações Públicas e Terceiro Setor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 57.

O controle exercido pela Administração Pública deixa de ser imperativo para tornar-se consensual. Em um Estado gerencial, como o que se pretende implantar no Brasil, busca-se o consenso e não a imposição unilateral da vontade estatal. Um exemplo dessa característica pode ser visualizado nos contratos de gestão celebrados pela Administração Pública, em que há, por razões naturais oriundas dessa espécie de ajuste, um valioso espaço para negociação. Nesse ambiente, a autonomia das entidades que colaboram com a Administração Pública ganha seu contorno e dimensão após uma fase de tratativas em que elas próprias se manifestam.

O estímulo ao Terceiro Setor, vale a pena rememorar, configura também um incentivo à solidariedade. A população torna-se menos passiva e passa a agir para obter respostas às suas pretensões de proteção aos menos favorecidos. O auxílio aos mais necessitados surge, então, como um reflexo da solidariedade comunitária, ficando o Estado em segundo plano como mero espectador e apoiador.

Em um país pobre como o Brasil, é preciso lembrar que a atividade de fomento não pode desconsiderar o princípio da indisponibilidade dos recursos públicos. Os gastos públicos com o estímulo ao particular não podem ser ilógicos e desproporcionais. Recursos públicos são sagrados e apenas merecem ser revertidos em prol de determinados particulares diante da comprovação de uma rígida moralidade do beneficiário.

Nesse contexto, a atividade de prestação de contas por parte das entidades que integram o Terceiro Setor é de extrema relevância. Quanto maior for a transparência da gestão (*stakeholder accountability*) e o reconhecimento social da idoneidade de uma entidade do Terceiro Setor, maior será a sua legitimidade para tutelar interesses públicos e para receber o fomento estatal. No dizer de Andrés Pablo Falconer, “*para atingir sucesso e, simultaneamente, maximizar o benefício social de sua atuação, as organizações devem, obrigatoriamente, prestar contas a alguém. (...) as organizações devem fornecer ao público informação suficiente para que este possa se posicionar a seu respeito (...)*”.⁵ Nesse contexto, diante de uma eventual disputa por escassos recursos públicos, a transparência e o reconhecimento social devem servir como parâmetros para a competitividade entre as entidades do Terceiro Setor.

⁵ FALCONER, Andrés Pablo. *A promessa do Terceiro Setor*. <http://www.icd.org.uy/mercursosur/informe/2000/falconer1.html>. Acesso em: 11 de outubro de 2004, p. 4.

Ao fazermos referência à necessidade de transparência, não poderíamos deixar de destacar que ela também deve ocorrer para que os valores fundamentais compartilhados por todas as entidades do Terceiro Setor possam ser reconhecidos. Quanto ao tema, Andrés Falconer chama atenção para o fato de que o Terceiro Setor atua com base em valores (*value based*) e ressalta que *“alguns valores mínimos comuns precisam estar presentes na maioria das organizações. Entre estes devem estar o compromisso com a democracia, a transparência, e a tolerância e capacidade de convivência com valores diferentes”*.⁶

No Brasil, o Terceiro Setor tem sido legitimado através da concessão de títulos jurídicos. Certas entidades passam a receber adjetivos, como, por exemplo, o de organização social e, com isso, tornam-se submetidas a um conjunto de normas especiais. Em artigo sobre o assunto, Paulo Modesto avulta que:

“essa diferenciação [através da concessão de títulos] permite inserir as entidades qualificadas em um regime jurídico específico. Em segundo lugar, a concessão de título permite padronizar o tratamento normativo de entidades que apresentem características comuns relevantes, evitando o tratamento legal casuístico dessas entidades. Em terceiro lugar, a outorga de títulos permite o estabelecimento de um mecanismo de controle de aspectos da atividade das entidades qualificadas, flexível por excelência, entre outras razões, porque o título funciona como um instrumento que admite não apenas concessão, mas também suspensão e cancelamento”.⁷

Se de um lado existem todas essas vantagens apontadas por Paulo Modesto, é preciso dizer que também há desvantagens. Como o próprio jurista baiano aponta, a certificação indiscriminada de entidades privadas sem o devido controle, tanto no ato de deferimento quanto ao longo do funcionamento da entidade, pode ocasionar um descrédito do título. A titulação de entidades privadas apenas se torna algo vantajoso, portanto, enquanto houver um controle efetivo dessa titulação.

⁶ *Ibidem*, p. 6.

⁷ *Ibidem*, p. 3.

2. Entidades do Terceiro Setor

2.1. Serviços Sociais Autônomos⁸

Dentre as variadas espécies de entidades do Terceiro Setor, há os serviços sociais autônomos, que constituem pessoas jurídicas nascidas com uma autorização legal e que recebem um estímulo estatal para o desempenho de suas atividades. Na antiga definição de Hely Lopes, essas pessoas jurídicas seriam classificadas como entidades paraestatais, eis que situadas ao lado do Estado com a função de colaborar.⁹ Elas não prestam serviços públicos, mas realizam atividades privadas de interesse público, de interesse da coletividade.

Essas entidades podem revestir-se das mais variadas formas (associação, sociedade civil, fundação), mas nunca devem ter uma finalidade lucrativa. Na realidade, os serviços sociais autônomos podem gerar lucros, mas eles devem ser investidos na própria entidade. A lei autoriza a criação dessas pessoas e elas podem ser efetivamente criadas até mesmo por entidades privadas, como, por exemplo, pela Confederação Nacional do Comércio. Por ser uma pessoa de direito privado, sua vida se inicia com o registro de seus atos constitutivos no registro civil competente, nos termos do que prevê o artigo 45 do Código Civil.

Na experiência brasileira, podemos citar como exemplos de serviços sociais o SESI (criação autorizada pelo Decreto-Lei nº 9.403/46), SESC (criação autorizada pelo Decreto-Lei nº 9.853/46), SENAI (criação autorizada pelo Decreto-Lei nº 4.048/42), SENAC (criação autorizada pelo Decreto-Lei nº 9.621/46), SEBRAE (criação autorizada pela Lei nº 8.029/90), SENAR (criação autorizada pela Lei nº 8.315/91), SEST (criação autorizada pela Lei nº 8.706/93) e o SENAT (criação autorizada pela Lei nº 8.706/93).

⁸ José dos Santos Carvalho Filho prefere utilizar a expressão pessoas de cooperação governamental para designar essas entidades. Segundo ele, "o termo serviço tem mais o sentido objetivo de tarefa, atividade do que o subjetivo de pessoa. Mas, ainda que se use serviço autônomo, no sentido subjetivo, teremos inevitavelmente a noção de pessoa. Por outro lado, o adjetivo sociais não basta para qualificar essas entidades, porque os objetivos podem ser sociais stricto sensu, de formação profissional, de amparo empresarial etc. Por isso, preferimos realçar o lado da cooperação dessas pessoas, além de qualificar suas atividades como serviços de utilidade pública, de sentido mais abrangente". CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 11ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 432. Ainda que sejam extremamente pertinentes as conclusões de Carvalho Filho, optamos por seguir a já consagrada expressão "serviço social autônomo", deixando de lado o rigor técnico em prol da uniformização didática no tratamento do tema.

⁹ Ao longo do texto, evitamos empregar a expressão entidades paraestatais por ela dar margem a profundas imprecisões terminológicas quanto ao seu alcance.

2.1.1. Relação jurídica com a Administração Pública

A despeito de, sob a ótica material (funcional ou objetiva), estarem incumbidos de realizar atividades que poderiam ser efetuadas pela Administração, os serviços sociais autônomos não integram a Administração Pública indireta¹⁰ quando consideramos o seu aspecto formal (orgânico ou subjetivo). Muito embora os serviços sociais autônomos não façam parte da Administração indireta, eles estão submetidos a um controle pelo Tribunal de Contas e, ainda, a uma supervisão ministerial (controle por vinculação).¹¹ No direito positivo, o artigo 183 do DL nº 200/67 autoriza o controle feito pelo Poder Público dos serviços sociais autônomos.¹² O controle por vinculação é feito por cada Ministério com competência nas atividades realizadas por cada serviço social autônomo.¹³

Quanto à possibilidade de celebração de um contrato de gestão entre um serviço social autônomo e a Administração Pública, Odete Medauar salienta ser isso plenamente cabível. Segundo a referida jurista, com quem concordamos, esses entes podem celebrar contratos de gestão *"como é o caso do Serviço Social Autônomo 'Associação das Pioneiras Sociais', cuja instituição foi autorizada pela Lei federal 8.246, de 22.10.1991"*.¹⁴

As ações judiciais envolvendo os serviços sociais autônomos são apreciadas pela Justiça Estadual, conforme previsto na Súmula nº 516 do STF.¹⁵ Naturalmente, a Justiça Federal terá competência caso também haja interesse de qualquer pessoa discriminada no artigo 109 da Constituição da República.

¹⁰ Embora a doutrina reconheça que os serviços sociais autônomos não integram a Administração Pública indireta, é preciso lembrar que, no STF, o Ministro Maurício Correa já proferiu voto reconhecendo que os serviços sociais autônomos seriam parte integrante da Administração indireta. ADI nº 1.864/PR, rel. Min. Maurício Correa, 12/04/2004 (Informativo nº 343 do STF).

¹¹ O Decreto nº 74.296/74 preceitua, por exemplo, que o SESI, SENAI, SESC e SENAC encontram-se vinculados ao Ministério do Trabalho.

¹² DL nº 200/67. Artigo 183 - *As entidades e organizações em geral, dotadas de personalidade jurídica de direito privado, que recebem contribuições parafiscais e prestam serviços de interesse público ou social, estão sujeitas à fiscalização do Estado nos termos e condições estabelecidas na legislação pertinente a cada uma.*

¹³ No dizer de Hely Lopes, *"os serviços sociais autônomos, como entes de cooperação, do gênero paraestatal, vicejam ao lado do Estado e sob seu amparo, mas sem subordinação hierárquica a qualquer autoridade pública, ficando apenas vinculados ao órgão estatal mais relacionado com suas atividades, para fins de controle finalístico e prestação de contas dos dinheiros públicos recebidos para sua manutenção"*. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 21ª edição. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 338.

¹⁴ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 107.

¹⁵ Súmula nº 516 do STF: *O Serviço Social da Indústria - SESI - está sujeito à jurisdição da Justiça Estadual*.

Essas entidades sobrevivem essencialmente com o recebimento de receitas tributárias instituídas com fulcro no artigo 149 da Constituição da República. A arrecadação é feita pelo INSS, mas nada impede que, mediante lei, outra pessoa jurídica passe a ter capacidade tributária para promover essa cobrança. Ademais, é preciso lembrar, sob outro enfoque, que outras receitas além das de natureza tributária podem servir para o custeio das atividades dos serviços sociais autônomos.

No Brasil, os mais expressivos serviços sociais autônomos foram criados com autorização federal. Isso não pode, todavia, ser um sinal indicativo de que outros entes políticos estariam impedidos de criá-los. Estados e Municípios também podem dar vida a essas entidades. Apenas não fazem isso com frequência, pois não possuem competência constitucional para instituir a contribuição prevista no artigo 149 a ser manejada para o custeio desses serviços sociais.¹⁶ Estão, portanto, armados, mas não municidados.

2.1.2 Regime dos Agentes

Os trabalhadores dessas entidades são regidos pela CLT e não são selecionados mediante concurso público. A contratação ocorrerá pelos critérios a serem exigidos por cada serviço social. No entanto, Maria Sylvia defende que essas entidades, por gozarem de uma série de privilégios, deveriam realizar algum tipo de processo seletivo para a escolha de seu pessoal.¹⁷ A providência soa extremamente adequada e encontra amparo constitucional nos princípios da moralidade e da isonomia.

Na esfera criminal, o artigo 327, §1º, do Código Penal abrange os empregados dessas entidades dentro do conceito de funcionário público.¹⁸

No que concerne à remuneração dos trabalhadores dos serviços sociais autônomos, impende assinalar que eles não estão submetidos ao teto de remuneração previsto no art. 37, xi, da Constituição da República. Ao tratar dos agentes públicos

¹⁶ Essa pertinente observação é de Diogo de Figueiredo: "Quanto aos Estados, Distrito Federal e Municípios, nada impede que, no uso de suas respectivas autonomias político administrativas, criem, por lei, suas próprias entidades associadas, sob as modalidades de direito privado e a elas deleguem serviços de interesse público de natureza social, embora não lhes seja possível instituírem contribuições parafiscais a ela vinculadas, pois só estão autorizadas a cobrir o custeio de seus próprios sistemas de previdência de e assistência social (artigo 149, parágrafo único)". MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 13ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 259.

¹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 15ª edição. São Paulo: Atlas, 2003, p. 416.

¹⁸ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 405.

abrangidos pelo teto de remuneração, o art. 37, *xi*, não incluiu os trabalhadores que atuam nos serviços sociais autônomos. Ainda que essas pessoas jurídicas percebam substanciais quantias dos cofres públicos, não há um efetivo controle em relação à remuneração de seus agentes. Infelizmente, a janela está aberta na espera de contratações com a pecha de imoralidade.

2.1.3. Regime dos Bens

Os bens que integram o patrimônio dos serviços sociais autônomos são, todos eles, bens privados. Não há razões para, sob a ótica jurídica, modificar-se a natureza desses bens pelo fato de estarem eles desempenhando uma função de relevância para a coletividade.

No entanto, nada impede que entre os bens utilizados pelos serviços sociais haja bens cedidos temporariamente pelo Poder Público. Esses bens continuarão sendo públicos, e não integram, por se tratar de uma mera posse com caráter transitório, o patrimônio dos serviços sociais.

2.1.4. Regime de compras e alienações

No campo doutrinário, reside forte discussão acerca da necessidade de os serviços sociais autônomos realizarem licitação em conformidade com a Lei nº 8.666/93.

Para José dos Santos Carvalho Filho, as regras da Lei nº 8.666 deveriam ser observadas. Segundo ele, o parágrafo único do artigo primeiro da referida lei abrangeria os serviços sociais ao estipular que a Lei nº 8.666 deve ser seguida pelas entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Partindo da premissa de que os serviços sociais seriam controlados indiretamente pela Administração Pública, Carvalho Filho defende a obrigatoriedade da Lei nº 8.666.¹⁹

Maria Sylvia é, por sua vez, adepta de outro entendimento. Para ela, não há obrigatoriedade de adoção da Lei nº 8.666, pois nada haveria na legislação e nem na própria Constituição que impusesse essa observância. No entanto, a despeito desse posicionamento, Maria Sylvia defende a necessidade de que os serviços sociais autônomos atentem para os princípios constitucionais relacionados com a licitação.²⁰

¹⁹ *Ibidem*, p. 434-435.

²⁰ *Ibidem*, loc. cit..

Para nós, essa parece ser a melhor compreensão do tema, pois, embora o direito positivo não exija expressamente a adoção da Lei nº 8.666, princípios como o da moralidade, isonomia e o da razoabilidade precisam ser respeitados pelos serviços sociais autônomos.

Decidindo sobre a matéria, o Tribunal de Contas da União entendeu que essas entidades não estariam sujeitas aos procedimentos específicos da Lei nº 8.666, mas deveriam criar regulamentos próprios que incorporassem princípios gerais do processo licitatório.²¹

2.2 Organizações Sociais

Organizações sociais são entidades privadas que recebem essa qualificação por preencherem os requisitos previstos na Lei nº 9.637/98, diploma legal que as disciplina. São instituições inspiradas nas *quase-autonomous governmental organizations* (*quangos*) do direito inglês e surgem no Brasil como um instrumento para reforçar o brilho do Terceiro Setor em um período em que os títulos de utilidade pública²² se tornaram carentes de credibilidade. A ausência de um controle direto e efetivo das entidades de utilidade pública e a excessiva discricionariedade para a concessão desses títulos fez com que essas pessoas jurídicas caíssem em total descrédito, o que acarretou a necessidade de previsão legal de novas entidades.

As pessoas jurídicas não nascem como organizações sociais. Elas apenas adquirem este adjetivo após a competente qualificação junto ao Poder Público. Como exemplos dessas entidades, podemos citar a Fundação Roquette Pinto e o Laboratório Nacional de Luz Síncrotron. As duas, que integravam a Administração indireta, foram extintas e, em seguida, criadas com a autorização legal para serem qualificadas como organizações sociais.

As organizações sociais contam com recursos públicos para o exercício de suas atividades. Suas ações são de cunho privado, mas possuem a característica de serem estimuladas pelo Poder Público.²³ A Lei nº 9.637 enumera em seu artigo primeiro

²¹ Decisão Plenária do TCU nº 907/97.

²² Essa qualificação foi originariamente prevista na Lei nº 91/35 e atualmente está prevista na Lei nº 8.212/91.

²³ Maria Sylvania di Pietro chama a atenção para o artigo 18 da Lei nº 9.637 como sendo um exemplo singular de serviço público realizado pelas organizações sociais. Segundo ela, "*a própria lei, em pelo menos um caso, está prevendo a prestação de serviço público pela organização social; quando a entidade absorver atividade de entidade federal extinta no âmbito da área de saúde, deverá considerar no contrato de gestão, quanto ao atendimento da comunidade, os princípios do Sistema Único de Saúde, expressos no art. 198 da Constituição Federal e no art. 7º da Lei nº 8.080, de 19-9-90. Vale dizer que prestará serviço público e não atividade privada*". Ibidem, p. 420.

os campos de atuação capazes de autorizar a qualificação como organização social: ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde.

No que concerne ao controle dos atos das organizações sociais, vale lembrar que o Poder Público possui representantes na sua direção. Essa foi a forma encontrada pelo legislador para viabilizar uma maior e mais direta fiscalização do Estado sobre as ações dessas entidades.

2.2.1. *Relação jurídica com a Administração Pública*

A relação jurídica entre a organização social e a Administração central é regida por um contrato de gestão.

Antes mesmo de a Lei nº 9.637/98 ter previsto o contrato de gestão ou de a Emenda Constitucional nº 19/98 o ter inserido na Carta da República de 1988, esses pactos já vinham sendo celebrados pela Administração Pública. No dizer de Sílvio da Rocha, *“o Brasil, irrefletidamente, incorporou de bom grado a ‘novidade’ oriunda do exterior e introduziu em nosso ordenamento jurídico o contrato de gestão entre órgãos integrantes do aparelho administrativo do Estado, pela publicação do Decreto 137, de 27.5.1991. Nesse decreto os contratos de gestão foram previstos para serem realizados com empresas estatais, com o objetivo de aumentar a eficiência e produtividade delas”*.²⁴

Portanto, anteriormente a qualquer previsão legal ou constitucional, algumas pessoas jurídicas como a Companhia Vale do Rio Doce (antes da privatização) e a Petrobras foram beneficiadas com decretos (Decreto s/nº de 10.06.1992 e Decreto nº 1.040 de 27.1.1994 respectivamente)²⁵ que autorizavam a celebração de contratos de gestão e, por conseqüência, dispensavam essas entidades do cumprimento de inúmeras exigências legais. Pouco demorou até que a autonomia concedida a entes estatais por meio de decreto viesse a ser combatida, eis que ela inquestionavelmente violava o princípio da legalidade. O Tribunal de Contas da União não admitiu, e com acerto, que

²⁴ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Terceiro Setor*. Coleção Temas de direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 40.

²⁵ Frise-se que, antes mesmo desses dois decretos, o Decreto nº 137 de 27/05/1991, que instituiu o Programa de Gestão das Empresas Estatais, já autorizava a celebração de contratos de gestão com a Administração Pública indireta federal.

um decreto servisse como meio para isentar essas entidades do cumprimento de deveres legais, especialmente aqueles relacionados com o controle de seus atos. Nesse contexto e por conta desses vícios, a Constituição recebeu em seu artigo 37, §8º, o dispositivo que autoriza a celebração de contratos de gestão com observância de uma norma legal específica. A reforma constitucional veio, portanto, para sanar violações ao princípio da legalidade.

A utilização da expressão “contrato de gestão” para ilustrar o instrumento que regerá a relação entre o Estado e a organização social tem sido severamente criticada. Na realidade, não existe um autêntico contrato. Não há um ajuste envolvendo prestações recíprocas. Há, por outro lado, um pacto envolvendo interesses comuns em regime de cooperação. Quanto ao tema, Carvalho Filho assevera que *“os instrumentos de formalização de parceria têm a natureza de verdadeiros convênios”*.²⁶ Por sua vez, Diogo de Figueiredo lembra que *“não se trata de contrato, porque não são pactuadas prestações recíprocas, voltadas à satisfação de interesses de cada uma delas em separado, senão que, distintamente, as partes ajustam prestações conjugadas em regime de colaboração, dirigidas à satisfação de um mesmo interesse público que lhes é comum, o que caracteriza um pacto não contratual”*.²⁷

Quanto à contratação das organizações sociais pela Administração Pública, vale salientar que a Lei nº 9.637 não previu que elas seriam escolhidas mediante licitação. Houve silêncio a respeito do tema. No entanto, o diploma de licitações abordou a matéria. No artigo 24 da Lei nº 8.666, que dispõe sobre as hipóteses de dispensa, foi inserido pela Lei nº 9.648/98 um inciso xxiv. Nele se admitiu a dispensa de licitação para a contratação de organizações sociais. Configura, portanto, hipótese de dispensa de licitação a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão.

O dispositivo é criticável, pois impede a competitividade entre organizações sociais que atuem na mesma área. Se uma entidade funciona melhor que outra, cremos não haver motivos para que a dispensa ocorra. A despeito de a Lei nº 8.666 não fazer restrições, o seu artigo 24, xxiv, deve apenas ser empregado, por conta dos

²⁶ *Ibidem*, p. 437.

²⁷ *Ibidem*, p. 269.

princípios da competitividade, da isonomia e da moralidade, quando não existirem motivos que justifiquem uma competição entre as organizações sociais da área que se pretende contratar. Fora dessa circunstância, a licitação merece ser promovida. Reforçando essa tese, lembramos que a Lei Complementar nº 846/1998 do Estado de São Paulo prevê, conforme notícia Sílvio da Rocha, “*que o Poder Público, antes de celebrar o contrato de gestão de atividades de saúde e cultura, publicará uma minuta do contrato e convocará publicamente as organizações sociais interessadas em celebrá-lo para que se apresentem*”.²⁸ O diploma paulista merece aplausos e nada impede que, a despeito da omissão na Lei nº 9.637 e da possibilidade de dispensa, a licitação para escolha da melhor organização social seja promovida, o que pode ser defendido inclusive com base em normas constitucionais (art. 22, xxvii, e 37, xxi, da CRFB).

O ato que qualifica uma entidade como organização social é ato administrativo discricionário. Trata-se de um ato negocial. O Poder Público avalia a conveniência política do deferimento da qualificação, não ficando compelido a proceder à qualificação ainda que a entidade satisfaça todos os requisitos legais. Parece-nos inadequada a opção legislativa pela discricionariedade do ato, pois ela é capaz de facilitar a corrupção e a violação do princípio da isonomia quando do momento do deferimento. A despeito de sua impropriedade, não acompanhamos o entendimento de Sílvio da Rocha de que essa discricionariedade seria inconstitucional. Segundo Sílvio da Rocha,

*“o art. 2º, II, da Lei nº 9.637/98, que concedeu competência discricionária à Administração, é inconstitucional, por violar o princípio da igualdade, pois se duas pessoas jurídicas preenchem os requisitos exigidos pelo referido artigo, e ambas pedem a qualidade de organização social, a Administração não poderá escolher uma das duas, porque dificilmente estarão reunidos os elementos enunciados por Celso Antônio Bandeira de Mello que possibilitam a um discrimen legal conviver com a isonomia”.*²⁹

Não comungamos do entendimento de Sílvio da Rocha, pois - ainda que isso seja uma tarefa difícil - admitimos como viável a escolha de quem irá se qualificar com base em critérios de conveniência e oportunidade, sem que isso necessariamente represente uma violação ao princípio da isonomia. A arbitrariedade é que há de ser evitada.

²⁸ Ibidem, p. 86.

²⁹ Ibidem, p. 116.

Quanto à desqualificação, a lei a previu para a situação de descumprimento do contrato de gestão (artigo 16). Com a desqualificação, que deverá ser precedida de processo administrativo em que seja assegurado o contraditório e a ampla defesa (artigo 16, §1º), haverá o retorno físico ao Poder Público dos bens permitidos e dos valores entregues à organização social (artigo 16, §2º).

Na doutrina, há corrente no sentido de que a desqualificação apenas poderá ocorrer mediante um ato vinculado, isto é, através de um ato que reconheça um descumprimento do contrato de gestão.³⁰ Ousamos, com todo o respeito aos autores dela defensores, pensar de forma distinta. Cremos que a discricionariedade na qualificação permite uma discricionariedade também no ato de desqualificação. Ainda que a lei seja omissa quanto a essa possibilidade, a desqualificação por motivo de mérito (conveniência e oportunidade) deve ser admitida. O interesse público que justificou a qualificação da entidade como organização social pode, com o passar dos anos, não mais justificar a manutenção do título. Naturalmente, a depender de cada caso concreto, poderá ser devida uma indenização pelo Poder Público decorrente da desqualificação por motivo de conveniência. Nesse mesmo sentido, Diógenes Gasparini defende que:

*“a lei não trata, mas é certo que a desqualificação também poderá ser determinada por mérito, pois em nenhum momento a Administração Pública transferiu a titularidade dos serviços, podendo retomá-lo quando entender conveniente, devendo, eventualmente, satisfazer alguma indenização, conforme os termos do contrato de gestão. Como regra, cremos não caber qualquer indenização, por tratar-se de parceria e pelo fato de a organização social não visar lucro”.*³¹

Ainda quanto ao cancelamento da qualificação de uma pessoa jurídica como organização social, parece-nos, sem embargo da omissão legislativa, que ele deva ser feito por quem a qualificou. Vale dizer, competiria ao Ministro da área e ao Ministro do Planejamento, Orçamento e Gestão, autoridade que passou a desempenhar as funções do Ministro da Reforma do Estado, proceder ao cancelamento da qualificação como organização social.

³⁰ Segundo o entendimento de Diogo de Figueiredo, “uma vez outorgado, o reconhecimento já não mais poderá ser discricionariamente revogado, admitindo, apenas, ser cassado, mediante processo regular de desqualificação, desde que nele comprovado o descumprimento de obrigações assumidas (art. 17 leg. cit.) ou a invalidez ou a perda das condições essenciais à qualificação obtida”. Ibidem, p. 269.

³¹ Ibidem, p. 407.

A Lei nº 9.637/98 nada dispõe sobre a duração do contrato de gestão. Diante da omissão, resta a dúvida acerca do prazo a ser observado. Na doutrina, há quem defenda que os prazos previstos no art. 57 da Lei nº 8.666 deveriam ser seguidos. Assim como ocorre com os contratos administrativos regulados pela Lei nº 8.666, a duração do contrato de gestão não poderia, porque neles também haveria um repasse de recursos orçamentários, ultrapassar a vigência dos créditos no mesmo exercício financeiro.³² Discordamos. Parece-nos que os contratos de gestão não podem ser equiparados aos contratos administrativos previstos na Lei nº 8.666. Aqueles possuem características singulares que exigem um tratamento diferenciado. O contrato de gestão não é, na sua essência, conforme já comentamos, um contrato, uma vez que não envolve interesses antagônicos. Se, portanto, eventualmente houver um repasse de recursos públicos, ele ocorrerá para também beneficiar o próprio Poder Público. Por este motivo, o pacto pode exigir uma vigência mais alongada que a permitida pela Lei nº 8.666 para os contratos administrativos. Além disso, o contrato de gestão não necessariamente implica o repasse de verbas públicas, o que acaba esvaziando uma necessidade de limitação de sua vigência a um dado exercício financeiro.

As contas anuais das organizações sociais são fiscalizadas e julgadas pelo Tribunal de Contas nos termos do que autoriza o parágrafo único do artigo 70 da Carta da República. Embora haja um controle pela Corte de Contas, essas entidades não se submetem à supervisão ministerial (controle por vinculação) da Administração Pública. Segundo Ana Paula Silvano, *“as organizações sociais não titularizam quaisquer prerrogativas de direito público, processuais especiais ou mesmo prerrogativas de autoridade. Por sua vez, não se sujeitam à supervisão ou tutela da Administração Pública direta ou indireta, respondendo apenas pela execução e regular aplicação dos recursos e bens públicos vinculados ao contrato de gestão que firmaram com o Poder Público”*.³³

Na Lei nº 9.637, há previsão de que a gestão das organizações sociais será compartilhada entre o particular e o Poder Público.³⁴ O Poder Público terá assento no Conselho de Administração na proporção de 20 a 40% dos seus integrantes. Essa previsão legal parece salutar por viabilizar um controle mais amplo da Administração Pública

³² Neste sentido, Silvio da Rocha. *Ibidem*, p. 126-127.

³³ *Ibidem*, p.71-72.

³⁴ Artigo 3º da Lei nº 9.637/98.

sobre os atos das organizações sociais. A despeito dessa vantagem, é preciso lembrar, conforme bem ressalvado por Paulo Modesto, que a exigência de gestão compartilhada parece ser *"de difícil operacionalização, além de onerosa para o Poder Público, geralmente carente de pessoal técnico qualificado"*.³⁵

A Lei nº 9.637 foi elaborada pelo Congresso Nacional, mas nada obsta que Estados e Municípios também adotem modelo semelhante em suas esferas. Para tanto, deverão criar diplomas legais que tratem dessa forma de parceria.

Cumprе salientar que a Lei nº 9.637 também contém matérias de competência privativa da União, isto é, regras aplicáveis em relação a Estados e Municípios. A título de ilustração, podemos citar o artigo 10 do aludido texto, que veicula norma de cunho processual prevendo a possibilidade de decretação da indisponibilidade de bens da organização social. Sobre o assunto, e apresentando outros exemplos, Diogo de Figueiredo pontifica que *"cabe às unidades federadas suplementarem, segundo seus respectivos interesses peculiares, a legislação federal sobre organizações sociais, embora observando as regras gerais de competência privativa da União, tais como as baixadas sobre licitações e matéria financeiro-orçamentárias, pois se trata, basicamente, de organização administrativa, reserva federativa caracterizadora de sua própria autonomia político-administrativa (arts. 1º e 18, CF)"*.³⁶

2.2.2. Regime dos Agentes

Os trabalhadores dessas entidades denominadas organizações sociais são regidos pela CLT e não são selecionados mediante concurso público.³⁷ A contratação ocorrerá pelos critérios a serem exigidos por cada organização social.

No artigo 3º da Lei nº 9.637/98 há, conforme já comentamos, estipulação de que agentes públicos terão assento no Conselho de Administração das organizações sociais. Além dessa hipótese específica, é possível que servidores públicos sejam cedidos para essas organizações com ônus para a origem (artigo 14 da Lei nº 9.637).

³⁵ *Ibidem*, p. 9.

³⁶ *Ibidem*, p. 188.

³⁷ No entanto, Diógenes Gasparini defende que a admissão desses empregados *"deve observar certo processo seletivo e sua demissão deve ser motivada se lhe [às organizações sociais] foram transferidos recursos públicos financeiros"*. *Ibidem*, p. 407.

No mais, renovamos os comentários feitos em relação aos trabalhadores dos serviços sociais autônomos.

2.2.3. *Regime dos Bens*

De um modo geral, os bens adquiridos pelas organizações sociais constituem bens privados e podem ser livremente alienados.

Sob outro prisma, vale lembrar que o artigo 12, §3º, da Lei nº 9.637 prevê que bens públicos poderão ser destinados às organizações sociais mediante permissão de uso, ficando neste caso dispensada a licitação. Frise-se que o referido parágrafo exige previsão expressa no contrato de gestão para que possa ocorrer a permissão de uso de bens públicos em favor das organizações sociais.

Por sua vez, o artigo 13 da Lei nº 9.637 autoriza que os bens móveis públicos permitidos para o uso pelas organizações sociais sejam permutados por outros de igual ou maior valor, condicionado a que os novos bens integrem o patrimônio da União.

Por fim, o cancelamento da qualificação como organização social acarreta a reversão dos bens públicos ao Estado (art. 16, §2º, da Lei nº 9.637). O termo reversão foi mal empregado na lei, pois nunca houve transferência de titularidade do Poder Público para a organização social. A reversão prevista na Lei nº 9.637 deve ser compreendida com o sentido de mero retorno do bem para a Administração Pública. Não deve ser entendida como a transferência da titularidade para o Poder Público, uma vez que o bem nunca deixou de ser público.

2.2.4. *Regime de compras e alienações*

A Lei nº 9.637 prevê no seu artigo 4º, inciso *viii*, que as organizações sociais deverão elaborar um regulamento próprio que contenha os procedimentos a serem adotados para a contratação de obras, serviços, compras e alienações. A elaboração do procedimento é uma exigência para a qualificação como organização social.

Ainda que o dispositivo normativo não apresente os contornos mínimos do procedimento de contratação, a preocupação com o tema merece elogios.

2.3. Organizações Sociais da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPs)

As OSCIPs configuram entidades privadas sem fins lucrativos que recebem este título para que possam beneficiar-se das regras previstas na Lei nº 9.790/98.³⁸ Com a leitura do referido diploma legal, especialmente do §2º do artigo 1º³⁹ e do §3º de seu artigo 6º⁴⁰, é possível constatar que o ato estatal de deferimento da classificação como OSCIP caracteriza-se como ato vinculado. Uma vez preenchidos os requisitos legais para o seu deferimento, a Administração Pública não a poderá negar.⁴¹ Ao Ministério da Justiça cumpre tão somente avaliar o cumprimento dos requisitos legais, sendo descabida qualquer avaliação de conveniência ou oportunidade para o consentimento estatal em relação à qualificação.

Houve maior acerto do legislador ao tornar o ato de qualificação um ato vinculado, uma vez que isso obsta um excesso de discricionariedade em um campo em que não há critérios seguros e confiáveis para o exercício dessa valoração política pelo administrador.

Como a qualificação decorre de ato vinculado, a desqualificação apenas deverá se verificar por ato vinculado. Não se deve admitir, ao contrário do que defendemos em relação às organizações sociais, que são aprovadas de forma discricionária, a revogação da qualificação por conveniência e oportunidade. Se o ato de qualificação é vinculado, ele não pode admitir revogação. A desqualificação apenas deve ocorrer se houver descumprimento dos requisitos legais para a manutenção da qualidade de OSCIP. Ela não pode verificar-se diante de uma mera alegação de conveniência e oportunidade por parte da Administração Pública. Ainda quanto ao tema, é relevante ressaltar que a Lei nº 9.790 prevê expressamente (artigo 7º) a possibilidade de perda da qualidade de OSCIP a pedido ou mediante decisão proferida em processo administrativo ou judicial, de iniciativa popular ou do Ministério Público, no qual serão assegurados a ampla defesa e o contraditório.

³⁸ A Lei nº 9.790/99 foi regulamentada pelo Decreto federal nº 3.100/99 e pela Portaria nº 361/99 do Ministério da Justiça.

³⁹ Artigo 1º (...)

^{§2º} A outorga da qualificação prevista neste artigo é ato vinculado ao cumprimento dos requisitos instituídos por esta Lei.

⁴⁰ Artigo 6º (...)

^{§3º} O pedido de qualificação somente será indeferido quando:

I - a requerente enquadrar-se nas hipóteses previstas no art. 2º desta Lei;

II - a requerente não atender aos requisitos descritos nos arts. 3º e 4º desta Lei;

III - a documentação apresentada estiver incompleta.

⁴¹ O artigo 4º da Lei nº 9.790 estabelece uma série de requisitos para que uma entidade possa ser qualificada como OSCIP.

Inúmeras pessoas jurídicas arroladas no artigo 2º da Lei nº 9.790 não podem qualificar-se como OSCIP. Sindicatos, organizações sociais, organizações partidárias, cooperativas, escolas privadas dentre outras instituições não podem se tornar OSCIPs. Essa previsão legal demonstra uma nítida preocupação do legislador com a concessão indiscriminada do título de OSCIP a entidades privadas. Restringiu-se para evitar abusos.

As atividades a serem desempenhadas pelas OSCIPs encontram-se previstas no artigo 3º da Lei nº 9.790. Como exemplos, podemos citar a promoção de assistência social, da cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico, gratuita da educação, da segurança alimentar e da paz.

2.3.1. Relação jurídica com a Administração Pública

Um termo de parceria é celebrado para regular a relação entre a Administração e as OSCIPs (artigo 9º da Lei nº 9.790). Na realidade, a celebração do termo de parceria é algo facultativo. O termo de parceria não é indispensável para que uma entidade possa ser qualificada como OSCIP. No entanto, é fácil concluir que a qualificação acaba perdendo o sentido quando não há um instrumento que documente a relação específica da OSCIP com a Administração Pública.

Quanto às pessoas jurídicas aptas a se qualificarem como OSCIPs, vale lembrar que unicamente fundações e associações podem receber esse adjetivo, pois não visam ao lucro. Em relação ao tópico, é preciso dizer que as OSCIPs não ficam impedidas de obter resultados positivos. No entanto, há vedação quanto à distribuição de lucros para os dirigentes ou associados. Qualquer lucro obtido deve ser reinvestido na entidade de alguma maneira.

Diversamente do que ocorre com as organizações sociais, o Poder Público não tem necessariamente representantes na direção da OSCIP. A Lei nº 9.790 não faz esse tipo de exigência, permitindo que o particular continue a gerir a OSCIP sem a ingerência direta do Estado. Nas OSCIPs, essa participação é apenas facultativa, conforme prevê o parágrafo único do artigo 4º da Lei nº 9.790.⁴²

⁴² Artigo 4º. (...)

Parágrafo único - É permitida a participação de servidores públicos na composição do Conselho de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, vedada a percepção de remuneração ou subsídio a qualquer título.

Estados e Municípios também podem criar leis específicas para qualificar certas pessoas jurídicas como OSCIPs. Consoante o pensamento de Diógenes Gasparini, a Lei nº 9.790 tem aplicação em relação à União, “*não servindo, portanto, de suporte legal para qualificar pessoas jurídicas de Direito Privado como organizações da sociedade civil de interesse público no âmbito estadual, distrital ou municipal*”.⁴³ Valem aqui os mesmos comentários que os feitos em relação às organizações sociais. A Lei nº 9.790 contém normas de competência da União que também incidem sobre Estados e Municípios. Um exemplo é o seu artigo 13 que prevê a possibilidade da decretação de indisponibilidade de bens da OSCIP.

2.3.2. Regime dos Agentes

Além da previsão contida no parágrafo único do artigo 4º da Lei nº 9.790, que admite a participação de servidores públicos no conselho da OSCIP, o referido diploma legal não trata expressamente da cessão de servidores. A despeito da omissão, não vemos motivos para que isso seja vedado caso, por exemplo, o termo de parceria celebrado autorize a cessão com ônus para a origem.

Sob outro enfoque, uma crítica merece ser feita quanto ao regime de retribuição pecuniária dos dirigentes das OSCIPs. Não há limites objetivos para o recebimento de elevados salários. Embora a Lei nº 9.790 (inciso iv do artigo 10) exija o detalhamento das remunerações e dos benefícios de pessoal pagos com recursos oriundos ou vinculados ao termo de parceria aos diretores, empregados e consultores da OSCIP, o dispositivo carece de um maior rigor e precisão. Admite-se, em tese, o mero detalhamento de uma elevada retribuição, o que é uma medida inócua. É bem verdade que, conjuntamente com esse dispositivo, será preciso observar o artigo 4º, vi, da Lei nº 9.790, que contém previsão de que os valores praticados no mercado devem ser observados. A despeito do intento dessa última previsão normativa ser o de evitar abusos, a falta de rigidez, por inexistir um limite exato, continua a facilitar a violação do princípio da moralidade.

2.3.3. Regime dos Bens

Assim como ocorre com as organizações sociais, os bens adquiridos pelas OSCIPs são bens privados e podem, como regra geral, ser livremente alienados. Há,

⁴³ *Ibidem*, p. 410.

todavia, situações em que o bem se tornará inalienável. Sempre que a aquisição de um bem imóvel for feita com recursos provenientes da celebração do termo de parceria, o bem ficará gravado com a cláusula de inalienabilidade (artigo 15 da Lei nº 9.790).

É oportuno rememorar que a Lei nº 9.790 (inciso *iv* do artigo 4º) preceitua que, havendo dissolução da entidade, o seu patrimônio será transferido a outra pessoa jurídica qualificada como OSCIP, o que acaba resguardando a afetação dos bens da entidade. Efeito semelhante ocorre diante da perda da qualidade de OSCIP, ocasião em que os bens da entidade adquiridos com recursos públicos também serão transferidos a outra OSCIP (inciso *v* do mesmo artigo 4º).

Quanto aos bens de origem pública recebidos pelas OSCIPs, eles serão submetidos ao controle e ao regime de prestação de contas previstos no artigo 70 da Constituição da República (artigo 4º, inciso *vii*, alínea *d* da Lei nº 9.790).

2.3.4. Regime de compras e alienações

O artigo 14 da Lei nº 9.790 volta sua atenção para o procedimento a ser seguido nas compras realizadas pelas OSCIPs. O dispositivo expressamente prevê que a OSCIP fará publicar, no prazo máximo de trinta dias, contados da assinatura do termo de parceria, regulamento próprio contendo os procedimentos que adotará para a contratação de obras e serviços, bem como para compras com emprego de recursos provenientes do Poder Público, observados os princípios estabelecidos no inciso *i* do art. 4º⁴⁴ desta Lei.

Aqui renovamos o comentário de que, ainda que o dispositivo normativo não apresente os contornos mínimos para o procedimento de contratação, a preocupação com o tema merece aplausos, especialmente por exigir a observância de variados princípios constitucionais na elaboração do procedimento licitatório.

2.4. Entidades de Apoio

Além dos serviços sociais autônomos e das entidades previstas nas Leis nº 9.637 e 9.790, existem outras pessoas jurídicas que também apóiam a Administração Pública no exercício de suas atividades primordiais, especialmente as de ensino.

⁴⁴ Lei nº 9.790. Artigo 4º. *Atendido o disposto no art. 3º, exige-se ainda, para qualificarem-se como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, que as pessoas jurídicas interessadas sejam regidas por estatutos cujas normas expressamente disponham sobre: i - a observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e da eficiência.*

Em relação a essas pessoas, não há um tratamento legal consolidado como aquele existente para as demais integrantes do Terceiro Setor. Essas entidades de apoio vêm sendo criadas na prática pelos particulares sem uma regulamentação precisa.

No âmbito federal, a Lei nº 8.958/94 diminuiu um pouco essa característica ao dispor sobre a relação jurídica entre as instituições de ensino superior e de pesquisa científica e tecnológica e as fundações de apoio.

O referido diploma veio para criar mecanismos de controle em relação a essas entidades de apoio, de modo a evitar a prática de ilegalidades. A lei surge após a declaração do Tribunal de Contas da União de que os vínculos estabelecidos entre as entidades de apoio e as universidades federais seriam ilegais (D.O.U. de 25/11/92, Seção 1, p. 16.302 a 16.305). Em sua decisão, a Corte de Contas entendeu que as entidades de apoio criadas sem qualquer destinação de recursos públicos não precisariam prestar contas. Por outro lado, essas entidades ficariam proibidas de utilizar servidores, bens móveis e imóveis públicos. Criticou-se, ainda, na mesma ocasião, como bem destacado por Maria Sylvia di Pietro, a possibilidade de servidores terem “*acesso a uma complementação financeira por via oblíqua*” e o fato de se “*viabilizar a admissão de recursos humanos, a compra e a estocagem de materiais longe dos controles oficiais, embora às custas da verba pública*”.⁴⁵

A função da Lei nº 8.958 foi, portanto, a de sanar um excesso de liberdade que essas entidades gozavam.

As entidades de apoio têm como finalidade precípua mitigar os transtornos próprios da Administração Pública. Apagam-se, por meio dessas entidades, as desvantagens da Administração (como a necessidade de realização de licitação) e são realçadas as vantagens da iniciativa privada (v.g.: a receita da entidade não é direcionada para o caixa único do Tesouro etc.) e as da própria Administração (v.g.: bens públicos são utilizados, servidores são cedidos etc.).

Usualmente as entidades de apoio têm recebido a forma de fundação, associação ou de cooperativa, mas sempre devem ser constituídas sem fins

⁴⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública. Concessão. Permissão. Franquia. Terceirização e outras Formas*. 4ª edição Revista e Ampliada. São Paulo: Atlas, 2002, p. 228.

lucrativos. Conforme Maria Sylvia di Pietro assevera, o vínculo jurídico criado entre a Administração e a entidade de apoio se dá normalmente mediante convênio, que terá, dentre outras funções, a de dispor acerca da utilização de bens públicos e da cessão de servidores.⁴⁶

Como ocorre em relação às demais entidades do Terceiro Setor, as entidades de apoio não prestam serviços públicos. Elas realizam uma atividade privada de interesse da coletividade e que é fomentada pelo Poder Público.

As entidades de apoio têm recebido profundas críticas da doutrina,⁴⁷ pois acabam por permitir o esvaziamento de normas constitucionais relacionadas com a moralidade administrativa. No dizer de Maria Sylvia:

“seria necessário que o legislador estabelecesse um mínimo de normas sobre tais entidades, não para igualá-las às entidades da Administração Pública, mas para submetê-las a regime jurídico semelhante ao dos serviços sociais autônomos. Poderiam sujeitar-se ao direito privado, porém parcialmente derogado por normas de direito público, com o objetivo de melhor proteger o patrimônio público que elas administram. Bastaria que a referida Lei nº 8.958/94 tivesse alcance mais amplo, de modo a abranger todas as entidades de apoio”.⁴⁸

No que concerne ao controle financeiro dessas entidades, acompanhamos o entendimento de Maria Sylvia di Pietro que defende a obrigatoriedade de que elas prestem contas ao Poder Público. Segundo a referida jurista, *“a prestação de contas tem que ser feita, independentemente de tratar-se de convênio ou contrato e independentemente da natureza da entidade de apoio, tendo em vista o alcance da norma do art, 70, parágrafo único da Constituição Federal”*.⁴⁹

⁴⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 15ª edição. São Paulo: Atlas, 2003, p. 417.

⁴⁷ Maria Sylvia di Pietro tece severas críticas em relação a essas entidades. *Ibidem*, p. 418.

⁴⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública. Concessão. Permissão. Franquia. Terceirização e outras Formas*. 4ª edição Revista e Ampliada. São Paulo: Atlas, 2002, p. 418.

⁴⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia. *Parcerias na Administração Pública. Concessão. Permissão. Franquia. Terceirização e outras Formas*. 4ª edição Revista e Ampliada. São Paulo: Atlas, 2002, p. 231.

A contratação das entidades de apoio pode ser feita com base no que dispõe o inciso *xiii* do artigo 24 da Lei nº 8.666.⁵⁰ Vale dizer, a contratação pode ser feita com dispensa de licitação. Quanto ao tema, é preciso lembrar que, no âmbito das instituições federais de ensino, há previsão expressa na Lei nº 8.958 (artigo 1º) admitindo a dispensa nos moldes da Lei nº 8.666, devendo o contrato ser celebrado por prazo determinado.

2.4.1. Regime dos Agentes

As entidades de apoio possuem empregados próprios. Seus agentes não são públicos, sendo elas pessoas de direito privado que não fazem parte da Administração e nem prestam serviços públicos. Eles não precisam ser aprovados em concurso público. Sem embargo, é bem comum que servidores públicos prestem serviços para essas entidades.

Em relação à remuneração desses agentes, também há o que se criticar. Maria Sylvia di Pietro afirma, e com razão, que *"a própria situação dos servidores públicos que trabalham nesses entes de apoio resvala com a ilegalidade e a imoralidade. Embora, literalmente, não acumulem cargos, empregos ou funções, porque uma das entidades em que prestam serviços é particular, na realidade os vencimentos que recebem da entidade pública e o salário que recebem do ente de cooperação são, em última análise, oriundos dos cofres públicos"*.⁵¹

É preciso lembrar que o artigo 4º da Lei nº 8.958 admite a participação de servidores federais das instituições federais de ensino nas atividades realizadas pelas entidades de apoio. No entanto, o §2º do mesmo dispositivo legal veda o trabalho desses servidores nas entidades de apoio durante a jornada de trabalho, salvo quando se tratar de uma colaboração esporádica. A seguir, no §3º do artigo 4º da Lei nº 8.958, há vedação de utilização das entidades de apoio para a contratação de pessoal administrativo, de manutenção, docentes ou pesquisadores para prestarem serviços ou para que atendam necessidades de caráter permanente das instituições federais de ensino. Com essa regra, ficam valorizados os servidores públicos.

⁵⁰ Lei nº 8.666. Artigo 24 - É dispensável a licitação: (...)

XIII - na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e que não tenha fins lucrativos.

⁵¹ *Ibidem*, loc. cit..

2.4.2. Regime dos Bens

O patrimônio das entidades de apoio é patrimônio privado. Seus bens não se confundem com os bens públicos ainda que estejam desempenhando uma função de interesse público.

Muito embora seus bens sejam essencialmente privados, as entidades de apoio costumam fazer uso de bens públicos no desempenho de suas funções. Uma entidade de apoio a uma universidade pública pode, por exemplo, utilizar salas de aula da universidade para os seus cursos. A própria Lei nº 8.958 permite, em seu artigo 6º, a utilização pelas entidades de apoio de bens da instituição federal de ensino. No entanto, a lei exige que a utilização ocorra pelo prazo estritamente necessário à elaboração e execução do projeto de ensino e mediante ressarcimento.

2.4.3. Regime de compras e alienações

Como regra geral, as entidades de apoio, como entidades privadas que são, não precisam observar o procedimento da Lei nº 8.666/93. No entanto, no âmbito federal, a Lei nº 8.958 limitou a liberdade dessas entidades nesse assunto. As entidades de apoio previstas pela Lei nº 8.958 deverão, na execução de convênios, contratos, acordos ou ajustes que envolverem a aplicação de recursos públicos, observar a legislação federal que institui normas para licitações e contratos da Administração Pública, isto é, a Lei nº 8.666. Essa é a previsão contida no inciso *i* do artigo 3º da Lei nº 8.958.

Os contratos celebrados pelas entidades de apoio que envolverem a aplicação de recursos públicos serão submetidos à fiscalização pelo Tribunal de Contas da União e pelo órgão de controle interno competente (artigo 3º, *iv*, da Lei nº 8.958).

3. Responsabilidade estatal pelos atos das entidades do Terceiro Setor

As Leis nº 9.637 e 9.790 são omissas em relação ao tema e, por este motivo, a atenção deve ser voltada para o texto constitucional, mais especificamente para o art. 37, §6º, da Carta Magna. De acordo com o consagrado dispositivo, a responsabilidade estatal ou a das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público é objetiva, vale dizer, independe da comprovação de dolo ou culpa.

As entidades do Terceiro Setor atuam incentivadas pelo fomento público. O Estado incentiva a realização de inúmeras atividades de interesse público. Todavia, os serviços prestados pelo Terceiro Setor não se enquadram como serviços públicos. Há, na realidade, atividade privada estimulada pelo Estado. Sendo assim, fica afastada a incidência do art. 37, §6º, da Constituição em relação a essas entidades, uma vez que elas não prestam serviços públicos, não são pessoas de direito público e nem mesmo integram a Administração Pública. Com efeito, essas características também são capazes de, via de regra, retirar do Estado eventual responsabilidade pelos seus atos, seja ela primária ou subsidiária. Acompanhando esse raciocínio, o artigo 5º da Lei nº 8.958 veda a assunção pelas instituições federais de ensino de qualquer tipo de responsabilidade pelo pessoal contratado pelas entidades de apoio. De acordo com o direito positivo, portanto, caberá à entidade de apoio, e não à instituição federal de ensino, responder pelos atos praticados pelo pessoal que contratar.

O fato de a Administração Pública possuir agentes seus no Conselho de Administração da organização social ou de eventualmente possuir servidores no Conselho das OSCIPs (o que é facultativo neste último caso) ou de qualquer outra pessoa integrante do Terceiro Setor não é fato suficiente, por si só, para atrair a responsabilidade estatal. Para os fins de atribuição da responsabilidade, inexistindo dolo ou culpa específica de um indivíduo, a vontade a ser comumente considerada é a do Conselho de Administração e não a de cada conselheiro isoladamente.

Sem embargo, é bem verdade que a prática de atos dolosa ou culposamente lesivos pelos conselheiros indicados pelo Estado pode eventualmente surtir, a nosso juízo, efeitos em relação ao patrimônio estatal. Uma conduta dolosa ou culposa de um conselheiro indicado pelo Estado e que cause prejuízos pode obrigar o Estado a responder. Nesse caso, a responsabilidade deve existir quando o Conselheiro agir na qualidade de agente público, atuar como órgão estatal e defensor dos interesses do Estado. Nessas circunstâncias, sua conduta lesiva deve ser reparada, de forma solidária, por ele próprio (subjeticamente) ou pela Administração (objetivamente).⁵²

Coisa distinta ocorre, a nosso sentir, quando o ato lesivo é praticado por agente público cedido para atuar nas entidades do Terceiro Setor, conforme autoriza,

⁵² Em sentido diverso, posiciona-se Sílvio da Rocha, para quem "a participação do Estado no Conselho de Administração não acarreta a responsabilidade estatal, mesmo que subsidiária, por atos da organização social já que, em última análise, os atos foram praticados pela pessoa jurídica, e não pela pessoa física". Ibidem, p. 164.

por exemplo, o art. 14 da Lei nº 9.637/98. O agente público cedido passa a atuar sob a vigilância e supervisão da organização social. O Estado deixa de ter uma ingerência direta em relação aos atos praticados por essas pessoas, uma vez que elas agem no interesse das entidades cessionárias. Sendo assim, os atos lesivos praticados por agentes cedidos devem ser reparados pelos próprios agentes ou pela organização social, mas não pelo Estado que, ainda que temporariamente, não exerce um controle por subordinação direto em relação a seu agente.⁵³ Os agentes cedidos atuam, durante a cessão, em nome e sob a responsabilidade da organização social. O Estado não pode, portanto, responder pelos atos dos seus agentes que não agiram no desempenho de uma função pública e nem na condição de agentes públicos.

Por fim, é importante destacar que o Estado sempre responderá civilmente pelos atos lesivos das entidades do Terceiro Setor quando a prática desses atos decorrer de uma omissão específica no dever estatal de fiscalizar. Se houver omissão específica no dever de fiscalizar o funcionamento e atividades das organizações do Terceiro Setor, a responsabilidade do Estado se impõe.

4. Atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário

Após o advento da Carta de 1988, a instituição que mais se fortaleceu no Brasil foi o Ministério Público. Avançando em áreas inóspitas e pouco trilhadas, o Ministério Público foi gradualmente ocupando o seu espaço no cenário público brasileiro. Ações de improbidade, ações civis públicas, termos de ajustamento de conduta e inquéritos civis são apenas breves exemplos de instrumentos postos à disposição do Ministério Público e que vêm sendo utilizados eficazmente.

O Terceiro Setor é composto por entidades que recebem substancial apoio do Estado e não é difícil imaginar as possibilidades de fraudes nesse campo. Daí a extrema relevância de uma atuação intensa dos membros do Ministério

⁵³ O tema é polêmico e, em sentido contrário ao que afirmamos, há o pensamento de Sílvio da Rocha, para quem "a cessão de servidores à organização social não desonera a Administração do dever de vigiar seus servidores. (...) Desta forma, há responsabilidade da Administração por atos que o agente (servidor ou empregado) cedido à organização social venha a cometer e que causem danos a terceiros, ainda que estes atos tenham sido praticados conforme a orientação recebida da organização social a que o servidor está submetido. Existe, nesta hipótese, a responsabilidade solidária entre a organização social e o Poder Público". *Ibidem*, p. 164.

Público no controle dos atos dessas entidades. Apenas com uma fiscalização perene e comprometida do Ministério Público é que o Terceiro Setor terá credibilidade. O papel dos Promotores de Justiça e dos Procuradores da República em conjunto com o dos Juizes é tão importante nesse caso quanto o fomento do Poder Executivo. O mero repasse de recursos pelo Estado não é algo satisfatório. É preciso que os recursos públicos entregues aos particulares pelo Poder Executivo efetivamente se dirijam às finalidades específicas que justificaram sua entrega.

Nas Leis nº 9.637 e 9.790 há previsão expressa acerca dos poderes conferidos ao Ministério Público para requerer a decretação da indisponibilidade e seqüestro de bens. Os artigos 10 da Lei nº 9.637 e 13 da Lei nº 9790 prevêm que, havendo indícios de malversação de recursos de origem pública, o Ministério Público e a Advocacia-Geral da União deverão ser comunicados. Cientes da malversação, os representantes da Advocacia-Geral da União e do Ministério Público poderão requerer ao juízo competente a decretação da indisponibilidade dos bens da entidade e o seqüestro dos bens dos seus dirigentes, bem como de agente público ou terceiro que possam ter enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público, sem prejuízo de outras medidas previstas na Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92).

Quanto às entidades de apoio, cremos que o Ministério Público e o Poder Judiciário também deverão desempenhar regularmente suas funções institucionais. Por serem instituições privadas que recebem recursos públicos, o Ministério Público e o Poder Judiciário deverão agir sempre que houver falta de zelo com o patrimônio de origem pública. Vale lembrar, por oportuno, que o inciso *i* do artigo 2º da Lei nº 8.958 preceitua que o Ministério Público deverá fiscalizar as entidades de apoio das instituições federais de ensino.

Nesse contexto, incumbe ao Poder Judiciário efetuar, após a devida provocação, um comprometido controle da legalidade, moralidade e da razoabilidade dos atos praticados pelas entidades do Terceiro Setor. O sucesso dessas entidades, portanto, ao menos das que possuem um projeto legítimo de existência, depende, por inúmeras vezes, de uma eficaz atuação jurisdicional provocada pelo Ministério Público.

Conclusões

i) O Terceiro Setor é essencialmente composto por entes que, sem finalidade lucrativa, fazem parte da iniciativa privada e são fomentados pelo Estado. A partir da metade da década de 90, o Terceiro Setor foi incrementado no Brasil em razão do afastamento do Estado de inúmeras atividades econômicas e da prestação direta de serviços públicos;

ii) A legislação aplicável ao Terceiro Setor ainda não recebeu no Brasil uma consolidação, havendo distintos diplomas legais para o tratamento do tema. A ausência de uniformidade na regulamentação do setor cria um ambiente de instabilidade propício à ocorrência de fraudes;

iii) O regime jurídico atualmente aplicável às entidades do Terceiro Setor ainda permite a violação de princípios constitucionais relevantes como os da moralidade, razoabilidade e da transparência. Por esse motivo, cremos ser recomendável a consolidação das normas que dispõem sobre o Terceiro Setor, a fim de que uma única lei possa prever um regime jurídico mais rígido para essas entidades;

iv) É preciso destacar que a atividade de fomento deve ocorrer levando em consideração o princípio da indisponibilidade dos recursos públicos. As injeções de recursos públicos no Terceiro Setor precisam ser adequadamente medidas e severamente controladas. Nesse contexto, o Ministério Público e o Poder Judiciário devem ser capazes de obstar o desvio de recursos e a concessão indiscriminada de títulos e benefícios indevidos a entidades do Terceiro Setor.

BIBLIOGRAFIA

- CARVALHO FILHO**, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 11ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- DI PIETRO**, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 15ª edição. São Paulo: Atlas, 2003.
- _____. *Parcerias na Administração Pública. Concessão. Permissão. Franquia. Terceirização e outras Formas*. 4ª edição Revista e Ampliada. São Paulo: Atlas, 2002.
- FALCONER**, Andrés Pablo. *A promessa do Terceiro Setor*. <http://www.icd.org.uy/mercursos/informe/2000/falconer1.html>. Acesso em: 11 de outubro de 2004.
- GASPARINI**, Diógenes. *Direito Administrativo*. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2004.
- MEDAUAR**, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- MEIRELLES**, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 21ª edição. São Paulo: Malheiros, 1996.
- MODESTO**, Paulo. *Reforma do marco legal do Terceiro Setor no Brasil*. <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=474>. Acesso em: 1º de novembro de 2004.
- MOREIRA NETO**, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 13ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- ROCHA**, Sílvio Luís Ferreira da. *Terceiro Setor*. Coleção Temas de direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2003.
- SILVANO**, Ana Paula Rodrigues. *Fundações Públicas e Terceiro Setor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

Direito Administrativo

Sentenças e decisões

VALIDADE NA UTILIZAÇÃO DA *INTERNET* EM CONCURSOS PÚBLICOS

Elmo Gomes de Souza

Juiz Federal Substituto da Vara Federal Única de Teresópolis

Com a disseminação da rede mundial de computadores e possibilidade de transmissão de informações de forma mais célere, sua utilização, como ferramenta em concursos públicos, ocorre cada vez mais.

O problema surge quando o *internet* é posta como um substitutivo da comunicação oficial do Poder Público, no caso, o Diário Oficial. Na sentença a seguir é discutida esta possibilidade, para ao final se dar como válido um comunicado de suspensão de uma prova de seleção através da *internet*. São discutidas questões afetas aos princípios da impessoalidade, moralidade e eficiência, norteadores da Administração Pública, além da razoabilidade em sua operacionalização, visto que não será em todos os casos que a rede mundial de computadores será a mais indicada para facilitar a realização de um (sempre problemático) concurso público.

JUIZADO / OUTRAS

PROCESSO Nº: 2004.51.65.001182-2

PARTE AUTORA: ANDERSON COSTA

PARTE RÉ: UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

S E N T E N Ç A (tipo 2)

Relatório

ANDERSON COSTA ajuíza ação, com rito ditado pela Lei dos Juizados Especiais Federais, em face da **UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA**, objetivando seja a ré condenada ao pagamento de danos materiais no valor de R\$ 432,03, acrescidos de R\$ 7.800,00 a título de compensação por dano moral.

Alega que se inscreveu no concurso público da Polícia Federal, com opção de realização das provas na cidade de Porto Alegre (RS), sendo que a ré, através

do boletim informativo remetido ao autor em 12.06.04 transmitia que as provas seriam aplicadas no dia 20.06.04 na Faculdade Porto Alegrense de Educação, Ciências e Letras. O autor recebeu o boletim no dia 17.06.04 e no dia seguinte viajou para Porto Alegre. No dia da prova, o autor compareceu ao local em que as mesmas seriam aplicadas, mas constatou que a faculdade estava fechada.

Posteriormente tomou conhecimento de que a ré adiou as provas para o dia 22.08.04, reabrindo as inscrições para o concurso, recadastramento etc. Assim, em razão do frustrante deslocamento do autor ao local das provas, por culpa exclusiva da ré, que não adotou as providências no sentido de comunicar com antecedência a alteração da data da realização das provas, deve esta ser condenada a título de danos materiais e morais.

A inicial de fls. 2/5 veio acompanhada dos documentos de fls. 6/11.

Contestação da parte ré às fls. 20/25, alegando que consta no Edital do concurso que é responsabilidade do candidato acompanhar as publicações e os comunicados divulgados pela instituição-ré. Em que pese ter recebido o comunicado no dia 17.06.04, foi noticiado na página eletrônica, através de nota oficial, que a prova do dia 20.06.04 estava sendo adiada temporariamente, por problemas técnicos, ou seja, todos os cuidados foram tomados para que a informação fosse amplamente divulgada. O que se verifica, na verdade, é a omissão do autor que deixou de acompanhar os editais e comunicados, não merecendo prosperar a sua alegação de que se sentiu prejudicado. Juntou documentos (fls. 26/80).

É o relatório. Decido.

Fundamentação

Inicialmente, é de se repelir a eventual nulidade contida na carta precatória, noticiada à fl. 16, exatamente porque o ato de citação completou-se em sua inteireza, com conhecimento da demanda pela parte ré e o oferecimento, no prazo legal, de sua defesa. Ademais, não há se declarar a nulidade caso o ato tenha alcançado sua finalidade (art. 244 do CPC).

Os fatos são de fácil percepção. Trata-se de candidato que recebeu cartão de confirmação das datas e locais das provas (fl. 8), posteriormente revogada pela própria Administração Pública, que adiou a data anteriormente fixada. Este ato de revogação, pelo que informa o autor, não lhe foi transmitido pela parte ré, razão pela qual teve despesas, sofrendo também dano moral.

Sobre a arcabouço jurídico, os autos trazem interessante questão acerca de se utilizar a rede mundial de computadores (*internet*) como instrumento hábil de comunicação oficial a candidatos inscritos em concurso público.

Antes, porém, esclarecemos mais alguns fatos que se tornarão importante na resolução da pendenga.

A solução deste feito passa necessariamente pela apreciação de dois pontos fundamentais:

1 - se a comunicação da data de provas, adiamento, divulgação de notas através da rede mundial de computadores está prevista no edital do concurso, e;

2 - ainda que conste do edital, se tal proposição é capaz de validar o ato administrativo praticado.

Como se sabe, estamos em plena fase de revolução na informação. Os meios de comunicação nunca viram tanta velocidade na modificação de padrões, modos, instrumentos. Apesar do turbilhão de opções que crescem a cada dia, é negável que a sociedade vem incorporando em suas vidas estas novas tecnologias com a finalidade de tornar a vida mais lenitiva, embora a finalidade do bem-estar esteja muito longe de ser alcançada (sendo que às vezes esta mesma revolução impõe infortúnios a muitos de nós).

A massificação da telefonia celular e, em menor escala, a familiarização com a rede mundial de computadores (*internet*), vêm se fazendo sentida em nossa sociedade. Hoje, são poucos os que não possuem telefone móvel, que ultrapassou o quantitativo de telefones fixos e conseguiu penetrar inclusive na classe mais baixa da população. Da mesma maneira a *internet*, esta apenas com o desconforto de utilizar-se de um meio ainda não tão acessível à população (computador), devido a seus custos.

Entretantes, são comuns cada vez mais - inclusive em cidades do interior - estabelecimentos especializados que permitem a qualquer um o acesso à *internet*, ou Prefeituras Municipais que em suas políticas públicas incluem a acessibilidade de tal tecnologia à população.

A Administração Pública não fez ouvidos moucos a esta vicissitude. Hoje, o cidadão pode se inscrever em muitos concursos públicos utilizando-se tão-somente da *internet*. Os Juizados Especiais Federais virtuais são realidade em todas as Regiões. Inclusive no âmbito do Tribunal Regional Federal da 2ª Região se implementou durante certo tempo e em caráter piloto a intimação eletrônica para os advogados. A Lei nº 9.800/99 permite, em processo judicial, a utilização de sistema de transmissão de dados para a prática de atos processuais que dependam de petição escrita.

No caso em tela, é de se perquirir se a forma de intimação à parte autora acerca do cancelamento das provas (através de comunicado veiculado através da página eletrônica da organizadora do concurso) é válida.

A acessibilidade dos cargos, empregos e funções públicas aos brasileiros e estrangeiros (art. 37, I, CF/88) é operacionalizada através da realização de concurso público de provas ou de provas e títulos (art. 37, II, CF/88). E este concurso público teve conter regras claras acerca de todas as suas fases, em respeito aos princípios da impessoalidade, moralidade e da igualdade, com vistas a “colocar na mesa” regras objetivas, claras, sem dubiedades ou incertezas. É por isto que já se disse que:

“Sem dúvida, estas disposições [do art. 37, I e II da CF/88] têm o condão de evitar a discriminação, o privilegiamento, o nepotismo, o clientelismo. Mas também asseguram os princípios e as garantias fundamentais.

Em nosso país, o preenchimento dos cargos e empregos públicos tem uma triste tradição de nepotismo; cargos e empregos constituíam uma espécie de moeda de grande valor e prestígio, eleitoral e eleitoreiro. Tal fato muito contribuiu para a ineficiência e descrédito do serviço público, pouco profissionalizado e muito aviltado.

O princípio da impessoalidade, neste dispositivo constitucional, externa suas facetas de vedação de discriminação, de privilégios e, ao mesmo tempo, destaca sua natureza de princípio da finalidade pública, pois o concurso público objetiva selecionar e recrutar o mais apto, o mais qualificado para o serviço.”

(ZAGO, Livia Maria Armentano Koenigstein. *O Princípio da Impessoalidade*. Rio de Janeiro : Renovar. 2001, p. 202)

Desse modo, numa primeira etapa, para se considerarem válidas as comunicações de todas as etapas do concurso através de meios eletrônicos, mister que tal hipótese esteja prevista no Edital do concurso, que é a sua lei própria, sob pena de considerar tal expediente manifestamente impréstatível.

No caso em tela, a comunicação sobre as etapas do concurso pela *internet* está prevista no edital:

"6.3. Os locais e os horários de realização das provas objetivas serão publicados no Diário Oficial da União, afixados nos quadros de avisos do CESPE, Campus Universitário Darcy Ribeiro, Instituto Central de Ciências (ICC), ala norte, subsolo, Asa Norte, Brasília/DF, e divulgados na Internet, no endereço eletrônico <http://www.cespe.unb.br>, na data provável de 8 ou 9 de junho de 2004. São de responsabilidade exclusiva do candidato a identificação correta de seu local de realização das provas e o comparecimento no horário determinado.

6.4. Não serão dadas, por telefone, informações a respeito de datas, de locais e de horários de realização das provas. O candidato deverá observar rigorosamente os editais e os comunicados a serem divulgados na forma do subitem 6.3 do edital." (fl. 54, com grifo meu).

Assim, é de se considerar, num primeiro momento, válido o expediente utilizado pela parte ré de comunicar o adiamento da prova através da *internet*. À fl. 26, há uma nota de esclarecimento expondo os motivos do adiamento das provas, sendo que este adiamento foi comunicado através do edital nº 14/04 - DGP/DPF, de 16 de junho de 2004 (fl. 27). Estes comunicados estão até hoje estampados na internet, no endereço http://www.cespe.unb.br/concursos/PFADMINISTRATIVO2004/arquivos/ED_2004_PF_14_ADIAMENTO1.PDF¹, não havendo a parte autora manifestar sua surpresa, desconhecimento ou abalo moral.

Apenas complementando o que foi dito no início desta fundamentação, a *internet* torna-se valiosa para fins de comunicação (em favor da Administração Pública e do próprio concursando), visto que é rápida, econômica, segura e cômoda, possuindo inegáveis vantagens em relação à figura (de ficção) do Diário Oficial da União, pois estes em muitos lugares é iminentemente restrito (só é vendido ou pode ser consultado em um único ponto) ou nem mesmo é levado a muitos Municípios do território nacional, sendo consultado apenas por aqueles que assim o devem fazer por

¹ Consulta realizada por este magistrado na data de 28.03.2005.

dever de ofício. Além disto, o princípio da eficiência, previsto no art. 37, *caput* da CF/88 e muitas das vezes invocado em face do seu desrespeito pela Administração Pública, vem, mais do que nunca, plenamente atendido, pois imprevistos de última hora podem ser comunicados aos interessados num curto espaço de tempo e com um custo mínimo para a Administração.

Mas para a validade desta modalidade de comunicação eletrônica é preciso ainda que se lembre do princípio da razoabilidade, que manda que se adote medidas dentro de critérios lógicos e sensatos. A doutrina assim se pronuncia a respeito:

“Enuncia-se com este princípio que a Administração, ao atuar no exercício de discricção, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosa das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida. Vale dizer: pretende-se colocar em claro que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas - e, portanto, jurisdicionalmente invalidáveis - , as condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da discricção manejada.”

(BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 14ª edição. São Paulo : Malheiros. 2002, p. 91)

Não basta que a comunicação pela *internet* esteja prevista no edital para que tal expediente fique validado. Mister, ainda, que este parâmetro seja razoável dentro das especificidades do concurso a ser realizado, pois nem sempre será possível (ou recomendável) a utilização desta praxe.

Imaginemos que uma Prefeitura Municipal do interior de um dos Estados do Nordeste resolva levar a cabo um concurso público para um cargo onde se exija baixa escolaridade (v.g., servente) e no edital do concurso venha disposição semelhante a posta pela parte ré. Neste caso específico, a utilização da *internet* como meio de comunicação idôneo e previsto no edital poderá ser facilmente contestado, dado que é desarrazoado, nas circunstâncias em que foi aplicada. Ora, é sabido que nos rincões de nosso País, a denominada inclusão digital é totalmente inexistente. Além disto, o concurso é dirigido basicamente para a camada mais pobre de uma localidade que comprovadamente é mais carente, inclusive de informação.

Ainda, o alcance do concurso (limitado a um Município do interior do País) torna mais fácil para a Administração Pública a comunicação de eventuais suspensões ou adiamentos, o que pode ser feito através de jornais locais, edifícios públicos, rádios e também, pelo (pouco lido) Diário Oficial do Estado.

Assim, teremos situações distintas onde se poderá ter-se como válido (mesmo porque razoável) comunicações através da *internet* e em outros casos elas serão totalmente desaconselhadas, podendo mesmo ser declarada como nula cláusula neste sentido, através do Poder Judiciário. É claro que a resposta a este mesmo problema seria diferente caso estivessemos cuidando do concurso público para provimento do cargo de Procurador da cidade de São Paulo, que pressupõe seja concorrido por pessoas que já assimilaram a denominada “inclusão digital”.

Nestes autos, o autor se inscreveu para o cargo de agente administrativo da Polícia Federal que, por óbvio, envolve a aplicação de prova para pessoas em todo o território nacional, sendo um dos concursos públicos mais disputados do País e realizados por uma das instituições mais notórias e eficientes em matéria de organização de concurso público (CESPE-UNB), sendo que se exige do candidato a comprovação de conclusão de curso de nível médio ou equivalente (fl. 36). Tratando-se de concurso deste porte, dirigido para uma camada de população que tem possibilidades de acesso à *internet*, e cuja operacionalização é racional, com vantagens para o candidato e para a Administração Pública, é de se considerar razoável a comunicação das provas através de meio eletrônico.

Por fim, não há se falar em eventual desatendimento ao princípio da legitimidade ou da falta de motivação, uma vez que houve motivação suficientemente para o ato de adiamento (candidatos que se inscreveram para cargos inexistentes em localidades escolhidas, erro no preenchimento da GAR/FUNAPOL, inscrição com CPF incorreto ou com dados desatualizados na Receita Federal, o que fez com que houvesse uma possibilidade de inscrições incorretas, com visível problemas na aplicação da prova). Vale lembrar que a prova prevista para o dia 20 de junho de 2004 foi adiada por ato datado de 16 de junho de 2004, ou seja, em data anterior a viagem da parte autora, que se deu em 18 de junho de 2004.

Por tudo isto, é de se considerar correta a argumentação da parte ré de que “o que se verifica é a omissão do autor que deixou de acompanhar os editais e comunicados, caracterizando, na presente situação, sua culpa exclusiva pelo episódio” (fl. 24).

Dispositivo

Isto posto, nos autos do feito em epígrafe, **JULGO IMPROCEDENTES** os pedidos de condenação em danos materiais e morais formulados pela parte autora, nos termos da fundamentação.

Sem condenação em custas e honorários advocatícios, por força do art. 55 da Lei nº 9.099/95, subsidiariamente aplicado. Após o prazo *in albis* para recursos, dê-se baixa e arquite-se.

P.R.I.

Teresópolis, 29 de março de 2005.

ELMO GOMES DE SOUZA

Juiz Federal Substituto da Vara Federal de Teresópolis

INEXISTÊNCIA DE RESPONSABILIDADE CIVIL DO BANCO CENTRAL DO BRASIL POR ALEGADOS DANOS MATERIAIS E MORAIS DECORRENTES DE SUA ATUAÇÃO DURANTE O REGIME DE ADMINISTRAÇÃO ESPECIAL TEMPORÁRIA E A LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL DO EXTINTO BANCO NACIONAL. AUSÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE A ATUAÇÃO DA AUTARQUIA E EVENTUAIS PERDAS SOFRIDAS PELA MASSA.

Eugênio Rosa de Araújo

Juiz Federal Titular da 17ª Vara Federal

No caso em comento, o BACEN limitou-se a, de forma esdrúxula, agir em acordo com a multiplicidade e a simultaneidade de funções que lhe são cometidas, com base na lei 4.595/64 (lei dos bancos), como “banco dos bancos”, como órgão governamental promotor do denominado Raet e da liquidação extrajudicial, nos termos da lei 6.024/74 e do decreto-lei 2.321/87 e, ainda, como órgão executor do Proer, regulado pela lei 9.447/97.

AÇÃO ORDINÁRIA

PROCESSO Nº: 2003.5101008117-2

AUTORES: EMPRESA BRASILEIRA DE PARTICIPAÇÕES CEBEPÊ LTDA.,
NAC-ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÕES LTDA.,
MARCOS CATÃO DE MAGALHÃES PINTO,
EDUARDO CATÃO DE MAGALHÃES PINTO,
FERNANDO CATÃO DE MAGALHÃES PINTO e
ANA LUCIA CATÃO DE MAGALHÃES PINTO

RÉU: BANCO CENTRAL DO BRASIL

S E N T E N Ç A

EMPRESA BRASILEIRA DE PARTICIPAÇÕES CEBEPÊ LTDA., NAC-ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÕES LTDA., MARCOS CATÃO DE MAGALHÃES PINTO, EDUARDO CATÃO DE MAGALHÃES PINTO, FERNANDO CATÃO DE MAGALHÃES PINTO e ANA LUCIA CATÃO DE MAGALHÃES PINTO propuseram a presente demanda em face do BANCO CENTRAL DO BRASIL, tendo sido narrados inúmeros fatos na causa de pedir, a seguir mencionados:

Que o objeto do presente feito é a declaração de responsabilidade do BACEN por diversos atos e omissões ocorridos a partir do Regime de Administração Especial Temporária (RAET), quando passou a exercer o controle da instituição, bem como o pagamento dos prejuízos daí decorrentes.

Ressaltam que são controladores do Banco Nacional, conglomerado que reúne várias empresas que sofreram, posteriormente ao RAET, a decretação da liquidação extrajudicial a seguir:

Banco Nacional - RAET 18/11/95 - liquidação 13/11/96

Banco Nacional de Investimentos - RAET 18/11/95, liquidação 18/11/97

Sinal Corretora - RAET 18/11/95, liquidação 18/11/97

Nacional Distribuidora - RAET 18/11/95, liquidação 18/11/97

Nacional Leasing - RAET 18/11/95, sem referência a liquidação extrajudicial.

Prosseguem aduzindo que o BACEN tem o dever de indenizar, posto que atuou com dolo, ou pelo menos culpa inexcusável, nas seguintes situações:

- deixou de decretar a liquidação extrajudicial do Banco Nacional, embora tenha alienado toda a atividade operacional bancária para o Unibanco, nos termos do contrato de venda de ativos, aumentando, desnecessariamente, o passivo da massa liquidanda;

- efetuou, "em seu favor", pagamentos antecipados, em prejuízo da massa liquidanda, que deixou de aplicar recursos a taxas de mercado, quando a dívida para com o BACEN, ainda não exigível, é corrigida pela variação da TR;

- administrou de forma negligente a carteira de créditos da massa contra o FCVS, cuja gestão é da CEF, pois deixou de cobrar a remuneração devida pelo fato de as instituições financeiras cedentes terem mantido esses créditos em suas carteiras de financiamento próprias (aluguel de papéis) e também não diligenciou para que esses créditos fossem homologados pela CEF;

- com a decretação do RAET em 18/11/95, o Unibanco passou a ser titular de todo o fundo de comércio do conglomerado financeiro do Nacional;

- que os ativos foram transferidos em valores muito inferiores ao seu valor de mercado, tornando impossível a normalização da situação do Banco Nacional no âmbito do RAET;

- que com a transferência da forma como foi realizada no 1º dia do RAET não houve outra alternativa ao BACEN, senão decretar a liquidação extrajudicial do Banco Nacional, a qual só foi decretada em 13/11/96, um ano após a transferência do fundo do comércio;

- O Banco Nacional e o BACEN assinaram “contrato de abertura de crédito rotativo no âmbito do PROER, sendo que os recursos mutuados pelo BACEN seriam remunerados pela TR, mais juros de 10% ao ano, em média;

- se decretada a liquidação do Banco Nacional, teriam deixado de correr juros contra a massa, nos termos do art. 18, “d”, d Lei 6.024/74;

- em face de o BACEN não ter decretado a liquidação extrajudicial, no período de novembro de 1995 a novembro de 1996, o Banco Nacional sofreu um prejuízo de 600 milhões de reais;

- que os prejuízos pela demora na decretação da liquidação extrajudicial foram ainda maiores, pois o Banco Nacional era devedor da conta “reserva bancária”, que é uma linha de assistência financeira para todas as instituições financeiras, mas sujeita a taxas de juros punitivas, acima da variação da SELIC;

- aduzem que se o Banco Nacional tivesse sua liquidação decretada antes de novembro de 1996 o débito da conta “reserva bancária” teria sido corrigido apenas pela TR, nos termos do art. 46, parágrafo único, I, do ADCT e art. 9º, *caput*, da Lei 8.177/91;

- dizem que a massa do Banco Nacional teria economizado o equivalente à diferença entre a remuneração paga acima da SELIC, na conta de reserva bancária, e a atualização da dívida pela TR, montando o percentual de 132%;

- afirmam, ainda, que durante todo o período do RAET o Banco Nacional não precisaria ter captado recursos no mercado interbancário junto à CEF, ao Banco do Brasil e ao próprio Unibanco, pagando juros elevadíssimos por esses recursos;

- prosseguem afirmando que nada justificava a prorrogação do RAET por mais de um ano, após a venda do fundo de comércio para o Unibanco, atitude que aumentou o passivo da massa liquidanda, em prejuízo dos demais credores;

- com a decretação da liquidação do Banco Nacional em 13/11/96, o BACEN atuou contra os interesses da massa liquidanda do Banco Nacional, na medida em que fez pagamentos em seu próprio benefício, violando o princípio da *par conditio creditorum*;

- não poderia a autoridade se pagar sem que estivesse elaborado o quadro geral de credores definitivos;

- que o BACEN aceitou títulos do tesouro nacional, como garantia do PROER, de outras instituições financeiras, através de contrato de cessão de direitos de crédito, sendo que foi permitido às instituições manter os títulos em custódia sem que pagassem nada à massa liquidanda;

Entendem que deve o BACEN ser condenado pelos valores que a massa liquidanda deixou de ganhar, por não ter sido exigida nenhuma contraprestação.

Do Pedido

- declarar a inexistência de relação jurídica entre o BACEN e a massa liquidanda do Banco Nacional, que permitisse ao BACEN proceder à liquidação do próprio crédito, sob o RAET ou sob a liquidação, já que impedido se encontrava de agir assim em razão de manifesto conflito de interesses entre o BACEN e Banco Nacional;

- declarar a inexistência de relação jurídica que autorizasse o BACEN a computar, no valor de seus créditos, quaisquer juros ou encargos moratórios entre 18/11/95 e 13/11/96, que excedessem à variação da TR;

- perdas e danos correspondentes aos prejuízos decorrentes da demora na decretação da liquidação extrajudicial do Banco Nacional, após a transferência de sua atividade operacional para o Unibanco, ou que se faça o montante reverter para a massa liquidanda;

- perdas e danos pelos pagamentos antecipados feitos pelo BACEN em seu próprio benefício, ou que o benefício reverta para a massa liquidanda;

- condenar o Réu a pagar à massa do Banco Nacional as perdas e danos correspondentes aos valores que razoavelmente deixou de lucrar por não ter sido cobrada qualquer contraprestação das instituições financeiras cedentes de seus créditos contra FCVS, computando-se a sua atualização pelas mesmas taxas de mercado que remuneraram os investimentos da massa liquidanda, ou que o referido montante reverta à massa liquidanda, como aporte dos Autores;

- condenação a pagar a cada um dos Autores o valor correspondente à desvalorização das suas quotas, que, em conjunto, representam o controle indireto e direto do Banco Nacional;

- danos morais, custas e honorários.

Contestação do BACEN

Na contestação do Banco Central foram levantadas as preliminares de ilegitimidade passiva deste, ilegitimidade ativa dos Autores, carência de ação dos terceiro, quarto, quinto e sexto Autores, quanto aos pedidos formulados no item **86.a, b, c, d e e**, inépcia da inicial, prescrição e, no mérito, a improcedência do pedido.

Foi apresentada réplica a fls. 910/955, arrostando as preliminares e prestigiando a petição inicial.

A fls. 1131, verso, os autos voltaram do Ministério Público Federal sem pedido de providências ou manifestação de atuar no processo.

É o relatório. Decido.

Contestação do BACEN

Rejeito a preliminar de ilegitimidade passiva do BACEN para responder por atos do conselho diretor do RAET e dos liquidantes na liquidação extrajudicial, tendo em vista o disposto no art. 16 da Lei 6.024/74, onde não se vislumbra relação de representação, mas de apresentação, como se pode ler da lição de Pontes de Miranda, nos seus Comentários ao CPC, Vol. I, pág. 318, Forense, 1974:

“Conforme temos sempre fixado, chamando atenção para as graves confusões que aparecem em leis e em livros, indiferentes à terminologia indispensável à expressão das leis e à exposição do direito, onde há órgão não há representação, nem procuração, nem mandato, nem qualquer outra outorga de poderes. O órgão é parte do ser, como acontece às entidades jurídicas, ao próprio homem e aos animais; o Presidente da República é órgão; o Governador do Estado Membro e o Prefeito são órgãos. Quando uma entidade social, que se constitui, diz qual a pessoa que por ela figura nos negócios jurídicos e nas atividades com a Justiça aponta-a como um órgão, que pode presentá-la (isto é, estar presente para dar presença à entidade de que é órgão) e, conforme a lei ou os estatutos, outorga poderes a outrem, que então representa a entidade.”

De fato, o liquidante não está no lugar do BACEN, como se representante fosse; atua como seu presentante, gerando, a teor do § 6º do art. 37 da CF/88, a responsabilidade civil da autarquia, por ato de agente no exercício das suas funções institucionais legais.

Do mesmo modo, afasto a preliminar de ilegitimidade ativa dos sócios.

Recordando Sylvio Marcondes em seus “Problemas de Direito Mercantil”, este dizia que a empresa “não existe”, mas “se exerce”; não é “um ser” - nem sujeito, nem objeto - mas “um fato”; quem é, o que existe, são o “empresário”, como sujeito, e o “estabelecimento”, como objeto. O “exercício” que o empresário faz do estabelecimento constitui, exatamente, a empresa.”

Segundo a lição autorizada de Alberto Asquini, um dos perfis da empresa é, justamente, o patrimonial e objetivo, isto é, a empresa com patrimônio “aziendal” e como estabelecimento (Revista de Direito Mercantil 104/107).

O exercício da atividade empresarial dá ensejo à aglutinação de um plexo de relações jurídicas centradas no empresário, sendo que o fenômeno econômico da empresa, refletido no terreno patrimonial, dá lugar a um patrimônio especial distinto, por seu escopo, do restante do patrimônio do empresário.

Tal patrimônio tem como característica marcante a de ser um conjunto de relações organizadas por uma força em movimento - a atividade do empresário -, que tem o poder de adquirir, por si mesma, um valor econômico; assim, tal patrimônio surge como entidade dinâmica e não estática. A este patrimônio é dado o nome de estabelecimento.

Tanto o Código Civil italiano (art. 2555) como o brasileiro (art 1142) consideram o estabelecimento como todo o complexo de bens, organizado para o exercício da empresa, por um empresário (vide Teoria do Estabelecimento Comercial, Oscar Barreto Filho, Max Limonad, 1969, pág. 75).

No caso em comento, a sociedade empresária Banco Nacional desenvolvia uma atividade empresarial (empresa) através do seu estabelecimento e este, segundo consta da exordial, foi alienado por valores abaixo do valor de mercado, trazendo malefício econômico aos proprietários da referida sociedade.

Tais considerações se enriquecem com o aresto trazido pelos Autores em réplica, com a seguinte ementa:

“O sócio majoritário e diretor de empresa submetida a liquidação extrajudicial tem legitimidade para pleitear judicialmente a anulação de atos lesivos e ilegais praticados pelo liquidante, em prejuízo do disposto no art. 18 da Lei nº 6.024/74.”

Embora consistente, porém, não merece acolhida a ilegitimidade dos controladores. Pelas mesmas razões de decidir, rejeito a preliminar de carência de ação dos terceiro, quarto, quinto e sexto Autores quanto aos pedidos formulados no item **86-a, b, c, d e e**.

Da inépcia da inicial

Ressalto a natural dificuldade em traduzir as complexas operações que ensejaram a presente demanda em explicações minudentes na causa de pedir e no pedido.

A inicial não é inepta. A redação dos itens **a, b e c** de fl. 7 não foi muito feliz para aclarar o pedido de fl. 26 (o famigerado pedido 86-a), mas o fato é que os demandantes querem ver declarada a ausência de respaldo jurídico/legal na atuação tardia do BACEN na decretação da liquidação. Se o pedido vai ser julgado procedente é outra história, agravada pelo fato de a inicial não mais poder ser indeferida, face à preclusão já operada.

Não há, pois, como prosperar a preliminar, daí porque a rejeito.

Da prescrição

Rejeito a alegação de prescrição, tendo em vista que na data de 10/02/05 não consta do *site* do BACEN como tendo terminado o processo de liquidação extrajudicial. Seria o cúmulo do absurdo não confiar numa informação de tal relevância veiculada no *site* oficial da autarquia.

Não tendo terminado o processo de liquidação não há que se falar de prescrição de pretensão ressarcitória, sendo irrelevante, por ora, questionarmos qual prazo prescricional deve ser aplicado no caso concreto - ele simplesmente não começou a correr.

Os demais argumentos fazem parte do mérito da causa e ali serão analisados com mais profundidade.

Do mérito

O processo encontra-se maduro para julgamento do mérito, sendo desnecessária qualquer dilação probatória.

Revogo a decisão de fl. 298, acatando os judiciosos argumentos de fls. 307/317 tecidos pela parte autora.

Realmente, as causas de pedir de cada uma das ações são distintas: nesta demanda pugna-se uma indenização pelos prejuízos causados pela administração ruinosa dos ativos da massa liquidanda pelo BACEN; na outra busca-se reparação pelos prejuízos decorrentes de conclusão de contrato com o Unibanco, que sequer é parte neste processo.

Deverão, assim, ser desapensados os autos da ação ordinária 2003.5101008116-0, mantendo-os, no entanto, neste Juízo, com a conseqüente comunicação desta sentença ao eminente Relator do agravo interposto a fl. 302.

No mais, o pedido deve ser julgado improcedente *in totum*, pelas razões que passo a aduzir.

Os Autores sugerem um pretense provimento declaratório negativo de existência de relação jurídica entre o Banco Central e a Massa do Banco Nacional no que pertine a liquidação de créditos próprios da autarquia, o que conflitaria com os interesses da massa, arrematando com extenso pedido condenatório de perdas e danos.

No caso em comento, o Banco Central atuou com base na lei 4.595/64 (lei dos Bancos), como “Banco dos Bancos”, como órgão governamental promotor do denominado RAET e da liquidação extrajudicial, nos termos da lei 6.024/74 e Decreto-Lei 2.321/87 e, ainda, como órgão executor do PROER, regulado pela lei 9.447/97.

Tal pluralidade de fontes legislativas, atributivas de multímodas atribuições ao Banco Central, pode ter sido a razão para que houvesse o desnecessário destaque, como pedido declaratório.

Temos em convívio harmônico no quadro geral legislativo a incidir neste feito a lei geral do sistema financeiro nacional - lei 4.595/64 -, as leis especiais que cuidam da liquidação extrajudicial e do regime de administração especial temporária - lei 6.024/74 e Decreto-Lei 2.321/87 -, bem como a lei extraordinária, de nº 9.447/97, que derroga ou corrige os demais regimes, tendo em vista que o PROER tratou da reorganização, com vistas à normalidade, do conjunto das instituições financeiras que pudessem causar dano à higidez do sistema financeiro nacional.

Tal norma de cunho extraordinário e derogatório dos regimes geral e especiais cuida de hipóteses específicas e devem todos ser acomodados no que couber, com a observância dos traços e notas específicos dos fatos normados pelo legislador em seu soberano exercício de política legislativa.

Assim, em relação às atribuições regulares do BACEN, encontram-se no art. 10 da Lei 4.595/64, dentre outras, as de determinar os depósitos compulsórios para as contas reservas (incisos III e IV), exercer o controle do crédito sob todas as suas formas, exercer a fiscalização das instituições financeiras (incisos VI e IX), conceder autorização a instituições financeiras a fim de que possam ser transformadas, fundidas, incorporadas ou encampadas (inciso X, “c”) ou praticar operações de câmbio, crédito real, venda de títulos da dívida pública federal, estadual ou municipal, ações, debêntures, letras hipotecárias e outros títulos de crédito ou imobiliários (inciso X, “d”) e efetuar, como instrumento de política monetária, operações de compra e venda de títulos públicos federais (inciso XII).

No campo da lei especial 6.024/74, onde se contextualiza o Decreto-Lei 2321/87, o Banco Central pode submeter a instituição financeira a regime de administração temporária para aferição, dentre outras atribuições, da prática reiterada de operações contrárias às diretrizes de política econômica ou financeira traçadas por lei federal, existência de passivo a descoberto, descumprimento de normas referentes à conta de Reservas Bancárias mantida no Banco Central, gestão temerária ou fraudulenta de seus administradores, ocorrência de qualquer das situações descritas no art. 2º da Lei 6.024/74 (art. 1º do DL-2321/87).

Por outro lado, conjugam-se tais diplomas com aquele da lei extraordinária 9.447/97, onde, além das atribuições já relatadas acima, dispõe o § 5º que, verificada a ocorrência de qualquer das hipóteses previstas nos arts. 2º e 15 da lei 6.024/74 e no art. 1º do DL-2.321/87, é facultado ao Banco Central, visando assegurar a normalidade da economia pública e resguardar os interesses dos depositantes, investidores e demais credores, sem prejuízo da posterior adoção dos regimes de intervenção, liquidação extrajudicial ou administração especial temporária, determinar a capitalização da sociedade, com o aporte de recursos necessários ao seu soerguimento, em montante por ele fixado, transferência do controle acionário e a reorganização societária, inclusive mediante incorporação, fusão ou cisão.

É, portanto, neste ambiente legislativo, que o BACEN desenvolve suas múltiplas atividades, muitas das vezes de forma concomitante, podendo gerar uma falsa percepção da realidade normativa a que a instituição está jungida.

Neste passo, é preciso dizer que não há incerteza quanto à previsão legal de atribuições, já apontadas, em relação ao Banco Central; o que pode ter havido é um certo desconhecimento sobre o funcionamento da ordenação anatômica e fisiológica do órgão, nada mais. Nesse ponto a demanda não procede.

Por outro lado, o Banco Central não está atado por qualquer ato normativo a decretar, em determinado lapso temporal, a liquidação extrajudicial de uma instituição financeira, posto que colhe da realidade dinâmica do mercado financeiro em que se insere, o momento oportuno para a tomada da iniciativa. Se no caso em tela é de todo impossível afirmar-se que não foi o melhor momento, redundando em mero exercício de adivinhação, pode-se afirmar, contudo, que o momento em que houve a decretação foi adequado, em vista de não ter havido uma crise sistêmica no mercado

financeiro, mantendo-se, pelo princípio da continuidade da empresa, o funcionamento do estabelecimento.

Diga-se que a aferição da não decretação da liquidação em tal ou qual período, implica no revolvimento da base fática da motivação do ato administrativo, no caso, decisão trajada de discricionariedade técnica, que deságua num grau mínimo de sindicabilidade por parte do Judiciário e tão somente sob o aspecto da legalidade estrita.

Ademais, o reconhecimento de tais fatos já exauridos poderia, aí sim, gerar uma crise sem horizontes plausíveis, que, pela ponderação de interesses em jogo, deve ser evitada pelo Judiciário.

Adite-se que o Banco Central, no âmbito de suas atribuições legais, pode realizar amortizações no que se refere à sua atuação na administração da conta de reservas bancárias e na liquidação do empréstimo do PROER.

No que se refere à conta reservas bancárias, deve ser esclarecido minuciosamente seu funcionamento, para que se estabeleça o porquê da correção da atuação do Banco Central.

Sabemos que os bancos recebem, privativamente, em depósito, os recursos monetários da economia, tanto sob a forma de moeda manual, quanto escritural (depósitos à vista), os quais são multiplicados pelo denominado efeito multiplicador da moeda escritural: depósitos geram empréstimos, que geram novos depósitos e assim por diante.

Nesta dinâmica, o Banco Central é o emissor da moeda e os bancos têm o poder de multiplicá-la, aumentando o volume dos meios de pagamento.

Os bancos são, por lei, obrigados a manter no Banco Central contas de depósitos, no caso, o depósito compulsório, cujo saldo representa a parcela de cada depósito à vista ou sob aviso de recursos de terceiros, que recebem do público (títulos em cobrança, tributos recolhidos, cheques administrativos, etc.), e, compulsoriamente, têm de recolher ao BACEN, nos termos dos incisos III e IV, do art 8º, da Lei 4.595/64.

O manejo que o Banco Central faz das reservas bancárias é poderoso instrumento de política monetária e destina-se, precipuamente, a intervir na oferta de moeda e na taxa de juros, controlando-se, por mais este instrumento, o meio circulante.

Esclarecendo a política monetária de controle do meio circulante através da conta reservas bancárias das instituições financeiras feito pelo Bacen, **Rosseti** leciona:

“A taxa de reservas dos bancos comerciais é o fator básico de que depende a magnitude do multiplicador dos meios de pagamento. Sendo assim, dada uma certa base monetária, a fixação da taxa de reservas é um importante fator de que depende a oferta monetária. Como já sabemos, as reservas bancárias são constituídas pela soma dos depósitos voluntários e compulsórios dos bancos junto às autoridades monetárias e pelo papel-moeda e moedas metálicas mantidas em caixa. A taxa de reservas, que incorpora estas diferentes formas de reservas bancárias é, assim, a proporção dos depósitos que os bancos mantêm, voluntária ou compulsoriamente, em sua própria caixa ou junto a autoridades monetárias.

Sendo assim, a determinação do total das reservas (fixação da taxa de reservas) que os bancos comerciais devem manter junto às autoridades monetárias, à ordem do Banco Central, é um dos mais poderosos instrumentos de controle do efeito multiplicador dos meios de pagamento.”(grifei) (*in* Economia Monetária Atlas 1998 pág. 257).

Diante do quadro assinalado, o BACEN apenas exerceu seus papéis legais institucionais de forma concomitante, atuando como gestor da massa do Banco Nacional e como autoridade monetária, não havendo qualquer conduta ilegal a ser corrigida ou vergastada.

O Banco Central, quando da administração do RAET, e por força de lei, levou em linha de consideração que o Banco Nacional continuou consumando e liquidando operações no mercado interbancário, refletindo, necessariamente, na conta reservas bancárias, então sob duplo poder-dever de atuar como autoridade bancária e monetária.

Já foi decidida a questão jurídica a respeito da ausência de prazo legal para a decretação da liquidação por parte do Banco Central.

Argumentam os autores que a demora na decretação da liquidação causou danos à massa, já que o débito teria sido (*sic*) corrigido apenas pela TR.

O argumento é despedido de fundamento jurídico, posto que, além de a indigitada conduta "omissiva" do Banco Central ter revelado, tão somente, exercício regular de um direito/dever, a teor do inciso I, do art. 188, do Código Civil Brasileiro de 2002 (posto que a responsabilidade por omissão é, como se sabe, subjetiva), não há direito adquirido a regime jurídico, e mais, não se pode impor ao BACEN um dano eventual decorrente de ato legislativo e completamente despedido denexo de causalidade em relação à regular atuação da autarquia.

Ressalto que a Lei 8.177, de 1/3/91, no seu artigo 25, de fato, permitia a correção pela TR; no entanto, o aludido dispositivo foi revogado pela Lei 9.365, de 16/12/96, cujo art. 8º estabeleceu que a TR seria substituída pela TJLP, com as mesmas características daquele índice, tema aliás, já pacificado no STJ, conforme se pode constatar no AGRESP 611944, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha (DJ de 04/10/2004) e no RESP 525649, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito (DJ de 25/02/2004), podendo ambas ser usadas como índice de correção monetária.

No que se refere ao fato de o BACEN, segundo os autores, ter aceitado títulos do tesouro nacional, como garantia do PROER, de outras instituições financeiras, com prejuízo para a massa, deve ser dito, mais uma vez, que as polifacéticas atribuições do Banco Central, no caso, talvez tenham obnubilado o quadro fático/institucional para os autores, tendo em vista que aqui, mais uma vez, o Banco Central atuou como administrador da massa e como órgão constitucional responsável pela emissão, compra e venda de títulos públicos, com o objetivo de regular a oferta da moeda ou da taxa de juros, conforme a letra do § 2º, do art. 164, da CF/88 e da lei 4.595/64..

Não impressiona, portanto, o fato de o BACEN não ter observado - por desnecessário - a ordem de preferência para liquidação de títulos, ou homologação de títulos pela CEF, tendo em vista que aquele é o órgão maior gestor dos títulos da dívida pública. No caso da utilização de TDP em decorrência de suas atribuições constitucionais, seria verdadeira inversão de valores submeter à homologação da CEF, títulos emitidos pelo próprio BACEN, no exercício de suas atribuições.

A obrigação de homologação dos títulos pela CEF deve ser considerada somente nos casos de apresentação de títulos por titulares que não estejam no exercício do Poder de Estado, o que não é o caso do Banco Central.

Caso o BACEN tivesse de submeter à CEF homologação dos títulos que ele próprio emite, teríamos o absurdo de a CEF exercer o poder de tutela sobre o BACEN, o que seria, no mínimo, paradoxal, incoerente e inconstitucional.

Passou despercebido pelos autores o fato de que o BACEN é o órgão constitucionalmente previsto para a implementação da política monetária em toda a sua extensão.

Os autores insistiram muito no tema dos autopagamentos antecipados pelo Bacen. Como bem se vê dos autos, tais pagamentos não são tidos como de valores incorretos ou de causas inexistentes ou inadequadas. Os autores apenas apontam que tais amortizações causaram prejuízo à massa pela corrupção do princípio da *par conditio creditorum*.

Como já foi dito, a lei do PROER, bem assim sua razão de política legislativa, foi justamente de corromper o regime geral de pagamentos, tanto em favor, quanto, é preciso dizer, em eventual desfavor da massa.

A lei extraordinária, como se sabe, tem o condão de derogar o regime ordinário de determinado sistema, não se podendo infirmar, também sob este aspecto, a conduta do BACEN no sistema de amortização dos benefícios auferidos via PROER, cujos valores, é preciso frisar, não foram objeto de controvérsia pelos autores, em nenhum momento.

Com relação ao pedido de perdas e danos correspondente à desvalorização de suas quotas, tal pedido também não deve ser amparado.

O termo quota aqui utilizado com certa atecnia não é de molde a impedir que se entreveja a pretensão dos autores ao ressarcimento de eventual prejuízo pelo abalo de seu patrimônio.

No entanto, não se pode visualizar, no âmbito do hipersensível mercado de ações, nexos de causalidade entre o eventual dano aos autores e a atuação do Banco Central.

Apenas, aqui, é possível referirmos as condenações no campo criminal e na Comissão de Valores Mobiliários, não como elemento de culpabilidade - são todos

inocentes -, mas o estrépito de tais decisões certamente abalou o valor de tais valores mobiliários, não sendo, porém, possível imputar ao BACEN, senão ao Judiciário ou à CVM, o desfalque de valor que eventualmente tenham suportado.

Por fim, os danos morais. Não se contesta que os autores pessoas físicas tenham sofrido, ou mesmo ainda sofram muito, a dor de ver o império deixado pelo pai ruir.

Era o prolator destas linhas menino e sempre se via na TV a figura miúda e risonha, porém circunspecta, do político e banqueiro Magalhães Pinto. Deve ser realmente muito duro perder o império que o pai querido deixou.

Entretanto, em relação aos autores, pessoas físicas, embora não se negue que sofram, não há nexos de causalidade entre a eventual dor por eles sofrida e a escorregada atuação do BACEN. Relembre-se que foram os próprios autores que, como controladores, iniciaram o processo que redundou na liquidação extrajudicial, liquidação esta que consideraram até mesmo tardia, por conduta omissiva do BACEN.

A par de o BACEN ter agido sob o pálio da excludente de ilicitude a que alude o inciso I do art. 188 do CCB/02, não há nexos de causalidade entre o eventual sofrimento dos autores e a, reafirmo, correta atuação do Banco Central.

Com relação aos danos morais das pessoas jurídicas, embora o art. 52 do CCB/02, bem como o verbete 227 do STJ, amparem a pretensão pelo referido dano, no caso em testilha, agiu o BACEN sob a excludente de ilicitude do inciso I, do art 188, do CCB/02, a par de não haver nexos de causalidade entre o eventual dano moral e a escorregada conduta do BACEN, não havendo, no ponto, possibilidade de acolher esta pretensão.

Tendo em vista que todos os pedidos principais condenatórios foram indeferidos, perdem objeto os pedidos eventuais.

Ressalto que os sedizentes pedidos eventuais padecem do vício lógico da falácia contraditória: pedem que, se de nenhuma forma o pedido seja concedido, que seja concedido de forma tal; elaborou-se raciocínio em que as premissas são visivelmente antitéticas e contraditórias, o que os tornou inaptos.

Isto posto, **JULGO IMPROCEDENTE O PEDIDO**, condenando os autores nas custas processuais e em honorários de advogado, que fixo, atento ao comando da letra "c", do § 3º, do art. 20, do CPC, na alíquota mínima de 10% sobre o valor dado à causa, corrigidos da data da citação.

Determino seja anotada a decisão que reviu a conexão de causas, bem como determino seja trasladada cópia desta para os autos do processo 2003.5101008116-0 e a comunicação ao relator do agravo de fls. 1061.

Transitada em julgado, archive-se e dê-se baixa na distribuição.

P. R. I.

Rio de Janeiro, 03 de março de 2005.

EUGÊNIO ROSA DE ARAÚJO
Juiz Federal Titular da 17ª Vara

LIMINAR CONCEDIDA EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA SUSPENDENDO A EFICÁCIA DA RESOLUÇÃO N.º 157/04, DO CONTRAN, QUE FIXA ESPECIFICAÇÕES PARA OS EXTINTORES DE INCÊNDIO, EQUIPAMENTOS DE USO OBRIGATÓRIO NOS VEÍCULOS AUTOMOTORES, ELÉTRICOS, REBOQUE E SEMI-REBOQUE.

José Carlos Zebulum

Juiz Federal Substituto da 27ª Vara Federal

- Direito Administrativo/Constitucional. Ação Civil Pública proposta pela Comissão de Defesa do Consumidor da Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro em face da União Federal, na qual postula medida liminar que “impeça que continue em vigor” (sic) a Resolução do CONTRAN n.º 157, de 22.04.2004.
- A medida veiculada na Resolução n.º 157/04, do CONTRAN, impõe, sem dúvida, um ônus aos consumidores, já que determina a substituição dos extintores de incêndio com carga em pó BC (à base de bicarbonato de sódio), até o vencimento da validade do teste hidrostático, por extintores de incêndio novos com carga em pó ABC, que obedecem as especificações da tabela anexa à indigitada Resolução.
- A norma veiculada na Resolução n.º 157/2004, do CONTRAN, revela-se desarrazoada na medida que impõe uma obrigação sem a correspondente justificativa lógica, sendo certo que a falta de razoabilidade se evidencia tanto quando dispõe acerca dos veículos novos, como também quando se refere à frota em circulação.
- Periculum in mora a justificar o provimento liminar, eis que decorre do próprio fato de que a norma viciada está em vigor e produzindo normalmente seus efeitos, ou seja, os consumidores já se encontram vinculados às determinações nela contidas. Até porque, conduzir veículo sem equipamento considerado obrigatório constitui infração grave, punida com multa, nos termos do artigo 230, IX, da Lei n.º 9.503, de 23 de setembro de 1997.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

PROCESSO Nº: 2005.5101001909-8

AUTOR: COMISSAO DE DEFESA DO CONSUMIDOR DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

RÉU: UNIAO FEDERAL (ADVOCACIA GERAL DA UNIAO)

Trata-se Ação Civil Pública proposta pela **Comissão de Defesa do Consumidor da Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro** em face da **União Federal**, na qual postula medida liminar que “impeça que continue em vigor” (sic) a Resolução do CONTRAN n° 157, de 22.04.2004.

Como causa de pedir, alega, em suma, que a Resolução n° 157 expedida pelo CONTRAN - Conselho Nacional de Trânsito modificou o tipo de pó químico dos extintores de incêndio veiculares e tornou obrigatória, aos proprietários de veículos automotores em circulação, até a data de vencimento da validade do teste hidrostático de seus extintores de incêndio de bicarbonato de sódio recarregáveis, a troca por extintores descartáveis de monofosfato de amônia. Aduz que tal medida irá onerar excessivamente os consumidores proprietários de veículos automotores e que as novas regras estão sendo impostas sem que tenha sido demonstrada a ineficácia dos extintores recarregáveis.

Diante da determinação contida à fl. 38, a União Federal, após sua regular notificação, apresentou manifestação às fls. 42/43.

Petição da parte autora emendando a inicial à fl. 45.

É o breve relatório. Passo a decidir.

A Resolução n.º 157/04, do CONTRAN, ora impugnada, fixa especificações para os extintores de incêndio, equipamentos de uso obrigatório nos veículos automotores, elétricos, reboque e semi-reboque, de acordo com o Artigo 105 do Código de Trânsito Brasileiro.

De fato, cabe ao referido órgão disciplinar o uso dos equipamentos obrigatórios de veículos e determinar suas especificações técnicas, nos termos do artigo 105, § 1º, Lei n.º 9.503, de 23 de setembro de 1997, o Código de Trânsito Brasileiro.

Assim, os fabricantes, os importadores, os montadores e os revendedores de veículos devem comercializá-los de acordo com os equipamentos obrigatórios definidos no artigo 105 da Lei n.º 9.503, e com os demais estabelecidos pelo CONTRAN, como, afinal, estabelece o § 3º do mesmo dispositivo.

Cabe apreciar, portanto, se o desempenho destas atribuições pelo CONTRAN, ao expedir a Resolução n.º 157/04, harmoniza-se com as demais normas legais e constitucionais pertinentes.

A medida veiculada na Resolução n.º 157/04, do CONTRAN, impõe, sem dúvida, um ônus aos consumidores, já que determina a substituição dos extintores de incêndio com carga em pó BC (à base de bicarbonato de sódio), até o vencimento da validade do teste hidrostático, por extintores de incêndio novos com carga em pó ABC, que obedeçam as especificações da tabela anexa à indigitada Resolução. Ocorre que os extintores a serem substituídos permitiam ao consumidor a realização de operação de recarga, a um custo atual de R\$ 10,00 (dez reais), ao passo que os novos são descartáveis, não admitindo, portanto, operações de recarga, não restando aos usuários outra opção que não a troca do equipamento, a um custo atual de R\$ 90,00 (noventa reais), aproximadamente.

O gravame imposto aos consumidores até seria justificável, em princípio, diante da constatação de que o novo sistema proporciona, efetivamente, uma vantagem ao usuário, seja em termos de segurança, de eficiência, enfim, um atendimento mais adequado das finalidades a que se destina.

No entanto, em análise perfunctória, não se vislumbra que a medida trará qualquer benefício para o consumidor. Vejamos.

Nos termos do artigo 2º da Lei n.º 8.437, de 30 de junho de 1992, foi oportunizada a manifestação da União Federal, que argüiu a inexistência de vício de razoabilidade, já que o custo de R\$ 90,00 (noventa reais) do novo extintor se justificaria pela maior durabilidade do produto (cinco anos).

Realmente, o artigo 7º, §2º, I, da indigitada Resolução dispõe:

Art. 7º (...)

§ 2º. Os extintores de incêndio instalados a partir da data constante do caput deste artigo:

I. nos veículos automotores previstos nos itens 1 e 4 da tabela 2 do Anexo, deverão ter a durabilidade mínima e a validade do teste hidrostático de cinco anos da data de fabricação, e ao fim deste prazo o extintor será obrigatoriamente substituído por um novo;

Note-se que a norma apenas impõe um prazo mínimo de validade para o teste hidrostático e uma expectativa de durabilidade do produto, o que não garante que o consumidor não será obrigado a adquirir um novo extintor em prazo menor, seja por conta do uso, ou mesmo pela data de fabricação, que será, certamente, anterior à compra do equipamento.

Ademais, mesmo que admitíssemos que o consumidor não seria obrigado à troca antes de cinco anos, a medida, ainda assim, lhe é gravosa, tendo em vista a diferença de preço acima assinalada.

O argumento da União não convence.

Primeiramente, não há qualquer evidência técnica de que o agente extintor à base de bicarbonato de sódio seja inadequado para as finalidades a que se destina, ou seja, manuseio em casos de princípios de incêndio. De fato, o extintor veicular tem a finalidade precípua de permitir que o usuário evite a propagação de incêndios, só podendo combatê-lo enquanto ainda incipiente. Não se espera, obviamente, que tal equipamento, manuseado por pessoas que não têm qualquer preparo técnico para operações de combate a fogo, seja capaz de debelar incêndios de maiores proporções. A imposição do uso do extintor em veículos assume, assim, um caráter meramente preventivo, de tal forma que o usuário possa evitar a evolução de incêndios ainda superficiais e de menor poder ofensivo. As situações de maior gravidade só poderão ser enfrentadas, certamente, por pessoas habilitadas e que disponham de equipamentos adequados, o que não é o caso dos motoristas, em geral, nem de seus acompanhantes.

De outro lado, a realidade demonstra que, na prática, o uso de extintores em veículos tem se revelado de pouca ou de nenhuma utilidade para a população, sendo raros os casos em que foram utilizados com sucesso. Não é por outro motivo que não se encontra imposição desta natureza em países como Suécia e Dinamarca, cujas estatísticas no trânsito são bem melhores que a brasileira. São fatos notórios.

Portanto, se é questionável a própria exigência do uso de extintores veiculares, que dirá a imposição de substituição destes extintores por outros que se revelam ainda mais onerosos ao consumidor?

Impõe-se, assim, desarrazoadamente, um novo ônus ao consumidor, sem que esta medida traga, a princípio, qualquer vantagem. Seria recomendável, portanto, que o Poder Público, antes de criar um gravame ainda maior para a população, verificasse, através de análise mais cuidadosa, a real eficácia da medida, tomando em conta, obviamente, os objetivos procurados.

Em verdade, o interesse da coletividade estaria melhor representado se, ao invés de medidas como esta, que simplesmente onera os consumidores, atuasse o Poder Público de forma efetiva, fiscalizando e cobrando dos fornecedores de produtos e serviços a segurança legitimamente esperada pelos destinatários, como afinal determina a Lei n.º 8.078/90. É que o risco de incêndio está presente em razão do aumento extensivo do uso de materiais combustíveis nos veículos (plásticos e borrachas nos painéis, bancos, tapetes, puxadores das portas etc.) e porque o controle da qualidade destes materiais não é rigoroso o suficiente para determinar a segurança contra incêndios.

Mesmo que se mantenha a exigência do uso de extintores, antes de impor o uso de extintores ainda mais caros, o correto seria implementar programas de esclarecimento e treinamento dos motoristas e dos policiais rodoviários, capacitando estes últimos à realização de atividades de instrução e de avaliação das condições de funcionamento dos extintores veiculares.

O uso obrigatório de extintores em veículos, seja qual for a natureza do agente extintor, jamais suprirá a evidente omissão do Estado no que se refere às suas atribuições constitucionais de defesa do consumidor (CF, art. 170, V) e seu papel como agente normativo e regulador de toda atividade econômica (CF, art. 174, V).

Verifica-se, portanto, que a Resolução n.º 157/04, do CONTRAN, encampa um posicionamento governamental absolutamente contrário aos postulados constitucionais, eis que, ao invés de exigir dos fornecedores de produtos o efetivo cumprimento da Lei n.º 8.078/90, em especial o artigo 8º, torna ainda mais penosa a situação daqueles a que deveria proteger.

Concluo, assim, que, em princípio, o gravame imposto aos consumidores não encontra justificativa, o que denota a falta de razoabilidade no ato praticado pelo Poder Público. Na lição do insigne mestre Luís Roberto Barroso, *verbis*: “O princípio da

razoabilidade é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo o ordenamento jurídico: a justiça. Sendo mais fácil de ser sentido do que conceituado, o princípio se dilui em um conjunto de proposições que não o libertam de uma dimensão excessivamente subjetiva. É razoável o que seja conforme à razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia; o que não seja arbitrário ou caprichoso; o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento ou lugar. Há autores, mesmo, que recorrem ao direito natural como fundamento para a aplicação da regra da razoabilidade, embora possa ela radicar-se perfeitamente nos princípios gerais da hermenêutica. (...) Por ser uma competência excepcional, que se exerce em domínio delicado, deve o Judiciário agir com prudência e parcimônia. É preciso ter em linha de conta que, em um Estado democrático, a definição das políticas públicas deve recair sobre os órgãos que têm o batismo da representação popular, o que não é o caso de juízes e tribunais. Mas, quando se trate de preservar a vontade do povo, isto é, do constituinte originário, contra os excessos de maiorias legislativas eventuais, não deve o juiz hesitar. O controle de constitucionalidade se exerce, precisamente, para assegurar a preservação dos valores permanentes sobre os ímpetos circunstanciais. (in "Interpretação e Aplicação da Constituição", 4ª edição, Editora Saraiva, p. 219/220 e 226/227).

O controle, pelo Judiciário, da proporcionalidade ou razoabilidade dos atos do Poder Público, já foi enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal em diversas oportunidades, sendo que em uma delas ratificou-se o entendimento de que *"o princípio da proporcionalidade - que extrai a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula a garantia do substantive due process of law - acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. A norma estatal, que não veicula qualquer conteúdo de irrazoabilidade, presta obséquio ao postulado da proporcionalidade, ajustando-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do substantive due process of law (CF, art. 5º, LIV)." (Supremo Tribunal Federal - ADI 1407 MC/DF. Relator: Min. CELSO DE MELLO. DJ 24-11-2000 PP-00086).*

O exame da proporcionalidade/razoabilidade da norma compreende a verificação da adequação da norma, ou seja, se ela é meio adequado para que se atinja o fim almejado. Verifica-se que a norma veiculada na Resolução n.º 157/2004, do CONTRAN, revela-se desarrazoada na medida que impõe uma obrigação sem a corres-

pondente justificativa lógica, sendo certo que a falta de razoabilidade se evidencia tanto quando dispõe acerca dos veículos novos, como também quando se refere à frota em circulação.

De fato, a imposição de substituição dos extintores de incêndio com carga em pó BC (à base de bicarbonato de sódio) por extintores de incêndio novos, com carga em pó ABC, nos termos da Resolução n.º 157/04 do CONTRAN, não trará, ao que parece, qualquer benefício aos usuários, contribuindo apenas para aumentar o já extenso rol de gastos com que se defronta o cidadão comum, aquele que paga regularmente os tributos, e nem sempre obtém do Poder Público a devida e merecida contra-prestação.

Com efeito, se cabe ao Poder Público dispor sobre a segurança no trânsito, também é sua atribuição a tutela dos interesses dos consumidores, sendo ambos bens jurídicos de estatura constitucional. Parece-me que o desempenho da primeira atribuição pode ser feito sem que haja, necessariamente, um prejuízo para a segunda.

Os aspectos acima assinalados são suficientes para convencer este Juízo, em cognição sumária, da plausibilidade da tese sustentada pela parte autora, sendo certo que as alegações referentes à toxicidade do pó ABC e eventuais agressões ao meio ambiente serão apreciadas após o exaurimento da instrução do processo, à vista da prova oportunamente produzida.

Quanto ao *periculum in mora*, a justificar o provimento liminar, este decorre do próprio fato de que a norma viciada está em vigor e produzindo normalmente seus efeitos, ou seja, os consumidores já se encontram vinculados às determinações nela contidas. Até porque, conduzir veículo sem equipamento considerado obrigatório constitui infração grave, punida com multa, nos termos do artigo 230, IX, da Lei n.º 9.503, de 23 de setembro de 1997, o Código de Trânsito Brasileiro.

Diante do exposto, DEFIRO A LIMINAR requerida, com fundamento no artigo 12 da Lei n.º 7.347/89, para declarar suspensa a eficácia da Resolução nº 157, de 22 de abril de 2004, do CONTRAN.

Intime-se o réu, com a máxima urgência, para cumprimento da decisão.

Recebo a petição de fl. 45 como aditamento à inicial.

Cite-se.

P.l.

Rio de Janeiro, março de 2005.

JOSÉ CARLOS ZEBULUM

Juiz Federal Substituto da 27ª Vara Federal

SFH ESTABILIDADE DAS RELAÇÕES JURÍDICAS:

Monique Calmon de Almeida Biolchini
Juíza Federal Substituta da 5ª Vara Federal

Exceção à regra do entendimento que declara in concreto a inconstitucionalidade da disciplina contida no Decreto-Lei nº 70/66 - realização de leilões extrajudiciais de imóveis cujos contratos são regidos pelo Sistema Financeiro da Habitação. No presente caso, a causa do negócio jurídico realizado sob a égide do Decreto-lei nº 70/66 foi eficiente para transferir a titularidade do domínio. No presente caso, na ponderação de valores dos direitos constitucionais em jogo há que sacrificar o direito subjetivo singular do Autor e proteger o interesse de outras pessoas que, inclusive, celebraram negócios jurídicos com o referido imóvel, de boa-fé.

AÇÃO ORDINÁRIA

PROCESSO Nº: 97.0108614-7
AUTORES: ZAQUEU EUGÊNIO DOS SANTOS E OUTRA
RÉU: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF

S E N T E N Ç A

Vistos, etc.

ZAQUEU EUGÊNIO DOS SANTOS E MARIVALDA GUEDES DOS SANTOS, qualificados na inicial, propõem Ação de rito ordinário, cumulada com pedido de antecipação de tutela a fim de impedir que a Ré coloque seu imóvel em concorrência pública ou venda direta, em face de **CAIXA ECONÔMICA FEDERAL**, objetivando preliminarmente a concessão de gratuidade de justiça, e, no que tange ao mérito, a declaração de nulidade do procedimento extrajudicial de execução, bem como o desfazimento da adjudicação realizada pela Ré, cancelando-se a transcrição da mesma no RGI, e os demais títulos posteriores a ela, no que se relaciona ao imóvel dado em garantia ao contrato de mútuo celebrado. Requer ainda a determinação de recomposição do contrato originário, mantendo-se as mesmas cláusulas contratuais, procedendo a quitação das prestações em atraso através da incorporação do débito ao saldo devedor,

ou do parcelamento da dívida, excluindo-se do computo da mesma os 84,32% do Plano Collor, bem como as despesas realizadas com o procedimento extrajudicial, e ainda a condenação da Ré ao pagamento de indenização por dano moral, equivalente a 50 salários mínimos.

Alegam os Autores que, sendo mutuários do Sistema Financeiro da Habitação, viram-se em atraso com o pagamento das prestações a partir de janeiro de 1994, motivo pelo qual tentaram junto a Ré a composição amigável da dívida, através do parcelamento da dívida ou a incorporação da mesma no saldo devedor, com a dilatação do prazo de financiamento pelo número de prestações incorporadas, após a revisão dos valores das prestações. Em resposta, a Ré lhe informou que os critérios de reajuste estavam de acordo com o pactuado no contrato, e que as normas vigentes à época a negociação proposta pelos Autores.

Posteriormente, informam os Autores, compareceram mais uma vez às dependências da Ré, de posse de parte da quantia exigida, quando tomaram conhecimento de que havia sido realizada a Execução Extrajudicial, nos moldes do Dec. Lei 70/66, tendo sido o imóvel adjudicado pela própria Ré, encontrando-se o mesmo relacionado para alienação a terceiros.

Alegam assim os Autores a inconstitucionalidade do Dec. Lei acima referido, por consagrar uma forma de auto-tutela, infringindo o princípio constitucional da inafastabilidade da apreciação judiciária, ferindo os institutos da unidade da jurisdição e da atribuição da função jurisdicional ao juiz constitucional, além de violar os postulados que garantem o direito de defesa, o contraditório, a produção das próprias razões, sem os quais não se poderia caracterizar o "devido processo legal". Alegam ainda os Autores excesso de execução, ao ser exigido dos mesmos prestações em desacordo com as disposições contratuais, bem como irregularidades no que tange à notificação procedida pela Ré, por edital, quando não se tinha plena certeza de que os Autores se encontravam em lugar incerto.

Pedem por fim o pagamento de indenização por danos morais, estes provenientes da perturbação feita pelo ato ilícito, qual seja, a adjudicação do imóvel, que afetou suas relações psíquicas, seus sentimentos, reproduzindo uma diminuição no gozo do respectivo direito.

Instruiu a inicial com procuração à fl. 20 e documentos às fls. 23/70.

Decisão Interlocutória à fl. 71, concedendo a antecipação dos efeitos da tutela.

Regularmente citada, apresentou a Ré sua contestação, de fls. 76/99, instruída com instrumento de procuração às fls. 100/101, e documentos às fls. 103/104, alegando preliminarmente a impossibilidade jurídica do pedido, uma vez que a adjudicação do imóvel, em 31/05/95, operou, de pleno direito, o desaparecimento do vínculo jurídico material entre a CEF e os Autores, em razão da extinção do contrato de mútuo, consolidando-se como ato jurídico perfeito, encontrando-se, inclusive, transcrita no registro imobiliário. Todas as fases processuais da execução extrajudicial foram regularmente cumpridas, sendo observados todos os ditames legais, não se podendo falar em nulidade do processo. Ainda como preliminar, requereu a denúncia da lide ao agente fiduciário, qual seja, Banco Morada S/A, uma vez que, restando comprovado a existência de qualquer irregularidade, é o mesmo responsável, devendo indenizar a CEF por quaisquer prejuízos que venha a sofrer em razão da sucumbência.

Quanto ao mérito, alega a Ré que, estando os Autores com mais de 12 prestações em atraso, pode a mesma exercer o direito que lhe é conferido pelo Dec. Lei 70/66, promovendo a execução extrajudicial, e notificando aos Autores para que paguem o débito em atraso. Alega que, sendo permitido aos Autores que renegociem as prestações, ainda que esteja o processo em execução, não houve esta tentativa por parte dos mesmos, que optaram por se silenciar e omitir-se ante a execução. Além disso, nenhuma inconstitucionalidade inquina o processo de execução extrajudicial. Aqueles que sustentam a inconstitucionalidade de tal execução confundem “processo” e “procedimento”, assim como tomam a expressão “processo” com uma conotação única, específica para processo judicial, quando na verdade se sabe que esta mesma expressão pode ser tomada em diversas acepções. Ademais, no procedimento de execução extrajudicial existem três garantias ao executado, quais sejam, a de que a opção por este rito é consensual, expressa no contrato; os procedimentos são desenvolvidos por terceiro não interessado; e há o indispensável recurso à via judiciária para a efetivação da imissão na posse, no caso de adjudicação ou imissão na posse.

Não houve, segundo a Ré, irregularidade formal ou material na execução, uma vez que a CEF enviou aos mutuários avisos de cobrança com AR, solicitando a

regularização do débito em atraso no prazo de 20 (vinte) dias, sob pena de execução, aviso este que foi ignorado. E a própria inadimplência dos Autores já justifica a adoção do procedimento.

Outrossim, alega a Ré que não há que se falar em exclusão do índice de 84,32% utilizado para corrigir os saldos devedores no mês de abril/90, pois trata-se de índice aplicado às cadernetas de poupança, e via de consequência, aos saldos devedores, pois os índices de cadernetas são indexadores dos saldos devedores, conforme cláusula contratual. E ainda, alega pela improcedência do pedido de indenização por danos morais, uma vez que a execução não configura ato ilícito, este um requisito, segundo a doutrina majoritária, para que se configure o dever de indenizar.

Em réplica, os Autores refutaram os argumentos trazidos na contestação, ratificando os da inicial.

À fl. 118, petição dos Autores informando não pretender produzir mais provas, o mesmo fazendo a Ré à fl. 122. Juntada de documentos que instruíram a execução extrajudicial pela Ré, às fls. 122/131.

É o relatório. Decido.

Preliminarmente, defiro o benefício da gratuidade de justiça.

Impende analisar a competência da Justiça Federal. Considerando que, embora o Autor não tenha apresentado a cópia do contrato, mas apenas o "Termo de Alteração Contratual" de fls. 25, é competente a Justiça Federal porque o Autor, além de pedir a nulidade do procedimento de execução extrajudicial, requer, também, o reajuste das prestações visando à exclusão do índice de 84,32 do Plano Collor, o que configura a legitimidade passiva da CEF (Resp nº154.640/RN, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, Segunda Turma, unânime, DJ de 29/05/2000).

Rejeito a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido, por estar o mesmo previsto em nosso ordenamento jurídico. Isto porque, em se comprovando estar o ato eivado de vício que acarrete sua nulidade, a declaração da mesma produzirá efeitos *ex tunc*, não importando se a adjudicação já se realizou. Quanto à preliminar de denunciação da lide há que ser rejeitada, porque a própria Ré, às fls.77, admite que foi a própria quem adjudicou o imóvel.

Adentrando na análise do mérito, verifico que o Autor, cerca de dois anos após a adjudicação do imóvel, vem alegar, como cerne da questão, seja declarada incidentalmente a inconstitucionalidade da execução extrajudicial de dívida referente a contrato de mútuo, com garantia de hipoteca, sob a égide do Sistema Financeiro da Habitação, prevista no Dec. Lei 70/66.

De fato, em que pese cultos julgados, que costumo adotar para inviabilizar a realização de leilões extrajudiciais de imóveis cujos contratos são regidos pelo Sistema Financeiro da Habitação, que declararam *in concreto* a inconstitucionalidade da disciplina contida no Decreto-Lei nº 70/66 (TRF/2ª. Reg., AC no. 021349-7 - RJ, segunda turma, Dês. Fed. Castro Aguiar, unânime, j. 12.03.96. DJ 14.05.96, p.30, in JTRF-CCD. 10a. Ed., Brasília: CD - GRAF Publicações Eletrônicas LTDA., setembro de 1996, doc. TR2000039676; TRF/3ª. Reg., AC nº 0304040-7 - Dês. Fed. Sylvia Steiner DJ. 20.11.96, p. 88977; TRF/4ª reg., Ag. Nº 042971-0 Des. Fede. Amir Finocchiaro Sarti, DJ. 16.11.95, p. 78865), entendo que, no presente caso, o Poder Judiciário tem a sopesar os interesses em jogo, já que o outro prato da balança encontra-se o princípio da estabilidade das relações jurídicas.

Aliás, a mesma lógica jurídica foi utilizada pelo legislador pátrio ao editar a Lei nº9868/99, que veio permitir ao Supremo Tribunal Federal a possibilidade de instituir os efeitos *ex nunc* nas decisões definitivas das Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade. Ou seja, ainda que a lei seja inconstitucional, e, portanto nula "ab ovo", a Suprema Corte tem a decisão política de, em certos casos, em nome do referido princípio da estabilidade das relações jurídicas, poder postergar os efeitos da nulidade da lei declarada inconstitucional.

Onde há identidade de causa haverá que se aplicar a mesma razão de decidir.

Ora, o Autor, por se encontrar em mora, foi regularmente notificado na forma do artigo 31 do Decreto-lei nº70/66. Porquê não purgou a mora, permitiu que o imóvel fosse a leilão extrajudicial e adjudicado, e, ainda, segundo a Ré, viesse a ser inscrito no RGI, configurando, assim, uma série de atos jurídicos que poderiam, em tese, identificar uma renúncia tácita do Autor ao direito subjetivo de manifestar sua vontade em sentido contrário à transferência da propriedade.

Entretanto, ficou-se inerte, não purgando a mora e nem mesmo instituiu procedimento judicial a tempo de obstar que o tal negócio jurídico se implementasse.

Daí, a causa do negócio jurídico realizado sob a égide do Decreto-lei nº70/66 foi eficiente para transferir a titularidade do domínio.

Ocorre que, a par do entendimento da não recepção pela Carta Magna do referido veículo normativo, não apenas a estabilidade das relações jurídicas, com as partes retornando ao "status quo ante" da celebração do contrato de financiamento, a causa se deveu em razão de regra comezinha de Direito Civil, qual seja, a *exceptio non adimpleti contractus* por parte do Autor.

Destarte, não tem lógica jurídica imaginar o custo operacional em se onerar toda a sociedade que financia o Sistema Financeiro da Habitação, anulando todos os atos e negócios jurídicos que se realizaram, para prestigiar um alegado direito subjetivo do Autor que sequer pretendeu consignar valores que entenderia serem devidos. No presente caso, na ponderação de valores dos direitos constitucionais em jogo há que sacrificar o direito subjetivo singular do Autor e proteger o interesse de outras pessoas que, inclusive, celebraram negócios jurídicos com o referido imóvel, de boa-fé.

Entendo, ainda, que haveria enriquecimento sem causa do Autor, se se entendesse de anular todo o procedimento de adjudicação do imóvel em questão, porque haveria atribuição patrimonial sem causa ou porque ela teria desaparecido, eis que o Autor demonstrara ter disposto de seu direito subjetivo de ver declarada a inconstitucionalidade do Decreto-lei nº70/66, a tempo e modo, para depois voltar atrás.

Ademais, com relação ao pedido de exclusão do índice IPC aplicado ao contrato em março de 1990, pacífica é a jurisprudência:

"A 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que o índice aplicável ao reajuste do saldo devedor dos contratos de financiamento habitacional, relativamente ao mês de março de 1990, é de 84,32%, consoante a variação do IPC II. Recurso especial conhecido e provido." (REsp nº 0003432-2, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, DJ de 30.04.01).

"I - Ao contrário das prestações mensais, que devem observar os Índices de aumento percebidos pelos mutuários (PES),

o saldo sevedor, nos financiamentos para aquisição da casa própria, pelo SFH, deve ser reajustado pelos mesmos índices da caderneta de poupança, verificados no primeiro dia de cada mês, conforme disposição contratual.

II - A jurisprudência de nossos tribunais já reconheceu que as cadernetas de poupança, iniciadas ou renovadas antes do dia 16 de Março de 1990, devem ser corrigidas pelo IPC no percentual de 84,32%.

III - O saldo devedor de seu contrato deve ser corrigido pelo IPC de 84,32%, pois as cadernetas de poupança tiveram esta correção.

IV - Não-provimento do recurso. Manutenção da sentença.” (A nº 0242693-4, Rel. Juíza Tanyra Vargas, publ. DJ 11/03/1999)

Assim, entendo que foi correta a aplicação do referido índice, uma vez que este é o índice utilizado para correção das cadernetas de poupança. Proceder uma aplicação não homogênea de índices acarretaria desequilíbrio entre o sistema de captação e de liberação de empréstimos.

No que se refere ao pedido de indenização por danos morais, há que se considerar a existência de ato ilícito como pressuposto para a configuração da responsabilidade, aquele sinteticamente definido por Sérgio Cavalieri Filho como sendo *“ato voluntário e consciente do ser humano que transgride um dever jurídico”*¹. Ora, no caso em análise, não há que se falar em ato ilícito praticado pela Ré, uma vez que, ao que tudo indica, no âmbito do Decreto-Lei nº 70/66, a Ré procedeu de conformidade com as normas ali estatuídas, não havendo que se falar em responsabilidade civil do Estado, se o Supremo Tribunal Federal sequer pronunciou-se sobre sua inconstitucionalidade.

ISTO POSTO, JULGO IMPROCEDENTES OS PEDIDOS, na forma da fundamentação.

Sem custas e sem honorários face à gratuidade deferida.

P. R. I.

Rio de Janeiro, 16 de maio de 2002.

MONIQUE CALMON DE ALMEIDA BIOLCHINI

Juíza Federal Substituta da 5ª Vara Federal

¹ Filho, Sérgio Cavalieri. “Programa de Responsabilidade Civil, Malheiros Editores, 1ª edição, 2ª tiragem, 1996, p. 23.

**SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO:
CRITÉRIOS PARA O REAJUSTE DAS PRESTAÇÕES E DO SALDO DEVEDOR**

Rosália Monteiro Figueira

Juíza Federal Substituta da 5ª Vara Federal

Princípios Constitucionais do direito à moradia e finalidade social do contrato de financiamento da casa própria.

Trata-se de sentença proferida em ação de conhecimento pelo rito comum ordinário, em audiência, julgando procedente o pedido para condenar a ré a reajustar as prestações do contrato de financiamento de moradia particular segundo o critério do PES.

É certo que o Sistema Financeiro da Habitação tem regras fixadas segundo a política governamental refletida nas leis que disciplinam o sistema, porém essa situação não tem força de elevar o reajuste das prestações do contrato de financiamento além do que ganha o mutuário, sob pena de inviabilizar o exercício do direito à moradia, consagrado na Constituição Federal de 1988, artigo 6º, *caput*.

Ficou estabelecido que tanto o reajuste das mensalidades como do saldo devedor devem seguir os mesmos índices que corrigiu o salário dos autores, conforme o Plano de Equivalência Salarial, não sendo razoável a adoção de outro índice sob pena de o sonho da casa própria tornar-se pesadelo.

AÇÃO ORDINÁRIA / IMÓVEIS

PROCESSO Nº: 00.0773412-3

AUTORES: ANTONIO CARLOS SOARES PANTALEÃO e OUTROS

RÉU: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF

AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO

Aos 30 dias do mês de março de dois mil e cinco, nesta cidade do Rio de Janeiro, na Sala de Audiências do Juízo da Quinta Vara Federal, onde se encontrava presente a Excelentíssima Senhora Dra. ROSÁLIA MONTEIRO FIGUEIRA, MMa. Juíza Federal,

comigo, Marcelo Gamboa Trotta, abaixo declarado, na hora previamente designada, apregoadas as partes, compareceram: OS AUTORES acompanhados de advogados, a CEF representa por preposto acompanhado de advogado. Aberta a Audiência, dada a palavra ao Advogado da parte autora, foi dito e requerido que: “Que alguns mutuários estão presentes e já tiveram a liberação hipotecária reconhecida pela CEF, encontrando-se, o imóvel, desses autores, quitados. Que após a prolação da sentença, tomará as providências cabíveis.” Dada a palavra à CEF, foi requerida a juntada do instrumento do mandato, reportando-se à contestação pela improcedência do pedido, aduzindo, ainda, que os autores poderiam fazer o acordo na esfera administrativa.” Em seguida a MMA. Juíza proferiu a seguinte **SENTENÇA (TIPO II)**: Vistos etc. **RELATÓRIO**: ANTONIO CARLOS SOARES PANTALEÃO e OUTROS, qualificados na inicial, promovem ação de reconhecimento pelo rito comum ordinário em face da CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF objetivando a manutenção do reajustamento das prestações do contrato para financiamento de seus imóveis de acordo com a variação salarial de cada mutuário; a condenação da ré na devolução das quantias pagas em excesso a ser apurado em liquidação de sentença devidamente corrigido. Alegam, como causa de pedir, que no contrato para financiamento da casa própria que firmaram com a ré ficou ajustado a vinculação do reajuste das mensalidades na mesma proporção dos seus salários; contudo, e apesar do acordo, a ré alterou unilateralmente estabelecendo critério diverso do ajustado, trazendo inquietação, angústia e tensão aos lares dos autores pelo descumprimento do contrato e da lei. Inicial instruída com documentos, às fls. 02/19 e 20/287. Citada, a CEF apresenta contestação e documentos, às fls. 351/365 e 366/367, aduzindo, inépcia da inicial por falta de clareza e precisão; no mérito, sustenta que os autores desejam escapar ao reajuste das prestações como determinado não só pela lei, mas também por resoluções normativas aplicáveis às operações do Sistema Financeiro da Habitação; que o Plano de Equivalência Salarial foi alterado sucessivamente ao longo do tempo por força das regras legais que regem o sistema, que são imperativas e de ordem pública, motivos pelos quais requer a improcedência do pedido. Em réplica, às fls. 371/382 e 383/427, são apresentadas as impugnações aos argumentos expendidos na peça de bloqueio, ratificam os termos da inicial e a procedência do pedido. Instadas à produção de provas, fl. 423, os autores declaram que não têm outras provas além daquelas constantes dos autos, fl. 433. Petição da CEF, fl. 446/447 e 449/482, requerendo juntada de documentos, em cumprimento ao despacho de fl. 442. Despacho determinando a produção de prova pericial, fl. 487, e nomeação de perito para o ato, o qual apresentou proposta de honorário à fl. 488. Requerimento dos autores, fl. 491, para que o encargo de honorário pericial seja imputado à ré, a quem compete a prova do fato extintivo. Petição da CEF, fl. 493, aduzindo que não requereu a perícia contábil,

não lhe cabendo adiantar os honorários periciais. Decisão, de fl. 496, determinando que os autores depositem o valor dos honorários periciais, que foi fixado em R\$28.800,00 (vinte e oito mil e oitocentos reais) pelo despacho de fl. 498. Petição dos autores FELISBELLO LUCIO BITTENCOURT e MARIA ANGELICA GUIMARÃES BITTENCOURT, à fl. 502, desistindo do feito, tendo a CEF concordado, à fl. 507, desde que aplicado o artigo 26 do CPC. A desistência foi homologada à fl. 508, com a condenação dos desistentes em honorários; desistência da CEF pela execução dos honorários, fl. 513, este homologado à fl. 519. Despacho de fl. 521 revogando o deferimento da perícia contábil; e à fl. 524 para regularização do pólo ativo. Petição dos autores, à fl. 531, requerendo a juntado de documentos. Requerimento dos autores, às 548/549 com documentos às fls. 550/691. Petição dos autores, fls. 702/705, para desentranhamento dos documentos juntados às fls. 550/691 que foram juntado por equívoco, vez que fazem parte de outro feito; bem como requerimento para inclusão dos litisconsortes ativos ali relacionados. Despacho de fl. 708 e 709 designando Audiência para dia 30/03/2005. Petição dos autores, fls. 710/711, informando os endereços atualizados que constam dos cadastros da ré. Petição da ré, fl. 716, requerendo redesignação da audiência, dada a dificuldade em localizar os contratos de financiamento dos autores. É o relatório com o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo. Conclusos, após analisar e sopesar a matéria neles constantes, passo a fundamentar e a decidir a lide. **FUNDAMENTOS:** Inicialmente, defiro o pedido para desentranhamento dos documentos adunados às fls. 550/691, que dizem respeito a outro feito. Rejeito a argüição de inépcia da petição inicial, uma vez que presentes os requisitos previstos na lei processual para ajuizamento da demanda, não merecendo acolhimento a alegação de falta de clareza e precisão vez que possibilitou à ré exercer o seu direito de defesa com a apresentação da contestação rebatendo a pretensão deduzida. Indefiro o pedido de adiamento da audiência por falta de motivação, haja vista que as cópias dos contratos de financiamento firmados com os autores ficam em poder da ré que não pode invocar a sua desorganização para atrasar a entrega da prestação jurisdicional. Assim, declaro presentes as condições da ação e os pressupostos processuais de desenvolvimento válido e regular do processo, não existem nulidades a serem sanadas e o feito está devidamente instruído possibilitando o seu julgamento, sendo dispensável a produção de outras provas. Pretendem os autores com a presente ação a manutenção do reajustamento das prestações do contrato para financiamento de seus imóveis de acordo com a variação salarial de cada mutuário e a condenação da ré na devolução das quantias pagas em excesso a ser apurado em liquidação de sentença devidamente corrigido. Para tanto, sustentam que celebraram contrato de mútuo para financiamento da casa própria, ficando pactuado que os reajustes das prestações seriam de acor-

do com o Plano de Equivalência Salarial - PES, contudo a ré, de modo unilateral, vem reajustando as prestações diferentemente do acordo, fato que causou aumento das parcelas e pagamento além do devido. A questão *sub judice* cinge-se em decidir quanto ao critério do PES para o reajustamento das prestações para financiamento de moradia dos autores e a devolução das quantias pagas a maior. Compulsando os autos, constato que as cláusulas contratuais firmadas entre as partes não são muito claras, impedindo aos mutuários a compreensão do seu verdadeiro sentido. Os autores são todos assalariados, significando dizer que celebraram o contrato de mútuo ao entendimento de que as prestações seriam reajustadas na proporção de seus rendimentos mensais. É certo que o Sistema Financeiro da Habitação tem regras fixadas segundo a política governamental refletida nas leis que disciplinam o sistema, porém essa situação não tem força de elevar o reajuste das prestações do contrato de financiamento além do que ganha o mutuário, sob pena de inviabilizar o exercício do direito à moradia, consagrado na Constituição Federal de 1988, artigo 6º, *caput*. A Lei nº 4.320/64, que criou o Sistema Financeiro da Habitação, teve como objetivo primordial suprir o *déficit* habitacional da população brasileira. Esse propósito é alcançado com a instituição de mecanismos que possibilitem o pagamento das prestações em equivalência com o salário do mutuário e seus reajustes, bem como a liquidação do saldo devedor, que deve ser compatível com o imóvel adquirido. Adotando-se parâmetros distintos, o valor do contrato aumenta desproporcionalmente, não só em relação aos ganhos mensais do contratado (mutuário) como do próprio imóvel, resultando em vantagem exorbitante por parte do agente financeiro (contratante). Por tais motivos, o financiamento da casa própria - **sonho de toda família** - deve, necessariamente, atender à finalidade social, possibilitando que os cidadãos possam adquirir imóvel próprio para moradia. Destarte, tanto o reajuste das mensalidades como o saldo devedor devem ser reajustados pelos mesmos índices que corrigiu o salário dos autores, conforme o Plano de Equivalência Salarial, não sendo razoável a adoção de outro índice sob pena de o sonho da casa própria tornar-se pesadelo. No âmbito do SFH, qualquer plano de financiamento da casa própria para atender sua finalidade social deve seguir o índice estabelecido pelo legislador para atualizar os salários dos adquirentes do imóvel, o qual reflete o poder aquisitivo da população. Assim, a fim de atender o equilíbrio entre as partes no contrato, os reajustes das prestações do financiamento dos imóveis dos autores será de acordo com o PES, e eventual resíduo no saldo devedor será coberto pelo Seguro pago e incluído nas prestações mensais, conforme previsto no contrato. Quanto aos valores reajustados e pagos pelos autores além do PES, deverá ser devolvido, vez que nossa ordem jurídica veda o enriquecimento sem causa. Por óbvio, o contrato de mútuo para financiamento da casa própria tem regras distintas daquelas

aplicáveis aos contratos bancários que sustentam as instituições financeiras. Com esses fundamentos expendidos em atenção ao disposto no artigo 93, IX, da Constituição Federal de 1988 c/c art. 458, II, do Código de Processo Civil, nada mais, a meu sentir, precisa ser acrescentado. **DISPOSITIVO:** Isso posto, e tudo o mais que dos autos consta, JULGO PROCEDENTE O PEDIDO, nos termos do artigo 269, inciso I, do Código de Processo Civil, e CONDENO A CEF a reajustar as prestações do contrato para financiamento da casa própria dos autores segundo o PES, e a PAGAR aos autores os valores cobrados e pagos a maior, corrigido segundo a Lei nº 6.899/81, desde que devida cada parcela, acrescida de juros de mora à taxa de 0,5% (meio por cento) ao mês, esta última a contar da citação. CONDENO a CEF nas custas e honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre o valor da condenação. Publicada e intimadas as partes em audiência. Registre-se. Intimem-se, pessoalmente, os autores que não compareceram à esta audiência. Cumpra-se, dê-se baixa e ao final, arquivem-se os autos”. Nada mais havendo, determinou a MMA Juíza o encerramento do presente termo. Eu, Marcello Gambôa Trotta, Analista Judiciário o emiti por sistema de processamento de dados.

- **MMA JUÍZA FEDERAL:**

- **AUTORES:**

1. BLAUDEMIRO JOAQUIM DA SILVA
2. ELCIO SILVA
3. FATIMA MARIA DA SILVA CARVALHO
4. HORACIO MARIA GUIMARAES DOS SANTOS
5. JOCEHY FERNANDES DE ARAUJO
6. JORGE ARAGAO DE OLIVEIRA
7. JOSE LUIZ OLIVEIRA
8. LINO DA SILVA CARVALHO
9. NERILSON TUPIRACA FIGUEIRA MARTIN
10. PEDRO AUGUSTO VITAL NOGUEIRA
11. REYNALDO ROCHA BARROS
12. ESPÓLIO DE SEBASTIAO PATRICIO DE SOUZA REP/ P/ DR. MAURÍLIO PATRÍCIO DE SOUZA - OAB/RJ 67.797
13. SERAFIM PEREIRA REZENDE
14. SERGIO VIDAL DE OLIVEIRA
15. SERGIO VIEIRA TORNEL

- **ADVOGADO:**

CAIXA ECONÔMICA FEDERAL:

O PRINCÍPIO DA IRREGISTRABILIDADE E O DIREITO À PROPRIEDADE INTELECTUAL

Theophilo Antonio Miguel Filho
Juiz Federal Titular da 24ª Vara Federal

O artigo 124 da Lei 9279/96, tal qual o revogado artigo 65 Lei 5772/71, em cotejo com o que pretende a Carta Magna de 1988, em seu artigo 170, inciso V, traduz o Princípio da Irregistrabilidade, objetivando, pela repressão à concorrência desleal (artigo 2º, inciso V, Lei 9279/96), a proteção do consumidor, bem como resguardar o direito à propriedade das marcas, tendo em vista o interesse social do país, na forma aduzida pelo inciso XXIX do artigo 5º da Constituição da República.

AÇÃO PELO RITO ORDINÁRIO

PROCESSO Nº: 2000.5101008283-7
AUTOR: TV OMEGA LTDA
RÉU: EDITORA D'AVILA E OUTRO

S E N T E N Ç A

Relatório

TV OMEGA LTDA, qualificada na inicial, propõe a presente ação pelo rito ordinário, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela, em face da EDITORA D'AVILA e INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL - INPI, distribuída por dependência à Cautelar nº 99.0063698-8, objetivando não ser impedida de usar o sinal marcário "REDE TV!", tampouco sofrer qualquer limitação no seu direito de uso até decisão final, quando requer a declaração de anterioridade de seu pedido de marca, condenando a 1ª ré a abster-se de embaraçar, violar ou ameaçar o direito da autora na classe 38.10 do NA nº 0051/81, assim como ao ressarcimento de danos materiais e morais, estes correspondentes a 300 (trezentas) vezes o valor da causa. Da mesma forma, requer seja o INPI compelido a não atribuir exclusividade ao signo "!" (ponto de exclamação) na classe supracitada para pedidos de registro de marca posteriores ao seu.

A demandante, mantenedora da "REDETV!", e sucessora da antiga TV Manchete, alega, como causa de pedir, que teria sido notificada pela EDITORA D'AVILA para que deixasse de usar, de imediato, o sinal "!", a qualquer título, uma vez que teria depositado pedidos de registro na mesma classe da autora - 38.10 -, sendo alguns com sinal de exclamação - "BRAVO! FONE" e "BRAVO! ON LINE" -, quando é a autora que, de fato, detém a anterioridade do pedido de depósito da marca composta com o sinal de exclamação - "REDETV!".

Ressalta, ainda, que a marca autoral é reconhecida na mídia brasileira, e que a Editora não exerce nenhuma atividade relacionada com televisão, tendo a demandante protocolizado, no INPI, duas Oposições objetivando impugnar os processos marcários referentes aos sinais "BRAVO! FONE" e "BRAVO! ON LINE".

Documentos e procuração a fls. 24/66; custas pagas.

Suscitado conflito negativo de competência, foi declarada a competência deste Juízo pelo TRF/2ª Região (fls.136/139).

Citados os réus, o INPI (fls.76/80) requer sua exclusão do feito na qualidade de réu para figurar como assistente litisconsorcial da autora. No mérito, afirma caber razão à demandante - REDETV! -, salvo quanto à pretensão de exclusividade de uso do sinal de exclamação. A Editora argúi, preliminarmente, a ausência do interesse de agir, pelo que pede a extinção do feito sem julgamento do mérito e afirma não haver fundamento para o deferimento de antecipação dos efeitos da tutela requerida. No mérito, pugna pela improcedência.

É o relatório.

Fundamentação

Acolho o pedido do INPI para figurar no pleito como assistente litisconsorcial da autora, conforme art. 175 da Lei da Propriedade Industrial (LPI), vez que o presente feito não trata de anulação ou cancelamento de registro pelo órgão, quando, aí, sim, seria o caso de figurar como parte, visto ser o responsável por tais atos.

Da mesma forma, por ausente o interesse de agir, descabe o pedido de antecipação dos efeitos da tutela na ação ordinária frente ao deferimento da

liminar na cautelar preparatória, nos exatos termos do requerido na medida de urgência pleiteada na ação ordinária.

Ainda, afasto a preliminar de carência de ação, pois é inegável o interesse da parte autora na presente demanda, consubstanciado na presença do binômio necessidade-utilidade da entrega da prestação jurisdicional.

Superadas as preliminares, passo a apreciar o mérito.

Marca é sinal distintivo visualmente, usado com constância em relação a produtos ou serviços oferecidos no mercado, com a finalidade de individualizá-los, tornando-os especiais, inconfundíveis, possibilitando sua escolha entre outros produtos ou serviços similares.

Encontramos no Tratado da Propriedade Industrial, Resenha Tributária, 1988, vol. I, p.115/116: *“O sinal pelo qual se apresenta a marca deve ser distinto dos demais existentes em uso ou sob registro; por isso que se diversifica total ou parcialmente não se confundindo com outros. E sendo distinto, forçosamente deverá ser claro, visível e perceptível”*.

No entanto, a lei de proteção marcária não proíbe semelhanças entre sinais comerciais, desde que suficiente sua diferenciação, através de variação nominal ou gráfica, resultando conjunto que afaste a possibilidade de confusão para o consumidor.

O fato de a autora ter depositado pedido de registro da marca “REDETV!” antes da ré não caracteriza anterioridade por si só, haja vista que o elemento *precedência* só é chamado à análise quando e se houver conflito entre marcas registrandas.

Os pedidos de registro depositados posteriormente à autora pela Editora D´Avila Ltda. - “BRAVO! FONE” e “BRAVO! ON LINE” não acarretam a colidência entre os signos, haja vista que a composição nominal entre as marcas da ré e a da rede de TV é absolutamente diferenciada, afastando por completo a possibilidade de causar engano ou confusão no consumidor do serviço oferecido por uma e por outra.

Quanto ao ponto de exclamação, é sinal gráfico de uso comum da língua, análogo à letra e ao algarismo, sobre o qual não pode recair a restrição da exclusividade,

conforme o art. 124, II e VI da Lei 9.279/96. A par disso, seu uso em marcas tão diferenciadas - BRAVO! FONE e "REDETV!" -, não tem o condão de assemelhá-las a ponto de confundi-las. Como se pode constatar, às fls. 46 dos autos, o conjunto gráfico/visual formado pelas palavras REDETV e o ponto de exclamação incomum compõe marca instantaneamente distinguível daquela da 1ª ré. Salta aos olhos o efeito do trabalho gráfico que resultou em um ponto de exclamação estilizado, integrante da marca REDETV!, individualizando-a, emprestando-lhe reconhecimento visual instantâneo.

Entretanto, a pretensão de compelir o INPI a vedar o uso do sinal exclamativo para pedidos de depósito marcário posteriores ao da autora, independentemente da análise técnica do Órgão quanto à existência de colidência dos sinais comerciais depositados posteriormente, não deve ser contemplada. O próprio Instituto manifesta-se no sentido de que o processo de registro autoral deverá ter prosseguimento regular, sem, entretanto, obter sucesso quanto ao pedido de exclusividade de uso do ponto de exclamação.

Diga-se que a anterioridade da autora não é negada pelo INPI, tampouco é tomada como questão controversa pela Editora, como se depreende do conteúdo da contestação apresentada.

Com referência à pretensão ressarcitória da demandante, é necessário fazer algumas considerações. Embora requeira indenização por supostos prejuízos sofridos em razão da utilização de marca assemelhada à sua pela demandada, não reverenciou, contudo, o disposto no inciso I do artigo 333 do Código de Processo Civil, ou seja, não logrou levar o Juízo à formação de um convencimento a esse respeito. A satisfação de tal pretensão condenatória exige mais do que o simples pedido, demandando a comprovação do fato constitutivo do seu direito.

Assim sendo, a despeito de dispor de ampla dilação probatória na via processual eleita, a autora deixou de demonstrar a ocorrência do dano material, não se concebendo que o mesmo seja presumido, afinal, o caput do artigo 402 do Código Civil é claro ao preconizar que as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

Do mesmo modo, com relação aos danos morais requeridos, a autora não faz qualquer demonstração do alegado, limitando-se a transcrever doutrina e jurisprudência

sobre o assunto, sem, entretanto, demonstrar o nexu causal entre o pedido de indenização por dano moral e o ato ilícito supostamente praticado pela ré.

Decisum

Posto isso, JULGO PROCEDENTE, EM PARTE, o pleito para declarar a anterioridade do pedido de registro da marca da autora (REDETV!), sem exclusividade do ponto de exclamação, que deverá ser procedido regularmente pelo INPI, abstando-se a Editora D´Avila Comunicações Ltda de causar qualquer embaraço a tal procedimento.

Face à sucumbência recíproca, deixo de proceder à condenação nas custas e honorários, na forma do art. 21, caput, da Lei Adjetiva.

Custas na forma da Lei 9289/96.

P.R.I.

À SEADI, oportunamente, para retificar o pólo passivo, dele excluindo o INPI, anotando-o na condição de assistente litisconsorcial da autora.

Rio de Janeiro, 11 de abril de 2005.

THEOPHILO ANTONIO MIGUEL FILHO
Vigésima Quarta Vara Federal

Indicação Literária

Indicação Literária

TEORIA DA MUDANÇA CONSTITUCIONAL: sua trajetória nos Estados Unidos e na Europa: uma pequena apresentação

Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva

Juíza Federal Titular da 3ª Vara Federal de Execução Fiscal

“Teoria da mudança constitucional: sua trajetória nos Estados Unidos e na Europa”¹ é fruto das investigações realizadas pelo Grupo de Pesquisa “Jurisdição constitucional e democracia”, vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Gama Filho e sob a coordenação dos Prof. Dr. José Ribas Vieira e Fernanda Duarte.

Composta de seis capítulos, sistematizados em duas partes - com autorias diversas² - a obra pretende delimitar o significado da teoria da mudança constitucional na percepção dos constitucionalistas norte-americanos e europeus, ressaltando, entre outros aspectos, que a análise do tema proposto não pode se restringir, apenas, a uma mera distinção entre as diferentes modalidades do poder constituinte, em especial o poder de revisão. Portanto, obra traz a certeza de que não se pode continuar, como ocorre no Direito Constitucional brasileiro, a reduzir a categoria *mudança constitucional* a uma simples interface desta com os *conceitos de Constituição rígida* ou com expressões vagas e operacionalmente imprecisas de que o Texto Maior estaria, assim, mais apto a interagir com a realidade social.

1 DUARTE, Fernanda; VIEIRA, José Ribas (org.) *Teoria da mudança constitucional: sua trajetória nos Estados Unidos e na Europa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. 367p.

2 São autores da obra: José Ribas Vieira - Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), é professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Gama Filho (UGF) e coordena o grupo de pesquisa sobre Constitucionalismo e Democracia; Fernanda Duarte - Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC), é Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Gama Filho UGF e coordena o grupo de pesquisa sobre Constitucionalismo e Democracia. É juíza federal no Rio de Janeiro; Francisco da Cunha e Silva Neto - Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Gama Filho, especialista em Direito Processual civil pela Pontifícia Universidade Católica (PUC) do Paraná. É advogado em Curitiba; Francisco Moura - Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho, professor de Direito Público do curso de graduação da UGF e da Universidade Estácio de Sá (Unesa). É advogado no Rio de Janeiro; Igor de Abreu - Mestre em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba (UNIMEP), doutorando em Direito pela Universidade Gama Filho, professor de Direito Público do curso de graduação da UGF. É advogado em São Paulo; Josué Mastrodi - Mestre e doutorando em Direito pela Universidade Gama Filho, professor de Direito Público do curso de graduação da UGF. É advogado no Rio de Janeiro; Manuela Martins - Mestre e doutoranda em Direito pela Universidade Gama Filho, professora de Direito Público do curso de graduação da UGF e da Universidade da Cidade; Márcia Tamburini - Mestre e doutoranda em Direito pela Universidade Gama Filho, bolsista do curso de Direito da Universidade de Montpellier (França), professora de Direito Público do curso de graduação da Universidade Estácio de Sá. É promotora de justiça do Estado do Rio de Janeiro; Rafael M. Iorio Filho - Mestrando em Direito do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Gama Filho; Rubens Takashi Tsubone - Mestrando em Direito do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Gama Filho. É advogado do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social no Rio de Janeiro; Vanice Lírio do Valle - Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá e doutoranda em Direito pela Universidade Gama Filho, diretora da Faculdade de Ciências Jurídicas da Universidade Gama Filho. É Procurador do Município do Rio de Janeiro.

Não é por outra razão que a contribuição da obra se assenta na necessidade da existência de instrumentos de análise pontuais, como os percebidos no pensamento dos constitucionalistas norte-americanos selecionados como pano de fundo teórico da investigação em terras americanas, para dar dimensão concreta e histórica na aplicação da Constituição; ou mesmo de que se possa contar com variáveis nítidas (*Estado-nação, democracia e novo paradigma constitucional*) para a construção da compreensão da dinâmica do processo constitucional vivenciado, por exemplo, por um ente da natureza político-jurídica da magnitude da União Européia.

Assim a noção de *mudança constitucional* envolve um amplo campo de complexidade prático-teórico, a saber: qual é o papel da Constituição e sua estabilidade?; que peso traduz o *judicial review* - ou sua congênere jurisdição constitucional - no sentido de assegurar ou não a manutenção de uma dada norma constitucional?; e, por fim, como viabilizar a presença do *povo* nesse processo de transformação constitucional?

Como já consignado, a obra se organiza em dois grandes eixos de reflexão.

A PRIMEIRA PARTE se volta para o estudo da teoria da mudança, no contexto norte-americano e discute os limites e possibilidades de uma teoria da mudança; a problemática da supremacia do judiciário e a incorporação teórica dos chamados "separation game powers".

A SEGUNDA PARTE dedica-se à Europa e aborda os impasses políticos-sociais e suas conseqüências para a teoria da mudança constitucional européia; a nova tríade constitucional proposta por Erhard Denninger e ainda as perspectivas de uma nova teoria constitucional a partir do projeto de constituição européia.

Enfim, pretende-se oferecer uma obra que versa sobre mudança constitucional, tratando de transformações que ocorrem independentemente de qualquer alteração do texto da Carta Política, e cuja legitimidade é igual - ou até superior, mas nunca inferior - à das alterações havidas por força de emendas ao texto constitucional.

HABEAS DATA



José Eduardo Nobre Matta

Juiz Federal Titular da 6ª Vara Federal de Execução Fiscal

A inspiração originária do legislador constituinte ao instituir o habeas data foi a atuação dos órgãos governamentais de informação durante os governos militares de 64/85. Colimou-se, precipuamente, a defesa do particular contra atos do próprio Estado, que colhia e armazenava informações, delas fazendo uso arbitrário, ensejando perseguições políticas de toda sorte.

Todavia, retomados os trilhos da democracia, o uso do remédio ganha nova direção, prestando-se, agora, como eficaz meio para a defesa da pessoa que se vê não raras vezes oprimida, em razão de informações armazenadas em bancos de dados de toda espécie, que se proliferam e se agigantam nesta Era da Informação.

Não obstante a atualidade do tema, muito pouco se escreveu sobre o habeas data. A obra, prefaciada pelo Ministro Marco Aurélio, diminui tal lacuna doutrinária, tornando-se fonte de consulta útil tanto para o estudante como para o profissional do direito.

Índices

Índices

I - Varas Federais

II - Juízes

III - Assuntos

I - Varas Federais

5ª Vara Federal - 05VF	275, 283
7ª Vara Federal - 07VF	163
10ª Vara Federal - 10VF	121, 139
14ª Vara Federal - 14VF	113
17ª Vara Federal - 17VF	37, 251
19ª Vara Federal - 19VF	155
24ª Vara Federal - 24VF	289
27ª Vara Federal - 27VF	267
3ª Vara Federal de EXECUÇÃO FISCAL- 03VFEF	89, 297
6ª Vara Federal de EXECUÇÃO FISCAL- 06VFEF	299
3º Juizado Especial Federal - 03JEF	211
5º Juizado Especial Federal - 05JEF	129
1º Juizado Especial Federal de Niterói - 01JEF-NI	19
Juizado Especial Federal de Resende - 01JEF-RE	89
Vara Federal Única de Teresópolis - 01VF-TE	243

II - Juízes

Dr. Adriano Saldanha Gomes de Oliveira	113
Dr. Alberto Nogueira Júnior	121
Dr. Alexandre da Silva Arruda	129
Dr. Caio Márcio Gutterres Taranto	19
Dr ^a Caroline Medeiros e Silva	139
Dr. Elmo Gomes de Souza.....	243
Dr. Eugênio Rosa de Araújo	37, 251
Dr ^a . Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva	89, 297
Dr. Guilherme Couto de Castro	155
Dr ^a Jane Reis Gonçalves Pereira	89
Dr. José Carlos Zebulum	267
Dr. José Eduardo Nobre Matta	299
Dr ^a Maria de Lourdes Coutinho Tavares	163
Dr ^a . Monique Calmon de Almeida Biolchini	275
Dr ^a Rosália Monteiro Figueira	283
Dr. Theophilo Antonio Miguel Filho	289
Dr. Valter Schuenquener de Araújo	211

A

ABUSO DE DIREITO

- Direito constitucional - Direito civil - Código civil (2002) - Consumidor - Direito do consumidor - Constituição federal - Direitos humanos - Direito privado - Poder discricionário - Reforma - Poder legislativo - Código de defesa e proteção ao consumidor (CDC) - Direito público - Direito patrimonial - Dignidade - Direitos e garantias individuais - Tutela jurisdicional - Cidadania - Boa-fé - Contrato de adesão - Cláusula abusiva - Função social - Contrato 37

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

- Direito administrativo - União Federal - Conselho Nacional de Trânsito (CONTRAN) - Liminar - Resolução do CONTRAN nº 157, de 22/04/2004 - Especificação técnica - Extintor de incêndio - Obrigatoriedade - Veículo automotor - Comissão de Defesa do Consumidor da Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro - Impugnação - Ônus - Princípio da razoabilidade - Princípio da proporcionalidade - Periculum in mora - Deferido 267
- Direito constitucional - Contratação temporária - Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) - Concurso público - Tutela antecipada - Constituição federal - Nulidade - Prazo determinado - Procedente em parte 139
- Direito constitucional - Museu botânico - Biblioteca - Residência Pacheco Leão - Instituto de Pesquisas Jardim Botânico do Rio de Janeiro - Deterioração - Patrimônio histórico - Obra de restauração - Ministério Público Federal (MPF) - União Federal - Inépcia - Pedido genérico - Vício - Inquérito civil - Recursos - Petição inicial - Emenda - Indeferimento da inicial - Extinção do processo 155

AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE (ADC)

- Direito constitucional - Ação direta de inconstitucionalidade (ADIN) - Precedente - Medida cautelar - Constitucionalidade - Superior Tribunal de Justiça (STJ) - Constituição federal - Súmula - Efeito vinculante - Supremo Tribunal Federal (STF) ... 19

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (ADIN)

- Direito constitucional - Precedente - Medida cautelar - Constitucionalidade - Superior Tribunal de Justiça (STJ) - Constituição federal - Súmula - Efeito vinculante - Supremo Tribunal Federal (STF) - Ação declaratória de constitucionalidade (ADC) 19

ADC

- Vide: Ação declaratória de constitucionalidade (ADC)

ADIAMENTO

- Direito administrativo - Internet - Concurso público - Validade - Polícia federal - Edital - Transmissão de informações - Princípio da impessoalidade - Princípio da moralidade - Princípio da isonomia - Princípio da razoabilidade - Dano moral - Omissão - Dano material - Juizados especiais federais - Universidade de Brasília - Improcedente 243

ADIN

- Vide: Ação direta de inconstitucionalidade (ADIN)

ADJUDICAÇÃO

- Direito administrativo - Sistema financeiro da habitação (SFH) - Nulidade - Execução extrajudicial - Plano Collor - Leilão extrajudicial - Inconstitucionalidade - Índice de 84,32% - Contrato - Mútuo - Relação jurídica - Notificação - Renúncia - Terceiro de boa-fé - Negócio jurídico - Dano moral - Improcedente 275

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

- Direito administrativo - Terceiro setor - Serviço social autônomo - Sociedade civil - Responsabilidade civil do estado - Ministério público (MP) - Poder judiciário - Desestatização - Privatização - Agências reguladoras - Constituição federal - Solidariedade ativa - Contrato - Tribunal de contas - Justiça estadual - Justiça federal - Princípio da moralidade - Princípio da isonomia - Princípio da razoabilidade - Advocacia Geral da União (AGU) - Ato discricionário - Licitação - Consolidação das leis do trabalho (CLT) 211

- Direito constitucional - Legalidade - Concurso público - Contratação temporária - Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) - Mandado de segurança (MS) - Princípio constitucional - Locação de serviço - Procedente em parte 113

ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO (AGU)

- Direito administrativo - Terceiro setor - Serviço social autônomo - Administração pública - Sociedade civil - Responsabilidade civil do estado - Ministério público (MP) - Poder judiciário - Desestatização - Privatização - Agências reguladoras - Constituição federal - Solidariedade ativa - Contrato - Tribunal de contas - Justiça estadual - Justiça federal - Princípio da moralidade - Princípio da isonomia - Princípio da razoabilidade - Ato discricionário - Licitação - Consolidação das leis do trabalho (CLT) 211

AERONÁUTICA

- Direito constitucional - Militar - Promoção - Reintegração - Perseguição - Anistia - Constituição federal - Estabilidade - Licenciamento - Ato discricionário - Improcedente 129

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR (ANS)

- Direito constitucional - Ação civil pública - Contratação temporária - Concurso público - Tutela antecipada - Constituição federal - Nulidade - Prazo determinado - Procedente em parte 139

AGENCIAS REGULADORAS

- Direito administrativo - Terceiro setor - Serviço social autônomo - Administração pública - Sociedade civil - Responsabilidade civil do estado - Ministério público (MP) - Poder judiciário - Desestatização - Privatização - Constituição federal - Solidariedade ativa - Contrato - Tribunal de contas - Justiça estadual - Justiça federal - Princípio da moralidade - Princípio da isonomia - Princípio da razoabilidade - Advocacia Geral da União (AGU) - Ato discricionário - Licitação - Consolidação das leis do trabalho (CLT) 211

ANISTIA

- Direito constitucional - Militar - Aeronáutica - Promoção - Reintegração - Perseguição - Constituição federal - Estabilidade - Licenciamento - Ato discricionário - Improcedente 129

ANS

- Vide: Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS)

ASSISTENTE LITISCONSORCIAL

- Direito administrativo - Tutela antecipada - Propriedade de marca - Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) - Propriedade industrial - Dano material - Dano moral - Emissora de televisão - Direito autoral - Procedente em parte ... 289

ATO DISCRICIONÁRIO

- Direito administrativo - Terceiro setor - Serviço social autônomo - Administração pública - Sociedade civil - Responsabilidade civil do estado - Ministério público (MP) - Poder judiciário - Desestatização - Privatização - Agências reguladoras - Constituição federal - Solidariedade ativa - Contrato - Tribunal de contas - Justiça estadual - Justiça federal - Princípio da moralidade - Princípio da isonomia - Princípio da razoabilidade - Advocacia Geral da União (AGU) - Licitação - Consolidação das leis do trabalho (CLT) 211
- Direito constitucional - Militar - Aeronáutica - Promoção - Reintegração - Perseguição - Anistia - Constituição federal - Estabilidade - Licenciamento - Improcedente ... 129

B

BACEN

- Vide: Banco Central do Brasil (BACEN)

BANCO CENTRAL DO BRASIL (BACEN)

- Direito administrativo - Responsabilidade civil - Dano material - Dano moral - Liquidação extrajudicial - Banco Nacional - Caixa Econômica Federal (CEF) - Crédito rotativo - Sistema especial de liquidação e de custódia (SELIC) - Banco do Brasil (BB) - Taxa referencial (TR) - Perdas e danos - Sistema financeiro nacional - Improcedente 251

BANCO DO BRASIL (BB)

- Direito administrativo - Responsabilidade civil - Banco Central do Brasil (BACEN) - Dano material - Dano moral - Liquidação extrajudicial - Banco Nacional -

Caixa Econômica Federal (CEF) - Crédito rotativo - Sistema especial de liquidação e de custódia (SELIC) - Taxa referencial (TR) - Perdas e danos - Sistema financeiro nacional - Improcedente 251

BANCO NACIONAL

- Direito administrativo - Responsabilidade civil - Banco Central do Brasil (BACEN) - Dano material - Dano moral - Liquidação extrajudicial - Caixa Econômica Federal (CEF) - Crédito rotativo - Sistema especial de liquidação e de custódia (SELIC) - Banco do Brasil (BB) - Taxa referencial (TR) - Perdas e danos - Sistema financeiro nacional - Improcedente 251

BB

- Vide: Banco do Brasil (BB)

BIBLIOTECA

- Direito constitucional - Ação civil pública - Museu botânico - Residência Pacheco Leão - Instituto de Pesquisas Jardim Botânico do Rio de Janeiro - Deterioração - Patrimônio histórico - Obra de restauração - Ministério Público Federal (MPF) - União Federal - Inépcia - Pedido genérico - Vício - Inquérito civil - Recursos - Petição inicial - Emenda - Indeferimento da inicial - Extinção do processo 155

BOA-FÉ

- Direito constitucional - Direito civil - Código civil (2002) - Consumidor - Direito do consumidor - Constituição federal - Direitos humanos - Direito privado - Poder discricionário - Reforma - Poder legislativo - Código de defesa e proteção ao consumidor (CDC) - Direito público - Direito patrimonial - Dignidade - Direitos e garantias individuais - Tutela jurisdicional - Cidadania - Abuso de direito - Contrato de adesão - Cláusula abusiva - Função social - Contrato 37

C

CAIXA ECONÔMICA FEDERAL (CEF)

- Direito administrativo - Responsabilidade civil - Banco Central do Brasil (BACEN) - Dano material - Dano moral - Liquidação extrajudicial - Banco Nacional - Crédito rotativo - Sistema especial de liquidação e de custódia (SELIC) - Banco do Brasil (BB) - Taxa referencial (TR) - Perdas e danos - Sistema financeiro nacional - Improcedente 251

- Direito administrativo - Sistema financeiro da habitação (SFH) - Princípio constitucional - Constituição federal - Plano de equivalência salarial (PES) - Rito ordinário - Financiamento - Casa própria - Procedente 283

CASA PRÓPRIA

- Direito administrativo - Sistema financeiro da habitação (SFH) - Princípio constitucional - Constituição federal - Plano de equivalência salarial (PES) - Rito ordinário - Caixa Econômica Federal (CEF) - Financiamento - Procedente 283

CDC

- Vide: Código de defesa e proteção ao consumidor (CDC)

CEF

- Vide: Caixa Econômica Federal (CEF)

CIDADANIA

- Direito constitucional - Direito civil - Código civil (2002) - Consumidor - Direito do consumidor - Constituição federal - Direitos humanos - Direito privado - Poder discricionário - Reforma - Poder legislativo - Código de defesa e proteção ao consumidor (CDC) - Direito público - Direito patrimonial - Dignidade - Direitos e garantias individuais - Tutela jurisdicional - Boa-fé - Abuso de direito - Contrato de adesão - Cláusula abusiva - Função social - Contrato 37

CLÁUSULA ABUSIVA

- Direito constitucional - Direito civil - Código civil (2002) - Consumidor - Direito do consumidor - Constituição federal - Direitos humanos - Direito privado - Poder discricionário - Reforma - Poder legislativo - Código de defesa e proteção ao consumidor (CDC) - Direito público - Direito patrimonial - Dignidade - Direitos e garantias individuais - Tutela jurisdicional - Cidadania - Boa-fé - Abuso de direito - Contrato de adesão - Função social - Contrato 37

CLT

- Vide: Consolidação das leis do trabalho (CLT)

CÓDIGO CIVIL (2002)

- Direito constitucional - Direito civil - Consumidor - Direito do consumidor - Constituição federal - Direitos humanos - Direito privado - Poder discricionário - Reforma - Poder legislativo - Código de defesa e proteção ao consumidor (CDC) - Direito público - Direito patrimonial - Dignidade - Direitos e garantias individuais - Tutela jurisdicional - Cidadania - Boa-fé - Abuso de direito - Contrato de adesão - Cláusula abusiva - Função social - Contrato 37

CÓDIGO DE DEFESA E PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR (CDC)

- Direito constitucional - Direito civil - Código civil (2002) - Consumidor - Direito do consumidor - Constituição federal - Direitos humanos - Direito privado - Poder discricionário - Reforma - Poder legislativo - Direito público - Direito patrimonial - Dignidade - Direitos e garantias individuais - Tutela jurisdicional - Cidadania - Boa-fé - Abuso de direito - Contrato de adesão - Cláusula abusiva - Função social - Contrato 37

COMISSÃO DE DEFESA DO CONSUMIDOR DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

- Direito administrativo - União Federal - Conselho Nacional de Trânsito (CONTRAN) - Liminar - Ação civil pública - Resolução do CONTRAN nº 157, de 22/04/2004 - Especificação técnica - Extintor de incêndio - Obrigatoriedade - Veículo automotor - Impugnação - Ônus - Princípio da razoabilidade - Princípio da proporcionalidade - Periculum in mora - Deferido 267

CONCORRÊNCIA DESLEAL

- Direito administrativo - Marca notória - Registro - Notoriedade - Direito real - Uso (Direito civil) - Propriedade industrial - Proteção especial - Territorialidade - Princípio da especialidade - Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) ... 163

CONCURSO PÚBLICO

- Direito administrativo - Internet - Validade - Polícia federal - Edital - Transmissão de informações - Adiamento - Princípio da impessoalidade - Princípio da moralidade - Princípio da isonomia - Princípio da razoabilidade - Dano moral - Omissão - Dano material - Juizados especiais federais - Universidade de Brasília - Improcedente 243

- Direito constitucional - Ação civil pública - Contratação temporária - Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) - Tutela antecipada - Constituição federal - Nulidade - Prazo determinado - Procedente em parte 139

CONSELHO NACIONAL DE TRÂNSITO (CONTRAN)

- Direito administrativo - União Federal - Liminar - Ação civil pública - Resolução do CONTRAN nº 157, de 22/04/2004 - Especificação técnica - Extintor de incêndio - Obrigatoriedade - Veículo automotor - Comissão de Defesa do Consumidor da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro - Impugnação - Ônus - Princípio da razoabilidade - Princípio da proporcionalidade - Periculum in mora - Deferido 267

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA (CRM)

- Direito constitucional - Mandado de segurança - Rio de Janeiro - Princípio constitucional - Dignidade - Direitos e garantias individuais - Pessoa física - Registro profissional - Estrangeiros - Visto temporário - Visto permanente - Procedente 121

CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO (CLT)

- Direito administrativo - Terceiro setor - Serviço social autônomo - Administração pública - Sociedade civil - Responsabilidade civil do estado - Ministério público (MP) - Poder judiciário - Desestatização - Privatização - Agências reguladoras - Constituição federal - Solidariedade ativa - Contrato - Tribunal de contas - Justiça estadual - Justiça federal - Princípio da moralidade - Princípio da isonomia - Princípio da razoabilidade - Advocacia Geral da União (AGU) - Ato discricionário - Licitação 211

CONSTITUCIONALIDADE

- Direito constitucional - Ação direta de inconstitucionalidade (ADIN) - Precedente - Medida cautelar - Superior Tribunal de Justiça (STJ) - Constituição federal - Súmula - Efeito vinculante - Supremo Tribunal Federal (STF) - Ação declaratória de constitucionalidade (ADC) 19

CONSTITUIÇÃO FEDERAL

- Direito administrativo - Sistema financeiro da habitação (SFH) - Princípio constitucional - Plano de equivalência salarial (PES) - Rito ordinário - Caixa Econômica Federal (CEF) - Financiamento - Casa própria - Procedente 283

- Direito administrativo - Terceiro setor - Serviço social autônomo - Administração pública - Sociedade civil - Responsabilidade civil do estado - Ministério público (MP) - Poder judiciário - Desestatização - Privatização - Agências reguladoras - Solidariedade ativa - Contrato - Tribunal de contas - Justiça estadual - Justiça federal - Princípio da moralidade - Princípio da isonomia - Princípio da razoabilidade - Advocacia Geral da União (AGU) - Ato discricionário - Licitação - Consolidação das leis do trabalho (CLT) 211
- Direito constitucional - Ação civil pública - Contratação temporária - Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) - Concurso público - Tutela antecipada - Nulidade - Prazo determinado - Procedente em parte 139
- Direito constitucional - Ação direta de inconstitucionalidade (ADIN) - Precedente - Medida cautelar - Constitucionalidade - Superior Tribunal de Justiça (STJ) - Súmula - Efeito vinculante - Supremo Tribunal Federal (STF) - Ação declaratória de constitucionalidade (ADC) 19
- Direito constitucional - Direito civil - Código civil (2002) - Consumidor - Direito do consumidor - Direitos humanos - Direito privado - Poder discricionário - Reforma - Poder legislativo - Código de defesa e proteção ao consumidor (CDC) - Direito público - Direito patrimonial - Dignidade - Direitos e garantias individuais - Tutela jurisdicional - Cidadania - Boa-fé - Abuso de direito - Contrato de adesão - Cláusula abusiva - Função social - Contrato 37
- Direito constitucional - Militar - Aeronáutica - Promoção - Reintegração - Perseguição - Anistia - Estabilidade - Licenciamento - Ato discricionário - Improcedente 129
- Direito constitucional - Princípio constitucional - Positivismo - Direitos e garantias fundamentais - Estado - Direito positivo - Estado de direito - Princípio da legalidade 89

CONSUMIDOR

- Direito constitucional - Direito civil - Código civil (2002) - Direito do consumidor - Constituição federal - Direitos humanos - Direito privado - Poder discricionário - Reforma - Poder legislativo - Código de defesa e proteção ao consumidor (CDC) - Direito público - Direito patrimonial - Dignidade - Direitos e garantias individuais - Tutela jurisdicional - Cidadania - Boa-fé - Abuso de direito - Contrato de adesão - Cláusula abusiva - Função social - Contrato 37

CONTRAN

- Vide: Conselho Nacional de Trânsito (CONTRAN)

CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA

- Direito constitucional - Ação civil pública - Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) - Concurso público - Tutela antecipada - Constituição federal - Nulidade - Prazo determinado - Procedente em parte 139
- Direito constitucional - Administração pública - Legalidade - Concurso público - Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) - Mandado de segurança (MS) - Princípio constitucional - Locação de serviço - Procedente em parte 113

CONTRATO

- Direito administrativo - Sistema financeiro da habitação (SFH) - Nulidade - Execução extrajudicial - Adjudicação - Plano Collor - Leilão extrajudicial - Inconstitucionalidade - Índice de 84,32% - Mútuo - Relação jurídica - Notificação - Renúncia - Terceiro de boa-fé - Negócio jurídico - Dano moral - Improcedente 275
- Direito administrativo - Terceiro setor - Serviço social autônomo - Administração pública - Sociedade civil - Responsabilidade civil do estado - Ministério público (MP) - Poder judiciário - Desestatização - Privatização - Agências reguladoras - Constituição federal - Solidariedade ativa - Tribunal de contas - Justiça estadual - Justiça federal - Princípio da moralidade - Princípio da isonomia - Princípio da razoabilidade - Advocacia Geral da União (AGU) - Ato discricionário - Licitação - Consolidação das leis do trabalho (CLT) 211
- Direito constitucional - Direito civil - Código civil (2002) - Consumidor - Direito do consumidor - Constituição federal - Direitos humanos - Direito privado - Poder discricionário - Reforma - Poder legislativo - Código de defesa e proteção ao consumidor (CDC) - Direito público - Direito patrimonial - Dignidade - Direitos e garantias individuais - Tutela jurisdicional - Cidadania - Boa-fé - Abuso de direito - Contrato de adesão - Cláusula abusiva - Função social 37

CONTRATO DE ADESÃO

- Direito constitucional - Direito civil - Código civil (2002) - Consumidor - Direito do consumidor - Constituição federal - Direitos humanos - Direito privado - Poder discricionário - Reforma - Poder legislativo - Código de defesa e proteção ao

consumidor (CDC) - Direito público - Direito patrimonial - Dignidade - Direitos e garantias individuais - Tutela jurisdicional - Cidadania - Boa-fé - Abuso de direito - Cláusula abusiva - Função social - Contrato 37

CRÉDITO ROTATIVO

Direito administrativo - Responsabilidade civil - Banco Central do Brasil (BACEN) - Dano material - Dano moral - Liquidação extrajudicial - Banco Nacional - Caixa Econômica Federal (CEF) - Sistema especial de liquidação e de custódia (SELIC) - Banco do Brasil (BB) - Taxa referencial (TR) - Perdas e danos - Sistema financeiro nacional - Improcedente 251

CRM

Vide: Conselho Regional de Medicina (CRM)

D

DANO MATERIAL

- Direito administrativo - Internet - Concurso público - Validade - Polícia federal - Edital - Transmissão de informações - Adiamento - Princípio da impessoalidade - Princípio da moralidade - Princípio da isonomia - Princípio da razoabilidade - Dano moral - Omissão - Juizados especiais federais - Universidade de Brasília - Improcedente 243

- Direito administrativo - Responsabilidade civil - Banco Central do Brasil (BACEN) - Dano moral - Liquidação extrajudicial - Banco Nacional - Caixa Econômica Federal (CEF) - Crédito rotativo - Sistema especial de liquidação e de custódia (SELIC) - Banco do Brasil (BB) - Taxa referencial (TR) - Perdas e danos - Sistema financeiro nacional - Improcedente 251

- Direito administrativo - Tutela antecipada - Propriedade de marca - Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) - Propriedade industrial - Assistente litisconsorcial - Dano moral - Emissora de televisão - Direito autoral - Procedente em parte 289

DANO MORAL

- Direito administrativo - Internet - Concurso público - Validade - Polícia federal - Edital - Transmissão de informações - Adiamento - Princípio da impessoalidade - Princípio da moralidade - Princípio da isonomia - Princípio da razoabilidade - Omissão - Dano material - Juizados especiais federais - Universidade de Brasília - Improcedente 243
- Direito administrativo - Responsabilidade civil - Banco Central do Brasil (BACEN) - Dano material - Liquidação extrajudicial - Banco Nacional - Caixa Econômica Federal (CEF) - Crédito rotativo - Sistema especial de liquidação e de custódia (SELIC) - Banco do Brasil (BB) - Taxa referencial (TR) - Perdas e danos - Sistema financeiro nacional - Improcedente 251
- Direito administrativo - Sistema financeiro da habitação (SFH) - Nulidade - Execução extrajudicial - Adjudicação - Plano Collor - Leilão extrajudicial - Inconstitucionalidade - Índice de 84,32% - Contrato - Mútuo - Relação jurídica - Notificação - Renúncia - Terceiro de boa-fé - Negócio jurídico - Improcedente 275
- Direito administrativo - Tutela antecipada - Propriedade de marca - Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) - Propriedade industrial - Assistente litisconsorcial - Dano material - Emissora de televisão - Direito autoral - Procedente em parte 289

DESESTATIZAÇÃO

- Direito administrativo - Terceiro setor - Serviço social autônomo - Administração pública - Sociedade civil - Responsabilidade civil do estado - Ministério público (MP) - Poder judiciário - Privatização - Agências reguladoras - Constituição federal - Solidariedade ativa - Contrato - Tribunal de contas - Justiça estadual - Justiça federal - Princípio da moralidade - Princípio da isonomia - Princípio da razoabilidade - Advocacia Geral da União (AGU) - Ato discricionário - Licitação - Consolidação das leis do trabalho (CLT) 211

DETERIORAÇÃO

- Direito constitucional - Ação civil pública - Museu botânico - Biblioteca - Residência Pacheco Leão - Instituto de Pesquisas Jardim Botânico do Rio de Janeiro - Patrimônio histórico - Obra de restauração - Ministério Público Federal (MPF) - União Federal - Inépcia - Pedido genérico - Vício - Inquérito civil - Recursos - Petição inicial - Emenda - Indeferimento da inicial - Extinção do processo 155

DIGNIDADE

- Direito constitucional - Direito civil - Código civil (2002) - Consumidor - Direito do consumidor - Constituição federal - Direitos humanos - Direito privado - Poder discricionário - Reforma - Poder legislativo - Código de defesa e proteção ao consumidor (CDC) - Direito público - Direito patrimonial - Direitos e garantias individuais - Tutela jurisdicional - Cidadania - Boa-fé - Abuso de direito - Contrato de adesão - Cláusula abusiva - Função social - Contrato 37
- Direito constitucional - Mandado de segurança - Conselho Regional de Medicina (CRM) - Rio de Janeiro - Princípio constitucional - Direitos e garantias individuais - Pessoa física - Registro profissional - Estrangeiros - Visto temporário - Visto permanente - Procedente 121

DIREITO ADMINISTRATIVO

- Internet - Concurso público - Validade - Polícia federal - Edital - Transmissão de informações - Adiamento - Princípio da impessoalidade - Princípio da moralidade - Princípio da isonomia - Princípio da razoabilidade - Dano moral - Omissão - Dano material - Juizados especiais federais - Universidade de Brasília - Improcedente 243
- Marca notória - Registro - Notoriedade - Direito real - Uso (Direito civil) - Propriedade industrial - Proteção especial - Territorialidade - Princípio da especialidade - Concorrência desleal - Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) 163
- Responsabilidade civil - Banco Central do Brasil (BACEN) - Dano material - Dano moral - Liquidação extrajudicial - Banco Nacional - Caixa Econômica Federal (CEF) - Crédito rotativo - Sistema especial de liquidação e de custódia (SELIC) - Banco do Brasil (BB) - Taxa referencial (TR) - Perdas e danos - Sistema financeiro nacional - Improcedente 251
- Sistema financeiro da habitação (SFH) - Nulidade - Execução extrajudicial - Adjudicação - Plano Collor - Leilão extrajudicial - Inconstitucionalidade - Índice de 84,32% - Contrato - Mútuo - Relação jurídica - Notificação - Renúncia - Terceiro de boa-fé - Negócio jurídico - Dano moral - Improcedente 275
- Sistema financeiro da habitação (SFH) - Princípio constitucional - Constituição federal - Plano de equivalência salarial (PES) - Rito ordinário - Caixa Econômica Federal (CEF) - Financiamento - Casa própria - Procedente 283

- Terceiro setor - Serviço social autônomo - Administração pública - Sociedade civil
 - Responsabilidade civil do estado - Ministério público (MP) - Poder judiciário - Desestatização - Privatização - Agências reguladoras - Constituição federal - Solidariedade ativa - Contrato - Tribunal de contas - Justiça estadual - Justiça federal - Princípio da moralidade - Princípio da isonomia - Princípio da razoabilidade - Advocacia Geral da União (AGU) - Ato discricionário - Licitação - Consolidação das leis do trabalho (CLT) 211
- Tutela antecipada - Propriedade de marca - Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) - Propriedade industrial - Assistente litisconsorcial - Dano material
 - Dano moral - Emissora de televisão - Direito autoral - Procedente em parte . 289
- União Federal - Conselho Nacional de Trânsito (CONTRAN) - Liminar - Ação civil pública - Resolução do CONTRAN nº 157, de 22/04/2004 - Especificação técnica - Extintor de incêndio - Obrigatoriedade - Veículo automotor - Comissão de Defesa do Consumidor da Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro - Impugnação
 - Ônus - Princípio da razoabilidade - Princípio da proporcionalidade - Periculum in mora - Deferido 267

DIREITO AUTORAL

- Direito administrativo - Tutela antecipada - Propriedade de marca - Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) - Propriedade industrial - Assistente litisconsorcial - Dano material - Dano moral - Emissora de televisão - Procedente em parte 289

DIREITO CIVIL

- Direito constitucional - Código civil (2002) - Consumidor - Direito do consumidor - Constituição federal - Direitos humanos - Direito privado - Poder discricionário - Reforma - Poder legislativo - Código de defesa e proteção ao consumidor (CDC) - Direito público - Direito patrimonial - Dignidade - Direitos e garantias individuais - Tutela jurisdicional - Cidadania - Boa-fé - Abuso de direito - Contrato de adesão - Cláusula abusiva - Função social - Contrato 37

DIREITO CONSTITUCIONAL

- Ação civil pública - Contratação temporária - Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) - Concurso público - Tutela antecipada - Constituição federal - Nulidade
 - Prazo determinado - Procedente em parte 139

- Ação civil pública - Museu botânico - Biblioteca - Residência Pacheco Leão - Instituto de Pesquisas Jardim Botânico do Rio de Janeiro - Deterioração - Patrimônio histórico - Obra de restauração - Ministério Público Federal (MPF) - União Federal - Inépcia - Pedido genérico - Vício - Inquérito civil - Recursos - Petição inicial - Emenda - Indeferimento da inicial - Extinção do processo 155
- Ação direta de inconstitucionalidade (ADIN) - Precedente - Medida cautelar - Constitucionalidade - Superior Tribunal de Justiça (STJ) - Constituição federal - Súmula - Efeito vinculante - Supremo Tribunal Federal (STF) - Ação declaratória de constitucionalidade (ADC) 19
- Administração pública - Legalidade - Concurso público - Contratação temporária - Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) - Mandado de segurança (MS) - Princípio constitucional - Locação de serviço - Procedente em parte 113
- Direito civil - Código civil (2002) - Consumidor - Direito do consumidor - Constituição federal - Direitos humanos - Direito privado - Poder discricionário - Reforma - Poder legislativo - Código de defesa e proteção ao consumidor (CDC) - Direito público - Direito patrimonial - Dignidade - Direitos e garantias individuais - Tutela jurisdicional - Cidadania - Boa-fé - Abuso de direito - Contrato de adesão - Cláusula abusiva - Função social - Contrato 37
- Mandado de segurança (MS) - Conselho Regional de Medicina (CRM) - Rio de Janeiro - Princípio constitucional - Dignidade - Direitos e garantias individuais - Pessoa física - Registro profissional - Estrangeiros - Visto temporário - Visto permanente - Procedente 121
- Militar - Aeronáutica - Promoção - Reintegração - Perseguição - Anistia - Constituição federal - Estabilidade - Licenciamento - Ato discricionário - Improcedente 129
- Princípio constitucional - Constituição federal - Positivismo - Direitos e garantias fundamentais - Estado - Direito positivo - Estado de direito - Princípio da legalidade 89

DIREITO DO CONSUMIDOR

- Direito constitucional - Direito civil - Código civil (2002) - Consumidor - Constituição federal - Direitos humanos - Direito privado - Poder discricionário - Reforma - Poder legislativo - Código de defesa e proteção ao consumidor (CDC) - Direito público - Direito patrimonial - Dignidade - Direitos e garantias individuais - Tutela jurisdicional - Cidadania - Boa-fé - Abuso de direito - Contrato de adesão - Cláusula abusiva - Função social - Contrato 37

DIREITO PATRIMONIAL

- Direito constitucional - Direito civil - Código civil (2002) - Consumidor - Direito do consumidor - Constituição federal - Direitos humanos - Direito privado - Poder discricionário - Reforma - Poder legislativo - Código de defesa e proteção ao consumidor (CDC) - Direito público - Dignidade - Direitos e garantias individuais - Tutela jurisdicional - Cidadania - Boa-fé - Abuso de direito - Contrato de adesão - Cláusula abusiva - Função social - Contrato 37

DIREITO POSITIVO

- Direito constitucional - Princípio constitucional - Constituição federal - Positivismo - Direitos e garantias fundamentais - Estado - Estado de direito - Princípio da legalidade 89

DIREITO PRIVADO

- Direito constitucional - Direito civil - Código civil (2002) - Consumidor - Direito do consumidor - Constituição federal - Direitos humanos - Poder discricionário - Reforma - Poder legislativo - Código de defesa e proteção ao consumidor (CDC) - Direito público - Direito patrimonial - Dignidade - Direitos e garantias individuais - Tutela jurisdicional - Cidadania - Boa-fé - Abuso de direito - Contrato de adesão - Cláusula abusiva - Função social - Contrato 37

DIREITO PÚBLICO

- Direito constitucional - Direito civil - Código civil (2002) - Consumidor - Direito do consumidor - Constituição federal - Direitos humanos - Direito privado - Poder discricionário - Reforma - Poder legislativo - Código de defesa e proteção ao consumidor (CDC) - Direito patrimonial - Dignidade - Direitos e garantias individuais - Tutela jurisdicional - Cidadania - Boa-fé - Abuso de direito - Contrato de adesão - Cláusula abusiva - Função social - Contrato 37

DIREITO REAL

- Direito administrativo - Marca notória - Registro - Notoriedade - Uso (Direito civil) - Propriedade industrial - Proteção especial - Territorialidade - Princípio da especialidade - Concorrência desleal - Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) 163

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

- Direito constitucional - Princípio constitucional - Constituição federal - Positivismo
- Estado - Direito positivo - Estado de direito - Princípio da legalidade 89

DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS

- Direito constitucional - Direito civil - Código civil (2002) - Consumidor - Direito do consumidor - Constituição federal - Direitos humanos - Direito privado - Poder discricionário - Reforma - Poder legislativo - Código de defesa e proteção ao consumidor (CDC) - Direito público - Direito patrimonial - Dignidade - Tutela jurisdicional - Cidadania - Boa-fé - Abuso de direito - Contrato de adesão - Cláusula abusiva - Função social - Contrato 37
- Direito constitucional - Mandado de segurança - Conselho Regional de Medicina (CRM) - Rio de Janeiro - Princípio constitucional - Dignidade - Pessoa física - Registro profissional - Estrangeiros - Visto temporário - Visto permanente - Procedente 121

DIREITOS HUMANOS

- Direito constitucional - Direito civil - Código civil (2002) - Consumidor - Direito do consumidor - Constituição federal - Direito privado - Poder discricionário - Reforma - Poder legislativo - Código de defesa e proteção ao consumidor (CDC) - Direito público - Direito patrimonial - Dignidade - Direitos e garantias individuais - Tutela jurisdicional - Cidadania - Boa-fé - Abuso de direito - Contrato de adesão - Cláusula abusiva - Função social - Contrato 37

E

EDITAL

- Direito administrativo - Internet - Concurso público - Validade - Polícia federal - Transmissão de informações - Adiamento - Princípio da impessoalidade - Princípio da moralidade - Princípio da isonomia - Princípio da razoabilidade - Dano moral - Omissão - Dano material - Juizados especiais federais - Universidade de Brasília - Improcedente 243

EFEITO VINCULANTE

- Direito constitucional - Ação direta de inconstitucionalidade (ADIN) - Precedente - Medida cautelar - Constitucionalidade - Superior Tribunal de Justiça (STJ) - Constituição federal - Súmula - Supremo Tribunal Federal (STF) - Ação declaratória de constitucionalidade (ADC) 19

EMENDA

- Direito constitucional - Ação civil pública - Museu botânico - Biblioteca - Residência Pacheco Leão - Instituto de Pesquisas Jardim Botânico do Rio de Janeiro - Deterioração - Patrimônio histórico - Obra de restauração - Ministério Público Federal (MPF) - União Federal - Inépcia - Pedido genérico - Vício - Inquérito civil - Recursos - Petição inicial - Indeferimento da inicial - Extinção do processo 155

EMISSORA DE TELEVISÃO

- Direito administrativo - Tutela antecipada - Propriedade de marca - Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) - Propriedade industrial - Assistente litisconsorcial - Dano material - Dano moral - Direito autoral - Procedente em parte 289

ESPECIFICAÇÃO TÉCNICA

- Direito administrativo - União Federal - Conselho Nacional de Trânsito (CONTRAN) - Liminar - Ação civil pública - Resolução do CONTRAN nº 157, de 22/04/2004 - Extintor de incêndio - Obrigatoriedade - Veículo automotor - Comissão de Defesa do Consumidor da Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro - Impugnação - Ônus - Princípio da razoabilidade - Princípio da proporcionalidade - Periculum in mora - Deferido 267

ESTABILIDADE

- Direito constitucional - Militar - Aeronáutica - Promoção - Reintegração - Perseguição - Anistia - Constituição federal - Licenciamento - Ato discricionário - Improcedente 129

ESTADO

- Direito constitucional - Princípio constitucional - Constituição federal - Positivismo - Direitos e garantias fundamentais - Direito positivo - Estado de direito - Princípio da legalidade 89

ESTADO DE DIREITO

- Direito constitucional - Princípio constitucional - Constituição federal - Positivismo - Direitos e garantias fundamentais - Estado - Direito positivo - Princípio da legalidade 89

ESTRANGEIRO

- Direito constitucional - Mandado de segurança - Conselho Regional de Medicina (CRM) - Rio de Janeiro - Princípio constitucional - Dignidade - Direitos e garantias individuais - Pessoa física - Registro profissional - Visto temporário - Visto permanente - Procedente 121

EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL

- Direito administrativo - Sistema financeiro da habitação (SFH) - Nulidade - Adjudicação - Plano Collor - Leilão extrajudicial - Inconstitucionalidade - Índice de 84,32% - Contrato - Mútuo - Relação jurídica - Notificação - Renúncia - Terceiro de boa-fé - Negócio jurídico - Dano moral - Improcedente 275

EXTINTOR DE INCÊNDIO

- Direito administrativo - União Federal - Conselho Nacional de Trânsito (CONTRAN) - Liminar - Ação civil pública - Resolução do CONTRAN nº 157, de 22/04/2004 - Especificação técnica - Obrigatoriedade - Veículo automotor - Comissão de Defesa do Consumidor da Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro - Impugnação - Ônus - Princípio da razoabilidade - Princípio da proporcionalidade - Periculum in mora - Deferido 267

F

FINANCIAMENTO

- Direito administrativo - Sistema financeiro da habitação (SFH) - Princípio constitucional - Constituição federal - Plano de equivalência salarial (PES) - Rito ordinário - Caixa Econômica Federal (CEF) - Casa própria - Procedente 283

FUNÇÃO SOCIAL

- Direito constitucional - Direito civil - Código civil (2002) - Consumidor - Direito do consumidor - Constituição federal - Direitos humanos - Direito privado -

- Poder discricionário - Reforma - Poder legislativo - Código de defesa e proteção ao consumidor (CDC) - Direito público - Direito patrimonial - Dignidade - Direitos e garantias individuais - Tutela jurisdicional - Cidadania - Boa-fé - Abuso de direito - Contrato de adesão - Cláusula abusiva - Contrato 37



IMPUGNAÇÃO

- Direito administrativo - União Federal - Conselho Nacional de Trânsito (CONTRAN) - Liminar - Ação civil pública - Resolução do CONTRAN nº 157, de 22/04/2004 - Especificação técnica - Extintor de incêndio - Obrigatoriedade - Veículo automotor - Comissão de Defesa do Consumidor da Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro - Ônus - Princípio da razoabilidade - Princípio da proporcionalidade - Periculum in mora - Deferido 267

INCONSTITUCIONALIDADE

- Direito administrativo - Sistema financeiro da habitação (SFH) - Nulidade - Execução extrajudicial - Adjudicação - Plano Collor - Leilão extrajudicial - Índice de 84,32% - Contrato - Mútuo - Relação jurídica - Notificação - Renúncia - Terceiro de boa-fé - Negócio jurídico - Dano moral - Improcedente 275

ÍNDICE DE 84,32%

- Direito administrativo - Sistema financeiro da habitação (SFH) - Nulidade - Execução extrajudicial - Adjudicação - Plano Collor - Leilão extrajudicial - Inconstitucionalidade - Contrato - Mútuo - Relação jurídica - Notificação - Renúncia - Terceiro de boa-fé - Negócio jurídico - Dano moral - Improcedente 275

INÉPCIA

- Direito constitucional - Ação civil pública - Museu botânico - Biblioteca - Residência Pacheco Leão - Instituto de Pesquisas Jardim Botânico do Rio de Janeiro - Deterioração - Patrimônio histórico - Obra de restauração - Ministério Público Federal (MPF) - União Federal - Pedido genérico - Vício - Inquérito civil - Recursos - Petição inicial - Emenda - Indeferimento da inicial - Extinção do processo .. 155

INPI

- Vide: Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI)

INQUÉRITO CIVIL

- Direito constitucional - Ação civil pública - Museu botânico - Biblioteca - Residência Pacheco Leão - Instituto de Pesquisas Jardim Botânico do Rio de Janeiro - Deterioração - Patrimônio histórico - Obra de restauração - Ministério Público Federal (MPF) - União Federal - Inépcia - Pedido genérico - Vício - Recursos - Petição inicial - Emenda - Indeferimento da inicial - Extinção do processo 155

INSTITUTO DE PESQUISAS JARDIM BOTÂNICO DO RIO DE JANEIRO

- Direito constitucional - Ação civil pública - Museu botânico - Biblioteca - Residência Pacheco Leão - Deterioração - Patrimônio histórico - Obra de restauração - Ministério Público Federal (MPF) - União Federal - Inépcia - Pedido genérico - Vício - Inquérito civil - Recursos - Petição inicial - Emenda - Indeferimento da inicial - Extinção do processo 155

INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL (INPI)

- Direito administrativo - Marca notória - Registro - Notoriedade - Direito real - Uso (Direito civil) - Propriedade industrial - Proteção especial - Territorialidade - Princípio da especialidade - Concorrência desleal 163
- Direito administrativo - Tutela antecipada - Propriedade de marca - Propriedade industrial - Assistente litisconsorcial - Dano material - Dano moral - Emissora de televisão - Direito autoral - Procedente em parte 289
- Direito constitucional - Administração pública - Legalidade - Concurso público - Contratação temporária - Mandado de segurança (MS) - Princípio constitucional - Locação de serviço - Procedente em parte 113

INTERNET

- Direito administrativo - Concurso público - Validade - Polícia federal - Edital - Transmissão de informações - Adiamento - Princípio da impessoalidade - Princípio da moralidade - Princípio da isonomia - Princípio da razoabilidade - Dano moral - Omissão - Dano material - Juizados especiais federais - Universidade de Brasília - Improcedente 243

J

JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS

- Direito administrativo - Internet - Concurso público - Validade - Polícia federal - Edital - Transmissão de informações - Adiamento - Princípio da impessoalidade - Princípio da moralidade - Princípio da isonomia - Princípio da razoabilidade - Dano moral - Omissão - Dano material - Universidade de Brasília - Improcedente 243

JUSTIÇA ESTADUAL

- Direito administrativo - Terceiro setor - Serviço social autônomo - Administração pública - Sociedade civil - Responsabilidade civil do estado - Ministério público (MP) - Poder judiciário - Desestatização - Privatização - Agências reguladoras - Constituição federal - Solidariedade ativa - Contrato - Tribunal de contas - Justiça federal - Princípio da moralidade - Princípio da isonomia - Princípio da razoabilidade - Advocacia Geral da União (AGU) - Ato discricionário - Licitação - Consolidação das leis do trabalho (CLT) 211

JUSTIÇA FEDERAL

- Direito administrativo - Terceiro setor - Serviço social autônomo - Administração pública - Sociedade civil - Responsabilidade civil do estado - Ministério público (MP) - Poder judiciário - Desestatização - Privatização - Agências reguladoras - Constituição federal - Solidariedade ativa - Contrato - Tribunal de contas - Justiça estadual - Princípio da moralidade - Princípio da isonomia - Princípio da razoabilidade - Advocacia Geral da União (AGU) - Ato discricionário - Licitação - Consolidação das leis do trabalho (CLT) 211

L

LEGALIDADE

- Direito constitucional - Administração pública - Concurso público - Contratação temporária - Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) - Mandado de segurança (MS) - Princípio constitucional - Locação de serviço - Procedente em parte 113

LEILÃO EXTRAJUDICIAL

- Direito administrativo - Sistema financeiro da habitação (SFH) - Nulidade - Execução extrajudicial - Adjudicação - Plano Collor - Inconstitucionalidade - Índice de 84,32% - Contrato - Mútuo - Relação jurídica - Notificação - Renúncia - Terceiro de boa-fé - Negócio jurídico - Dano moral - Improcedente 275

LICENCIAMENTO

- Direito constitucional - Militar - Aeronáutica - Promoção - Reintegração - Perseguição - Anistia - Constituição federal - Estabilidade - Ato discricionário - Improcedente 129

LICITAÇÃO

- Direito administrativo - Terceiro setor - Serviço social autônomo - Administração pública - Sociedade civil - Responsabilidade civil do estado - Ministério público (MP) - Poder judiciário - Desestatização - Privatização - Agências reguladoras - Constituição federal - Solidariedade ativa - Contrato - Tribunal de contas - Justiça estadual - Justiça federal - Princípio da moralidade - Princípio da isonomia - Princípio da razoabilidade - Advocacia Geral da União (AGU) - Ato discricionário - Consolidação das leis do trabalho (CLT) 211

LIMINAR

- Direito administrativo - União Federal - Conselho Nacional de Trânsito (CONTRAN) - Ação civil pública - Resolução do CONTRAN nº 157, de 22/04/2004 - Especificação técnica - Extintor de incêndio - Obrigatoriedade - Veículo automotor - Comissão de Defesa do Consumidor da Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro - Impugnação - Ônus - Princípio da razoabilidade - Princípio da proporcionalidade - Periculum in mora - Deferido 267

LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL

- Direito administrativo - Responsabilidade civil - Banco Central do Brasil (BACEN) - Dano material - Dano moral - Banco Nacional - Caixa Econômica Federal (CEF) - Crédito rotativo - Sistema especial de liquidação e de custódia (SELIC) - Banco do Brasil (BB) - Taxa referencial (TR) - Perdas e danos - Sistema financeiro nacional - Improcedente 251

LOCAÇÃO DE SERVIÇO

- Direito constitucional - Administração pública - Legalidade - Concurso público - Contratação temporária - Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) - Mandado de segurança (MS) - Princípio constitucional - Procedente em parte 113

M

MANDADO DE SEGURANÇA (MS)

- Direito constitucional - Administração pública - Legalidade - Concurso público - Contratação temporária - Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) - Princípio constitucional - Locação de serviço - Procedente em parte 113
- Direito constitucional - Conselho Regional de Medicina (CRM) - Rio de Janeiro - Princípio constitucional - Dignidade - Direitos e garantias individuais - Pessoa física - Registro profissional - Estrangeiros - Visto temporário - Visto permanente - Procedente 121

MARCA NOTÓRIA

- Direito administrativo - Registro - Notoriedade - Direito real - Uso (Direito civil) - Propriedade industrial - Proteção especial - Territorialidade - Princípio da especialidade - Concorrência desleal - Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) ... 163

MEDIDA CAUTELAR

- Direito constitucional - Ação direta de inconstitucionalidade (ADIN) - Precedente - Constitucionalidade - Superior Tribunal de Justiça (STJ) - Constituição federal - Súmula - Efeito vinculante - Supremo Tribunal Federal (STF) - Ação declaratória de constitucionalidade (ADC) 19

MILITAR

- Direito constitucional - Aeronáutica - Promoção - Reintegração - Perseguição - Anistia - Constituição federal - Estabilidade - Licenciamento - Ato discricionário - Improcedente 129

MINISTÉRIO PÚBLICO (MP)

- Direito administrativo - Terceiro setor - Serviço social autônomo - Administração pública - Sociedade civil - Responsabilidade civil do estado - Poder judiciário - Desestatização - Privatização - Agências reguladoras - Constituição federal - Solidariedade ativa - Contrato - Tribunal de contas - Justiça estadual - Justiça federal - Princípio da moralidade - Princípio da isonomia - Princípio da razoabilidade - Advocacia Geral da União (AGU) - Ato discricionário - Licitação - Consolidação das leis do trabalho (CLT) 211

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (MPF)

- Direito constitucional - Ação civil pública - Museu botânico - Biblioteca - Residência Pacheco Leão - Instituto de Pesquisas Jardim Botânico do Rio de Janeiro - Deterioração - Patrimônio histórico - Obra de restauração - União Federal - Inépica - Pedido genérico - Vício - Inquérito civil - Recursos - Petição inicial - Emenda - Indeferimento da inicial - Extinção do processo 155

MP

- Vide: Ministério Público (MP)

MPF

- Vide: Ministério Público Federal (MPF)

MS

- Vide: Mandado de segurança (MS)

MUSEU BOTÂNICO

- Direito constitucional - Ação civil pública - Biblioteca - Residência Pacheco Leão - Instituto de Pesquisas Jardim Botânico do Rio de Janeiro - Deterioração - Patrimônio histórico - Obra de restauração - Ministério Público Federal (MPF) - União Federal

- Inépcia - Pedido genérico - Vício - Inquérito civil - Recursos - Petição inicial - Emenda - Indeferimento da inicial - Extinção do processo 155

MÚTUO

- Direito administrativo - Sistema financeiro da habitação (SFH) - Nulidade - Execução extrajudicial - Adjudicação - Plano Collor - Leilão extrajudicial - Inconstitucionalidade - Índice de 84,32% - Contrato - Relação jurídica - Notificação - Renúncia - Terceiro de boa-fé - Negócio jurídico - Dano moral - Improcedente 275

N

NEGÓCIO JURÍDICO

- Direito administrativo - Sistema financeiro da habitação (SFH) - Nulidade - Execução extrajudicial - Adjudicação - Plano Collor - Leilão extrajudicial - Inconstitucionalidade - Índice de 84,32% - Contrato - Mútuo - Relação jurídica - Notificação - Renúncia - Terceiro de boa-fé - Dano moral - Improcedente 275

NOTIFICAÇÃO

- Direito administrativo - Sistema financeiro da habitação (SFH) - Nulidade - Execução extrajudicial - Adjudicação - Plano Collor - Leilão extrajudicial - Inconstitucionalidade - Índice de 84,32% - Contrato - Mútuo - Relação jurídica - Renúncia - Terceiro de boa-fé - Negócio jurídico - Dano moral - Improcedente 275

NOTORIEDADE

- Direito administrativo - Marca notória - Registro - Direito real - Uso (Direito civil) - Propriedade industrial - Proteção especial - Territorialidade - Princípio da especialidade - Concorrência desleal - Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) 163

NULIDADE

- Direito administrativo - Sistema financeiro da habitação (SFH) - Execução extrajudicial - Adjudicação - Plano Collor - Leilão extrajudicial -

- Inconstitucionalidade - Índice de 84,32% - Contrato - Mútuo - Relação jurídica - Notificação - Renúncia - Terceiro de boa-fé - Negócio jurídico - Dano moral - Improcedente 275
- Direito constitucional - Ação civil pública - Contratação temporária - Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) - Concurso público - Tutela antecipada - Constituição federal - Prazo determinado - Procedente em parte 139

O

OBRA DE RESTAURAÇÃO

- Direito constitucional - Ação civil pública - Museu botânico - Biblioteca - Residência Pacheco Leão - Instituto de Pesquisas Jardim Botânico do Rio de Janeiro - Deterioração - Patrimônio histórico - Ministério Público Federal (MPF) - União Federal - Inépcia - Pedido genérico - Vício - Inquérito civil - Recursos - Petição inicial - Emenda - Indeferimento da inicial - Extinção do processo 155

OBRIGATORIEDADE

- Direito administrativo - União Federal - Conselho Nacional de Trânsito (CONTRAN) - Liminar - Ação civil pública - Resolução do CONTRAN nº 157, de 22/04/2004 - Especificação técnica - Extintor de incêndio - Veículo automotor - Comissão de Defesa do Consumidor da Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro - Impugnação - Ônus - Princípio da razoabilidade - Princípio da proporcionalidade - Periculum in mora - Deferido 267

OMISSÃO

- Direito administrativo - Internet - Concurso público - Validade - Polícia federal - Edital - Transmissão de informações - Adiamento - Princípio da impessoalidade - Princípio da moralidade - Princípio da isonomia - Princípio da razoabilidade - Dano moral - Dano material - Juizados especiais federais - Universidade de Brasília - Improcedente 243

ÔNUS

- Direito administrativo - União Federal - Conselho Nacional de Trânsito (CONTRAN) - Liminar - Ação civil pública - Resolução do CONTRAN nº 157, de 22/04/2004 -

Especificação técnica - Extintor de incêndio - Obrigatoriedade - Veículo automotor
 - Comissão de Defesa do Consumidor da Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro - Impugnação - Princípio da razoabilidade - Princípio da proporcionalidade
 - Periculum in mora - Deferido 267

P

PATRIMÔNIO HISTÓRICO

- Direito constitucional - Ação civil pública - Museu botânico - Biblioteca - Residência Pacheco Leão - Instituto de Pesquisas Jardim Botânico do Rio de Janeiro - Deterioração - Obra de restauração - Ministério Público Federal (MPF) - União Federal - Inépcia - Pedido genérico - Vício - Inquérito civil - Recursos - Petição inicial - Emenda - Indeferimento da inicial - Extinção do processo 155

PEDIDO GENÉRICO

- Direito constitucional - Ação civil pública - Museu botânico - Biblioteca - Residência Pacheco Leão - Instituto de Pesquisas Jardim Botânico do Rio de Janeiro - Deterioração - Patrimônio histórico - Obra de restauração - Ministério Público Federal (MPF) - União Federal - Inépcia - Vício - Inquérito civil - Recursos - Petição inicial - Emenda - Indeferimento da inicial - Extinção do processo 155

PERDAS E DANOS

- Direito administrativo - Responsabilidade civil - Banco Central do Brasil (BACEN) - Dano material - Dano moral - Liquidação extrajudicial - Banco Nacional - Caixa Econômica Federal (CEF) - Crédito rotativo - Sistema especial de liquidação e de custódia (SELIC) - Banco do Brasil (BB) - Taxa referencial (TR) - Sistema financeiro nacional - Improcedente 251

PERICULUM IN MORA

- Direito administrativo - União Federal - Conselho Nacional de Trânsito (CONTRAN) - Liminar - Ação civil pública - Resolução do CONTRAN nº 157, de 22/04/2004 - Especificação técnica - Extintor de incêndio - Obrigatoriedade - Veículo automotor
 - Comissão de Defesa do Consumidor da Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro - Impugnação - Ônus - Princípio da razoabilidade - Princípio da proporcionalidade - Deferido 267

PERSEGUIÇÃO

- Direito constitucional - Militar - Aeronáutica - Promoção - Reintegração - Anistia - Constituição federal - Estabilidade - Licenciamento - Ato discricionário - Improcedente 129

PESSOA FÍSICA

- Direito constitucional - Mandado de segurança - Conselho Regional de Medicina (CRM) - Rio de Janeiro - Princípio constitucional - Dignidade - Direitos e garantias individuais - Registro profissional - Estrangeiros - Visto temporário - Visto permanente - Procedente 121

PETIÇÃO INICIAL

- Direito constitucional - Ação civil pública - Museu botânico - Biblioteca - Residência Pacheco Leão - Instituto de Pesquisas Jardim Botânico do Rio de Janeiro - Deterioração - Patrimônio histórico - Obra de restauração - Ministério Público Federal (MPF) - União Federal - Inépcia - Pedido genérico - Vício - Inquérito civil - Recursos - Emenda - Indeferimento da inicial - Extinção do processo 155

PLANO COLLOR

- Direito administrativo - Sistema financeiro da habitação (SFH) - Nulidade - Execução extrajudicial - Adjudicação - Leilão extrajudicial - Inconstitucionalidade - Índice de 84,32% - Contrato - Mútuo - Relação jurídica - Notificação - Renúncia - Terceiro de boa-fé - Negócio jurídico - Dano moral - Improcedente 275

PLANO DE EQUIVALÊNCIA SALARIAL (PES)

- Direito administrativo - Sistema financeiro da habitação (SFH) - Princípio constitucional - Constituição federal - Rito ordinário - Caixa Econômica Federal (CEF) - Financiamento - Casa própria - Procedente 283

PODER DISCRICIONÁRIO

- Direito constitucional - Direito civil - Código civil (2002) - Consumidor - Direito do consumidor - Constituição federal - Direitos humanos - Direito privado - Reforma - Poder legislativo - Código de defesa e proteção ao consumidor (CDC) - Direito público - Direito patrimonial - Dignidade - Direitos e garantias individuais - Tutela jurisdicional - Cidadania - Boa-fé - Abuso de direito - Contrato de adesão - Cláusula abusiva - Função social - Contrato 37

PODER JUDICIÁRIO

- Direito administrativo - Terceiro setor - Serviço social autônomo - Administração pública - Sociedade civil - Responsabilidade civil do estado - Ministério público (MP) - Desestatização - Privatização - Agências reguladoras - Constituição federal - Solidariedade ativa - Contrato - Tribunal de contas - Justiça estadual - Justiça federal - Princípio da moralidade - Princípio da isonomia - Princípio da razoabilidade - Advocacia Geral da União (AGU) - Ato discricionário - Licitação - Consolidação das leis do trabalho (CLT) 211

POLÍCIA FEDERAL

- Direito administrativo - Internet - Concurso público - Validade - Edital - Transmissão de informações - Adiamento - Princípio da impessoalidade - Princípio da moralidade - Princípio da isonomia - Princípio da razoabilidade - Dano moral - Omissão - Dano material - Juizados especiais federais - Universidade de Brasília - Improcedente 243

POSITIVISMO

- Direito constitucional - Princípio constitucional - Constituição federal - Direitos e garantias fundamentais - Estado - Direito positivo - Estado de direito - Princípio da legalidade 89

PODER LEGISLATIVO

- Direito constitucional - Direito civil - Código civil (2002) - Consumidor - Direito do consumidor - Constituição federal - Direitos humanos - Direito privado - Poder discricionário - Reforma - Código de defesa e proteção ao consumidor (CDC) - Direito público - Direito patrimonial - Dignidade - Direitos e garantias individuais - Tutela jurisdicional - Cidadania - Boa-fé - Abuso de direito - Contrato de adesão - Cláusula abusiva - Função social - Contrato 37

PRAZO DETERMINADO

- Direito constitucional - Ação civil pública - Contratação temporária - Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) - Concurso público - Tutela antecipada - Constituição federal - Nulidade - Procedente em parte 139

PRECEDENTE

- Direito constitucional - Ação direta de inconstitucionalidade (ADIN) - Medida cautelar - Constitucionalidade - Superior Tribunal de Justiça (STJ) - Constituição federal - Súmula - Efeito vinculante - Supremo Tribunal Federal (STF) - Ação declaratória de constitucionalidade (ADC) 19

PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL

- Direito administrativo - Sistema financeiro da habitação (SFH) - Constituição federal - Plano de equivalência salarial (PES) - Rito ordinário - Caixa Econômica Federal (CEF) - Financiamento - Casa própria - Procedente 283
- Direito constitucional - Administração pública - Legalidade - Concurso público - Contratação temporária - Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) - Mandado de segurança (MS) - Locação de serviço - Procedente em parte 113
- Direito constitucional - Constituição federal - Positivismo - Direitos e garantias fundamentais - Estado - Direito positivo - Estado de direito - Princípio da legalidade .. 89
- Direito constitucional - Mandado de segurança - Conselho Regional de Medicina (CRM) - Rio de Janeiro - Dignidade - Direitos e garantias individuais - Pessoa física - Registro profissional - Estrangeiros - Visto temporário - Visto permanente - Procedente 121

PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE

- Direito administrativo - Marca notória - Registro - Notoriedade - Direito real - Uso (Direito civil) - Propriedade industrial - Proteção especial - Territorialidade - Concorrência desleal - Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) 163

PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE

- Direito administrativo - Internet - Concurso público - Validade - Polícia federal - Edital - Transmissão de informações - Adiamento - Princípio da moralidade - Princípio da isonomia - Princípio da razoabilidade - Dano moral - Omissão - Dano material - Juizados especiais federais - Universidade de Brasília - Improcedente 243

PRINCÍPIO DA ISONOMIA

- Direito administrativo - Internet - Concurso público - Validade - Polícia federal - Edital - Transmissão de informações - Adiamento - Princípio da impessoalidade - Princípio da moralidade - Princípio da razoabilidade - Dano moral - Omissão -

Dano material - Juizados especiais federais - Universidade de Brasília - Improcedente	243
- Direito administrativo - Terceiro setor - Serviço social autônomo - Administração pública - Sociedade civil - Responsabilidade civil do estado - Ministério público (MP) - Poder judiciário - Desestatização - Privatização - Agências reguladoras - Constituição federal - Solidariedade ativa - Contrato - Tribunal de contas - Justiça estadual - Justiça federal - Princípio da moralidade - Princípio da razoabilidade - Advocacia Geral da União (AGU) - Ato discricionário - Licitação - Consolidação das leis do trabalho (CLT)	211

PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

- Direito constitucional - Princípio constitucional - Constituição federal - Positivismo - Direitos e garantias fundamentais - Estado - Direito positivo - Estado de direito ...	89
--	----

PRINCÍPIO DA MORALIDADE

- Direito administrativo - Internet - Concurso público - Validade - Polícia federal - Edital - Transmissão de informações - Adiamento - Princípio da impessoalidade - Princípio da isonomia - Princípio da razoabilidade - Dano moral - Omissão - Dano material - Juizados especiais federais - Universidade de Brasília - Improcedente	243
- Direito administrativo - Terceiro setor - Serviço social autônomo - Administração pública - Sociedade civil - Responsabilidade civil do estado - Ministério público (MP) - Poder judiciário - Desestatização - Privatização - Agências reguladoras - Constituição federal - Solidariedade ativa - Contrato - Tribunal de contas - Justiça estadual - Justiça federal - Princípio da isonomia - Princípio da razoabilidade - Advocacia Geral da União (AGU) - Ato discricionário - Licitação - Consolidação das leis do trabalho (CLT)	211

PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

- Direito administrativo - União Federal - Conselho Nacional de Trânsito (CONTRAN) - Liminar - Ação civil pública - Resolução do CONTRAN nº 157, de 22/04/2004 - Especificação técnica - Extintor de incêndio - Obrigatoriedade - Veículo automotor - Comissão de Defesa do Consumidor da Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro - Impugnação - Ônus - Princípio da razoabilidade - Periculum in mora - Deferido	267
--	-----

PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE

- Direito administrativo - Internet - Concurso público - Validade - Polícia federal - Edital - Transmissão de informações - Adiamento - Princípio da impessoalidade - Princípio da moralidade - Princípio da isonomia - Dano moral - Omissão - Dano material - Juizados especiais federais - Universidade de Brasília - Improcedente 243
- Direito administrativo - Terceiro setor - Serviço social autônomo - Administração pública - Sociedade civil - Responsabilidade civil do estado - Ministério público (MP) - Poder judiciário - Desestatização - Privatização - Agências reguladoras - Constituição federal - Solidariedade ativa - Contrato - Tribunal de contas - Justiça estadual - Justiça federal - Princípio da moralidade - Princípio da isonomia - Advocacia Geral da União (AGU) - Ato discricionário - Licitação - Consolidação das leis do trabalho (CLT) 211
- Direito administrativo - União Federal - Conselho Nacional de Trânsito (CONTRAN) - Liminar - Ação civil pública - Resolução do CONTRAN nº 157, de 22/04/2004 - Especificação técnica - Extintor de incêndio - Obrigatoriedade - Veículo automotor - Comissão de Defesa do Consumidor da Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro - Impugnação - Ônus - Princípio da proporcionalidade - Periculum in mora - Deferido 267

PRIVATIZAÇÃO

- Direito administrativo - Terceiro setor - Serviço social autônomo - Administração pública - Sociedade civil - Responsabilidade civil do estado - Ministério público (MP) - Poder judiciário - Desestatização - Agências reguladoras - Constituição federal - Solidariedade ativa - Contrato - Tribunal de contas - Justiça estadual - Justiça federal - Princípio da moralidade - Princípio da isonomia - Princípio da razoabilidade - Advocacia Geral da União (AGU) - Ato discricionário - Licitação - Consolidação das leis do trabalho (CLT) 211

PROMOÇÃO

- Direito constitucional - Militar - Aeronáutica - Reintegração - Perseguição - Anistia - Constituição federal - Estabilidade - Licenciamento - Ato discricionário - Improcedente 129

PROPRIEDADE DE MARCA

- Direito administrativo - Tutela antecipada - Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) - Propriedade industrial - Assistente litisconsorcial - Dano material - Dano moral - Emissora de televisão - Direito autoral - Procedente em parte ... 289

PROPRIEDADE INDUSTRIAL

- Direito administrativo - Marca notória - Registro - Notoriedade - Direito real - Uso (Direito civil) - Proteção especial - Territorialidade - Princípio da especialidade - Concorrência desleal - Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) 163
- Direito administrativo - Tutela antecipada - Propriedade de marca - Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) - Assistente litisconsorcial - Dano material - Dano moral - Emissora de televisão - Direito autoral - Procedente em parte ... 289

PROTEÇÃO ESPECIAL

- Direito administrativo - Marca notória - Registro - Notoriedade - Direito real - Uso (Direito civil) - Propriedade industrial - Territorialidade - Princípio da especialidade - Concorrência desleal - Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) 163

R

RECURSOS

- Direito constitucional - Ação civil pública - Museu botânico - Biblioteca - Residência Pacheco Leão - Instituto de Pesquisas Jardim Botânico do Rio de Janeiro - Deterioração - Patrimônio histórico - Obra de restauração - Ministério Público Federal (MPF) - União Federal - Inépcia - Pedido genérico - Vício - Inquérito civil - Petição inicial - Emenda - Indeferimento da inicial - Extinção do processo 155

REFORMA

- Direito constitucional - Direito civil - Código civil (2002) - Consumidor - Direito do consumidor - Constituição federal - Direitos humanos - Direito privado - Poder discricionário - Poder legislativo - Código de defesa e proteção ao consumidor (CDC) - Direito público - Direito patrimonial - Dignidade - Direitos e garantias individuais - Tutela jurisdicional - Cidadania - Boa-fé - Abuso de direito - Contrato de adesão - Cláusula abusiva - Função social - Contrato 37

REGISTRO

- Direito administrativo - Marca notória - Notoriedade - Direito real - Uso (Direito civil) - Propriedade industrial - Proteção especial - Territorialidade - Princípio da

especialidade - Concorrência desleal - Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) 163

REGISTRO PROFISSIONAL

- Direito constitucional - Mandado de segurança - Conselho Regional de Medicina (CRM) - Rio de Janeiro - Princípio constitucional - Dignidade - Direitos e garantias individuais - Pessoa física - Estrangeiros - Visto temporário - Visto permanente - Procedente 121

REINTEGRAÇÃO

- Direito constitucional - Militar - Aeronáutica - Promoção - Perseguição - Anistia - Constituição federal - Estabilidade - Licenciamento - Ato discricionário - Improcedente 129

RELAÇÃO JURÍDICA

- Direito administrativo - Sistema financeiro da habitação (SFH) - Nulidade - Execução extrajudicial - Adjudicação - Plano Collor - Leilão extrajudicial - Inconstitucionalidade - Índice de 84,32% - Contrato - Mútuo - Notificação - Renúncia - Terceiro de boa-fé - Negócio jurídico - Dano moral - Improcedente 275

RENÚNCIA

- Direito administrativo - Sistema financeiro da habitação (SFH) - Nulidade - Execução extrajudicial - Adjudicação - Plano Collor - Leilão extrajudicial - Inconstitucionalidade - Índice de 84,32% - Contrato - Mútuo - Relação jurídica - Notificação - Terceiro de boa-fé - Negócio jurídico - Dano moral - Improcedente 275

RESIDÊNCIA PACHECO LEÃO

- Direito constitucional - Ação civil pública - Museu botânico - Biblioteca - Instituto de Pesquisas Jardim Botânico do Rio de Janeiro - Deterioração - Patrimônio histórico - Obra de restauração - Ministério Público Federal (MPF) - União Federal - Inépcia - Pedido genérico - Vício - Inquérito civil - Recursos - Petição inicial - Emenda - Indeferimento da inicial - Extinção do processo 155

RESOLUÇÃO DO CONTRAN Nº 157, DE 22/04/2004

- Direito administrativo - União Federal - Conselho Nacional de Trânsito (CONTRAN) - Liminar - Ação civil pública - Especificação técnica - Extintor de incêndio -

Obrigatoriedade - Veículo automotor - Comissão de Defesa do Consumidor da Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro - Impugnação - Ônus - Princípio da razoabilidade - Princípio da proporcionalidade - Periculum in mora - Deferido 267

RESPONSABILIDADE CIVIL

- Direito administrativo - Banco Central do Brasil (BACEN) - Dano material - Dano moral - Liquidação extrajudicial - Banco Nacional - Caixa Econômica Federal (CEF) - Crédito rotativo - Sistema especial de liquidação e de custódia (SELIC) - Banco do Brasil (BB) - Taxa referencial (TR) - Perdas e danos - Sistema financeiro nacional - Improcedente 251

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

- Direito administrativo - Terceiro setor - Serviço social autônomo - Administração pública - Sociedade civil - Ministério público (MP) - Poder judiciário - Desestatização - Privatização - Agências reguladoras - Constituição federal - Solidariedade ativa - Contrato - Tribunal de contas - Justiça estadual - Justiça federal - Princípio da moralidade - Princípio da isonomia - Princípio da razoabilidade - Advocacia Geral da União (AGU) - Ato discricionário - Licitação - Consolidação das leis do trabalho (CLT) 211

RIO DE JANEIRO

- Direito constitucional - Mandado de segurança - Conselho Regional de Medicina (CRM) - Princípio constitucional - Dignidade - Direitos e garantias individuais - Pessoa física - Registro profissional - Estrangeiros - Visto temporário - Visto permanente - Procedente 121

RITO ORDINÁRIO

- Direito administrativo - Sistema financeiro da habitação (SFH) - Princípio constitucional - Constituição federal - Plano de equivalência salarial (PES) - Caixa Econômica Federal (CEF) - Financiamento - Casa própria - Procedente 283

S

SELIC

- Vide: Sistema especial de liquidação e de custódia (SELIC)

SERVIÇO SOCIAL AUTÔNOMO

- Direito administrativo - Terceiro setor - Administração pública - Sociedade civil - Responsabilidade civil do estado - Ministério público (MP) - Poder judiciário - Desestatização - Privatização - Agências reguladoras - Constituição federal - Solidariedade ativa - Contrato - Tribunal de contas - Justiça estadual - Justiça federal - Princípio da moralidade - Princípio da isonomia - Princípio da razoabilidade - Advocacia Geral da União (AGU) - Ato discricionário - Licitação - Consolidação das leis do trabalho (CLT) 211

SFH

- Vide: Sistema financeiro da habitação (SFH)

SISTEMA ESPECIAL DE LIQUIDAÇÃO E DE CUSTÓDIA (SELIC)

- Direito administrativo - Responsabilidade civil - Banco Central do Brasil (BACEN) - Dano material - Dano moral - Liquidação extrajudicial - Banco Nacional - Caixa Econômica Federal (CEF) - Crédito rotativo - Banco do Brasil (BB) - Taxa referencial (TR) - Perdas e danos - Sistema financeiro nacional - Improcedente 251

SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO (SFH)

- Direito administrativo - Nulidade - Execução extrajudicial - Adjudicação - Plano Collor - Leilão extrajudicial - Inconstitucionalidade - Índice de 84,32% - Contrato - Mútuo - Relação jurídica - Notificação - Renúncia - Terceiro de boa-fé - Negócio jurídico - Dano moral - Improcedente 275
- Direito administrativo - Princípio constitucional - Constituição federal - Plano de equivalência salarial (PES) - Rito ordinário - Caixa Econômica Federa (CEF) - Financiamento - Casa própria - Procedente 283

SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL

- Direito administrativo - Responsabilidade civil - Banco Central do Brasil (BACEN) - Dano material - Dano moral - Liquidação extrajudicial - Banco Nacional - Caixa Econômica Federal (CEF) - Crédito rotativo - Sistema especial de liquidação e de custódia (SELIC) - Banco do Brasil (BB) - Taxa referencial (TR) - Perdas e danos - Improcedente 251

SOCIEDADE CIVIL

- Direito administrativo - Terceiro setor - Serviço social autônomo - Administração pública - Responsabilidade civil do estado - Ministério público (MP) - Poder judiciário - Desestatização - Privatização - Agências reguladoras - Constituição federal - Solidariedade ativa - Contrato - Tribunal de contas - Justiça estadual - Justiça federal - Princípio da moralidade - Princípio da isonomia - Princípio da razoabilidade - Advocacia Geral da União (AGU) - Ato discricionário - Licitação - Consolidação das leis do trabalho (CLT) 211

SOLIDARIEDADE ATIVA

- Direito administrativo - Terceiro setor - Serviço social autônomo - Administração pública - Sociedade civil - Responsabilidade civil do estado - Ministério público (MP) - Poder judiciário - Desestatização - Privatização - Agências reguladoras - Constituição federal - Contrato - Tribunal de contas - Justiça estadual - Justiça federal - Princípio da moralidade - Princípio da isonomia - Princípio da razoabilidade - Advocacia Geral da União (AGU) - Ato discricionário - Licitação - Consolidação das leis do trabalho (CLT) 211

STJ

- Vide: Superior Tribunal de Justiça (STJ)

SÚMULA

- Direito constitucional - Ação direta de inconstitucionalidade (ADIN) - Precedente - Medida cautelar - Constitucionalidade - Superior Tribunal de Justiça (STJ) - Constituição federal - Efeito vinculante - Supremo Tribunal Federal (STF) - Ação declaratória de constitucionalidade (ADC) 19

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ)

- Direito constitucional - Ação direta de inconstitucionalidade (ADIN) - Precedente - Medida cautelar - Constitucionalidade - Constituição federal - Súmula - Efeito vinculante - Supremo Tribunal Federal (STF) - Ação declaratória de constitucionalidade (ADC) 19

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF)

- Direito constitucional - Ação direta de inconstitucionalidade (ADIN) - Precedente - Medida cautelar - Constitucionalidade - Superior Tribunal de Justiça (STJ) - Constituição federal - Súmula - Efeito vinculante - Ação declaratória de constitucionalidade (ADC) 19

T

TAXA REFERENCIAL (TR)

- Direito administrativo - Responsabilidade civil - Banco Central do Brasil (BACEN) - Dano material - Dano moral - Liquidação extrajudicial - Banco Nacional - Caixa Econômica Federal (CEF)
- Crédito rotativo - Sistema especial de liquidação e de custódia (SELIC) - Banco do Brasil (BB)
- Perdas e danos - Sistema financeiro nacional - Improcedente 251

TERCEIRO DE BOA-FÉ

- Direito administrativo - Sistema financeiro da habitação (SFH) - Nulidade - Execução extrajudicial - Adjudicação - Plano Collor - Leilão extrajudicial - Inconstitucionalidade - Índice de 84,32% - Contrato - Mútuo - Relação jurídica - Notificação - Renúncia - Negócio jurídico - Dano moral - Improcedente 275

TERCEIRO SETOR

- Direito administrativo - Serviço social autônomo - Administração pública - Sociedade civil - Responsabilidade civil do estado - Ministério público (MP) - Poder judiciário - Desestatização - Privatização - Agências reguladoras - Constituição federal - Solidariedade ativa - Contrato - Tribunal de contas - Justiça estadual - Justiça federal - Princípio da moralidade - Princípio da isonomia - Princípio da razoabilidade - Advocacia Geral da União (AGU) - Ato discricionário - Licitação - Consolidação das leis do trabalho (CLT) 211

TERRITORIALIDADE

- Direito administrativo - Marca notória - Registro - Notoriedade - Direito real - Uso (Direito civil) - Propriedade industrial - Proteção especial - Princípio da especialidade
- Concorrência desleal - Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) 163

TR

- Vide: Taxa referencial (TR)

TRANSMISSÃO DE INFORMAÇÕES

- Direito administrativo - Internet - Concurso público - Validade - Polícia federal - Edital
- Adiamento - Princípio da impessoalidade - Princípio da moralidade - Princípio da

isonomia - Princípio da razoabilidade - Dano moral - Omissão - Dano material - Juizados especiais federais - Universidade de Brasília - Improcedente 243

TRIBUNAL DE CONTAS

- Direito administrativo - Terceiro setor - Serviço social autônomo - Administração pública - Sociedade civil - Responsabilidade civil do estado - Ministério público (MP) - Poder judiciário - Desestatização - Privatização - Agências reguladoras - Constituição federal - Solidariedade ativa - Contrato - Justiça estadual - Justiça federal - Princípio da moralidade - Princípio da isonomia - Princípio da razoabilidade - Advocacia Geral da União (AGU) - Ato discricionário - Licitação - Consolidação das leis do trabalho (CLT) 211

TUTELA ANTECIPADA

- Direito administrativo - Propriedade de marca - Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) - Propriedade industrial - Assistente litisconsorcial - Dano material - Dano moral - Emissora de televisão - Direito autoral - Procedente em parte 289

- Direito constitucional - Ação civil pública - Contratação temporária - Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) - Concurso público - Constituição federal - Nulidade - Prazo determinado - Procedente em parte 139

TUTELA JURISDICIONAL

- Direito constitucional - Direito civil - Código civil (2002) - Consumidor - Direito do consumidor - Constituição federal - Direitos humanos - Direito privado - Poder discricionário - Reforma - Poder legislativo - Código de defesa e proteção ao consumidor (CDC) - Direito público - Direito patrimonial - Dignidade - Direitos e garantias individuais - Cidadania - Boa-fé - Abuso de direito - Contrato de adesão - Cláusula abusiva - Função social - Contrato 37

U

UNIÃO FEDERAL

- Direito administrativo - Conselho Nacional de Trânsito (CONTRAN) - Liminar - Ação civil pública - Resolução do CONTRAN nº 157, de 22/04/2004 - Especificação técnica

- Extintor de incêndio - Obrigatoriedade - Veículo automotor - Comissão de Defesa do Consumidor da Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro - Impugnação
- Ônus - Princípio da razoabilidade - Princípio da proporcionalidade - Periculum in mora - Deferido 267
- Direito constitucional - Ação civil pública - Museu botânico - Biblioteca - Residência Pacheco Leão - Instituto de Pesquisas Jardim Botânico do Rio de Janeiro - Deterioração - Patrimônio histórico - Obra de restauração - Ministério Público Federal (MPF) - Inépcia - Pedido genérico - Vício - Inquérito civil - Recursos - Petição inicial - Emenda - Indeferimento da inicial - Extinção do processo 155

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

- Direito administrativo - Internet - Concurso público - Validade - Polícia federal - Edital - Transmissão de informações - Adiamento - Princípio da impessoalidade - Princípio da moralidade - Princípio da isonomia - Princípio da razoabilidade - Dano moral - Omissão - Dano material - Juizados especiais federais - Improcedente 243

USO (DIREITO CIVIL)

- Direito administrativo - Marca notória - Registro - Notoriedade - Direito real - Propriedade industrial - Proteção especial - Territorialidade - Princípio da especialidade - Concorrência desleal - Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) 163

V

VALIDADE

- Direito administrativo - Internet - Concurso público - Polícia federal - Edital - Transmissão de informações - Adiamento - Princípio da impessoalidade - Princípio da moralidade - Princípio da isonomia - Princípio da razoabilidade - Dano moral - Omissão - Dano material - Juizados especiais federais - Universidade de Brasília - Improcedente 243

VEÍCULO AUTOMOTOR

- Direito administrativo - União Federal - Conselho Nacional de Trânsito (CONTRAN) - Liminar - Ação civil pública - Resolução do CONTRAN nº 157, de 22/04/2004 -

Especificação técnica - Extintor de incêndio - Obrigatoriedade - Comissão de Defesa do Consumidor da Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro - Impugnação - Ônus - Princípio da razoabilidade - Princípio da proporcionalidade - Periculum in mora - Deferido 267

VÍCIO

- Direito constitucional - Ação civil pública - Museu botânico - Biblioteca - Residência Pacheco Leão - Instituto de Pesquisas Jardim Botânico do Rio de Janeiro - Deterioração - Patrimônio histórico - Obra de restauração - Ministério Público Federal (MPF) - União Federal - Inépcia - Pedido genérico - Inquérito civil - Recursos - Petição inicial - Emenda - Indeferimento da inicial - Extinção do processo 155

VISTO PERMANENTE

- Direito constitucional - Mandado de segurança - Conselho Regional de Medicina (CRM) - Rio de Janeiro - Princípio constitucional - Dignidade - Direitos e garantias individuais - Pessoa física - Registro profissional - Estrangeiro - Visto temporário - Procedente 121

VISTO TEMPORÁRIO

- Direito constitucional - Mandado de segurança - Conselho Regional de Medicina (CRM) - Rio de Janeiro - Princípio constitucional - Dignidade - Direitos e garantias individuais - Pessoa física - Registro profissional - Estrangeiro - Visto permanente - Procedente 121

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL - 2ª REGIÃO

Rua do Acre, 80 - Centro - Rio de Janeiro

JUSTIÇA FEDERAL DE 1ª INSTÂNCIA

Seção Judiciária do Rio de Janeiro

Av. Rio Branco, 243 - Centro - Rio de Janeiro



Fachada do Foro Federal de Duque de Caxias/
Seção Judiciária do Rio de Janeiro

Inaugurado em 05 de abril de 2005, o Foro Federal de Duque de Caxias está localizado no bairro Jardim Vinte e Cinco de Agosto e nele funcionam três Juizados Especiais Federais. A jurisdição abrange os Municípios de Duque de Caxias e Belford Roxo.

Como 2º município em arrecadação em todo o Estado, Duque de Caxias tem fundamental importância econômica e industrial para o Estado do Rio de Janeiro. Empresas dos segmentos Químico, Metalúrgico, Plástico, Mobiliário, Têxtil, dentre outros, têm se instalado na região, aproveitando a privilegiada posição do município, próximo a diversas vias de acesso: Linha Vermelha, Linha Amarela, Rodovia Presidente Dutra, Rodovia Washington Luiz e Avenida Brasil.