

3.1.2 O controle difuso e incidental da constitucionalidade como garantia constitucional fundamental (art. 5º, XXXV, da CF)

Gregório Assagra de Almeida

*Mestre em Direito Processual Civil e Doutorando em Direitos Difusos pela PUC-SP.
Promotor de Justiça Assessor Especial do Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*

O Brasil adotou o sistema jurisdicional misto de controle da constitucionalidade. De um lado, temos o controle abstrato e concentrado, que é exercido em processos de tutela de direito objetivo perante as Cortes Constitucionais pátrias (STF na sua condição de Corte Constitucional Nacional e Tribunais de Justiça dos Estados ou do Distrito Federal, que também atuam como Cortes Constitucionais Regionais). De outro, temos o controle difuso ou incidental, que é exercido nos processos de tutela de direitos subjetivos.

Qualquer juiz ou tribunal possui competência para exercer o controle difuso ou incidental da constitucionalidade ao apreciar, incidentalmente, de ofício ou mediante provocação da parte ou do interessado, questão relacionada com a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo.

Portanto, no direito brasileiro, qualquer juiz ou tribunal

pode recusar a aplicação de uma lei, diante de um caso concreto, por considerá-la inconstitucional.

Não é possível no controle difuso ou incidente da constitucionalidade que se formule pedido *principaliter* de declaração de inconstitucionalidade, o que é próprio do controle concentrado ou abstrato da constitucionalidade.

Se o que se pretende é o exercício do controle difuso ou incidente de constitucionalidade, o demandante poderá requerê-lo na inicial, em qualquer manifestação no curso do processo ou até mesmo pela via recursal.

Quando o controle versar sobre norma de conteúdo processual que diga respeito aos requisitos de admissibilidade processual (pressupostos processuais ou condições da ação), o demandante deverá provocar a discussão da matéria em sede de preliminar da sua inicial.

Todavia, se a norma por ele apontada como inconstitucional diz respeito à questão de mérito, ele deverá provocar a discussão na causa de pedir, mais precisamente dentro da fundamentação jurídica do pedido.

Já nas hipóteses em que se pretenda o controle difuso ou incidental sobre lei ou norma limitadora ou proibitiva, se liminar (cautelar ou de antecipações dos efeitos da tutela final pretendida), o demandante deverá suscitar o controle no tópico da inicial referente ao requerimento de concessão da liminar.

O demandado poderá suscitar o controle difuso ou incidental no corpo da contestação, por petição incidental nos autos ou pela via recursal.

O terceiro juridicamente prejudicado também poderá suscitar o controle difuso ou incidental por petição nos autos, pela via recursal ou até mesmo pela via do mandado de segurança.

O certo é que não há forma rígida ou prazo para se suscitar o controle difuso ou incidental da constitucionalidade no curso do processo, até porque esse controle é *matéria de ordem pública* e, por isso, não gera, pelo menos em tese, preclusão.

Por outro lado, a decisão que concluir pela inconstitucionalidade em sede de controle difuso atingirá exclusivamente as partes entre as quais for proferida. Os efeitos são, assim, *inter partes* e, em regra, *extunc*.

Basicamente são dois os dispositivos constitucionais que fundamentam o controle difuso ou incidental da constitucionalidade no sistema jurídico brasileiro: a) art. 5º, XXXV, da CF, que consagra o denominado *princípio da inafastabilidade das decisões judiciais*; b) o art. 97 da CF, que consagra e exige a observância pelos tribunais, para o controle difuso, da *cláusula constitucional de reserva de plenário*.

Assim, pelo que se observa, o controle difuso ou incidental da constitucionalidade é garantia constitucional fundamental. É o que se extrai do art. 5º, XXXV, da CF, quando diz que *a lei não poderá excluir da apreciação do poder judiciário, lesão ou ameaça a direito*.

Com efeito, tem aplicabilidade imediata (§ 1º, do art. 5º, da CF), não lhe é compatível interpretação restritiva e tem natureza de cláusula pétrea (art. 60, § 4º, IV, da CF). Não fosse isso, é *questão de ordem pública* e, a depender da situação, poderá ser também de *interesse social*, o que impõe, havendo demanda em curso, que o Judiciário se pronuncie inclusive *ex officio*: nenhum juiz está obrigado a observar uma lei ou ato normativo que entenda que seja

inconstitucional.

Entendemos que é possível que o juiz ou tribunal venham a exercer, excepcionalmente, o controle difuso e incidental até mesmo dos efeitos vinculantes de decisão do STF, proferida, por controle abstrato, em ação com pedido declaratório de constitucionalidade. É certo que esse controle é excepcional, mas poderá ser exercido concretamente, com base no art. 5º, XXXV, da CF, que é garantia constitucional fundamental, para evitar a ocorrência de dano grave, irreparável ou de difícil ou incerta reparação.

A essa conclusão se chega porque o controle difuso de constitucionalidade é garantia fundamental e o acesso à justiça, como acesso a uma ordem jurídica justa, é um dos mais relevantes direitos de um sistema democrático, até porque é por seu intermédio que geralmente são viabilizados os demais direitos constitucionais fundamentais.

Também entendemos que é possível o exercício do controle incidental ou difuso da constitucionalidade das *súmulas vinculantes*, as quais poderão ser editadas pelo STF por força da Emenda Constitucional 45/2004, que se refere à Reforma do Poder Judiciário. Essa Emenda Constitucional fez inserir, dentre outros dispositivos, o art. 103-A na CF, que permite ao Pretório Excelso a edição de súmulas em caráter vinculante. Todavia, poderá ocorrer que a súmula editada pelo STF, em caráter vinculante, possa, diante de uma determinada situação concreta, gerar lesão ou ameaça a direito e, assim, nada impede o seu afastamento, pelo juízo competente, com base no art. 5º, XXXV, da CF, que é, repita-se, garantia constitucional fundamental de aplicabilidade imediata, além de estar inserido dentro da categoria das cláusulas pétreas.

Por fim, convém destacar que o STF já firmou entendimento no sentido de que a denegação de medida cautelar, em sede de controle abstrato de constitucionalidade, não impede que se proceda ao julgamento concreto, pelo método difuso, de idêntico litígio constitucional. Aduziu o Pretório Excelso que a existência de decisão plenária proferida em sede de controle abstrato da constitucionalidade, de que tenha resultado o indeferimento do pedido de medida cautelar, não impede que se proceda, desde logo, por meio do controle difuso, ao julgamento de causas em que se deva resolver, *incidenter tantum*, litígio instaurado em torno de idêntica controvérsia constitucional (RTJ 183/1173-1174, Rel. Min. Celso de Mello; também, cf. RLC 2.530/BA, rel Min. Sepúlveda Pertence).