



**FERNANDO SILVEIRA**  
**COMO VENCER NO MUNDO DAS NEGOCIAÇÕES**

REVISTA JURÍDICA

ANO XI - Nº 241  
31 DE JANEIRO DE 2007

# consulex®

WWW.CONSULEX.COM.BR



R\$ 16,75



## USO DE ALGEMAS E CONSTRANGIMENTO ILEGAL



**ELPÍDIO  
DONIZETTI  
NUNES**  
*TEMPUS  
REGIT  
ACTUM*



**WAGNER  
BALERA**  
*CISÃO E FUSÃO  
DE ENTIDADES  
DE PREVIDÊNCIA  
PRIVADA*



**ANTONIO  
PESSOA  
CARDOSO**  
*O CDC NO  
TURISMO*

**PETRONIO R. G. MUNIZ** A CARGA TRIBUTÁRIA BRASILEIRA

# SUMÁRIO

## SEÇÕES

- 5 Carta ao Leitor
- 11 Cartas & Críticas
- 18 Como Decidem os Tribunais
- 23 Consulex.Net
- 9 Crítica & Autocrítica
- 12 Direito e Bioética
- 21 Expressões Latinas
- 53 10 Frases
- 22 Gestão de Escritório
- 10 Indicadores Econômicos
- 14 Painel Econômico
- 15 Painel do Leitor
- 16 Painel da Redação
- 17 Propostas e Projetos

## ENTREVISTA



ANDRÉ PESSOA

### 6 Como vencer no mundo das negociações

O cenário econômico-financeiro atual está a exigir dos negociadores competência e, acima de tudo, ética. Considerando que o espaço das negociações, inclusive no âmbito internacional, alastrou-se muito e, hoje, abarca não só empresários e profissionais da área de administração, mas também advogados que prestam consultoria a grandes empreendimentos, ou representam seus interesses, Léo da Silva Alves, do Grupo Consulex, foi ouvir, em Belém (PA), um dos maiores especialistas em técnicas de negociação, Professor FERNANDO SILVEIRA, cujo preparo profissional é evidenciado nas linhas da entrevista desta edição.

## MATÉRIA DE CAPA



ANDRÉ PESSOA

### 30 Uso de algemas e constrangimento ilegal

Não obstante o STF ter se manifestado sobre a legitimidade do uso de algemas nos casos e com as finalidades que específica, a matéria ainda é controversa. Opiniões divergentes de especialistas na área de segurança pública e na seara do Direito, porém unânimes quanto à necessária observância do princípio da razoabilidade, trazem à reflexão aspectos históricos, legais e doutrinários da questão, visando aclarar o entendimento acerca da utilização desse instrumento de contenção até que seja editada a lei regulamentadora, objeto de Substitutivo já aprovado na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados.

## DESTAQUE

*Tempus regit actum!* Breves considerações acerca do direito intertemporal diante da entrada em vigor da Lei nº 11.232/05.

**26 Elpidio Donizetti Nunes**

## OBSERVATÓRIO JURÍDICO

Os honorários advocatícios e a nova execução da sentença à luz da Lei nº 11.232/05

**39 Guillermo Federico Ramos**

## CONJUNTURA

A carga tributária brasileira – sugestões para dificultar o seu aumento.

**42 Petronio R. G. Muniz**

## CONTEXTO

O CDC no turismo

**46 Antonio Pessoa Cardoso**

## IN VOGA

Subsimples em vez de supersimples

**48 Everardo Maciel**

## PORTAL JURÍDICO

Polícia Federal autônoma

**50 Joel Zarpellon Mazo**

## ENFOQUE

Cisão e fusão de entidades de previdência privada

**54 Wagner Balera**

## DIREITO EMPRESARIAL

Empresa boa e empresa ruim

**57 Fábio Ulhoa Coelho**

## DOCTRINA

Sincretismo no controle de constitucionalidade

Parte I – Consideração da realidade concreta no controle abstrato

**58 João Carlos Navarro de Almeida Prado**

Algumas reflexões sobre a responsabilidade civil da indústria de cigarros

**60 Lúcio Delfino**

A desconsideração da pessoa jurídica e o direito ao contraditório e à ampla defesa

**63 Yves Cássius Silva**

## PONTO DE VISTA

O RDD é inconstitucional?

**66 João Ibaixe Jr.**



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 I – Consideração da realidade concreta no controle abstrato

Como é sabido, o Brasil adotou sistema misto de controle de constitucionalidade, coexistindo o modelo americano do caso concreto, dito *difuso*, desconcentrado, por via de defesa ou de exceção; e, ao seu lado, o sistema europeu, também chamado *abstrato*, concentrado ou por via de ação.

Neste artigo, abordarei a influência da realidade dos fatos no controle abstrato que, supostamente, seria desconsiderada quando o Supremo Tribunal Federal – guardião da Constituição – exerce a função precípua de julgar, originariamente, a ação direta de inconstitucionalidade. Em outra oportunidade, tratarei da dita *abstrativização* do controle difuso de constitucionalidade.

Uma das apontadas diferenças primordiais entre os dois sistemas de controle de constitucionalidade residiria justamente no fato de que, enquanto no controle difuso, aberto a qualquer juiz, a constitucionalidade de uma lei é aferida com base no caso concreto submetido ao Judiciário, como causa de pedir, o sistema concentrado é chamado de abstrato justamente por abstrair, na análise da matéria, de qualquer caso concreto ou, de modo geral, de toda a realidade dos acontecimentos pertinentes direta ou indiretamente à norma em discussão. Daí se extrai também o fato deste modelo ser chamado de *processo objetivo*, em que não há partes ou lide<sup>1</sup> a ser dirimida.

A ação direta de inconstitucionalidade perante o Pretório Excelso fora objeto de regulamentação pela Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, que também tratou do procedimento da ação declaratória de constitucionalidade, criada pela Emenda Constitucional nº 3/93.

Referida lei disciplina a admissibilidade, o procedimento, o cabimento de medida cautelar (Capítulo II – arts. 2º a 12) da ação direta de inconstitucionalidade, dedicando seu Capítulo IV à decisão final tanto da ação direta de inconstitucionalidade, quanto da ação declaratória de constitucionalidade. Em diversas disposições, radica o aludido *sincretismo* do título deste trabalho.

Em primeiro lugar, a lei de regência, apesar de vedar a intervenção de terceiros no processo da ação direta de inconstitucionalidade, nos termos da cabeça do art. 7º, cujo rigor é mitigado pelo § 2º, estabelece, nos §§ 1º e 2º do art. 9º, permissivos da seguinte ordem, *verbis*:

§ 1º. Em caso de necessidade de **esclarecimento de matéria ou circunstância de fato** ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, **designar perito ou comissão de peritos** para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, **em audiência pública**, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

§ 2º. O relator poderá, ainda, **solicitar informações** aos Tribunais Superiores, aos Tribunais federais e aos tribunais estaduais **acerca da aplicação da norma impugnada no âmbito de sua jurisdição**. (Grifos nossos).

Posteriormente, ao tratar da concessão da liminar, dispõe no art. 12:

Havendo pedido de medida cautelar, o relator, em face da **relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica**, poderá, após a prestação das informações, no prazo de dez dias, e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação. (Grifos nossos).

Por fim, estabelece o art. 27 ao abordar a decisão final da ADI ou ADC:

Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista **razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social**, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Em síntese, todos os dispositivos transcritos, em especial os destaques apontados, demonstram que a atividade de controle de constitucionalidade de vertente abstrata vai muito além da mera verificação de compatibilidade vertical entre a norma atacada e o texto constitucional. Assim, os Ministros do Tribunal Supremo da República não se isolam numa redoma de vidro quando da decisão em ação direta de inconstitucionalidade. Pelo contrário, com base na própria lei de regência da matéria, devem considerar, quando o caso, a matéria ou circunstância de fato, requisitar perícia ou audiência pública, solicitar informações de outros tribunais quanto à aplicação da norma objeto do processo, decidir com base na relevância da matéria e seu significado para a ordem social e a segurança jurídica e modular os efeitos da decisão com base nestas duas ordens de valores.

Desta forma, o controle de constitucionalidade não se subsume a mera tarefa matemática, devendo ser considerado em contexto conglobante, é dizer, vista a norma inserida em um contexto ôntico, social. Isto ocorre à semelhança da judicatura, em que o magistrado deve se desvincular da toga que o torna um homem neutro e cego, impossibilitado de enxergar o mundo *extra-actos*; deveras, os auspícios por um juiz imparcial passam longe do atributo da neutralidade, do agente que se contenta em ser a *boca que pronuncia as palavras da lei*, como aludia Montesquieu.

É por isso que, em matéria de controle de constitucionalidade, muitas vezes o Governo, na figura do Advogado-Geral da União, procura exercer, fazendo-o com sucesso amiúde, o papel de defesa da norma impugnada com base em argumentos extrajurídicos, como o impacto econômico-financeiro que uma declaração de inconstitucionalidade causaria ao erário.

É certo também que, por vezes, esta possibilidade pode conduzir nossa Corte Constitucional a adotar posições políticas de duvidosa constitucionalidade. Porém, é um risco inerente ao sistema, que não pode ser obstado, impedindo o Tribunal de ir além do texto frio da lei, ainda que se trate da maior de todas elas.

Especificamente em relação à possibilidade de realização de audiências públicas, a salutar prática contribui para a democratização da interpretação constitucional por meios informais, o que possibilita o acesso geral à hermenêutica constitucional. Sem dúvida, tem-se aí claro subsídio para a adoção do que Peter Häberle chamou de *sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*, em livro homônimo.

Segundo Häberle, deve haver amplo círculo de participantes do processo de interpretação pluralista, em processo muitas vezes de feição difusa, rompendo com o modelo de "sociedade fechada", reduzida na interpretação dos juízes e dos procedimentos formalizados. O autor fundamenta sua tese no fato de que todos aqueles que vivem a norma, ou são seus destinatários, acabam por interpretá-la ou ao menos co-interpretá-la, sendo intérpretes em sentido lato.

Assim, o douto jurista alemão propõe a vinculação ao processo de interpretação constitucional de "todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição". Então, conclui que "os critérios de interpretação constitucional não são de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade" (Häberle, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre (RS): Sergio Antonio Fabris, 2002, pp. 11-15. Título original: *Die offene gesellschaft der verfassungsinterpreten. Ein beitrag zur pluralistischen und "prozessualen" verfassungsinterpretation*).

Do exposto, pode-se depreender que um modelo de controle teorizado para ser chapadamente abstrato, entendido como alheio a quaisquer dados ônticos, acaba se concretizando, possibilitando a análise sociológica da norma, sua repercussão no mundo dos fatos, como se passa no controle difuso de constitucionalidade.

Nesse sentido é o magistério de Luís Roberto Barroso, ao assentar que, "na moderna dogmática jurídica, os fatos, a natureza dos problemas e as conseqüências práticas das soluções preconizadas desempenham papel de crescente importância na interpretação constitucional. Já não corresponde mais às demandas atuais uma interpretação asséptica e distanciada da vida real, fundada apenas no relato da norma" (*O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2ª ed., Saraiva, 2006, p. 165).

Este expediente é utilizado seja para não se acolher a arguição de inconstitucionalidade

ou para se fazer uso da chamada técnica de *declaração de inconstitucionalidade sem pronunciamento de nulidade*.

Exemplo disto pôde ser visto no voto proferido em 18.05.06 pelo Ministro Eros Roberto Grau, Relator da ADI nº 2240-BA, em que se discute a inconstitucionalidade da criação do Município de Luis Eduardo Magalhães pela Lei nº 7.619/00, do Estado da Bahia, em ofensa aos requisitos constitucionais. Na oportunidade, o Ministro julgou improcedente o pedido, tendo em conta a excepcionalidade do caso. Saliu que o Município foi efetivamente criado e assumiu a existência de fato como ente federativo dotado de autonomia há mais de seis anos, do que resultaram efeitos jurídicos, realidade esta que não poderia ser ignorada à luz dos princípios da segurança jurídica e da continuidade do Estado. O julgamento fora interrompido com o pedido de vista do Ministro Gilmar Mendes (Informativo STF nº 427, de 24 de maio de 2006, em *Criação de Municípios e Situação Excepcional Consolidada*).

Independentemente do resultado final da mencionada demanda, este primeiro voto dá mostras de que os princípios constitucionais e a realidade fática podem se fazer valer, ainda quando se confrontem com regras expressas da Constituição, que conduziriam a certa e inevitável declaração de inconstitucionalidade e conseqüente nulidade da norma. Esta sanção, em alguns casos, poderia afrontar princípios e valores maiores, igualmente de quilate constitucional, o que exige ampla análise, à luz da proporcionalidade e seus subprincípios (necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito).

À guisa de conclusão, cumpre ressaltar que de nada adianta uma norma ser constitucional do ponto de vista estático, isto é, conforme o texto constitucional literal ou "visto de fora", se, em realidade, a regra acaba por se revelar apta a produzir injustiças, que devem ser rechaçadas pelo Tribunal Maior da República. Por isso, Ihering asseverou magistralmente que "o direito existe em função da sociedade e não a sociedade em função dele".

Afinal, a Constituição, em sentido total, é – ou ao menos deveria ser – muito mais do que uma *reles folha de papel*, sendo dotada da nobilíssima missão de *instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais*, como proclamado no Preâmbulo da Carta Republicana de outubro de 1988. ■

#### NOTA

- 1 Na acepção carneluttiana de conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida.