

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

TEORIA CONSTITUCIONAL

ELOY PEREIRA LEMOS JUNIOR

PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS

SAMANTHA RIBEIRO MEYER-PFLUG

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

T314

Teoria constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Paulo Roberto Barbosa Ramos ; Eloy Pereira Lemos Junior ; Samantha Ribeiro Meyer-pflug – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-084-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

TEORIA CONSTITUCIONAL

Apresentação

Frutos de estudos aprovados para o I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI, realizado entre os dias 23 a 30 de junho de 2020, apresentamos à comunidade jurídica a presente obra voltada ao debate de temas contemporâneos cujo encontro teve como tema CONSTITUIÇÃO, CIDADES E CRISE.

Na coordenação das apresentações do GT "TEORIA CONSTITUCIONAL I" pudemos testemunhar relevante espaço voltado a disseminação do conhecimento produzido por pesquisadores das mais diversas regiões do Brasil, vinculados aos Programas de Mestrado e Doutorado em Direito. Os estudos, que compõem esta obra, reafirmam a necessidade do compartilhamento das pesquisas direcionadas ao direito do trabalho, como também se traduzem em consolidação dos esforços para o aprimoramento da área e da própria Justiça.

Ricardo Silveira Castro traz em “(Re)Pensando a centralização da Federação no Brasil pós-1988: o impacto da judicialização dos conflitos federativos” um estudo que investiga a possibilidade do órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro representar uma instância de veto nos conflitos federativos em favor das entidades subnacionais.

No artigo intitulado “A Mutação da Jurisdição Constitucional: o papel emergente do Supremo Tribunal Federal em meio à pandemia da Covid-19” as autoras Tatiane de Fátima da Silva Pessoa e Daniela Richter analisam o papel da jurisdição constitucional na sua função precípua de proteger os princípios, direitos e garantias asseguradas pela Constituição Federal frente às inovações legislativas e as demais atuações dos poderes estatais.

Em seguida, no artigo “Debates sobre o Pacto Federativo Brasileiro” ao autor Diogo Lopes Cavalcante discorre sobre a forma de Estado adotada pelo Brasil. Na sequência os autores Alexandre Walmott Borges, Luiz César Machado de Macedo, Sérgio Augusto Lima Marinho trazem o artigo “O Constitucionalismo Liberal Brasileiro e o tratamento do trabalho no campo: bases constitucionais e concretização infraconstitucional” que propõe-se   análise qualitativa da evolução das normas reguladoras do trabalho no campo.

No estudo proposto por Bruno Carvalho Marques Dos Santos, Bernardo Silva de Seixas, Anne Harlle Lima da Silva Moraes no artigo “Um breve panorama sobre as normas constitucionais que sustentam o ordenamento jurídico brasileiro”, tem-se o debate sobre a

única norma jurídica dotada de presunção absoluta de constitucionalidade, sendo por isso a única que não se submete ao controle de constitucionalidade.

Em “Afinal, quem deve ser o Guardião da Constituição?” o autor Valterlei Aparecido da Costa investiga as formas de garantia da Constituição e no artigo seguinte os autores Ana Luiza Novais Cabral e Sidiney Duarte Ribeiro questionam “Por que haveria no Brasil um sistema de revisão judicial superforte? A análise do controle de constitucionalidade e o protagonismo do poder judiciário”.

No artigo “A influência das Encíclicas Papais “Rerum Novarum” e “Centesimus Annus” no modelo do atual Estado Constitucional Brasileiro” foi o tema discorrido pelos autores Giovana Benedita Jaber Rossini Ramos e Galdino Luiz Ramos Junior.

O autor Victor Fernando Alves Carvalho apresenta o artigo “Constitucionalismo Dirigente e Estratégias de Reconhecimento: a judicialização da política na luta por estima social” que traz a reflexão de que a judicialização da política e a disputa pela interpretação constitucional se tornaram estratégias centrais de grupos minoritários na luta por reconhecimento e estima social. Em seguida o Constitucionalismo Moderno que surge a partir do século XVIII como movimento político, social e cultural após período de ruptura com o modelo tradicional de poder político é tratado no artigo de Alessandra Malheiros Fava da Silva “Constitucionalismo Moderno: Simbologia das Revoluções Liberais-Burguesas”.

Em “Crises Constitucionais e a sua superação” os autores Regis Canale dos Santos e Walkiria Martinez Heinrich Ferrer estudam a possibilidade jurídica da mutação constitucional e a teoria da dupla revisão como forma da superação da crise. Já no texto “O Debate entre H. L. A. Hart e Ronald Dworkin: Como os Juízes decidem os casos difíceis?”, Márcio Alves Figueira vem demonstrar o interpretativismo como corrente filosófica adequada para a resolução dos casos difíceis.

Érica Lene da Silva Santos traz o artigo “O mito da cordialidade brasileira e a cultura da (im)parcialidade no Brasil: contrapontos e colóquios” com o objetivo pontuar sobre o “homem cordial”, da obra Raízes do Brasil, de Sérgio Buarque de Holanda, e a influência desta característica na construção da sociedade brasileira, especialmente quando se relacionada a (im)parcialidade do Poder Judiciário.

O autor Valterlei Aparecido da Costa apresenta do artigo “Emenda à Constituição: um estudo sintático-normativo” e o autor Diogo Lopes Cavalcante discorre sobre os “Fundamentos para a Declaração Parcial de Inconstitucionalidade sem redução do texto”.

Em seguida temos dois artigos de tratam do Poder Constituinte. “O Poder Constituinte Derivado como função atípica do Poder Judiciário” de Marcelo Agamenon Goes de Souza, Valter Foletto Santin e Everson Aparecido Contelli e “O Poder Constituinte e a reinterpretção dos limites de gastos com pessoal” de Saulo Marques Mesquita.

No artigo “O Processo de criação de Municípios e os possíveis impactos nas Políticas Públicas decorrentes da extinção desses entes municipais” os autores Maria Aparecida Alves, Dalvaney Aparecida de Araújo e Rogério Batista de Araújo Netto cuidam da PEC 188/2019 que traz propostas como a de extinguir Municípios de até cinco mil habitantes que não tenham uma arrecadação dos impostos municipais maior que 10% sobre o total da receita.

Por fim, a “Separação de Poderes e Jurisdição Constitucional: uma breve análise da sustação da Posse de Alexandre Ramagem e do Ex-Presidente Lula pelo Supremo Tribunal Federal” é tema do artigo de Denis William Rodrigues Ribeiro e “A Inclusão Social da Pessoa com Deficiência por meio de um novo modelo de Administração Pública” é tratada por Lucas Emanuel Ricci Dantas e Ricardo Pinha Alonso.

Nossas saudações aos autores e ao CONPEDI pelo importante espaço franqueado a reflexão de qualidade voltada ao contínuo aprimoramento da cultura jurídica nacional.

Prof. Dr. Eloy Pereira Lemos Junior

Universidade de Itaúna

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos

Universidade Federal do Maranhão

Prof. Dra. Samantha Ribeiro Meyer-Pflug

Universidade Nove de Julho

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Teoria Constitucional apresentados no I Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista Brasileira de Teoria Constitucional. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

FUNDAMENTOS PARA A DECLARAÇÃO PARCIAL DE INCONSTITUCIONALIDADE SEM REDUÇÃO DO TEXTO

GROUNDS FOR PARTIAL DECLARATION OF INCONSTITUTIONALITY WITHOUT REDUCTION OF TEXT

Diogo Lopes Cavalcante

Resumo

Dentre as mais variadas técnicas de interpretação e declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos legais, o mecanismo de declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto vem sendo cada vez mais implementada por nossos tribunais. Tal técnica advém de um controle concentrado de constitucionalidade executado pelo Supremo Tribunal Federal, porém, da mesma forma, pode ser declarada a inconstitucionalidade sem redução de texto por meio de controle difuso. Dessa forma, para elucidar a matéria, cabe verificar os requisitos aplicáveis, exemplificando com casos concretos.

Palavras-chave: Inconstitucionalidade, Declaração, Texto, Redução, Stf

Abstract/Resumen/Résumé

Among the most varied techniques of interpretation and declaration of unconstitutionality of legal provisions, the mechanism of partial declaration of unconstitutionality without reduction of text has been increasingly implemented by our courts. This technique comes from a concentrated control of constitutionality carried out by the Supreme Federal Court, however, in the same way, unconstitutionality can be declared without reducing the text by means of diffuse control. Thus, to clarify the matter, it is necessary to verify the applicable requirements, exemplifying with specific cases.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Unconstitutionality, Declaration, Text, Reduction, Stf

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como principal objetivo analisar quais os fundamentos para que seja aplicada a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução do texto normativo.

Tal forma de declaração, que surgiu na Alemanha apenas em 1966, foi incorporada para o Brasil como um dos métodos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal para aplicar o controle de constitucionalidade, para o mecanismo de compatibilidade das normas com a Constituição Federal.

O método de declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução do texto normativo é considerado de suma importância para o controle das novas normas, por se tratar de uma opção de controle alternativo, sem que seja necessário modificar o texto legal.

Porém, existem alguns pontos relacionados ao método que requerem uma maior atenção do legislador que irá analisar a norma, como no momento de sua interpretação e identificação da técnica aplicada.

Eis a necessidade, como será abordado, de separar o método de declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução do texto e as demais técnicas existentes, para que não haja mitigação a segurança jurídica.

Ademais, verifica-se que a aplicação prática da declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução do texto normativo é uma fase que merece especial atenção devido a necessidade de não se interferir nas demais interpretações que podem existir no mesmo texto.

Assim, em um primeiro capítulo o presente artigo visa conceituar o método de declaração parcial sem redução do texto normativo, mostrando suas origens, bases e efeitos. Posteriormente, em um segundo capítulo, são analisados os demais métodos existentes, ressaltando suas características particulares e, principalmente, suas diferenças. Por fim, em um terceiro capítulo, é abordada a forma de aplicação da técnica, além de trazer como exemplo alguns casos em que o mesmo está sendo utilizado.

1. A DECLARAÇÃO PARCIAL DE INCONSTITUCIONALIDADE SEM REDUÇÃO DO TEXTO NORMATIVO

Para que seja mantida a ordem constitucional e a segurança jurídica, com relação as normas, é adotado o modelo de controle de constitucionalidade, o qual analisa a compatibilidade dos textos normativos com a Lei Constitucional.

Após essa análise pode-se chegar a duas situações distintas. No primeiro caso, o texto é declarado como constitucional, compatível com a Constituição Federal, podendo ter sua vigência e efeitos colocados em prática sem que haja restrições.

Contudo, na segunda hipótese, a norma é declarada inconstitucional, indo contra o texto constitucional e, nesses casos, tem-se como regra geral a anulação da mesma. Porém, o Supremo Tribunal Federal, a quem é confiada a guarda da Constituição, vem adotando outras técnicas alternativas para que a declaração de nulidade não seja total, como por exemplo, a nulidade parcial, nulidade parcial sem redução ou a interpretação constitucional.

Como é possível verificar no artigo 28 da Lei n. 9.868/99:

Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão.
Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial 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.

Dentre as técnicas acima mencionadas e dispostas no artigo, devemos destacar a forma de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto normativo, o qual será destaque na presente pesquisa. Tal técnica de declaração surgiu na Alemanha e chegou ao Brasil por volta de 1966, ainda possuindo outra nomenclatura, passando apenas a ser positivada como conhecemos atualmente com o advento da Lei n. 9.868/99.

Essa forma de declaração de inconstitucionalidade se baseia no princípio da parcelaridade da norma, que se aplica no controle concentrado, o qual tem como pressuposto a ideia de reconhecimento de inconstitucionalidade de apenas uma parte, palavras ou frase que esteja confrontando a norma constitucional, não sendo necessária a nulidade total do texto apresentado.

Pressuposto teórico de declaração de nulidade parcial sem redução de texto, o princípio informa a possibilidade de reconhecimento da inconstitucional de apenas parte da norma incompatível com a Constituição, preservando-se as demais que sejam com ela consonantes. (SILVA, 2010, pag. 93).

Vale destacar que, a técnica de inconstitucionalidade parcial da norma sem redução do texto é considerada apenas em situações que não acarretará prejuízo ao

restante do texto, sendo necessário que seu sentido total seja mantido, independentemente da parte anulada.

Para fixar tal entendimento, temos o pensamento de Kelsen, o qual afirma que:

Cumpra notar enfim que a anulação não deve se aplicar necessariamente à lei inteira ou ao regulamento inteiro, mas também pode se limitar a algumas das suas disposições, supondo-se naturalmente que as outras permanecerão apenas de tudo aplicáveis ou ainda não tenham seu sentido modificado de modo inesperado. Caberá ao tribunal constitucional apreciar livremente se quer anular a lei ou o regulamento inteiro, ou simplesmente algumas das suas disposições. (2003, p. 173)

Seguindo o mesmo entendimento, temos a menção do Supremo Tribunal Federal:

O STF como legislador negativo:

A ação direta de inconstitucionalidade não pode ser utilizada como o objeto de transformar o Supremo Tribunal Federal, indevidamente, em legislador positivo, eis que o poder de inovar o sistema normativo, em caráter inaugural, constitui função típica da instituição parlamentar. Não se releva lícito pretender, em sede Federal, a partir da supressão seletiva de fragmentos do discurso normativo inscrito no ato estatal impugnado, proceda a virtual criação de outra regra legal, substancialmente divorciada do conteúdo material que lhe deu próprio legislador.

Ação direta de inconstitucionalidade e impossibilidade jurídica do pedido: não se declara a inconstitucionalidade parcial quando haja inversão clara do sentido da lei, dando que não é permitido ao Poder Judiciário agir como legislador positivo (...). (DJU 27.04.2001, SEÇÃO 1, p. 57)

Desse modo, para que a declaração parcial sem redução do texto seja aplicada, é necessário que o legislador, no momento que opta pela nulidade parcial sem redução do texto, siga alguns limites, estabelecidos no âmbito do controle de constitucionalidade, relacionados a própria interpretação do texto normativo, quanto a sua escrita.

Alguns aspectos que devem ser seguidos são:

I- As hipóteses de inconstitucionalidade parcial, caracterizada pelo comprometimento parcial da norma, em razão da sua incompatibilidade vertical;

II- As hipóteses em que seja cabível a pronúncia de nulidade da parcela normativa tida por inconstitucional, com a sua consequente invalidação e ineficácia;

III- As hipóteses de indivisibilidade do texto normativo. (SILVA, 2010, p. 98).

Assim, é necessário que o método de declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução do texto não infrinja tais limites, não podendo, portanto, criar norma jurídica diversa da instituída pelo Poder Legislativo, já que não é essa a função do intérprete. Ponto importante a ser vislumbrado para que não ocorra uma insegurança jurídica a

respeito do critério de inconstitucionalidade da norma e, conseqüentemente, sejam mantidas a estabilidade e a linearidade das decisões.

Em se tratando dos efeitos que a técnica estabelece, o início ocorre a partir do momento da própria decisão promulgada de ação de inconstitucionalidade parcial da norma sem redução do texto, sendo feita, posteriormente, sua manutenção e passando a gerar os efeitos agora válidos constitucionalmente.

Diante o exposto sobre conceito, histórico, aplicação e efeitos da declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução do texto normativo, é necessário compreender a distinção das técnicas de inconstitucionalidade existente, como será tratado posteriormente.

2. OUTRAS TÉCNICAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Como já exposto, a Constituição Federal de 1988 serve como instrumento de validade das demais normas infraconstitucionais, as quais devem estar em conformidade e não podem ir de encontro com a Carta Maior, sob pena de invalidade da norma.

Assim, a Constituição Federal está acima de todo o ordenamento jurídico brasileiro, de forma que para que haja alguma alteração se faz necessário um processo especial e qualificado, visto que a Lei Maior brasileira é classificada como rígida. É nesse sentido que atua a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, tratando-se de um dispositivo de modificação que invalida parte de uma norma constitucional sem que seja necessária alteração formal.

Entretanto, não se pode confundir a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto com outras formas de adulteração do texto constitucional, havendo poucas, porém notáveis, diferenças entre si.

A mutação constitucional é outra forma de alteração no sentido interpretativo de algum dispositivo da Constituição, sem ensejar na mudança de seu texto formal. Porém, ela se difere da declaração de inconstitucionalidade parcial justamente por não trabalhar com a inconstitucionalidade em si, apenas atribuir outra interpretação da norma, sendo que a mesma continua a ter validade no ordenamento jurídico. Conforme expõe Barroso:

[...] a mutação constitucional consiste em uma alteração do significado de determinada norma da Constituição, sem observância do mecanismo constitucionalmente previsto para as emendas e, além disso, sem que tenha havido qualquer modificação de seu texto. Esse novo sentido ou alcance do mandamento constitucional pode decorrer de uma mudança

na realidade fática ou de uma nova percepção do Direito, uma releitura do que deve ser considerado ético ou justo. (2010, p. 126-127)

Assim, percebe-se que a mutação constitucional supre a necessidade de adaptação da norma de acordo com o contexto social em que está inserido. É fruto de um processo lento e gradual, o qual é finalizado com a realização de uma nova interpretação elaborada pelo Superior Tribunal Federal e fixada pelo mesmo órgão, que deve ser seguida e aplicada pelos demais operadores do Direito.

Da mesma forma, o presente objeto desta pesquisa não pode ser confundido com a declaração parcial de inconstitucionalidade *com* redução de texto. Como o próprio nome sugere, a declaração com redução de texto resulta em uma supressão de palavras e/ou frases da norma constitucional, de forma que a extinção de alguns termos escritos não altera a aplicação da lei, mesmo havendo lacunas no texto legal.

Nesse caso, a divisibilidade de norma é um pressuposto para a aplicação de tal método, pois, caso contrário, o sentido da norma ficaria prejudicado com a retirada de partes do texto necessárias para seu entendimento. Assim, a utilização da técnica com redução de texto mostra-se cabível quando há uma expressão linguística na lei que seja autônoma, podendo ser palavras ou fragmentos de frase, de forma que a declaração de nulidade de tais termos desencadeará a eliminação do texto correspondente.

Um exemplo prático de declaração parcial de inconstitucionalidade com redução de texto é o ocorrido no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 1.127-8. No caso em questão, a Lei nº 8.906/94, que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), em seu artigo 7º, § 2º dispunha em sua antiga redação:

O advogado tem imunidade profissional, não constituindo injúria, difamação ou desacato puníveis qualquer manifestação de sua parte, no exercício de sua atividade, em juízo ou fora dele, sem prejuízo das sanções disciplinares perante a OAB, pelos excessos que cometer. (BRASIL, 1994)

Após o julgamento da ADI a expressão “ou desacato” foi eliminada da referida lei, de modo que apenas tal termo teve sua eficácia suspensa e sua escrita suprimida do § 2º, evidenciando o caso de uma declaração parcial de inconstitucionalidade com redução de texto.

Também, a inconstitucionalidade pode ser declarada pela técnica sem pronúncia de nulidade, na qual a incompatibilidade reconhecida pelo STF não desencadeia a sua invalidade e retirada do ordenamento jurídico.

A semelhança entre a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto e a declaração sem pronúncia de nulidade é justamente a de não haver a supressão do texto legal. Porém, esta pode ser aplicada quando há incompatibilidade total *ou* parcial, ao passo em que aquela apenas pode ser usada nos casos de incompatibilidade parcial, sendo este um de seus pressupostos.

Quando uma lei é declarada inconstitucional, a regra é de que a mesma seja extinta do ordenamento jurídico por ir contra a Constituição Federal. Porém, há casos em que a retirada de uma norma deixaria uma lacuna no sistema, de modo que a inconstitucionalidade com pronúncia de nulidade seria mais gravosa à realidade fática do que manter uma lei inválida na legislação. Conforme explica Freitas:

A Corte Suprema reconhece que a norma é inconstitucional, mas a mantém no ordenamento jurídico até que nova lei seja editada em sua substituição. Isto é, a eficácia da lei fica suspensa até que o legislador manifeste-se sobre a situação inconstitucional. (FREITAS, 2014)

Dessa forma, a norma permanece produzindo efeitos até que nova lei seja editada e a substitua, fazendo com que a lei inconstitucional seja efetivamente retirada do ordenamento, como deve ser em regra.

De maneira prática, o STF declarou a inconstitucionalidade da lei 7.619/00 a qual originava, no estado da Bahia, o município de Luís Eduardo Magalhães. Entretanto, mesmo indo contra o artigo 18, parágrafo 4º da Lei Maior, a cidade foi criada e adotou autonomia como ente federativo, possuindo existência de fato de modo que sua inconstitucionalidade acarretaria em grandes consequências. Conforme o próprio ministro, o princípio da segurança jurídica está em consonância com a manutenção do município.

Gilmar Mendes destacou que a ADI de nº 1140 se aplicaria a outros municípios criados também em desconformidade com o mesmo dispositivo constitucional, de modo que a declaração da inconstitucionalidade da lei com pronúncia de nulidade geraria graves consequências jurídicas e inviabilizaria a criação de outros municípios.

A solução apresentada por Mendes foi a utilização do artigo 27 da Lei 9.868/99, a qual regulamenta:

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.

Para o Ministro, é inevitável afastar a incidência do princípio da nulidade em algumas situações sem abdicar da doutrina tradicional da nulidade da lei inconstitucional, com base no princípio da segurança jurídica. Assim, para Mendes, o princípio da nulidade deve permanecer como regra nos julgamentos de ADI, porém seu afastamento está condicionado à ponderação concreta, com base na ideia de segurança jurídica ou de outro valor constitucional relevante, os quais devem ser comprovados para que a técnica seja utilizada.

Diante disso, Gilmar Mendes manifestou seu voto aplicando o artigo supracitado, declarando a inconstitucionalidade da Lei 9.868/99 sem pronúncia de nulidade, preservando sua vigência pelos 24 meses subsequentes, período este que deve ser usado pelo legislador estadual para que reaprecie o assunto.

Além de todas as técnicas supracitadas, talvez a mais peculiar dentre ela seja a declaração da constitucionalidade de norma em trânsito para a inconstitucionalidade. A mesma ainda pode ser chamada de Lei “ainda constitucional” ou “inconstitucionalidade progressiva”.

A técnica é usada pelo Supremo Tribunal Federal para corrigir normas que estão entre a constitucionalidade plena e a inconstitucionalidade absoluta. De maneira prática, *a priori* a norma é considerada constitucional, estando de acordo com a Carta Maior, entretanto, pode vir a ser inconstitucional de acordo com o contexto jurídico e o caso concreto em que está inserido.

Dessa forma, pode-se considerar que uma norma seja constitucional e inconstitucional ao mesmo tempo, sendo que a aplicação de tal técnica implique na pronúncia da constitucionalidade da lei, em que a Suprema Corte deixa de declarar sua inconstitucionalidade de acordo com a situação.

O caso mais didático que exemplifica a aplicação desse mecanismo é da decisão do STF quanto ao artigo 1º, parágrafo 5º da Lei nº 1.060/50, acrescentada pela Lei nº 7.871/89, o qual confere prazo em dobro às Defensorias Públicas interpor recurso em processos criminais, mesmo que ao Ministério Público não seja concedido tal benefício.

Em regra, o dispositivo poderia ser declarado inconstitucional frente ao princípio da isonomia e do devido processo legal. Entretanto, em julgamento ao Habeas Corpus 70.514/SP, a decisão foi por manter a constitucionalidade da regra enquanto a Defensoria Pública não estiver estruturada e organizada no mesmo patamar que o Ministério Público, a fim de estabelecer uma situação isonômica entre ambos os órgãos. Conforme decisão do Supremo em Habeas Corpus:

Direito Constitucional e Processual Penal. Defensores Públicos: prazo em dobro para interposição de recursos (§ 5 do art. 1 da Lei n 1.060, de 05.02.1950, acrescentado pela Lei n 7.871, de 08.11.1989). Constitucionalidade. "Habeas Corpus". Nulidades. Intimação pessoal dos Defensores Públicos e prazo em dobro para interposição de recursos. 1. Não é de ser reconhecida a inconstitucionalidade do § 5 do art. 1 da Lei n 1.060, de 05.02.1950, acrescentado pela Lei n 7.871, de 08.11.1989, no ponto em que confere prazo em dobro, para recurso, às Defensorias Públicas, ao menos até que sua organização, nos Estados, alcance o nível de organização do respectivo Ministério Público, que é a parte adversa, como órgão de acusação, no processo da ação penal pública. (STJ, 1994)

Assim, no momento em que os dois polos alcançarem um nível de igualdade, a lei mencionada tornar-se-á inconstitucional, através da execução da técnica de inconstitucionalidade progressiva.

Dessa forma, percebe-se que a declaração de inconstitucionalidade da norma pode ocorrer de variadas formas, porém, cada qual se aplica de acordo com suas peculiaridades, as quais devem sempre ser respeitadas para que seu cumprimento seja de acordo com o mais benéfico ao caso concreto.

3. APLICAÇÃO DA DECLARAÇÃO PARCIAL DE INCONSTITUCIONALIDADE SEM REDUÇÃO DO TEXTO

A técnica estudada no presente artigo, possui natureza jurídica de modalidade de controle de constitucionalidade, exercido pelo Supremo Tribunal Federal em casos de inconstitucionalidade parcial qualitativa da norma, já que não há a necessidade de supressão de partes do texto.

Segundo a doutrina e jurisprudência, tal método só será admitido quando existir um espaço para a decisão do Judiciário, não cabendo sua aplicação quando o sentido da norma é unívoco. Dessa forma, o STF não pode atuar como legislador positivo (LENZA, 2018).

A declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto pelo STF, implica a procedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade conforme art. 28, § único da Lei 9.868/99, gerando, em regra, eficácia *erga omnes* (contra todos) e *ex tunc*, podendo ser fixado, com quórum de 2/3 do tribunal, a modulação temporal para efeitos *ex nunc*. Essa declaração também possui efeito vinculante, tanto ao Poder Judiciário quanto à Administração Pública.

Cabe ressaltar que, para que a tal decisão seja considerada válida, deve-se atender o disposto no artigo 97 da Constituição Federal, o qual estabelece a necessidade da maioria absoluta dos membros do respectivo órgão especial para a declaração de inconstitucionalidade de determinada lei ou ato normativo. Bem como, observar a Súmula Vinculante nº10, do STF, que preconiza: “Viola a cláusula de reserva de plenário (art.97, CF) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.”

Portanto, caso seja utilizada a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, a matéria deve ser votada por órgão especial ou Plenário, sendo a competência relegada a um desses entes, e não ao órgão fracionário que julga a ação. (HEINEN, 2009)

Alexandre de Moraes, ministro da Suprema Corte, no julgamento de Agravo Regimental na Reclamação 1195532/RS, no qual explicou que a “cláusula de reserva de plenário atua como condição de eficácia jurídica da própria declaração de inconstitucionalidade, aplicando-se aos tribunais, para o controle difuso e para o STF, no controle concentrado.”

Inclusive, o próprio Ministro cassou acórdão do órgão fracionário do TRT da 3ª região, que afastou a aplicação da lei 8.9787/95, exercendo controle difuso de constitucionalidade, por este não ter seguido o art. 97 da CF e violado o enunciado da súmula vinculante 10.

Pode verificar-se a aplicação prática da decisão de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, na ADI 319, julgada pelo STF, *in verbis*:

Exame das inconstitucionalidades alegadas com relação a cada um dos artigos da mencionada lei. Ofensa ao princípio da irretroatividade com relação à expressão ‘março’ contida no parágrafo 5º do artigo 2º da referida Lei. Interpretação conforme à Constituição aplicada ao ‘caput’ do artigo 2º, ao parágrafo 5º desse mesmo artigo e ao artigo 4º, todos da Lei em causa. Ação que se julga procedente em parte, para declarar a inconstitucionalidade da expressão ‘março’, contida no parágrafo 5º do artigo 2º da lei n. 8039/90, e, parcialmente, ‘caput’ e o parágrafo 2º do artigo 2º, bem como o artigo 4º, os três em todos os sentidos que não aquele segundo o qual de sua aplicação estão ressalvadas as hipótese em que, no caso concreto, ocorra direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada.

É possível compreender que a Corte se limita a apontar a inconstitucionalidade de apenas uma das hipóteses de interpretação no caso concreto, ou seja, há uma censura parcial, de apenas uma das possíveis aplicações que a norma trazia.

Ainda exemplificando, o Recurso Extraordinário 635.659/SP, que tramita no STF, discute a constitucionalidade da criminalização do posse droga para consumo pessoal (art. 28, Lei 11.343/06). Até o momento, três votos já foram proferidos, dentre eles o do Ministro Gilmar Mendes. Gilmar defende a declaração de inconstitucionalidade, “sem redução de texto, do art. 28 da Lei 11.343/2006, de forma a afastar do referido dispositivo todo e qualquer efeito de natureza penal”, mas mantidas as medidas de natureza administrativas. (RE 635.659/SP). Em seu voto, defende a inconstitucionalidade da criminalização da posse de drogas, por analisar que o artigo 28 confronta o direito ao livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo, de forma desproporcional.

O Ministro Luiz Edson Fachin, no mesmo sentido, ao proferir voto sobre o recurso em questão, entendeu como correta a declaração de inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343, sem a redução de seu texto, no entanto, especificamente para a situação que tiver exclusivamente como objeto material a droga em pauta no caso concreto julgado, a maconha. Mantendo assim, a proibição do uso pessoal de todas as demais drogas ilícitas. Percebe-se no voto de Fachin, a busca pela inconstitucionalidade unicamente da criminalização por posse de maconha. O texto, portanto, não seria alterado, somente não seria mais aplicada a referida norma para o indivíduo que fosse encontrado exclusivamente com esta droga ilícita, limitando assim o alcance da norma. Todavia, o recurso ainda não teve sua decisão final.

Nesse sentido, a decisão de inconstitucionalidade sem redução de texto possui uma dimensão negativa, pois retira um sentido normativo do texto. Sendo este um dos motivos pelo qual não pode ser essa técnica, confundida com a “interpretação conforme à Constituição”, tendo em vista que esta última possui dimensão positiva, no sentido de atribuir um sentido normativo ao texto que vá ao encontro da Carta Maior. (LEAL, 2006) Em consonância, Gilmar Mendes faz importante distinção entre as técnicas:

Ainda que se não possa negar a semelhança dessas categorias e a proximidade do resultado prático de sua utilização, é certo que, enquanto na interpretação conforme à Constituição se tem dogmaticamente, a declaração de que 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 expressão exclusão, por inconstitucionalidade, de determinadas hipóteses de aplicação do programa normativo sem que se produza alteração expressa do texto legal. (MENDES, 2011, p. 1366)

Assim, é errônea a posição do STF quando declara “procedente em parte” uma ADI, com aplicação da técnica da interpretação conforme à Lei Maior, já que seria suficiente a declaração de improcedência da referida ação constitucional,

consequentemente, declarando constitucional o ato normativo questionado. (AMARAL JUNIOR, 2002)

Em Arguição de Inconstitucionalidade, julgada pelo TRF-4, o impetrante solicitou a inconstitucionalidade do art. 18, § 2º, da Lei 8.213/91. O acórdão optou pela inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, fundamentando na ementa que “a interpretação conforme a constituição não tem cabimento”:

Art. 18. O Regime Geral de Previdência Social compreende as seguintes prestações, devidas inclusive em razão de eventos decorrentes de acidente do trabalho, expressas em benefícios e serviços:

§ 2º O aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social–RGPS que permanecer em atividade sujeita a este Regime, ou a ele retornar, não fará jus a prestação alguma da Previdência Social em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado. (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 1997)

Zavascki (2007) aponta que a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto é utilizada em circunstâncias em que a norma é válida quando aplicada a certas situações, mas inválidas quando aplicadas a outras.

Podemos ilustrar tal situação na decisão formulada por Órgão Especial, em Arguição de Inconstitucionalidade, onde o Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul deliberou a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto:

E M E N T A – ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE - MANDADO DE SEGURANÇA - CONCURSO PÚBLICO – CARREIRA DE AGENTE PENITENCIÁRIO – ÁREA DE ASSISTÊNCIA E PERÍCIA - ATIVIDADE INTELLECTUAL - LIMITAÇÃO DE ALTURA – DESARRAZOABILIDADE – INCONSTITUCIONALIDADE SEM REDUÇÃO DE TEXTO – PROCEDÊNCIA. (TJ-MS, 2014)

No caso exemplificado, o tribunal decidiu pela inconstitucionalidade do artigo 10, VII, da Lei Estadual nº 2.518/02, sobre os cargos de Assistência e Perícia, o qual exigia a altura mínima (1,60m) para admissão nas funções. Por unanimidade, os desembargadores julgaram procedente a arguição e declararam inconstitucional parte do inciso VII, sem reduzir seu texto. A nulidade refere-se, exclusivamente, com relação aos cargos supracitados, mantendo constitucional o requisito de altura para cargos da área de segurança e custódia.

Assim, a decisão de inconstitucionalidade sem redução de texto do dispositivo legal busca selecionar os casos em que são possíveis sua devida aplicação e excluindo os declarados inconstitucionais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final da pesquisa foi possível compreender que a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto é uma técnica de interpretação utilizada pelo Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade concentrado.

Tal técnica pode ser utilizada também para declaração de inconstitucionalidade pelos demais tribunais, através do controle de constitucionalidade difuso, quando da aprovação pela maioria absoluta dos membros do órgão especial fracionário, sob pena de nulidade da decisão, como aponta o artigo 97 da Constituição Federal, o qual preconiza a observância da cláusula de reserva.

A técnica somente pode ser empregada quando há um espaço no texto normativo deixado pelo legislador, possuindo a lei diversas possibilidades de aplicação e interpretação. Quando uma dessas hipóteses contraria a Lei Maior, aplica-se a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, a qual não altera gramaticalmente expressões ou frases, mas restringe ou bloqueia uma das situações antes abrangidas pela lei, alterando apenas sua incidência.

Para tanto, adota-se o princípio da divisibilidade ou parcelaridade, tendo em vista que há uma limitação parcial de abrangência, é necessário que partes do texto normativo subsistam de forma autônoma.

A forma de controle de constitucionalidade estudada tem como fundamento o equilíbrio do ordenamento jurídico, com fulcro em garantir segurança, já que pretende adequar o ato normativo à Carta Maior, conservando o texto criado pelo legislador. Todavia, é necessário cautela para que a decisão seguindo tal técnica, que é realizada pelo Poder Judiciário, não altere por completo o sentido da norma, fazendo do intérprete um legislador ativo e ultrapassando os limites do ativismo judicial.

REFERÊNCIAS

- AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Incidente de Arguição de inconstitucionalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 101-103.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional**. Editora: Saraiva, 2º ed. 2010, p. 126-127
- BRASIL, Lei nº 8.906 de 4 de Julho de 1994. **Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)**. Brasília – DF. Julho de 1994

BRASIL, Lei nº 9.868 de 10 de Novembro de 1999. **Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.** Brasília – DF. Novembro de 1999

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 319. Ministro Relator: Moreira Alves. Brasília, DF. Decisão publicada no DJ em 30 abr. 1993. Disponível em: <

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+319%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+319%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em 17 jan. 2020

FREITAS, Danielli Xavier. **Apontamento sobre a técnica de declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade no julgamento das normas sobre número de deputados no STF.** 2014. Disponível em:

<https://daniellixavierfreitas.jusbrasil.com.br/artigos/139237073/apontamentos-sobre-a-tecnica-da-declaracao-de-inconstitucionalidade-sem-pronuncia-de-nulidade-no-julgamento-das-normas-sobre-numeros-de-deputados-no-stf>. Acesso em: 13 de jan. 2020

HEINEN, Juliano. **Diferenças entre o instituto da interpretação conforme a constituição e a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto.**

Escola Superior de advocacia pública, 1 jan. 2009. Disponível em:

<http://www.esapergs.org.br/site/arquivos/tese_1299781315.pdf> Acesso em: 20 jan. 2019.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional.** São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003, p. 173.

LEAL. Mônia Clarissa Henig. **Interpretação conforme a constituição x nulidade parcial sem redução de texto:** semelhanças, diferenças e reflexão sobre sua operacionalização pelo Supremo Tribunal Federal. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta. (Org.). *Direitos Sociais & Políticas Públicas.* Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2006, t. 6, p. 1568.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional.** 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MORAES cassa decisão que afastou aplicação de lei sem respeitar reserva de plenário.

Migalhas, São Paulo, 11 abr. 2018. Disponível em:

<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI278268,21048->

Moraes+cassa+decisao+que+afastou+aplicacao+de+lei+sem+respeitar. Acesso em: 19 jan. 2020.

PAZ, Samuel Mota de Aquiro. **Inconstitucionalidade parcial sem redução de texto x interpretação conforma à Constituição**. 2014. Disponível em:

http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/38487/inconstitucionalidade-parcial-sem-reducao-de-texto-x-interpretacao-conforme-a-constituicao#_ftn4. Acesso em: 30 de jan. 2020.

SILVA, Mariana Faraco Siqueira; **A declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto como técnica decisória autônoma da justiça constitucional brasileira**; Mestrado em Direito: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC; São Paulo, 2010

STF – Ação direta de inconstitucionalidade nº 1.063-8 – Medida liminar (DJU 27.04.2001, SEÇÃO 1, p. 57) PROCED: DISTRITO FEDERAL RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO REQTE.: PARTIDO SOCIAL CRISTÃO - PSC ADV: LUIZ CARLOS BETTIOL REQDO.: PRESIDENTE DA REPÚBLICA REQDO.: CONGRESSO NACIONAL. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/artigo/6087-Jurisprudencia-Constitucional-Substantive-due-process-of-law-e-funcao-legislativa-Principio-da-razoabilidade>. Acesso em: 20 de jan. 2020

STF. HABEAS CORPUS: HC 70514 RS. Relator: Ministro Sydney Sanches. DJ: 23/03/1994. JusBrasil, 1997. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14706387/habeas-corpus-hc-70514-rs?ref=serp>. Acesso em: 15 jan. 2020

STF – ARE: 1195532 RS – RIO GRANDE DO SUL, Relator: Min. ALEXANDRE DE MORAES, Data de Julgamento: 01/09/2019, Data de Publicação: DJe-170 06/08/2019 TJ-MS – **Arguição de Inconstitucionalidade**: 16012406020148120000 MS 1601240-60.2014.8.12.0000, Relator: Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Data de Julgamento: 25/06/2014, Órgão Especial, Data de Publicação: 27/06/2014. Disponível em: <https://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/127356817/arguicao-de-inconstitucionalidade-16012406020148120000-ms-1601240-6020148120000/inteiro-teor-127356827?ref=juris-tabs>. Acesso em: 18 jan. 2020.

TRF-4 – ARGUINC: 9007 SC 2009.72.00.009007-2, Relator: RICARDO TEIXEIRA DO VALLE PEREIRA, Data de Julgamento: 26/04/2012, CORTE ESPECIAL, Data de Publicação: D.E 11/05/2012)

ZAVASCKI, Teori Albino. **Embargos à execução com eficácia rescisória**: sentido e alcance do art. 741, parágrafo único, do CPC. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, nº 1510,

20 ago. 2007. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/10296/embargos-a-execucao-com-eficacia-rescisoria>. Acesso em: 18 jan. 2020.