



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ  
FACULDADE DE DIREITO**

**A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE SEM PRONÚNCIA DE  
NULIDADE**

ANGÉLICA MOTA CABRAL

Fortaleza-CE  
Novembro, 2010

ANGÉLICA MOTA CABRAL

**A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE SEM PRONÚNCIA DE  
NULIDADE**

Trabalho de Conclusão de Curso submetido à Coordenação do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Constitucional e Direito Processual Constitucional.

Orientador: Prof. Dr. Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz.

Fortaleza-CE  
Novembro, 2010

ANGÉLICA MOTA CABRAL

**A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE SEM PRONÚNCIA DE  
NULIDADE**

Trabalho de Conclusão de Curso submetido à Coordenação do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Constitucional e Direito Processual Constitucional.

Orientador: Prof. Dr. Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz.

Aprovada em \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Márcio Augusto Vasconcelos Diniz  
Universidade Federal do Ceará - UFC

---

Prof. Fernando Luiz Ximenes Rocha  
Universidade Federal do Ceará - UFC

---

Dr. Diego Guedêlha Carlos  
Universidade Federal do Ceará - UFC

*Às duas mulheres da minha vida, minha avó Nicéia e minha mãe Cláudia.*

## AGRADECIMENTOS

Agradecer é uma oportunidade de revisitar um momento de graça. E é assim, envolta em tantos instantes em que fui alvo de graça, de amor e de pura generosidade, que vislumbro que a vida é, em si mesma, uma oração de agradecimento.

Iniciar agradecendo a Deus representa muito mais do que uma prática reiterada pelas seções de agradecimentos. Agradeço especialmente pelo Seu Amor, que, nesses anos, deixou de ser simplesmente uma questão de fé e se tornou plenamente real e testificado em meu coração.

Agradecer à minha amada avó desencadeia dentro de mim as maiores emoções que a vida me permitiu experimentar. Definitivamente, agradecê-la é agradecer, simultaneamente, a Deus. Sem dúvida, minha avó Nicéia é a maior expressão do amor divino pela minha vida. Jamais conseguiria expressar o quanto seus ensinamentos, sua força, seu caráter, sua imensa e incansável dedicação foram importantes para todas as minhas vitórias e para toda a minha vida.

Ao meu avô, Antônio Ferreira Lima, lembrança inapagável, por todo o amor, por toda dedicação e por ter sido o melhor e mais carinhoso pai. Esta conquista, inevitavelmente, está eivada da sua presença.

Agradeço à minha amada mãe, Cláudia, que a vida separou de mim, para depois lindamente unir, na certeza de que os sofrimentos de esperar por ela nem de longe se comparam à maravilha de tê-la todos os dias ao meu lado e contar com todo o seu amor, carinho, paciência e dedicação. Mãe, obrigada por seu exercício, reiterado todos os dias, de querer ser sempre a melhor mãe para mim. Agradeço, também, ao meu padrasto Luciano, presença sempre certa em todos os momentos, por todo o apoio e carinho. Você é um presente de Deus.

Agradeço à minha tia Gláucia e ao meu tio Pedro Paulo, por irem muito além do papel de tios e serem verdadeiros pais, sempre dispostos a apoiar minhas decisões e torcer incondicionalmente pelo meu sucesso. Vocês têm uma parcela fundamental nessa minha conquista, pois souberam compartilhar do meu sonho, abrir as portas da sua casa e me acolher como se acolhe uma verdadeira filha. Agradeço

igualmente aos meus primos Paulo Victor, Deborah e Fernando, por serem os irmãos que a vida me deu.

Agradeço ao meu tio Eduardo, pelos múltiplos papéis que assumiu em minha vida, e pela paciência com que os desempenha. Amo muito você. Agradeço ao meu tio Júnior, por dividir comigo a melhor fase de nossas vidas, quando, acalentados por nossa feliz infância, ainda compartilhávamos a presença incrível e amorosa do meu avô. À minha tia Cyntya e ao meu primo Lima Neto, agradeço pelo carinho sempre presente.

Agradecer à minha amiga Ellen Cristine é relembrar todos os momentos, descobertas e sonhos que realizamos juntas, é ter certeza que sua presença marcou definitivamente a minha vida. Se todas as pessoas acreditassem em mim como você acredita, o mundo seria meu. Obrigada por toda a poesia, por todo o carinho, por toda a beleza e, principalmente, por tudo o que me ensinou e ensina. Você é grande.

À minha amiga Nathália Karoline e à sua família, especialmente à Tia Rita, presentes que Deus, através da Ellen, trouxe à minha vida, e que eu faço questão de guardar para sempre. Obrigada pela paciência, pelo carinho e pela imensa generosidade. Vocês representam muito pra mim.

O período que passamos na Universidade coincidiu com momentos de formação do que somos e do queremos ser. Nesse sentido, desejo agradecer mais que especialmente a essas cinco pessoas que representam as maiores conquistas que auferi na Faculdade de Direito: Clarissa Palácio, Hivna Magalhães, Jordana Rolim, Luciana Lucas e Priscila Marques. Vocês são, além de melhores amigas, minhas fontes de inspiração. Marcaram com coisas belas o que sou, e inspiram de maneira determinante o que serei. Foi maravilhoso dividir tantos momentos e é uma felicidade saber que continuarei a dividir. Ao John Wayne Cruz, com quem compartilhei grande parte desse período e que sempre representou apoio incondicional – essa conquista não seria a mesma sem você. Obrigada por sonhar os meus sonhos.

Ao Professor Dr. Márcio Diniz, grande mestre, pela gentileza em aceitar orientar este simples trabalho, em que pese suas inúmeras ocupações. Ao Dr. Fernando Ximenes, exemplo no magistério e na magistratura e ao Dr. Diego Guedêlha, advogado brilhante e pessoa muito querida, por aceitarem compor a banca desta monografia.

À Dra. Juliana Sampaio e à Dra. Denise Lucena, Procuradoras da Fazenda Nacional, pelo exemplo na vida profissional e pela paciência com que me acolheram como estagiária. Ao Dr. Adonias Carvalho, Procurador do Estado do Ceará, por todo o incentivo. À Dra. Nívea Furtado, Procuradora do Município de Fortaleza, pelo carinho e amizade com que me recebeu na PGM.

Ao grande professor Raimundo Bezerra Falcão, exemplo profundo de sabedoria e integridade – assistir suas aulas foi, acima de tudo, uma lição de vida. Ao Professor Macêdo, douto Procurador da República, por todos os ensinamentos e incentivos. Ao Professor Flávio Gonçalves, a quem minimamente auxiliei como monitora, exemplo de dedicação ao magistério.

A todos os queridos amigos da Turma 2010.2, especialmente ao Celê, à Cynthia Couto, à Ana Luíza, ao Renan Bezerra, ao Bruno Fiúza, ao Flávio Brilhante, à Rita Arruda, à Adriana Maria, ao Gabriel Kubrusly, à Bruna Graziella – vocês foram fundamentais.

Ao amigo Rodrigo Faria, por me ensinar tanto, mesmo sem saber, e ao amigo Rafael Ferreira, por compartilhar tantos sonhos. Aos dois, pela cumplicidade e por todos os momentos cheios de música, de alegria, de mar e de poesia. Vocês também fazem parte dessa conquista.

Às minhas amigas de longa data, Ana Danielle, Julyana Monte e Tayce Bandeira, amizade perene e incondicional, obrigada por tudo.

*“A porta da verdade estava aberta,  
mas só deixava passar  
meia pessoa de cada vez.*

*Assim não era possível atingir toda a verdade,  
porque a meia pessoa que entrava  
só trazia o perfil de meia verdade.  
E sua segunda metade  
voltava igualmente com meio perfil.  
E os meios perfis não coincidiam.*

*Arrebentaram a porta. Derrubaram a porta.  
Chegaram ao lugar luminoso  
onde a verdade esplendia seus fogos.  
Era dividida em metades  
diferentes uma da outra.*

*Chegou-se a discutir qual a metade mais bela.  
Nenhuma das duas era totalmente bela.  
E carecia optar. Cada um optou conforme  
seu capricho, sua ilusão, sua miopia.”*

*Carlos Drummond de Andrade – “Verdade”*

## RESUMO

O presente trabalho trata da figura da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, demonstrado suas origens, os casos que exigem a sua utilização e indesejadas consequências de sua possível não aplicação. A partir de uma exposição sucinta do fenômeno da inconstitucionalidade e das vertentes teóricas que tentaram definir a natureza da norma jurídica inconstitucional, procede-se a uma análise do instituto, de suas características e de sua aplicação na sistemática do controle de constitucionalidade pátrio, demonstrando, nesse contexto, a importância da interpretação constitucional e da valorização do princípio da Supremacia da Constituição.

**PALAVRAS-CHAVE:** Controle de Constitucionalidade – modulação dos efeitos temporais – mitigação da teoria da nulidade.

## RÉSUMÉ

Ce travail vise à analyser la figure de la déclaration d'inconstitutionnalité de nullité, en démontrant son origine, les cas qui requièrent leur utilisation et leurs éventuelles conséquences involontaires de non-conformité. Extrait d'une déclaration concise du phénomène de l'inconstitutionnalité et des questions théoriques qui ont tenté de définir la nature de la règle de droit inconstitutionnelle, elle procède à une analyse de l'institut, ses caractéristiques et son application dans le système judiciaire au Brésil, en considérant dans ce contexte l'importance de l'interprétation de la Constitution et l'appréciation du principe de la suprématie de la Constitution.

**MOTS-CLÉS:** Contrôle judiciaire - la modulation des effets dans le temps - l'atténuation de la théorie de la nullité.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>12</b>
<b>1. O FENÔMENO DA INCONSTITUCIONALIDADE.....</b>	<b>14</b>
1.1 A dupla vertente teórica: teoria da nulidade e teoria da anulabilidade.....	16
1.2 A atenuação da teoria da nulidade: observância dos valores da boa fé, justiça e segurança jurídica.....	18
<b>2. DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE SEM PRONÚNCIA DE NULIDADE OU SEM EFEITOS “EX TUNC”.....</b>	<b>21</b>
2.1 Hipóteses já admitidas no ordenamento jurídico pátrio.....	23
2.1.1 A Interpretação conforme a Constituição.....	23
2.1.2 A declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto.....	28
2.1.3 A questão da norma em trânsito para a inconstitucionalidade.....	30
<b>3. A POSSIBILIDADE DE MODULAÇÃO DO EFEITOS TEMPORAIS.....</b>	<b>32</b>
3.1 A Modulação dos efeitos temporais nos casos de mudança de jurisprudência consolidada.....	35
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>37</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>39</b>

## INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, mormente após a redemocratização do país, o direito constitucional brasileiro passou por profundas e significativas mudanças, cujo ponto de partida consiste no efetivo reconhecimento da Supremacia da Constituição, agora não mais configurando uma hierarquia meramente formal, mas essencialmente material e axiológica, irradiando-se sobre todas as pessoas, públicas ou privadas, conquanto submetidas à ordem jurídica nela fundada.

Esse postulado fundamental do ordenamento jurídico pátrio impõe que os preceitos revestidos de menor grau de positividade jurídica guardem, necessariamente, relação de conformidade vertical com as regras inscritas na Constituição, sob pena de ineficácia e conseqüente inaplicabilidade. Nesse sentido, o controle de constitucionalidade é o instrumento garantidor da supremacia constitucional, consistindo na atividade de confrontação entre determinada conduta (saliente-se que a teoria da inconstitucionalidade foi desenvolvida destacando especialmente os atos emanados dos órgãos de poder, ou seja, públicos por natureza) e a Lei Maior.

Nesse contexto, a doutrina costuma apresentar duas teorias acerca da norma inconstitucional, quais sejam, a teoria da nulidade, oriunda da sistemática norte-americana, ganhando notoriedade mundial com o clássico *leading case* *Marbury vs. Madison*, e a teoria da anulabilidade, baseada nas idéias de Kelsen, responsável por introduzir o controle de constitucionalidade na Europa, através da Constituição da Áustria, em 1920.

A Constituição brasileira não contempla a possibilidade de limitação dos efeitos retroativos da decisão de inconstitucionalidade, ao contrário da Lei Maior portuguesa, que a admite expressamente. Desta feita, como regra geral, os tribunais pátrios permanecem fiéis à tese da nulidade da lei inconstitucional.

Ocorre que, embora seja este o entendimento prevalecente até hoje, com a chancela do Supremo Tribunal Federal, impende enfatizar que já não é absoluto. Precisamente neste ponto consiste o núcleo do presente trabalho, que busca demonstrar que nem toda decisão declaratória de inconstitucionalidade, no direito brasileiro,

necessariamente incorre em pronúncia de nulidade, pois há situações – cada vez mais frequentes - em que se faz necessário atenuar a clássica teoria adotada.

Pode-se afirmar que, no controle judicial de constitucionalidade, essa vertente que, de fato, configura exceção na sistemática do ordenamento jurídico pátrio - em que pese já serem constatáveis exemplos de considerável monta - tem origem no direito tedesco. Na Alemanha, a Lei Orgânica da Corte Constitucional prevê a figura da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, pela qual se reconhece a ilegitimidade constitucional, gerando para o legislador o dever de tomar medidas para superar o estado de inconstitucionalidade.

No Brasil, registre-se que o artigo 27 do diploma normativo que dispõe sobre o processo e o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o STF, Lei n.º 9.868, de 10 de novembro de 1999, permite, de forma expressa e pela primeira vez, a atenuação da teoria da nulidade do ato inconstitucional, admitindo, excepcionalmente, que a declaração de inconstitucionalidade não retroaja ao início de vigência da lei.

Atente-se que outras técnicas que não importam em nulidade da norma, já foram incorporadas ao direito nacional, tais como a Interpretação conforme a Constituição, a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto e hipótese de inconstitucionalidade superveniente resultante de alteração na jurisprudência ou da mudança substancial das circunstâncias fáticas sobre as quais incidia a norma, mesmo antes da promulgação do citado dispositivo normativo.

Portanto, ao longo da elaboração do presente trabalho, buscar-se-á, além da análise da doutrina e da apreciação crítica do apanhado jurisprudencial que já se constitui sobre a matéria, mostrar o papel central da Interpretação Constitucional como mecanismo maior de defesa do Estado e, ainda, apresentando os aspectos que envolvem a técnica da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, enfatizar sua importância crescente, mormente na concretização dos direitos fundamentais.

## 1. O FENÔMENO DA INCONSTITUCIONALIDADE

Na medida em que busca delinear os principais conceitos que serão utilizados ao longo do presente trabalho, este capítulo assume, nitidamente, um caráter introdutório, ao proceder à apreciação das noções primordiais para o debate em enfoque: a constitucionalidade e a inconstitucionalidade sem que, por óbvio, se aprofunde em problemáticas alheias ao tema ora tratado.

A supremacia constitucional é o pressuposto fundamental para o Controle de Constitucionalidade e para o próprio Estado Constitucional. Consiste, basicamente, em conferir à Constituição a posição hierárquica mais elevada dentro do sistema. Por força dessa supremacia, nenhum ato jurídico poderá subsistir validamente se for desconforme aos preceitos constitucionais.

Desta feita, quando a supremacia constitucional é respeitada, surge a noção de constitucionalidade. A *contrario sensu*, se os atos, públicos ou privados, contrariam o caráter supremo da norma constitucional, tem-se o fenômeno da inconstitucionalidade. Nos dizeres de Jorge Miranda, as idéias de constitucionalidade e inconstitucionalidade designam *conceitos de relação*, baseados no elo firmado entre as condutas públicas ou privadas e a Carta Maior.<sup>1</sup>

É cediço que tanto a constitucionalidade como a inconstitucionalidade pressupõem a existência de uma constituição rígida, que se constitua em fundamento de validade de todas as demais prescrições do ordenamento jurídico, dotada, portanto, de supremacia formal.

Nesse sentido, avulta a noção de Controle de Constitucionalidade, que é um dos principais, senão o principal, mecanismos de verificação de compatibilidade entre uma lei ou qualquer ato normativo e a Constituição, funcionando como verdadeiro instrumento de harmonização do sistema, expurgando do ordenamento jurídico o ato

---

<sup>1</sup> “Não se trata de relação de mero carácter lógico ou intelectual. É essencialmente uma relação de carácter normativo e valorativo, embora implique sempre um momento de conhecimento. Não estão em causa simplesmente a adequação de uma realidade a outra realidade, de um *quid* a outro *quid* ou a desarmonia entre este e aquele acto, mas o cumprimento ou não de certa norma jurídica.” (MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional, 2000.)

considerado incompatível com a Lei Maior. Sua relevância é de tal monta que, em todo ato de concretização do direito infraconstitucional, presume, explicitamente ou não, uma operação mental de controle de constitucionalidade.

Em precedente que exprime, em síntese, o ora exposto, o Supremo Tribunal Federal assim tem se manifestado:

“O repúdio ao ato inconstitucional decorre, em essência, do princípio que, fundado na necessidade de preservar a unidade da ordem jurídica nacional, consagra a Supremacia da Constituição. Esse postulado fundamental de nosso ordenamento normativo impõe que preceitos revestidos de menor grau de positividade jurídica guardem, necessariamente, relação de conformidade vertical com as regras inscritas na Carta Política, sob pena de ineficácia e conseqüente inaplicabilidade. Atos inconstitucionais são, por isso mesmo, nulos e destituídos, em conseqüência, de qualquer carga de eficácia jurídica.”<sup>2</sup>

É importante assinalar que existem diferentes tipos de inconstitucionalidade, permitindo a formação do que a doutrina costuma denominar de *juízos de inconstitucionalidade*. Estes consistem em avaliações das prováveis condutas que podem contrariar, ou não, a Lei Maior e são realizados pelos órgãos que têm a incumbência de resguardar a Constituição. Desta feita, no Brasil, cumpre ao Poder Judiciário exercer, de modo preponderante, o mencionado juízo de inconstitucionalidade.

Em linhas gerais - pois o aprofundamento desses conceitos refoge ao intuito do presente trabalho, apresentando importância de índole esclarecedora – cite-se a inconstitucionalidade formal (que, por sua vez, pode ser classificada em três tipos: inconstitucionalidade formal propriamente dita; inconstitucionalidade formal orgânica e inconstitucionalidade formal temporal), a inconstitucionalidade material, a por ação, a por omissão, a total, a parcial, a direta, a indireta, a originária, a superveniente, a progressiva, etc.

Ressalte-se que é necessário não confundir os diferentes tipos de inconstitucionalidade com as diferentes formas de Controle de Constitucionalidade,

---

<sup>2</sup> (STF, Pleno, ADIn 652-5-QO/MA, Rel. Min. Celso de Mello, v.u.,j. em 2-4-1992, DJ de 2-4-1993, *Ementário de Jurisprudência* n. 1698-03).

visto que este é o mecanismo que retira aquela do ordenamento jurídico, restabelecendo a harmonia rompida.

Firmadas tais premissas, parte-se para a análise das duas teorias que se formaram acerca da natureza da norma inconstitucional, quais sejam, a teoria que reputa por nula de pleno direito toda e qualquer norma em desconformidade com a Constituição, de forma que nem sequer é considerada apta a produzir efeitos jurídicos – a **teoria da nulidade**, que é a que predomina no ordenamento pátrio – e a teoria que afirma que a norma em conflito com a Constituição é apenas anulável, produzindo a decisão que a reconhecesse apenas efeito *ex nunc*, ou seja, sem retroagir ao momento de nascimento da lei, o que significa manter incólumes todas as relações jurídicas constituídas sob a égide de tal lei ou ato normativo – a **teoria da anulabilidade**.

### 1.1 A dupla vertente teórica: teoria da nulidade e teoria da anulabilidade

A teoria da nulidade da norma inconstitucional foi amplamente acolhida no Direito Brasileiro, desde os primórdios da República. Tal tese propugna, em síntese, que ato inconstitucional é ato nulo de pleno direito. Sendo a Constituição a lei suprema, admitir a aplicação de uma lei ou de outro ato normativo com ela incompatível resulta em flagrante violação de sua supremacia, consistindo em verdadeira negativa de vigência. Desta feita, a inconstitucionalidade é tida como uma forma de nulidade, impassível de convalidação, limitando-se a decisão que atesta a inconstitucionalidade a reconhecer uma situação preexistente, apresentando, assim, cunho meramente declaratório e não constitutivo. É dotada, ainda, de eficácia retroativa, restando inválidos todos os atos praticados com base na lei impugnada.

Conforme é cediço, tal teoria nasce do clássico *leading case* *Marbury vs. Madison*, onde, pela primeira vez, a Suprema Corte norte-americana afirmou o seu poder de exercer o controle de constitucionalidade, negando a aplicação a leis que, a seu critério e interpretação, fossem consideradas inconstitucionais. Inaugurou, portanto, o controle de constitucionalidade no constitucionalismo moderno, firmando três postulados fundamentais e intrinsecamente relacionados: o princípio da Supremacia da Constituição, a idéia de que todos os Poderes estatais devem a ela ser subordinados e a

competência do Judiciário como intérprete final da Lei Maior, podendo invalidar os atos com esta incompatíveis.

A tese da anulabilidade é baseada nas idéias de Kelsen, o responsável por introduzir o controle de constitucionalidade na Europa, através da Constituição da Áustria, em 1920.

Em síntese, a teoria da anulabilidade propugna que a inconstitucionalidade de uma lei não significaria sua nulidade, mas tão-somente a anulabilidade do ato. Ora, para Kelsen, idealizador do controle concentrado em um Tribunal Constitucional, o controle de constitucionalidade das leis não implicaria uma atividade necessariamente judicial, mas, sim, uma função constitucional, caracterizada como uma atividade legislativa negativa. Considerava, outrossim, que a lei tida por inconstitucional era válida até que viesse a ser pronunciada sua inconstitucionalidade. Em decorrência de tal entendimento, a decisão que reconhecesse a inconstitucionalidade teria natureza *constitutiva negativa*.

De uma maneira geral, os ordenamentos positivos e a doutrina não aderiram à tese da anulabilidade da lei inconstitucional, prevalecendo apenas na Áustria. Conforme aduz Gilmar F. Mendes<sup>3</sup>, o princípio do Estado de Direito (art. 1º), a vinculação dos poderes estatais aos direitos fundamentais (art. 5º, § 1º), a proteção dos direitos fundamentais contra eventual mudança da Constituição (art. 60, § 4º), bem como o processo especial para a revisão constitucional (art. 60), não só ressaltam a diferença entre *lei* e *Constituição* e estabelecem a supremacia desta sobre aquela, como também fixam as condições que devem ser observadas na promulgação das leis ordinárias.

Dessa forma, também no Direito brasileiro, o postulado da nulidade das leis inconstitucionais conta com hierarquia de norma constitucional.

No entanto, apesar de a teoria da nulidade sagrar-se “vencedora”, é certo que não é capaz de abarcar satisfatoriamente todas as hipóteses de inconstitucionalidade, sendo que, em muitos casos, a nulidade de uma lei pode gerar

---

<sup>3</sup> “A declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade e a declaração de inconstitucionalidade de caráter restritivo ou limitativo no Direito brasileiro” REDE – Revista Eletrônica de Direito do Estado. Número 13 – janeiro, fevereiro, março de 2008 – Salvador, Bahia. ISSN 1981-187X.

uma situação de desconformidade com a Constituição muito mais grave do que se esta lei continuasse vigente. E é precisamente neste ponto, o cerne do presente trabalho: as exceções à teoria da nulidade, ou melhor, a necessidade de atenuação do princípio da nulidade ante determinadas situações concretas.

## **1.2 A atenuação da teoria da nulidade: observância dos valores da boa fé, justiça e segurança jurídica**

Conforme demonstrado, prevalece na doutrina e na jurisprudência pátrias o entendimento de que a lei eivada de inconstitucionalidade é nula de pleno direito e que, desta feita, a decisão que reconhece o vício é dotada de eficácia retroativa, quedando inválidos todos os atos praticados com fundamento na lei impugnada.

Ocorre que há algumas hipóteses excepcionais ante as quais a declaração de nulidade da norma inconstitucional não oferece uma solução eficaz, existindo, até mesmo, casos em que fulminar a lei tida por inconstitucional faz com que seja criada uma situação ainda em maior desconformidade com a *Lex Legum*. Nos dizeres de Gilmar Mendes<sup>4</sup>:

“A técnica da declaração de nulidade, concebida para eliminar a inconstitucionalidade causada pela intervenção indevida no âmbito de proteção dos direitos individuais, mostra-se insuficiente como meio de superação da inconstitucionalidade decorrente da omissão legislativa.”

“O dogma da nulidade não constitui postulado lógico-jurídico de índole obrigatória, comportando soluções intermediárias, nos termos consagrados pelo ordenamento jurídico”

De fato, as fórmulas jurídicas são concebidas para incidir genericamente sobre uma realidade multifacetada e essencialmente complexa e acabam, muitas vezes, por exigir temperamentos, sob o risco de consumarem injustiças.

---

<sup>4</sup> Ob. Cit. página 16.

Conforme aduz Konrad Hesse<sup>5</sup>, a Constituição é composta de normas onde constam exigências à conduta humana de forma que tais normas resultam em letra morta, nada produzindo, caso seu conteúdo não reflita, de fato, nessa conduta humana, donde conclui que Constituição e Realidade não podem ser isoladas uma da outra.

Obviamente, tais “temperamentos” envolvem um juízo bastante rigoroso por parte do aplicador da lei, mormente no caso em epígrafe, uma vez que envolve princípios de índole constitucional, exigindo um exercício de ponderação que garanta a Supremacia Constitucional.

È importante destacar que já se constata uma considerável jurisprudência nesse sentido. Luiz Roberto Barroso<sup>6</sup> cita alguns exemplos, colhidos em decisões do próprio Supremo Tribunal Federal ou em manifestações bem fundadas da doutrina:

I – O Pretório Excelso deixou de invalidar atos praticados por funcionário investido em cargo público com base em lei que veio a ser declarada inconstitucional, em nome da boa-fé de terceiros e da teoria da aparência.

II – O Supremo Tribunal pronunciou-se acerca da remuneração indevida percebida por servidores públicos, em nome da irredutibilidade de vencimentos, no sentido de que a “retribuição declarada inconstitucional não é de ser devolvida no período de validade inquestionada da lei declarada inconstitucional – mas tampouco paga após a declaração de inconstitucionalidade”.

III – Em nome da proteção à coisa julgada, há consenso doutrinário em que a declaração de inconstitucionalidade, com eficácia erga omnes, não desconstitui automaticamente a decisão baseada na lei que veio a ser invalidada e que transitou em julgado, sendo cabível ação rescisória, se ainda não decorrido prazo legal.

IV – Em nome da vedação do enriquecimento sem causa, se a Administração tiver se beneficiado de uma relação jurídica com o particular, mesma que ela venha a ser tida por inválida, se não houver ocorrido má-fé do administrado, faz ele jus à indenização correspondente.

---

<sup>5</sup> HESSE, Konrad. Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, Editor, 1998.

<sup>6</sup> BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro. 4ª edição. São Paulo, Ed. Saraiva, 2009.

O autor cita ainda algumas situações previstas no direito alemão, que igualmente envolveriam juízo de inconstitucionalidade sem nulidade ou sem efeitos *ex tunc*, como a declaração de inconstitucionalidade da norma com a Constituição sem a pronúncia de nulidade, a declaração de norma ainda constitucional mas em trânsito para a inconstitucionalidade e o apelo ao legislador.

Por seu turno, Gilmar Mendes<sup>7</sup>, suscitando o caso das omissões legislativas, aduz que a pronúncia de nulidade não é apta para solucionar os problemas decorrentes da omissão parcial, mormente da chamada exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade, sendo que, nessa hipótese, acabaria por suprimir o benefício concedido, em princípio lícitamente, a certos setores, sem permitir a extensão da vantagem aos segmentos discriminados.

Ora, é certo que a aplicação continuada da lei declarada inconstitucional somente poderia justificar-se com fundamento em uma alternativa normativa de hierarquia constitucional, disposição inexistente no Direito brasileiro.

No que tange às omissões parciais, de maneira alguma se poderia fundamentar uma aplicação indiscriminada da lei apenas no fato de que o Tribunal limita-se a declarar a inconstitucionalidade de um dado ato normativo. Como se depreende da firme jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht*,<sup>8</sup> a simples constatação da inconstitucionalidade, em sede de omissão legislativa, resulta das formas de superação da situação inconstitucional. Em suma: a ausência de declaração de nulidade, em sede de controle da omissão, não autoriza a continuada aplicação da norma reputada defeituosa.

É importante salientar que a relativização da tese da nulidade da norma inconstitucional é levada a efeito tendo como cerne, de uma maneira geral, os valores da segurança jurídica, da boa fé, da justiça e em hipóteses que configurem excepcional interesse público, em que pese tais postulados serem considerados conceitos jurídicos indeterminados.

---

<sup>7</sup> Ob. Cit. página 16.

<sup>8</sup> Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão, Konrad Adenauer Stiftung, 2005.

## 2. DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE SEM PRONÚNCIA DE NULIDADE OU SEM EFEITOS “EX TUNC”

A declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade envolve, essencialmente, ponderação entre os valores *sub judice*, no sentido de proceder a uma decisão que seja o menos gravosa possível à realidade concreta fundada no diploma normativo que venha a ser declarado inconstitucional. Em toda aplicação desse instituto está implícito um “sopesamento” entre os princípios da segurança jurídica e da nulidade.

O Ministro Gilmar Mendes, na ação direta de inconstitucionalidade 3.689-1/PA, citando Tribe<sup>9</sup>, relembra que, mesmo nos Estados Unidos, berço da teoria da nulidade, passou-se a admitir a necessidade de se estabelecerem limites à declaração de inconstitucionalidade. A Suprema Corte considerou o problema relativo à eficácia retroativa de juízos de inconstitucionalidade em sede de decisões em processos criminais.

Ora, se as leis ou atos reputados por inconstitucionais nunca existiram, sendo nulos de pleno direito, eventuais condenações nelas fundamentadas ficam ilegítimas e, portanto, a declaração de inconstitucionalidade implicaria a possibilidade de impugnação imediata de todas as condenações efetuadas sob a vigência da norma inconstitucional! Levar a teoria da nulidade a esse extremo é supervalorizar a teoria em detrimento da realidade. Quão absurdo se afiguraria se, por um vício de inconstitucionalidade formal, por exemplo, uma lei penal viesse a ser, depois de longo tempo, declarada inconstitucional e tal decisão retroagisse seus efeitos até o início da vigência da norma, desconstituindo, assim, todos os efeitos que aquela lei irradiou.

Segundo o voto aludido Ministro:

“Segundo a doutrina, a jurisprudência americana evoluiu para admitir, ao lado da decisão de inconstitucionalidade com efeitos retroativos amplos ou limitados (*limited retrospectivity*), a superação prospectiva (*prospective overruling*), que tanto pode ser limitada (*limited prospectivity*), aplicável aos processos iniciados após a decisão, inclusive ao processo originário, como

---

<sup>9</sup> TRIBE, Laurence. *The American Constitutional Law*. New York: The Foundation Press, 1988.

ilimitada (*pure prospectivity*), que sequer se aplica ao processo que lhe deu origem.

Desta feita, constata-se que, mesmo o sistema difuso e incidental mais tradicional do mundo, passou a admitir a mitigação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade e, em certos casos, acolheu até mesmo a pura declaração de inconstitucionalidade com efeito exclusivamente *pro futuro*.

A utilização desta “mitigação de efeitos” decorre de uma necessidade de índole prática que é comum a todas as jurisdições de perfil constitucional, sendo certo que as sentenças anulatórias de uma lei podem, de fato, gerar situações aberrantes. Em vez de configurar uma mera faculdade dos Tribunais Constitucionais, declarar a inconstitucionalidade de uma lei sem cominar-lhe nulidade trata-se, em verdade, de uma obrigação, no sentido de que é indispensável ponderar valores constitucionais em conflito e avaliar as conseqüências das decisões.

È necessário que a Corte Constitucional proceda à verificação se a decisão não irá resultar em uma situação manifestamente injusta ou que malfira o bem público, ou ainda que lese direitos fundamentais. Pode-se afirmar, pois, que resta superada a antiga fórmula constitucionalidade/nulidade anteriormente dominante.

Pela impecável clareza e poder de síntese, mister atentar para as palavras do ilustre constitucionalista Jorge Miranda<sup>10</sup>:

“A fixação dos efeitos da inconstitucionalidade destina-se a adequá-los às situações da vida, a ponderar o seu alcance e a mitigar uma excessiva rigidez que pudesse comportar; destina-se a evitar que, para fugir a conseqüências demasiado gravosas da declaração, o Tribunal Constitucional viesse a não decidir pela ocorrência de inconstitucionalidade; é uma válvula de segurança da própria finalidade e da efetividade do sistema de fiscalização.”

É certo que, nesse contexto de ponderação de interesses constitucionais e onde se lida, muitas vezes, com os chamados “conceitos jurídicos indeterminados”, avulta o princípio da proporcionalidade, a *Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, também chamada de “mandamento da proibição de excesso” (*Übermaßverbot*). Tal postulado é entendido como um mandamento de otimização do respeito máximo a todo direito

---

<sup>10</sup> MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Coimbra, Coimbra Ed. 1996. t.2.

fundamental, em situação de conflito com outro(s), na medida do jurídico e do faticamente possível, de modo que é nítida e profundamente correlacionado às hipóteses de declaração de inconstitucionalidade que fogem à regra geral da pronúncia de nulidade justamente por atenderem a imperativos que só são perfeitamente aferíveis diante de cada caso concreto.

## **2.1 Hipóteses mais freqüentes na sistemática pátria**

A necessidade de ponderação entre o princípio da nulidade da lei inconstitucional e o princípio da segurança jurídica constitui o motivo central para o efetivo desenvolvimento de técnicas alternativas de decisão em sede de controle de constitucionalidade.

No âmbito do direito comparado, os tribunais não estão mais afetos às soluções essencialmente ortodoxas da declaração de nulidade total, sendo que o recurso a técnicas de controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos em geral tem sido cada vez mais freqüente.

No Brasil, verifica-se uma aplicação consolidada e cada vez mais freqüentes das técnicas a seguir expostas.

### **2.1.1 A interpretação conforme a Constituição**

A interpretação conforme a Constituição apresenta múltiplos aspectos. Dessa forma, pode ser considerada um princípio hermenêutico, uma técnica de decisão, um princípio de conservação de normas ou um princípio de controle da constitucionalidade, cuja aplicação resulta na declaração ou não da inconstitucionalidade do ato analisado. Este último aspecto é o que será aqui ressaltado.

J.J. Canotilho<sup>11</sup> expressa esse aspecto do princípio da interpretação conforme aludindo ao instituto como princípio de controle, pelo qual se busca assegurar a constitucionalidade da interpretação da lei. Propugna que o papel principal da interpretação conforme a Constituição é o de princípio de prevalência normativo-vertical ou de integração hierárquico-normativa, não devendo ser entendido apenas como simples método de limitação do controle jurisdicional de constitucionalidade.

Importante atentar para o que firma o próprio Supremo Tribunal Federal<sup>12</sup>:

“A interpretação conforme a Constituição é uma técnica de eliminação de uma interpretação desconforme. O saque desse modo especial da interpretação conforme não é feito para conformar um dispositivo subconstitucional aos termos da Constituição Positiva. Absolutamente! Ele é feito para descartar aquela particularizada interpretação que, incidindo sobre um dado texto normativo de menor hierarquia impositiva, torna esse texto desconforme à Constituição. Logo, trata-se de uma técnica de controle de constitucionalidade que só pode começar ali onde a interpretação do texto normativo inferior termina. Primeiro, a interpretação do texto segundo os seus próprios elementos de compreensibilidade e por imersão no diploma com que nasceu para o Direito Positivo. Pronto! Depois é que se faz, não a reinterpretação desse texto para afeiçoá-lo à normatividade constitucional, mas tão-somente uma comparação entre o que já foi interpretado como um dos sentidos dele (texto normativo) e qualquer dos dispositivos da Constituição. Onde o nome interpretação conforme a Constituição significar, em rigor, um imediato cotejo entre duas pré-compreensões ou dois antecipados entendimentos jurídicos: o entendimento que já se tem de qualquer dos dispositivos constitucionais *versus* aquele específico entendimento a que também previamente se chegou de um dispositivo inconstitucional.”

Ressalte-se que, sob uma perspectiva negativa, revela caráter invalidatório, pois quando o Judiciário condiciona a validade de uma lei à determinada interpretação ou simplesmente declara que algumas aplicações são incompatíveis com a Lei Maior, está, de fato, declarando a inconstitucionalidade de outras possibilidades de interpretação.

---

<sup>11</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 2001.

<sup>12</sup> STF, ADPF 54-QO, voto-vista do Min. Carlos Britto, em 27/04/2005.

Ora, a “técnica da interpretação conforme” consiste em se adotar, diante de uma norma que abarque múltiplas interpretações, aquela interpretação que se afigurar mais compatível com a Constituição, atendendo à unidade do ordenamento jurídico e à presunção de constitucionalidade das normas, excluindo-se, desta feita, todas as demais interpretações.

Esta nova técnica de decisão surgiu, no âmbito do controle de constitucionalidade brasileiro, em meados da década de 80 (sendo que, no controle abstrato, somente a partir da década de 90), a partir de concepções doutrinárias e jurisprudenciais do Direito Comparado, mormente dos Estados Unidos, da Alemanha e da Itália.

A doutrina, com alguma variação, costuma apontar três postulados fundamentais que “justificam” a Interpretação conforme a Constituição, quais sejam, a preservação do trabalho legislativo, a presunção de constitucionalidade das normas e preservação da unidade do ordenamento jurídico.

Ora, é facilmente vislumbrável que esta técnica permite, em nome de valores maiores, uma efetiva relativização do dogma da nulidade, uma vez que a interpretação conforme é utilizada, segundo o Supremo Tribunal Federal, sempre a inconstitucionalidade total ou a declaração de constitucionalidade gerem efeitos prejudiciais ou em casos em que a urgência de uma norma jurídica para reger o caso torne inócua uma declaração de inconstitucionalidade.

O insigne Paulo Bonavides<sup>13</sup>, ao discorrer acerca do conceito de interpretação conforme a Constituição elaborado por Helmut Simon, juiz da Corte Constitucional de Karlsruhe, na Alemanha, assim afirmou:

“Inconstitucional, segundo ele, seria unicamente a norma que, examinada por todos os ângulos e meios hermenêuticos possíveis, conservasse ainda o vício ou eiva de inconstitucionalidade.”

Várias são as conseqüências prejudiciais que podem advir de uma declaração de inconstitucionalidade e, por conseqüência, da aplicação da tese da nulidade. Uma primeira conseqüência indesejada que pode ser facilmente enumerada

---

<sup>13</sup> BONAVIDES, Paulo. Teoria Constitucional da Democracia Participativa, São Paulo: Malheiros, 2003.

advém de uma questão lógica. Ora, se a inconstitucionalidade expurga uma norma do ordenamento jurídico, como garantir que a norma que passará a vigorar seja plausível, sem que se configure um verdadeiro retorno a uma situação normativa indesejada? Ou, ainda mais, que exista, de fato, uma norma que passe a vigorar, criando-se um vácuo legislativo? Assim, repita-se: a declaração de inconstitucionalidade pode resultar, em alguns casos, em um agravamento da situação inconstitucional.

Desta feita, avulta a interpretação conforme a Constituição como alternativa eficaz para manter não somente a Supremacia da Constituição, como também para garantir-lhe a máxima eficácia.

Uma utilização desta técnica que não se pode deixar de ressaltar é a que busca o sentido profundo das normas constitucionais, refletindo mais demoradamente sobre o real alcance delas, eliminando, dessa forma, interpretações meramente perfunctórias e discernindo a “zona limítrofe de inconstitucionalidade”. Isso por que, muitas vezes, a força conformadora da Constituição é o suficiente para eliminar situações aparentemente inconstitucionais.

Para citar um caso prático, na apreciação da problemática acerca da interrupção da gravidez de fetos anencefálicos, o Pretório Excelso interpretou conforme a Constituição os artigos 124, 126, caput e 128, I e II, do Código Penal, explicitando que não se aplicam aos casos de aborto de fetos anencéfalos. A maioria dos ministros entendeu que esses preceitos estavam gerando decisões díspares por ensejarem uma pluralidade de entendimentos quanto ao alcance de seus conteúdos.<sup>14</sup>

Uadi Lammêgo Bulos<sup>15</sup> ensina que a interpretação conforme manifesta-se com ou sem redução de texto. O primeiro caso ocorre quando certa terminologia ambígua é declarada inconstitucional por violar a Lei Maior, impugnando-se, pois sua redação viciosa. O segundo caso é uma modalidade de decisão da Corte alemã, que é plenamente aceita e utilizada pelo Supremo Tribunal Federal. Nesse caso, poderá conceder ou excluir da norma impugnada determinado sentido que a torne compatível com a Constituição.

---

<sup>14</sup> STF, ADPF 54-QO/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, decisão de 27/04/2005.

<sup>15</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional, 2ª Edição, São Paulo: Saraiva, 2008.

Segundo a Lei 9868/99, a interpretação conforme a Constituição tem eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário, na Administração pública federal, estadual e municipal. Porém, antes mesmo do advento de tal diploma normativo, o Superior Tribunal de Justiça já admitia a eficácia erga omnes e o efeito vinculante de decisão da Corte Excelsa, proferida em sede de Interpretação conforme.<sup>16</sup>

Conforme consta no art. 28, parágrafo único, da Lei 9868/99, *in verbis*:

Art. 28 (...)

Parágrafo único: A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

No mesmo sentido, a firme jurisprudência do Supremo:

EMENTA: RECLAMAÇÃO - ALEGAÇÃO DE DESRESPEITO A ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL RESULTANTE DE JULGAMENTO PROFERIDO EM SEDE DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO – (...) - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO ART. 28 DA LEI Nº 9.868/99. - As decisões consubstanciadoras de declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive aquelas que importem em interpretação conforme à Constituição e em declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, quando proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de fiscalização normativa abstrata, revestem-se de eficácia contra todos ("erga omnes") e possuem efeito vinculante em relação a todos os magistrados e Tribunais, bem assim em face da Administração Pública federal, estadual, distrital e municipal, impondo-se, em consequência, à necessária observância por tais órgãos estatais, que deverão adequar-se, por isso mesmo, em seus pronunciamentos, ao que a Suprema Corte, em manifestação subordinante, houver decidido, seja no âmbito da ação direta de inconstitucionalidade, seja no da ação declaratória de constitucionalidade, a propósito da validade ou da invalidade jurídico-constitucional de determinada lei ou ato normativo.<sup>17</sup>

---

<sup>16</sup> STJ, 4ª T., REsp 39.705/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, decisão de 24/03/1997

<sup>17</sup> Rcl 2143 AgR / SP – Rel. Min. Celso de Mello Julgamento: 12/03/2003 Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

Acerca da repercussão do dispositivo normativo supracitado na jurisprudência, é importante observar que, após a edição da Lei 9868/99, a utilização da técnica aumentou significativamente no âmbito do Pretório Excelso.

Em apertada síntese, pode-se afirmar que a técnica da interpretação conforme a Constituição é utilizada geralmente nos casos em que se deseja evitar o vácuo legislativo, afastar ou mesmo preencher lacunas, evitar o retorno à ordem normativa indesejada, bem como para preservar o trabalho do legislador, conferir eficácia a normas, regular a urgência em determinada hipótese, sempre excepcionando o dogma da nulidade. O Supremo admite até mesmo a sua formulação em inicial de ação direta de inconstitucionalidade:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO - POSSIBILIDADE JURÍDICA. É possível, juridicamente, formular-se, em inicial de ação direta de inconstitucionalidade, pedido de interpretação conforme, ante enfoque diverso que se mostre conflitante com a Carta Federal. Envolvimento, no caso, de reconhecimento de inconstitucionalidade.<sup>18</sup>

### **2.1.2 A declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto**

Não raro, a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto é confundida com a interpretação conforme a Constituição. Porém, trata-se de flagrante equívoco, uma vez que são institutos diversos, com características próprias, conforme ratificado pelo próprio Supremo Tribunal, que afirma a independência recíproca dos dois institutos.

Importante ressaltar que, no âmbito da jurisprudência do STF, observa-se uma significativa mudança de rumos no que tange à matéria.

A priori, a Corte firmou o entendimento de que a interpretação conforme não seria um mero princípio interpretativo, mas uma modalidade de decisão do controle de normas, tal como já foi destacado, equiparando-se a uma declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto.

---

<sup>18</sup> ADI 3324 / DF –Julgamento em 16/12/2004, Rel. Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno.

Num segundo momento, no entanto, o STF procedeu à desequiparação dos institutos, decidindo que, em casos de declaração sem redução de texto, as demais hipóteses de aplicação do ato normativo devem ser declaradas inconstitucionais, e, desta feita, nulos.

Gilmar Mendes aduz que a simples equiparação dos dois institutos encerra dificuldades:

“admiti-los como sendo a mesma coisa, embora seja algo parcialmente correto no plano das Cortes Constitucionais e do Supremo Tribunal Federal, é de todo inadequado na esfera da jurisdição ordinária, cujas decisões não são dotadas de força vinculante geral. Ainda que não se possa negar a semelhança dessas categorias e a proximidade do resultado prático de sua utilização, é certo que, enquanto na interpretação conforme a Constituição, se tem, dogmaticamente, a declaração de uma lei é constitucional com a interpretação que lhe é conferida pelo órgão judicial, constata-se, na declaração de nulidade sem redução de texto, a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinadas hipóteses de aplicação (*Anwendungsfälle*) do programa normativo sem que se produza alteração expressa do texto legal”

A técnica ora tratada, oriunda do Direito alemão, sem empreender alterações gramaticais nos diplomas legais, permite que o Pretório Excelso aplique a lei num determinado sentido, preservando sua constitucionalidade e, simultaneamente, reputando por inconstitucional todas as demais aplicações da lei, cominando nulidade.

Nesse ponto, diferencia-se sensivelmente da interpretação conforme a Constituição, haja vista que nesta não há cominação de nulidade do ato normativo, apenas firma-se uma determinada interpretação, sendo todas as demais inaplicáveis, mas, em momento algum, há sanção de nulidade. Ora, a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto configura uma técnica decisória que possibilita excluir determinadas hipóteses de aplicação de um enunciado normativo.

Podéria surgir o questionamento no sentido de que, se a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto comina nulidade – conforme foi afirmado – por que se estaria tratando dele como exceção à teoria da nulidade?

Ora, ainda que seja cominada a nulidade, essa só surtirá efeitos a partir da decisão, mantendo incólumes as situações constituídas, tal como, via de regra, ocorre na sistemática alemã.

### **2.1.3 O caso da norma em trânsito para a inconstitucionalidade**

Normas em trânsito para a inconstitucionalidade (inconstitucionalidade progressiva ou lei ainda constitucional), como a própria semântica está a indicar, não são, em um primeiro momento, inconstitucionais. Ocorre, no entanto, que a omissão do legislador em regular um determinado dispositivo constitucional acaba por ensejar o vício da inconstitucionalidade progressiva.

Isto acontece quando o legislador deixa de editar norma prioritária que possibilite o fiel cumprimento de preceito constitucional, tornando inviável a utilização dos instrumentos de integração da ordem jurídica, tais como a analogia, a equidade e os princípios gerais do Direito.

Tal fenômeno se constitui em uma espécie de estágio intermediário entre a constitucionalidade e a inconstitucionalidade, estando atrelado à omissão legislativa inconstitucional e às situações constitucionais imperfeitas.

Nesse sentido, o Pretório Excelso conclui pela constitucionalidade momentânea do prazo em dobro para as Defensorias Públicas. O Supremo assim determinou:

“A controvérsia constitucional objeto do recurso extraordinário a que se refere o presente agravo de instrumento, já foi dirimida pelo Supremo Tribunal Federal, cujo Plenário, ao julgar o RE 135.328/SP, fixou o entendimento no sentido de que, enquanto o Estado de São Paulo não instituir e organizar a Defensoria Pública local, tal como previsto na Constituição da República (art.134) subsistirá íntegra a regra inscrita no art. 68 do CPP, na condição de norma ainda constitucional – que configura um transitório estágio intermediário situado ‘entre os estados de plena constitucionalidade ou de absoluta inconstitucionalidade’ (...) mesmo que tal preceito legal venha a expor-se, em face de modificações supervenientes das circunstâncias de fato, a um processo de progressiva inconstitucionalização (...). É que a omissão estatal, no adimplemento de imposições ditadas pela

Constituição – à semelhança do que se verifica nas hipóteses em que o legislador comum se abstém, como no caso, de adotar medidas concretizadoras das normas de estruturação orgânica previstas no estatuto fundamental – culmina por fazer instaurar ‘situações constitucionais imperfeitas’ (...) cuja ocorrência justifica um ‘tratamento diferenciado, não necessariamente reconduzível ao regime da nulidade absoluta’ (...) em ordem a obstar o imediato reconhecimento do estado de inconstitucionalidade no qual eventualmente incida o Poder Público, por efeito de violação negativa do texto da Carta Política.”<sup>19</sup>

Nesse sentido, ao utilizar esse mecanismo de origem tedesca, constata-se que o Supremo assumiu um importante posicionamento sobre o tema, mitigando o princípio da nulidade diante das circunstâncias do caso concreto.

---

<sup>19</sup> STF, AgI 482.332/SP Rel. Min. Celso de Mello, decisão de 30/04/2004.

### 3. A MODULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS

Tema que tem suscitado complexas controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais é a questão da modulação dos efeitos temporais das decisões do Supremo Tribunal Federal.

A técnica em epígrafe importa, necessariamente, em não fulminar genericamente todos os atos praticados sob a égide do ato normativo declarado inconstitucional, fixando um termo a partir do qual a norma quedará nula. Dessa forma, constitui-se em uma nova via para a mitigação de efeitos da decisão de inconstitucionalidade.

Ocorre que a única hipótese que conta com previsão expressa no ordenamento jurídico pátrio é a da declaração de inconstitucionalidade em ação direta. Tal disposição consta do artigo 27 da Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999, *in verbis*:

Art. 27: 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.

A exposição de motivos do Projeto de Lei 2.960/97, que deu origem à aludida Lei 9.868/99, tem conteúdo bastante explicativo, sendo mister reproduzir quando afirma:

“(…) a presente proposta permite que o próprio Supremo Tribunal Federal, por uma maioria diferenciada, decida sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, fazendo um juízo rigoroso de ponderação entre o princípio da nulidade da lei inconstitucional, de um lado, e os postulados de segurança jurídica e interesse social, de outro (art. 27). Assim, o princípio da nulidade somente será afastado ‘in concreto’ se, a juízo do próprio Tribunal, se puder afirmar que a declaração de nulidade acabaria por distanciar-se ainda mais da vontade constitucional. Entendeu, portanto, a Comissão que, ao lado da ortodoxa declaração de nulidade, há de se reconhecer a possibilidade de o Supremo Tribunal, em casos excepcionais, mediante decisão da maioria qualificada (dois terços dos votos), estabelecer limites

aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, proferindo a inconstitucionalidade com eficácia ex nunc ou pro futuro, especialmente naqueles casos em que a declaração de nulidade se mostre inadequada (v.g.: lesão positiva ao princípio da isonomia) ou nas hipóteses em que a lacuna resultante da declaração de nulidade possa dar ensejo ao surgimento de uma situação ainda mais afastada da vontade constitucional (...)<sup>20</sup>

Daí se infere que o dispositivo conta com caráter essencialmente interpretativo.

Embora não esteja prevista de maneira expressa em nenhum dispositivo legal, a modulação em sede de controle incidental tem sido freqüentemente utilizada pelo Supremo Tribunal Federal, bem como em casos de mudança de jurisprudência consolidada. Sublinhe-se que esta prática está fundamentalmente calcada nos postulados da boa fé, da justiça e da segurança jurídica.

Saliente-se, no entanto, que a flexibilização do dogma da nulidade da lei inconstitucional foi reputada como positiva por parte da doutrina, que considerou a disposição contida no art. 27 da Lei 9.868/99 como um elemento ampliador da discricionariedade do Judiciário em ponderar interesses jurídicos em disputa.

Nos dizeres do próprio Pretório Excelso: “O Supremo Tribunal Federal, conquanto guardião máximo da Constituição, pode e deve, em prol da segurança jurídica, atribuir eficácia prospectiva às suas decisões, com a delimitação precisa dos respectivos efeitos” (STF, DJU, 9 dez. 2005, CC 7.204-MG, rel. Min. Carlos Ayres Britto.)

É certo que o enunciado normativo em epígrafe veio a preencher a lacuna existente no âmbito das técnicas de decisão no processo de controle de constitucionalidade, limitando-se, porém a explicitar uma orientação decorrente do próprio sistema.

Porém, tal dispositivo não está imune às críticas, sendo amplamente questionada sua constitucionalidade, haja vista que o posicionamento do STF, até o advento do referido preceito, era no sentido de conferir hierarquia constitucional à tese da nulidade da lei inconstitucional, exigindo-se, dessa forma, emenda à Constituição

---

<sup>20</sup> Exposição de Motivos nº 189, de 07/04/1997, ao Projeto de Lei nº 2960, de 1997.

para introdução de enunciado normativo de sentido diverso. Questiona-se, outrossim, se compete ao legislador ordinário impor condições para a ponderação de valores constitucionais.

Luís Roberto Barroso<sup>21</sup> aponta quatro enfoques distintos sob os quais deve ser analisada a questão da modulação dos efeitos temporais:

- a) A declaração de inconstitucionalidade via ação direta;
- b) A declaração de inconstitucionalidade em controle incidental;
- c) A declaração de inconstitucionalidade em abstrato; e
- d) A mudança de jurisprudência consolidada acerca de determinada matéria.

As três primeiras hipóteses colacionadas refogem ao âmbito do presente trabalho, haja vista que este pretende analisar precipuamente os casos que não necessariamente integram os meios ordinários de impugnação de atos inconstitucionais, tais como as ações supracitadas, em que pese, obviamente, que toda decisão que não fulmina *ab initio* a ato declarado inconstitucional, excepciona, sim, a teoria da nulidade, tal como classicamente concebida.

Ora, o fato é que em todo e qualquer caso em que seja aplicada a técnica da modulação dos efeitos temporais, estar-se-á diante de uma hipótese de declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, posto que as situação jurídicas consolidadas estarão sendo resguardadas, o que representa, de fato, uma atenuação da teoria da nulidade. Porém, no trabalho em liça será dada maior ênfase à quarta hipótese: a mudança de jurisprudência consolidada acerca de determinada matéria.

---

<sup>21</sup> BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro. 4ª edição. São Paulo, Ed. Saraiva, 2009.

### **3.1 A Modulação dos efeitos temporais nos casos de mudança de jurisprudência consolidada**

É cediço que o entendimento de norma jurídica sofreu importantes modificações ao longo do tempo. Atualmente, não mais há como se considerar a norma jurídica apenas como um enunciado abstrato, ao qual a situação concreta deve amoldar-se ou não. Na verdade, o enunciado normativo interage com a realidade fática, resultando no que hodiernamente se entende por norma jurídica. Desta feita, a interpretação assume um papel central, pois a norma acaba por ser aquilo o que o Tribunal competente afirma que, de fato, ela é.

Ora, a principal função de um defensor da Constituição, institucionalizado por meio do Estado, é, antes de tudo, a função de interpretação.

Nesse contexto, avulta a segurança jurídica, como forma de resguardar as situações efetivamente concretizadas da eventual mudança de um entendimento sob o qual uma relação jurídica se constituiu, não podendo esta ficar à mercê de uma jurisprudência flutuante. Outrossim, é preciso que o Direito seja constante para que as pessoas possam contar com estabilidade nas suas relações jurídicas e previsibilidade em suas condutas.

Mesmo que atualmente se observe uma positiva valorização dos precedentes judiciais, o que promove valores imprescindíveis - tais como a isonomia e a eficiência - pode ocorrer que um determinado juiz ou tribunal se convença de que determinado precedente fixado por tribunal superior não realiza a efetiva justiça em determinado caso concreto. Nesse caso, o órgão judicial pode, fundamentadamente - o ônus argumentativo é aumentado de maneira substancial - decidir a lide de acordo com o seu próprio convencimento pessoal. Significa dizer que a valorização dos precedentes judiciais, por mais positiva que possa ser, não implica, de maneira alguma, que não se possa afastar determinados precedentes ou que não seja possível alterar uma jurisprudência dominante. Porém, é necessário redobrada cautela para se proceder à superação de um entendimento, visto que pode gerar indesejável instabilidade jurídica.

Por tais motivos, o Supremo Tribunal Federal têm adotado o entendimento de conferir efeitos prospectivos a decisões que importam em alteração de sua jurisprudência dominante:

“O Supremo Tribunal Federal, guardião-mor da Constituição Republicana, pode e deve, em prol da segurança jurídica, atribuir eficácia prospectiva às suas decisões, com a delimitação precisa dos respectivos efeitos, toda vez que proceder a revisões de jurisprudência definidora de competência *ex ratione materiae*. O escopo é preservar os jurisdicionados de alterações jurisprudenciais que ocorram sem mudança formal do *Magno Texto*.”<sup>22</sup>

Ora, uma nova interpretação jurídica produz efeitos práticos semelhantes aos que decorrem da edição de uma nova lei, sendo que a atribuição de efeitos prospectivos aos casos de mudança de jurisprudência consolidada deverá ser especialmente considerada quando o precedente que está sofrendo modificação tornou-se pacífico durante longo lapso temporal. Saliente-se, mais uma vez, que o valor a ser promovido com a nova orientação deve necessariamente ser ponderado com os valores da segurança jurídica, da boa fé, da proteção à confiança e do interesse público.

---

<sup>22</sup> STF, *DJU*, 9 de dezembro de 2005, CC 7.204-MG, Rel. Min. Carlos Ayres Brito.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O capítulo introdutório do presente trabalho tratou dos conceitos gerais concernentes à declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, abordando as noções de norma jurídica inconstitucional, das duas principais teorias concernentes ao tema e da teoria prevalecente no ordenamento jurídico pátrio.

Passou-se, então, a uma análise sucinta do fenômeno em si, explicitando que sua utilização se concretiza pautada principalmente no princípio da segurança jurídica, da boa fé e do interesse público, demonstrado que a teoria da nulidade, muitas vezes, não atende de uma maneira eficaz determinadas hipóteses, e que sua aplicação indiscriminada pode gerar situações muito graves.

Foi traçado, outrossim, um panorama geral das principais técnicas utilizadas na sistemática pátria de controle de constitucionalidade, no sentido da mitigação dos efeitos da teoria da nulidade, quais sejam, a Interpretação conforme a Constituição, a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto e a questão da norma em trânsito para a inconstitucionalidade.

O capítulo final traz a lume um importante instituto que veio a colmatar a lacuna antes existente no ordenamento jurídico brasileiro: a modulação dos efeitos temporais. Tal técnica, introduzida formalmente pelo art. 27 da Lei 9.868/99, significa um importante avanço no sentido de ampliação da discricionariedade do julgador, peculiar instrumento no contexto da Interpretação Constitucional.

O intuito do presente trabalho é bastante simples, não se limitando a fazer meras análises da doutrina e da jurisprudência, em que pese a relevância desta atividade, mesmo por que a natureza do trabalho em epígrafe não se coaduna com análises extensas e com alto nível de aprofundamento, sem jamais, por óbvio, ser superficial, ainda mais em se tratando de um tema complexo e ainda em construção doutrinária e jurisprudencial.

Na verdade, o que se pretende, além de uma exposição geral do assunto, é afirmar a importância da Interpretação Constitucional nesse contexto, o perigo em se levar ao extremo qualquer teoria ou princípio e a reafirmação de que a realidade sempre

irá surpreender o operador do Direito. Exige-se, assim, que os intérpretes da Constituição sejam, de fato, essencialmente constitucionalistas, prezando, ao máximo, a Supremacia da Constituição, que talvez seja o único princípio que pode, com efeito, ser levado ao extremo, por representar uma garantia do próprio Estado de Direito.

Não se pode deixar de concluir, pelas idéias ora expostas, que a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade acaba por ser mais um importante instrumento de garantia, proteção e concretização dos direitos fundamentais, uma vez que busca extrair a máxima efetividade do texto constitucional, privilegiando a realidade em detrimento da teoria.

Diante do exposto, conclui-se, em suma, que o princípio da nulidade, em que pese ser a regra no direito brasileiro, deve ser mitigado, mediante análise fundada no princípio da proporcionalidade, em determinadas circunstâncias. Porém, o afastamento de sua incidência dependerá sempre de um severo juízo de ponderação que, de acordo com o caso concreto, faça prevalecer o princípio da segurança jurídica ou mesmo outro princípio constitucional manifestado sob a forma de interesse social relevante.

Relembre-se, conforme observa Clèmerson Merlin Clève, que a vida é muito mais rica e complexa do que a melhor das teorias.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Leis originariamente inconstitucionais compatíveis com emenda constitucional superveniente.** Revista de Direito Administrativo e Constitucional, v. 5, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro.** São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. **Interpretação e aplicação da Constituição.** São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro.** In: BARROSO, Luís Roberto. Temas de direito constitucional. Rio de Janeiro – São Paulo: Editora Renovar, 2003. t.2.

BÉGUIN, Jean-Claude. **Le contrôle de la constitutionnalité des loi em Republique Fédérale d'Allemagne.** Paris, Economica, 1982.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento jurídico.** Ed. Brasília: UNB, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa,** São Paulo: Malheiros, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição.** Coimbra: Almedina, 2001.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Fiscalização Abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos, **Constituição e Hermenêutica Constitucional.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

ENTERRÍA, Eduardo García de. **La constitución como norma y el tribunal constitucional.** Madrid: Civitas, 1985.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica.** São Paulo: Malheiros, 2004

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. São Paulo: SRS Editora, 2009.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, Editor, 1998.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Coimbra: Arménio Amado, Editor, 1979.

LAMMÊGO BULOS, Uadi. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.

\_\_\_\_\_, **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_, **A declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade e a declaração de inconstitucionalidade de caráter restritivo ou limitativo no direito brasileiro**. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.) *As vertentes do direito constitucional contemporâneo*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Innocencio Mártires & BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.