

Controle Incidental de Constitucionalidade

Danielle Rapoport

Juíza de Direito do Juizado Especial Cível de Araruama

O seminário de Controle da Constitucionalidade, realizado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro nos dias 20, 23, 27 e 30 de maio e 03 de junho de 2011, foi dividido em temas, dentre eles o controle incidental, ao que passo à análise neste momento.

Em primeiro lugar, é necessário tecer breves comentários sobre os dois modelos básicos de controle da constitucionalidade: o difuso e o concentrado. Para se chegar a esses dois grandes modelos, são utilizados dois critérios básicos. O primeiro diz respeito ao órgão encarregado do controle constitucional e o segundo, à natureza do pleito em que a arguição de inconstitucionalidade é feita.

Assim, o primeiro critério distingue as formas de controle em difusa e concentrada e o segundo distingue os tipos de processo em incidental e direto.

Especificamente quanto ao controle difuso da constitucionalidade, esse é adotado no Brasil desde a primeira Constituição Republicana de 1891. Os textos constitucionais posteriores mantiveram a previsão do controle difuso, possibilitando a qualquer órgão do Poder Judiciário, quando da análise do caso concreto, analisar de forma incidental a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo quando esta for imprescindível para o deslinde do caso concreto, não sendo, então, objeto principal da ação.

Dessa forma, em qualquer tipo de demanda em que o autor se valha da alegação de inconstitucionalidade de um dispositivo normativo haverá exercício do controle difuso da constitucionalidade.

No exercício do controle difuso da constitucionalidade, a decisão de pronúncia da inconstitucionalidade possui eficácia subjetiva limitada às partes do processo judicial; ou seja, somente aqueles que compuseram a relação jurídico-processual serão alcançados pelos efeitos da decisão.

Trata-se, assim, de questão prejudicial à solução da lide, em que a questão constitucional é suscitada como causa de pedir, devendo a inconstitucionalidade ser declarada na fundamentação da decisão, não fazendo coisa julgada material.

Em análise a um caso concreto, ocorrido no Município de Araruama, tem-se que foi editada a Lei Municipal 1.355/06, que estabeleceu que para a concessão de novas licenças para o funcionamento de drogarias, deveria ser observada uma distância mínima entre estabelecimentos do gênero.

Assim, uma determinada empresa que explora esse ramo de atividade impetrou mandado de segurança contra ato da Secretaria de Fazenda do Município de Araruama, no qual o impetrante alegou que teve indeferido requerimento de alvará para instalação de uma de suas drogarias. Afirmou a parte autora que o indeferimento do seu requerimento fundamentou-se na citada Lei Municipal.

Superando as questões preliminares suscitadas, a sentença salientou que a matéria discutida no *mandamus* foi alvo de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, que, em controle abstrato de leis municipais semelhantes, já se manifestara sobre o tema, posicionando-se no sentido da inconstitucionalidade de leis municipais que estabeleçam distância mínima para a concessão de novas licenças para funcionamento de farmácias, com fundamento na violação do princípio da livre concorrência, inserto nos artigos 170, IV e § único e 173, § 4º, da Constituição da República.

A denegação do pedido de alvará, a toda evidência, consagraria o privilégio dos estabelecimentos já existentes no perímetro em que a impetrante também pretendia instalar-se, afrontando, por certo, os princípios da igualdade, livre iniciativa e livre concorrência.

Asseverou-se, inclusive, que o pleito autoral encontrava amparo no enunciado nº 646 da Súmula de Jurisprudência do egrégio Supremo Tri-

bunal Federal, *in verbis*: “Ofende o princípio da livre concorrência lei municipal que impede a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em determinada área”.

Com amparo em nossa Corte Suprema, o Tribunal de Justiça deste Estado, em análise de casos concretos semelhantes ao que foi tratado no referido mandado de segurança, manteve decisão que concedeu a segurança ao impetrante, como destacaram as ementas transcritas no julgado:

“MANDADO DE SEGURANÇA. LEI MUNICIPAL QUE ESTABELECE DISTÂNCIA MÍNIMA DE 500 METROS DE RAIOS PARA FUNCIONAMENTO DE DROGARIAS, FARMÁCIAS E ESTABELECEMENTOS CONGÊNERES. PLEITO DE LIMINAR PARA AUTORIZAÇÃO DE FUNCIONAMENTO DE ESTABELECEMENTO COMERCIAL E DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE INCIDENTER TANTUM DA LEI MUNICIPAL Nº 28/01. CONCESSÃO DA SEGURANÇA. SÚMULA Nº 646 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO, NA FORMA DO ART.557, do CPC. 1. Ofende o princípio da livre concorrência a lei municipal que impede a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em determinada área, nos termos do entendimento sumulado pelo egrégio Supremo Tribunal Federal. 2. Manutenção do julgado”.

(2007.001.23646 - APELAÇÃO CIVEL - 1ª Ementa - DES. ELTON LEME - Julgamento: 30/07/2007 - DÉCIMA SÉTIMA CÂMARA CÍVEL)

“MANDADO DE SEGURANÇA - INDEFERIMENTO DA EXPEDIÇÃO DE ALVARÁ DE LOCALIZAÇÃO COM BASE NA LEI COMPLEMENTAR 28/2001 - INCONSTITUCIONALIDADE INCIDENTER TANTUM - INEXISTÊNCIA DE DISCUSSÃO DE LEI EM TESE (SÚMULA Nº 266, DO STF), MAS SIM DE ATO DE EFEITOS CONCRETOS. In-

deferimento do pedido de expedição de alvará para localização de drogaria, com fulcro na Lei Complementar nº 28/2001, do Município de Teresópolis. Inexistência de impugnação direta de lei em tese (Súmula nº 266, do STF), mas sim de ato de efeitos concretos. Reconhecimento incidentaliter tantum da inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 28/2001, que dispõe sobre a proibição de licença de localização para farmácias e drogarias no Município de Teresópolis, sem a observância da distância mínima de 500 metros de raio de distância dos estabelecimentos congêneres. Precedente do STF. Sentença que se confirma. Recurso conhecido e desprovido”.

(2007.001.02185 - APELAÇÃO CÍVEL - 1ª Ementa - DES. RICARDO COUTO - Julgamento: 24/05/2007 - TERCEIRA CÂMARA CÍVEL)

“Mandado de segurança. Decreto Municipal que estabelece distância mínima de 200 metros de raio para funcionamento de drogarias, farmácias e estabelecimentos congêneres. Inconformismo da Municipalidade com a sentença que concedeu a segurança para autorização de funcionamento de estabelecimento comercial e declaração de inconstitucionalidade incidentaliter tantum do referido Decreto Municipal. Manifesta ofensa ao princípio da livre concorrência. Decreto municipal que impede a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em determinada área. Direito da empresa impetrante assegurado a teor do verbete sumular da Suprema Corte (nº 646). Decisão pela Relatoria, em observância aos princípios da efetividade e celeridade processual, nos termos autorizativos do artigo 557, caput do CPC. NEGO SEGUIMENTO AO RECURSO, mantendo integralmente a douta sentença vergastada”.

(2008.001.05718 - APELAÇÃO CÍVEL - 1ª Ementa - DES. SIRLEY ABREU BIONDI - Julgamento: 13/03/2008 - DÉCIMA TERCEIRA CÂMARA CÍVEL)

Foi considerado, por fim, que a autonomia conferida aos municípios, sobretudo no que diz respeito ao ordenamento territorial e à ocupação do solo urbano previstos no artigo 30, inciso VIII, da Constituição Federal, deve coadunar-se com os princípios que a própria Carta Magna estabelece como basilares, de forma a se evitar antinomias.

Diante de tais fundamentos, e considerando que a lei municipal em questão afronta a Constituição Federal, foi declarada incidentalmente a sua inconstitucionalidade, sendo concedida a segurança.

Dessa forma, e diante da análise do caso concreto acima, conclui-se que no controle incidental das leis e atos normativos, a natureza do pleito diz respeito à resolução de um conflito de interesses e não especificamente à declaração de inconstitucionalidade da lei.

Pressupõe, assim, a faculdade do juiz, na aplicação da lei ao caso concreto, examinar seus fundamentos constitucionais; ou seja, o itinerário lógico que o juiz percorre é analisar se a lei que ampara a pretensão de uma das partes é constitucional ou inconstitucional. É uma questão prejudicial que o juiz terá de enfrentar no bojo da sua fundamentação.

Portanto, a sentença proferida possui efeitos endoprocessuais; ou seja, apenas dentro do processo em que a constitucionalidade ou inconstitucionalidade foi reconhecida.

Para concluir, deve ser dito que, em que pese a adoção pelo Brasil de um sistema híbrido de controle da constitucionalidade, há forte tendência à concentração, sendo que, cada vez mais, o controle abstrato invade espaço inicialmente destinado ao controle concreto. ◆