

Controle Difuso de Constitucionalidade

Larissa Pinheiro Schueller

Juíza de Direito da 4ª Vara Cível de São Gonçalo

O controle difuso de constitucionalidade surgiu nos Estados Unidos da América em 1803, quando do célebre julgamento do caso William Marbury versus James Madison, no qual o Juiz John Marshall afirmou a supremacia das normas constitucionais no ordenamento jurídico, fixando-se pioneiramente a tese fundamental de que os atos normativos em geral não podem ser editados em desconformidade com o disposto na lei magna. Assentou-se, naquele caso, que cabe ao Poder Judiciário decidir quando e em que medida determinado ato viola a Constituição.

O sistema do controle difuso de constitucionalidade, também denominado controle concreto ou incidental de constitucionalidade, permite ao magistrado ou órgão colegiado analisar, no caso concreto, a compatibilidade de uma lei ou ato normativo perante a Constituição. Trata-se de modalidade de controle repressivo de constitucionalidade, sendo a outra modalidade pela via concentrada.

O controle de constitucionalidade zela pela proeminência da Constituição, assegurando a proteção e a efetivação dos direitos e garantias fundamentais ao indivíduo e à sociedade.

Nas lições de Luís Roberto Barroso ¹,

¹ BARROSO, Luis Roberto. **Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**, 2ª Ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2006.

Um dos fundamentos do controle de constitucionalidade é a proteção dos direitos fundamentais, inclusive e sobretudo os das minorias, em face das maiorias parlamentares eventuais. Seu pressuposto é a existência de valores materiais compartilhados pela sociedade que devem ser preservados das injunções estritamente políticas. A questão da legitimidade democrática do controle judicial é um dos temas que têm atraído mais intensamente a atenção dos juristas, cientistas políticos e filósofos da Constituição, e a ele se dedicará um tópico desta exposição.

No caso do controle concentrado, o Poder Judiciário é acionado para decidir acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo de forma abstrata; ou seja, se a norma indigitada está ou não se contrapondo à Constituição, por meio das ações diretas de inconstitucionalidade (ADI); das ações declaratórias de constitucionalidade (ADC), instituídas pela Lei nº 9.868/99; ou das arguições de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), regulamentada pela Lei nº 9.882/99.

As decisões proferidas nestas ações têm efeitos *ex tunc* (anulam a lei desde a sua criação), *erga omnes* (valem para todos) e vinculante para todo o Poder Judiciário e para todos os órgãos da Administração Pública, direta e indireta, não abrangendo, apenas, o Poder Legislativo.

O controle difuso de constitucionalidade enseja o exercício da jurisdição por qualquer membro do Poder Judiciário, tanto pelos juízes singulares quanto pelos órgãos colegiados. Em relação a este, a Constituição Federal exige a chamada cláusula de reserva de plenário, prevista no art.97 (“Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão”), que determina a maioria absoluta dos membros integrantes do Tribunal pleno ou órgão especial para declarar a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos do Poder Público.

A regulamentação foi dada pela criação do Incidente de Inconstitucionalidade, delineado nos artigos 481 e segs. do CPC.

Suscitada a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo

perante um dos órgãos fracionários do Tribunal, cabe a este, caso entenda procedente a arguição, encaminhá-la ao plenário ou órgão especial, para que este aprecie a constitucionalidade em tese do ato ou lei confrontado. Caso a maioria absoluta entenda pela desconformidade do ato ou lei com a Constituição, será emitida declaração nesse sentido e esta decisão vinculará o órgão fracionário (Turma ou Câmara) na resolução daquele caso específico.

A semelhança com o controle concentrado reside no fato de que o exame realizado pelo plenário ou órgão especial em nada se diferencia do exame procedido em sede de ação direta de inconstitucionalidade ou ação declaratória de constitucionalidade, em que o controle é de caráter objetivo, sem se importar com o caso concreto.

Através do controle difuso de constitucionalidade, o Juiz ou Tribunal verificam se as normas aplicáveis ao caso concreto posto à sua apreciação estão ou não em conformidade com o texto constitucional, deixando de aplicar aquelas contrárias à Constituição.

Para a solução do conflito discutido em juízo, o magistrado ou Tribunal deve examinar acerca da constitucionalidade da espécie normativa para, então, decidir sobre o objeto principal da ação. Essa modalidade de controle de constitucionalidade autoriza o magistrado ou Tribunal a decidir sobre a incidência ou a não aplicação da norma no caso concreto, justificada em razão da nulidade do ato inconstitucional.

A análise da constitucionalidade do ato normativo é questão prejudicial que deve ser apreciada pelo Poder Judiciário para o deslinde do caso concreto, isto é, é considerada como causa de pedir ou razão de decidir, jamais como pretensão principal.

CASO PRÁTICO SUBMETIDO A ESTA MAGISTRADA:

Esta magistrada, ao apreciar pedido de concessão de liminar em Ação Civil Pública, entendeu por suspender os efeitos da Lei Municipal nº 183/08 do Município de São Gonçalo e do contrato administrativo celebrado entre o Município de São Gonçalo e uma empresa privada, haja

vista que a referida lei autorizava a desafetação de praça pública localizada no Município de São Gonçalo e seu entorno, para posterior concessão de direito real de uso do local à iniciativa privada com o fim de construir terminal rodoviário. Salientei que se tratava de lei de efeitos concretos e, em razão de se equiparar materialmente a ato administrativo, poderia ser de pronto passível ao controle jurisdicional.

Por entender que a norma suprimiria da população gonçalense o direito ao lazer, à recreação e ao descanso em bairro de grande densidade populacional, com farto comércio e enorme fluxo de pessoas e veículos, esta magistrada considerou que a iniciativa implicava risco de violação do direito à sadia qualidade de vida, constitucionalmente protegido, nos termos do art.225 da Constituição Federal.

Sem olvidar do Poder Discricionário da administração pública municipal estampado no art. 30, I e VIII, da Constituição da República, que, *a priori*, admite a alienação ou concessão de um bem público previamente desafetado, ficou ressaltado na decisão que a área em questão era área reservada de loteamento, sendo que a Lei 6.766/79, ao disciplinar o parcelamento do solo urbano, estabeleceu que “as áreas destinadas a sistemas de circulação, a implantação de equipamento urbano e comunitário, bem como a espaços livres de uso público, serão proporcionais à densidade de ocupação prevista pelo plano diretor ou aprovada por lei municipal para a zona em que se situem”.

Portanto, tratando-se de praça, espaço livre de uso público, não poderia o Município dar destinação diversa da que foi especificada quando da inscrição do loteamento no Registro de Imóveis, posto que se trata de norma geral sobre parcelamento de solo urbano, que deve ser respeitada por todos os entes da federação, haja vista que o assunto sai da esfera da discricionariedade da Administração Pública, já que a praça passou a integrar o patrimônio público municipal com destinação previamente determinada.

A Constituição Estadual veda expressamente a concessão de uso de bem imóvel a empresa privada em seu art. 68, § 6º c/c art. 360, § 2º.

Destarte, em havendo indícios de ilegalidade, entenda-se em sentido amplo, o que abrange a inconstitucionalidade, na Lei Municipal nº

183/08 e, por conseqüência, no contrato administrativo que concedeu o direito real de uso do imóvel à empresa privada, entendi presente o requisito do *fumus boni iuris*, estando o *periculum in mora* evidenciado pelo início das obras na praça, que já fora cercada por tapumes, o que impede sua fruição pela população.

O Município de São Gonçalo postulou a suspensão da liminar ao Exmo. Sr. Presidente do Tribunal de Justiça deste Estado, nos termos do art. 4º da Lei 8.437/92 e art.15 da Lei nº 12.016/09.

Com fundamento no art.4º da Lei nº 4.384/64, o Presidente do Tribunal de Justiça entendeu que

em que pese a eventual ilegalidade do ato administrativo sob comento, restou comprovada a possibilidade de lesão à ordem e economia públicas tendo em vista que as obras destinadas à construção do terminal rodoviário já se iniciaram – como noticia a decisão judicial ora impugnada – revelando tal circunstância fática que a sua paralisação poderá gerar prejuízos de ordem social e econômica à Administração Pública”.

Salientou, ainda, que

“quanto à pertinência da medida judicial ora hostilizada – esta refere-se ao mérito da questão, não discutível neste juízo excepcional. Cabe ressaltar que a sede eleita não é própria para se falar em lesão à ordem jurídica, cujo resguardo acha-se assegurado na via recursal; se o fosse, esta Presidência transformar-se-ia em instância revisora, o que certamente desvirtuaria o instituto da suspensão”. E completou afirmando que “o requerente possui meios assegurados na via recursal para impugnar a decisão guerreada e corrigir, por meio de ampla instrução, eventuais *error in procedendo e error in judicando*”. ◆