

ANTÔNIO AUGUSTO CAÇADO TRINDADE
UM SINGULAR JUSINTERNACIONALISTA

REVISTA JURÍDICA

ANO XI - Nº 242
15 DE FEVEREIRO DE 2007

consulex®

WWW.CONSULEX.COM.BR



A Lei nº 11.441/07 traz à baila os mitos de que a reforma do Judiciário é um grande problema e que uma nova lei é suficiente para resolver questões não solvidas tempestivamente.



DIVÓRCIOS E INVENTÁRIOS

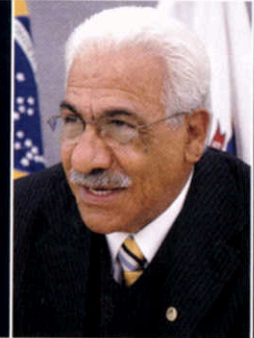
RS 16,75



ALMIR PAZZIANOTTO PINTO
O SUPREMO E O CORPORATIVISMO SINDICAL



TEREZA ARRUDA ALVIM WAMBIER
O ÓBVIO QUE NÃO SE VÊ A NOVA FORMA DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE



ORLANDO ADÃO CARVALHO
CNJ ERROS E ACERTOS

WALTER E ADRIANA STUBER A ABERTURA DO MERCADO BRASILEIRO DE RESSEGUROS

SUMÁRIO

SEÇÕES

- 5 Carta ao Leitor
- 11 Cartas & Críticas
- 16 Como Decidem os Tribunais
- 19 Consulex.Net
- 9 Crítica & Autocrítica
- 12 Direito e Bioética
- 58 10 Frases
- 20 Gestão de Escritório
- 10 Indicadores Econômicos
- 14 Painel Econômico
- 15 Painel do Leitor

ENTREVISTA



MATÉRIA DE CAPA



6 Um singular jusinternacionalista

A disciplina pessoal do Doutor Antônio Augusto Cançado Trindade e sua crença na Justiça humana engrandecem o Direito Internacional e regozijam a Nação brasileira. Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos por longo período (1999/2004) e o primeiro nacional a representar a América Latina no *Curatorim* da Academia de Direito Internacional da Haia, o entrevistado desta edição brinda os leitores com sua erudição, deixando registrada importante mensagem de respeito à Providência e de solidariedade entre os homens, o que muito nos honra. A par dessas lições, afirma o primado do Direito sobre a força bruta. Excelente!

24 Divórcios e inventários

A oportuna edição da Lei nº 11.441, de 04.01.07, que permite a realização de inventário, partilha, separação e divórcio consensuais por via administrativa, suscitou polêmica entre os juristas. Questiona-se, principalmente, se a medida contribuirá para pôr fim à interminável busca de uma Justiça ágil, igualitária e eficiente, e, ainda, os benefícios que advirão para a sociedade. Visando explicitar a controvérsia, analistas da área jurídica comentam o diploma legal, inclusive do ponto de vista prático. Mas não é só. Nos 30 anos da Lei do Divórcio, a brilhante trajetória do ex-Senador Nelson Carneiro é reverenciada com muita propriedade.

DESTAQUE

Conselho Nacional de Justiça
Erros e acertos

22 Orlando Adão Carvalho

CONJUNTURA

A abertura do mercado brasileiro de resseguros

**35 Walter Douglas Stuber e
Adriana Maria Gödel Stuber**

PORTAL JURÍDICO

O Supremo e o corporativismo sindical

38 Almir Pazzianotto Pinto

ENFOQUE

As Nações Unidas e o combate à corrupção

41 Giovanni Quaglia

OBSERVATÓRIO JURÍDICO

Execução dos alimentos e as reformas do CPC

42 Maria Berenice Dias

CONTEXTO

Faculdades "não recomendam"

46 José Janguê Bezerra Diniz

DIREITO EMPRESARIAL

Preços de transferência

48 Fernando Matos e Ednei Kochi

IN VOGA

A prisão preventiva de pessoas influentes

52 Francisco César P. Rodrigues

DOCTRINA

O óbvio que não se vê

A nova forma do princípio da fungibilidade

**56 Teresa Arruda Alvim
Wambier**

Nulidades processuais no âmbito recursal

Breves comentários sobre o novo § 4º

do art. 515 do CPC

59 Denis Donoso

Sincretismo no controle de constitucionalidade

Parte II – Abstrativização do controle difuso de constitucionalidade

**62 João Carlos Navarro
de Almeida Prado**

PONTO DE VISTA

Chegou a "civilização do medo"

66 Candido Mendes



DIVULGAÇÃO

■ POR **JOÃO CARLOS NAVARRO DE ALMEIDA PRADO**

Pós-graduado em Direito Constitucional, Professor, Advogado e membro da Comissão de Cidadania e Ação Social – OAB/SP.

SINCRETISMO NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Parte II – Abstrativização do controle difuso de constitucionalidade

Na primeira parte deste trabalho, após traçar um rápido panorama do controle de constitucionalidade no Brasil, procurei demonstrar a importância da realidade social concreta e fática para o controle de constitucionalidade de natureza abstrata. Deveras, em que pese esta modalidade de controle tentar pretensamente, como o próprio nome indica, *abstrair* quaisquer considerações do mundo deôntico quando da aferição da constitucionalidade de uma lei ou outro ato normativo, alguns dispositivos da lei de regência (Lei nº 9.868/99), em especial no atinente à possibilidade de perícias e audiências públicas, demonstram o contrário.

Dando um desfecho ao aludido *sincretismo* no controle de constitucionalidade, passarei à análise do fenômeno pelo qual as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle concreto de constitucionalidade, passam a nortear a jurisprudência no que toca à inconstitucionalidade de uma dada norma jurídica. A isso denominaremos de *abstrativização* do controle difuso de constitucionalidade.

Parto meu raciocínio de uma premissa de lógica cartesiana: se nossa Corte Maior declara, na análise de um caso concreto, que um dado ato normativo é inconstitucional, não poderá – ou, ao menos, não deverá – em outro caso, entender constitucional a mesma norma, independentemente das discrepâncias dos casos concretos. Do contrário, incidiria o Supremo Tribunal Federal em autêntico *venire contra factum proprium*, atentando ao princípio da confiança e da segurança jurídica, tumultuando a jurisprudência, em mácula ao princípio básico da segurança, insculpido na cabeça do art. 5º da Lei Maior. Haveria, outrossim, afronta ao princípio da igualdade, com dois resultados diversos – e antagônicos – quando da interpretação de uma mesma

regra. Em suma, se o Pretório Excelso, guardião da Constituição, detém a última palavra em matéria de interpretação jurídica em face do Texto Fundante, sua labuta deve se prestar a *uniformizar* os entendimentos, para que todo o Poder Judiciário adote as mesmas orientações. Destarte, se a hermenêutica mostra-se efêmera, volúvel, altamente cambiante, as decisões do Tribunal Supremo carecerão de prestígio e respeitabilidade. Logo, a própria jurisprudência, cuja noção pode ser compreendida como o entendimento consolidado dos tribunais, está fadada ao óbito.

Não quero, de modo algum, defender o engessamento jurisprudencial, o que fatalmente impediria o progresso do direito por meio dos mecanismos informais de modificação – caso da chamada *mutação constitucional*. O atavismo jurídico é um mal a ser combatido, pois impede o progresso de uma sociedade que almeja ser livre, justa e solidária (art. 3º, inciso I, da CRFB). O que não se pode, de modo algum, é aceitar que, após a declaração de inconstitucionalidade de uma nor-

ma, possa a Corte favorecer litigante num caso concreto e, ao apreciar outro caso, com o mesmo fundamento e em que se pleiteia benefício semelhante, negar-lhe o direito sob a alegação de que a norma atacada não está em desconformidade com a lei das leis.

De tais premissas, extraio a seguinte síntese: a declaração de inconstitucionalidade de uma norma, pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento de um processo subjetivo-concreto (controle difuso de constitucionalidade), vincula os demais órgãos do Poder Judiciário e ele próprio. Aqueles, porque posição diversa será inexoravelmente reformada se levada àquela Corte Suprema; e esta, para não produzir decisões divergentes e mesmo contraditórias na exegese de um mesmo comando legal. Esta diretriz é inclusive estabelecida regimentalmente pelo Tribunal, na medida em que “a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, pronunciada por maioria qualificada, aplica-se aos novos feitos submetidos às Turmas ou ao Plenário” (art. 101 do RISTF).

Deste silogismo, ressalvo a possibilidade de o Pretório Excelso realizar o caminho inverso, isto é, após primeiramente entender constitucional uma dada norma, em momento futuro rever este entendimento para declarar a inconstitucionalidade do mesmo comando normativo. A exceção presta-se a proporcionar a evolução exegética da Corte, em especial para dar maior concreção aos direitos e garantias fundamentais, como ocorrido recentemente num caso abaixo relatado.

A abstrativização do controle de constitucionalidade no caso concreto ou *controle difuso abstrativizado*, segundo Fredie Didier Júnior, presta-se a atender, a um só tempo, ao jurisdicionado e ao Judiciário brasileiro. O primeiro vê atendida, ainda que de forma diminuta, o seu direito constitucional à *celeridade processual*, positivado no inciso LXXVIII do art. 5º pela Emenda Constitucional nº 45/04, a chamada *Reforma do Judiciário*. Com efeito, o cidadão pode obter para si o benefício da declaração de inconstitucionalidade de um regramento em processo de terceiro, sem a necessidade de também dirigir-se ao Tribunal Maior ou aguardar o vetusto, burocrático e pouco ocorrente expediente de edição de resolução pelo

Senado Federal, suspendendo os efeitos da lei declarada inconstitucional, como reza o inciso X do art. 52 da mesma Carta Republicana. Já o Judiciário, em especial o próprio colendo Supremo Tribunal Federal, pode se ver livre de milhares de expedientes de cunho idêntico, racionalizando o seu serviço, de sorte a abolir a ilógica necessidade de prolatar a mesma decisão em cada processo, o que transforma os onze ministros, representantes da cúpula judicante nacional, em despachantes judiciais ou carimbadores oficiais. Em suma, o *Pacto de Estado por um Judiciário mais Rápido e Republicano*, firmado entre os três Poderes e o Ministério Público, poderá, ao menos na Corte Maior, começar a sair do papel.

Preocupada em ordenar providências neste sentido, a já falada EC nº 45/04 previu providência que dá ao Tribunal Constitucional o instrumento idôneo nesse sentido: a súmula vinculante, prevista no novel art. 103-A da Carta de Outubro.

Com isto, uma das grandes diferenças entre as modalidades difusa e concentrada de constitucionalidade – efeitos *inter partes* da primeira e *erga omnes* da segunda – tendem a desaparecer, já que do descumprimento da súmula vinculante, assim como ocorre com as decisões dotadas de efeito vinculante, caberá reclamação diretamente ao Supremo Tribunal Federal, com o fito de anular o ato administrativo ou cassar a decisão judicial reclamada, “determinando que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso”, *ex vi* do § 3º do art. 103-A, garantindo a Corte a “autoridade de suas decisões” (art. 102, I, *l*). Como traço diferencial remanescente, enquanto o efeito vinculante é decorrência inerente à eficácia *erga omnes* no controle abstrato – portanto automática –, no difuso, esta eficácia depende da edição de súmula neste sentido.

A súmula vinculante somente logrou atravessar a polêmica que ensejou sua criação com a edição da Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006, no apagar das luzes do ano que há pouco se findou, regulamentando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal. Resta agora aguardar a edição da primeira súmula vinculante, inaugurando um novo marco na histó-

ria do Pretório Excelso. A técnica poderá servir de meio idôneo à abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, evitando que milhares de feitos ingressem no Tribunal pleiteando um mesmo benefício com base na norma já declarada inconstitucional. Bastará a edição do verbete sumular e, não sendo este observado, caberá reclamação diretamente ao Supremo, o que antes somente era permitido quanto ao efeito vinculante nas ações diretas de inconstitucionalidade e declaratórias de constitucionalidade.

Longe de ser mero desejo deste autor, a abstrativização do controle concreto de constitucionalidade já conta com diversos defensores em sede doutrinária e pode ser encontrada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como se passa a ver.

Faço menção de um primeiro célebre precedente, quando o Pretório Excelso acolheu ação civil pública movida pelo Ministério Público, para declarar a inconstitucionalidade do número de vereadores do Município de Mira Estrela (RE nº 197.917-8/SP) por violação da proporcionalidade entre este contingente e a população local, a teor do inciso IV do art. 29 da Lei Maior. Na ocasião, a Corte acenou que todos os municípios deveriam seguir a diretriz traçada na decisão, sob pena de igual declaração de inconstitucionalidade.

Para dar concretude ao postulado constitucional, a teor do julgado, o TSE editou a Resolução nº 21.702, de 2 de abril de 2004, objeto das ADIs nºs 3.345/DF e 3.365/DF, intentadas, respectivamente, pelo PP e PDT. Todavia, o Supremo reputou inexistentes as alegadas violações aos princípios da reserva de lei, separação dos Poderes, anterioridade da lei eleitoral e autonomia municipal, tendo a mencionada resolução sido editada para “dar efetividade e concreção ao julgamento do Pleno no RE nº 197.917/SP (...), já que nele o STF dera interpretação definitiva à cláusula de proporcionalidade inscrita no inciso IV do art. 29 da CF, **conferindo efeito transcendente** aos fundamentos determinantes que deram suporte ao mencionado julgamento”, de sorte que, por maioria, o Tribunal julgou improcedentes os pedidos formulados (Informativo nº 398, do Supremo Tribunal Federal, de 22 a 26 de agosto de 2005). Como se vê, a Corte textualmente assentou a necessi- ▷

dade de se conferir *efeito transcendente* à decisão conferida em sede de controle concreto de constitucionalidade.

Mais recentemente, outro precedente da maior relevância nos foi dado pela Corte Constitucional em 23.02.06. No julgamento do HC nº 82.959/SP, o Tribunal, por apertada maioria de um voto, concedeu o *uriti* declarando a inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, da vedação à progressão de regime de cumprimento de pena para os crimes hediondos, disposta no § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90. A fim de evitar que a Corte tivesse que voltar a se pronunciar sobre o assunto em cada pedido de *habeas corpus* de idêntico teor, a Primeira Turma acolheu questão de ordem levantada pelo Ministro Cezar Peluso, quando da apreciação do HC nº 86.224/DF, para que, em casos similares, cuidando-se exclusivamente da aludida declaração de inconstitucionalidade, a ordem pudesse ser concedida por *decisão individual do relator*, em aplicação analógica do art. 557 do Código de Processo Civil, que outorga poderes semelhantes ao relator de recursos nos tribunais. Nota-se que a medida também vai além do que prevê o Regimento Interno, que permite ao relator “arquivar ou negar seguimento a pedido ou recurso manifestamente intempestivo, incabível ou improcedente e, ainda, quando contrariar a jurisprudência predominante do Tribunal, ou for evidente a sua incompetência” (art. 21, § 1º, RISTF); e, “em caso de manifesta divergência com a **Súmula**, prover desde logo o recurso extraordinário” (§ 2º).

A solução encontrada reflete perfeitamente o intuito de se desvencilhar de processos idênticos, que consomem tempo e energia da Corte Maior, impedindo que outras questões de grande importância para os rumos do País possam ser colocadas em pauta. Por isso, todas as providências perpetradas na busca da racionalização dos serviços judiciários, das quais a abstrativização do controle difuso de constitucionalidade é um dos grandes expoentes, são dignas de lãureas.

Ademais, o dito hermenêutico de que *a Constituição é o que o Supremo diz que ela é*, está plenamente de acordo com o papel precípua de guardião da *norma normarum*, conferido ao colendo Tribunal (art. 102, *caput*). Destarte, como acentuou com brilhantismo Teori Albi-

no Zavascki, “eventuais controvérsias interpretativas perante outros tribunais perdem, institucionalmente, toda e qualquer relevância frente ao pronunciamento da Corte Suprema. (...) É nessa perspectiva, pois, que se deve aquilatar o peso institucional dos pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal, mesmo em controle difuso” (*Ação Rescisória em Matéria Constitucional*, in *Revista de Direito Renovar*, vol. 27/153-174, 159-165, 2003).

Ainda no que toca à declaração de inconstitucionalidade do regime integralmente fechado imposto pela Lei dos Crimes Hediondos, salutar é o magistério de Luiz Flávio Gomes, ao assentar que a matéria fora debatida “olhando-se para a lei ‘em tese’ [pois] (não se voltou unicamente para o caso concreto)” (disponível em http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20060321120423630).

Em que pese concordarmos com o consagrado penalista neste ponto, cremos ser precipitada a conclusão de que, declarada a inconstitucionalidade em um caso concreto, poder-se-ia admitir o ajuizamento de uma reclamação perante o Supremo Tribunal Federal por qualquer condenado que deseje ver reconhecido seu direito à progressão de regime, não o obtendo perante o juízo originário competente.

Para aí chegarmos, uma longa estrada evolutiva deve ser percorrida pelo Tribunal, avesso a mudanças bruscas e repentinas.

Não se pode negar, contudo, que o futuro caminha nesta direção. O exaurimento das vias ordinárias não pode obstaculizar o pronto e eficaz acesso à Justiça, mormente quando se pleiteia a consagração de direitos fundamentais como liberdade, igualdade e segurança, baseados em fundamentação já tida como idônea pelo Tribunal Supremo. Com isto, a própria novidade representada pela súmula vinculante tornar-se-á supérflua, com a admissão da medida reclamatória em face de qualquer declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, seja proclamada em um caso concreto (processo subjetivo) ou na via abstrata (processo objetivo).

Como bem ponderou André Ramos Tavares, o “sistema de controle de constitucionalidade brasileiro caminha a passos largos para ser substituído por um eficiente sistema de efeitos *erga*

omnes de todas as decisões de controle realizadas pelo STF” (*Algumas Novidades no Controle de Constitucionalidade Concreto*, in *Carta Forense*, edição 10/2006, p. 43).

Do exposto, o “processo de generalização”, como ficou conhecido o fenômeno em Portugal, limitado aos casos de, malgrado a antítese, *declaração abstrata de inconstitucionalidade no caso concreto*, fortalece a uniformização da hermenêutica constitucional por seu ator principal, o colendo Pretório Excelso, tribunal este não concebido para ser uma fábrica de produção de decisões em série, cujos julgamentos são repetições de processos idênticos.

Como já dissera Geraldo Ataliba, *ninguém construiria uma fortaleza, colocando-lhe portas de papelão*. Isto amesquinharia a existência e a atividade da Corte e deve ser combatido duramente por ela própria, com a progressiva evolução dos mecanismos de transcendência dos efeitos de seus julgados, no atinente à constitucionalidade ou inconstitucionalidade das normas jurídicas.

Afinal, como acentuou Konrad Hesse, “um ótimo desenvolvimento da *força normativa da Constituição* depende não apenas do seu conteúdo, mas também de sua práxis” (*A Força Normativa da Constituição*, trad. Gilmar Ferreira Mendes, Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 21-22).

Por derradeiro, do exposto nos dois trabalhos, foi possível constatar a influência da *realidade concreta no controle abstrato* e da *abstrativização no controle concreto*, o que leva à inarredável tendência de o sistema de controle de constitucionalidade ser visto como um todo, pulverizando-se as diferenças existentes nos dois modelos clássicos, de sorte a se obter as vantagens de cada método, que tendem a confundir-se, fundir-se em um só. Com isso, assim como o Brasil experimentou uma mistura entre o culto a santos católicos e rituais de origens africanas – o chamado *sincretismo religioso* –, bem como as chamadas *ações sincreticas* no processo civil, é possível afirmarmos que, hodiernamente, o direito constitucional brasileiro vivencia fenômeno, ainda em processo de maturação, que tem o condão de romper paradigmas, revolucionando o controle de constitucionalidade. Eis o novo sincretismo que se busca apresentar. ■