

# Declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade

Estudo de caso sobre a criação inconstitucional de municípios

JOSÉ S. CARVALHO FILHO

**Resumo:** O artigo apresenta a necessidade de técnicas de decisão na jurisdição constitucional que vão além do binômio constitucionalidade-nulidade do ato normativo impugnado. Com base no estudo de caso sobre a criação inconstitucional de municípios, o estudo é focado na técnica da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, com o escopo de refletir sobre suas peculiaridades, limites e possibilidades de utilização para o enfrentamento de problemas do contencioso constitucional contemporâneo.

**Palavras-chave:** Jurisdição constitucional. Criação de municípios. Declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade.

## Unconstitutionality without nullity in brazilian judicial review: the case of the unconstitutional creation of municipalities

**Abstract:** This article presents the need for new decision-making techniques in judicial review in order to find new kind of solutions, beyond the constitutionality-nullity binomial. Analysing a case about the unconstitutional creation of municipalities in Brazil, the study focuses on the decision of unconstitutionality without nullity, with the scope to reflect about the peculiarities, the limits and the possibilities of use of this technique to overcome some contemporary problems of judicial review.

**Keywords:** Judicial review. Creation of municipalities. Unconstitutionality without nullity.

Recebido em 8/10/19  
Aprovado em 18/10/19

## 1 Introdução

O constitucionalismo contemporâneo não mais se satisfaz com a solução dicotômica clássica proposta pela jurisdição constitucional, cujas únicas opções de decisão são a atestação de constitucionalidade da norma jurídica objeto de controle ou a declaração de inconstitucionalidade e a consequente aplicação do dogma da nulidade.

Com efeito, seja em decorrência de autorização legal, seja mediante construção jurisprudencial, tanto no ordenamento jurídico brasileiro como no Direito Comparado, o controle de constitucionalidade admite hoje diversas técnicas de decisão diferenciadas, que emergem para solucionar casos em que o dualismo proposto pelo sistema clássico não é suficiente para sanar a inconstitucionalidade.

São exemplos dessas técnicas de decisão em controle de constitucionalidade: a interpretação conforme a Constituição, a modulação temporal dos efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade, as decisões manipulativas de efeitos aditivos e/ou modificativos, a atestação de norma em processo de inconstitucionalização e a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade. Este último método de decisão é o objeto deste artigo, em que se reflete sobre o tema com base em estudo de caso sobre a criação inconstitucional de municípios brasileiros.

Inicialmente, apresenta-se a técnica da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, bem como sua justificativa no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro. Em seguida, analisa-se a jurisprudência do STF acerca desse modelo de decisão, especificamente no que diz respeito à criação de municípios no federalismo brasileiro. Finalmente, lançam-se algumas reflexões sobre a eficiência e os limites desse tipo de decisão.

## 2 A sofisticação do contencioso constitucional e o fim do dualismo decisional

O dogma da nulidade adotado pelo Brasil decorre de inspiração em doutrina e jurisprudência estadunidenses, as quais defendem que a consequência para a constatação de inconstitucionalidade de dado ato jurídico deve ser a sua declaração de nulidade, diante do aforismo segundo o qual “the unconstitutional statute is not law at all” (WILLOUGHBY, 1910, p. 9-10; COOLEY, 1878, p. 227). A propósito, Canotilho (1986, p. 729) sustenta que a nulidade da lei inconstitucional representa um “silogismo tautológico”: 1) a lei inconstitucional é nula; 2) a lei é nula

porque é inconstitucional; 3) a inconstitucionalidade reconduz à nulidade, e a nulidade, à inconstitucionalidade.

Ocorre que esse caráter extremista do contencioso constitucional (DRAGO, 2011, p. 16-17)<sup>1</sup> é duramente criticado, por limitar o poder de decisão do juiz constitucional. Há casos em que o dualismo proposto pelo sistema clássico – nulidade/constitucionalidade da lei – não se mostra hábil a contornar ou poderia mesmo agravar o estado de inconstitucionalidade da situação analisada. García de Enterría (1989, p. 12-13) chega a afirmar que, em certos casos, a declaração de nulidade de uma lei pode implicar verdadeira catástrofe.

Assim, o princípio da nulidade não deve e não pode ser encarado como absoluto. Di Manno (1997, p. 189-190), por exemplo, sustenta que o esquema clássico da jurisdição constitucional é uma espécie de berlinda da qual o juiz deve se libertar, para seguir também linhas decisórias alternativas.

Nesse contexto, o caráter ortodoxo das decisões tomadas no seio do contencioso constitucional, que ficou enclausurado durante muito tempo em um sistema binário, deve ceder lugar a modelos de decisão alternativos, como a interpretação conforme a Constituição, a modulação temporal de efeitos da decisão de inconstitucionalidade e a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade. O controle de constitucionalidade admite hoje diversas técnicas de decisão diferenciadas.

Apesar de certos autores ainda defenderem estritamente o paradigma da função de legislador negativo<sup>2</sup> do juiz (KELSEN, 1928, p. 224) como condição de legitimidade da jurisdição constitucional (BUSTAMANTE, 2013, p. 15-31), é fato que a adoção de técnicas alternativas de decisão ganha amplitude em diversos países do mundo. Além do Brasil, Portugal, Itália, Colômbia, Chile, Canadá, Suíça, Alemanha e Estados Unidos, entre outros, já aderiram ao movimento do constitucionalismo contemporâneo de expandir os tipos de técnicas de decisão em controle de constitucionalidade (SILVA, 2006, p. 191-210).<sup>3</sup>

Gilmar Mendes defende que a experiência do Direito Comparado demonstra forte tendência no sentido da universalização de alternativas

---

<sup>1</sup>O contencioso constitucional é definido por Drago (2011) como expressão que designa o conjunto de litígios sobre a contestação de constitucionalidade dos atos subordinados à Constituição, bem como os procedimentos e técnicas cujo escopo é solucionar os litígios.

<sup>2</sup>Segundo Kelsen (1928), a diferença entre a função jurisdicional e a função legislativa consiste, antes de tudo, no fato de que esta última cria normas gerais, ao passo que a primeira cria apenas normas individuais. No que diz respeito à jurisdição constitucional, Kelsen complementa afirmando que anular uma lei é apresentar uma norma geral, pois a anulação tem o mesmo caráter genérico da criação. Assim, para o autor, é possível dizer que o juiz constitucional exerce função legislativa com sinal invertido.

<sup>3</sup>Virgílio Afonso da Silva escreveu precioso trabalho sobre o manejo da técnica de interpretação conforme a Constituição em diversos contextos no Direito Comparado.

à técnica de nulidade. Segundo o autor, independentemente do modelo de controle adotado – concentrado ou difuso –, a criação de técnicas de decisão diferenciadas na jurisdição constitucional é comum aos mais diversos sistemas, seja por meio de previsões constitucionais ou legais, seja com base em simples opção de política judiciária (BRASIL, 2007a).

Nessa conjuntura, o Direito Constitucional aposta em novas possibilidades de atuação do juiz no contencioso constitucional. Ao rediscutir o significado do termo “legislador negativo”, Viala (1999, p. 64) sustenta que a função da jurisdição constitucional vai além de simplesmente atrapalhar a atuação do Parlamento, e Behrendt (2006) propõe o termo “legislador-balizador positivo” para o juiz constitucional.

No Brasil, especialmente a partir da edição da Lei nº 9.868/1999 (BRASIL, [2009a]), ficou clara a opção legislativa em adotar fórmulas alternativas à pura e simples declaração de nulidade. O parágrafo único do art. 28 dessa lei dispõe expressamente sobre o efeito vinculante das decisões de interpretação conforme a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) (BRASIL, [2019a]) e de declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto. Além disso, Gilmar Mendes defende que a CRFB possibilitou o desenvolvimento sistemático de uma declaração de inconstitucionalidade com limitação de efeitos (sem a pronúncia da nulidade), na medida em que atribuiu particular significado ao controle de constitucionalidade da chamada omissão do legislador (MENDES; BRANCO, 2016, p. 1.358). Esta técnica de decisão, declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, é bastante ilustrativa do fenômeno mundial de expansão da jurisdição constitucional.

No controle de constitucionalidade, a consequência fundamental da decisão que reconhece a existência de omissão parcial é a suspensão de aplicação da norma. Entretanto, é preciso reconhecer que a aplicação da lei, mesmo após a pronúncia de sua inconstitucionalidade, pode ser exigida pela própria CRFB, sobretudo nos casos em que a sua aplicação se mostra indispensável no período de transição, até a promulgação da nova lei (MENDES; BRANCO, 2016, p. 1.363). Igualmente, a aplicação da lei se impõe nos casos em que a decretação de nulidade agravaria ainda mais o estado de inconstitucionalidade.

O Supremo Tribunal Federal (STF) tem alguns precedentes relevantes em que adotou a técnica de decisão da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade. No julgamento do Recurso Extraordinário com Repercussão Geral 567.985, sobre o critério objetivo de  $\frac{1}{4}$  do salário mínimo de renda familiar *per capita* para fins de concessão de benefício assistencial de prestação continuada, a Corte declarou a inconstitucionalidade, sem pronúncia de nulidade, do art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/1993 (BRASIL, 2013b, [2019b]). Essa fórmula foi igualmente utilizada no

juízo de diversas ações relativas ao Fundo de Participação dos Estados (FPE), ocasião em que o STF declarou a inconstitucionalidade, sem pronúncia de nulidade, de dispositivos da Lei Complementar nº 62/1989, ressaltando a sua aplicação *pro futuro*, pelo prazo fixado – até 31 de dezembro de 2012 (BRASIL, 2010, [2013a]).

Neste trabalho, analisa-se a técnica da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, bem como seus limites e possibilidades, com base em estudo de caso relativo à criação inconstitucional de municípios no Brasil.

### **3 A criação inconstitucional de municípios e a solução apresentada pela jurisprudência do STF**

No federalismo brasileiro, as reformulações territoriais relativas aos entes federativos atípicos denominados municípios são disciplinadas pelo art. 18, § 4º, da CRFB, que assim dispõe sobre o tema:

Art. 18 [...]

§ 4º A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por Lei Complementar Federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei (BRASIL, [2019a]).

Tal dispositivo, cuja redação atual decorre da Emenda Constitucional (EC) nº 15, de 12 de setembro de 1996 (BRASIL, 1996),<sup>4</sup> estabeleceu os

<sup>4</sup>Essa emenda foi objeto de impugnação no STF, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 2.395, de relatoria do ministro Gilmar Mendes. Entretanto, o pedido da ação foi julgado improcedente, com a consequente declaração de constitucionalidade da norma (BRASIL, 2007b).

requisitos para a criação, incorporação, fusão e desmembramento de municípios no Brasil: 1) A modificação territorial deve ser promovida por lei estadual; 2) A alteração deve ocorrer dentro do período determinado por lei complementar federal; 3) É necessária consulta plebiscitária às populações dos municípios envolvidos, com a ressalva de que a imposição abrange toda a população afetada pela modificação territorial (no caso de desmembramento, deve envolver tanto a população do território a ser desmembrado quanto a do território remanescente) (BRASIL, 2011).

Portanto, desde a promulgação da EC nº 15/1996, as reformulações territoriais de municípios, além de respeitar outros requisitos (formalização por meio de lei estadual e consulta às populações interessadas), deveriam se realizar dentro do período fixado por lei complementar federal.

Ocorre que o legislador federal não cumpriu seu dever constitucional de editar a lei complementar em que se estabelecem os prazos para as modificações territoriais de municípios, ocasionando a configuração de inconstitucionalidade por omissão.

Paralelamente, a despeito da inexistência de lei complementar federal, alguns Estados promulgaram leis reorganizando os territórios de seus municípios; porém, diante do não atendimento dos requisitos previstos na CRFB, essas leis são formalmente inconstitucionais.

Nesse contexto, instalou-se situação de dupla inconstitucionalidade: no plano federal, a inércia legislativa quanto à edição da lei complementar federal implicou inconstitucionalidade por omissão; por seu turno, em âmbitos estaduais, a reorganização de territórios municipais foi promovida por atos inconstitucionais, tendo em vista que não se respeitou um dos requisitos expressamente estabelecidos pela CRFB – modificação territorial dentro do período fixado em

lei complementar federal. Essas duas questões foram submetidas a julgamento do STF.

Quanto à omissão inconstitucional, o STF julgou a ADI 3.682 (BRASIL, 2007e).<sup>5</sup> Na oportunidade, a Corte assentou, em síntese, que, diante do transcurso de mais de dez anos desde a promulgação da EC nº 15/1996, sem a lei complementar federal definidora do período dentro do qual poderão tramitar os procedimentos de reorganização territorial de municípios, era preciso reconhecer a mora legislativa em relação ao cumprimento do dever constitucional de legislar. Ademais, a Corte afirmou que a omissão normativa federal acabou dando ensejo à instituição de estados de inconstitucionalidade (e.g. criações inconstitucionais de municípios), os quais não podem ser ignorados pelo legislador na elaboração da lei complementar federal. Assim, o STF declarou a mora do Congresso Nacional e indicou o prazo de dezoito meses para que adotasse todas as providências legislativas impostas pelo art. 18, § 4º, da CRFB.

No que diz respeito a leis estaduais que reformularam territorialmente municípios, diversos casos<sup>6</sup> foram julgados pelo STF, tendo maior destaque o precedente sobre a criação do município baiano Luís Eduardo Magalhães.

Na ADI 2.240 (BRASIL, 2007a), proposta pelo Partido dos Trabalhadores, questionou-se a Lei nº 7.619, de 30 de março de 2000, do Estado da Bahia (BAHIA, 2000), a qual criou o município Luís Eduardo Magalhães. Segundo o autor da ADI, a lei seria flagrantemente inconstitucional, uma vez que foi publicada após a EC nº 15/1996 e na pendência de lei complementar federal definidora do período em que

os municípios poderiam ser criados. Alegou-se, ainda, que a criação desse município se deu em ano eleitoral e que o princípio democrático foi violado, na medida em que apenas parte da população interessada se manifestou sobre essa reorganização territorial.

O processo foi distribuído ao ministro Eros Grau, que procedeu à instrução do feito, determinando a requisição de informações às autoridades que editaram o ato normativo, a manifestação da Advocacia-Geral da União e a remessa dos autos à Procuradoria-Geral da República, para parecer.

Tanto o governador quanto a Assembleia Legislativa do Estado da Bahia posicionaram-se pela constitucionalidade da lei, defendendo, em síntese, a higidez do processo legislativo adotado, a realização de consulta plebiscitária e a razoabilidade do período em que se criou o município – entre um ano, no máximo, e seis meses, no mínimo, das eleições municipais.

O advogado-geral da União pugnou pela procedência do pedido, seja porque a lei estadual foi editada na pendência da lei complementar federal que deveria dispor sobre o período de sua edição, seja porque a consulta plebiscitária efetuada não respeitou os ditames constitucionais.

O procurador-geral da República também se manifestou no sentido da inconstitucionalidade da norma atacada, diante da flagrante violação do texto constitucional pela lei baiana, que não cumpriu as condições insertas no art. 18, § 4º, da CRFB.

Na sessão plenária de 18/5/2006, o STF deu início ao julgamento desse caso paradigmático. Naquela ocasião, o ministro Eros Grau proferiu voto em que reconheceu o estado de inconstitucionalidade na criação do município Luís Eduardo Magalhães; entretanto, apresentou diversas ressalvas que justificariam a improcedência do pedido de declaração de inconstitucionalidade do ato impugnado.

<sup>5</sup> A rigor, trata-se de ADI por omissão, mas, até o advento da Lei nº 12.063/2009 (BRASIL, 2009b), o STF não tratava como classes processuais distintas as ADIs por ação e por omissão.

<sup>6</sup> Por todas, citem-se as ADIs 2.240, 3.316, 3.489 e 3.689 (BRASIL, 2007a, 2007c, 2007d, 2007f).

Em seu voto, o ministro Eros Grau ponderou que, apesar de a lei do Estado da Bahia realmente ser inconstitucional, em virtude da ausência de lei complementar federal prevista na CRFB (art. 18, § 4<sup>o</sup>), não se poderia ignorar a existência de situação de fato consolidada. Segundo o relator, o princípio da segurança jurídica impõe o reconhecimento e o acolhimento da força normativa dos fatos. Em outros termos, considerando que o município Luís Eduardo Magalhães assumiu existência de fato como ente federativo dotado de autonomia havia mais de seis anos, o ministro Eros Grau rechaçou a possibilidade de a Corte realizar mero exercício de subsunção, para declarar a inconstitucionalidade da norma.

Ora, o município em foco já tinha lei orgânica própria, tinha legislado sobre assuntos de interesse local, já realizara eleições (de prefeito, vice-prefeito e vereadores) com respaldo da Justiça Eleitoral, instituíra e arrecadara tributos de sua competência, exercera poder de polícia, prestara serviço público de interesse local, fora área de celebração de casamentos, bem como de registros de nascimentos e óbitos etc. Nada disso poderia ser simplesmente ignorado e/ou desconstituído pela Corte, notadamente quando se considera que o STF poderia ter suspenso a aplicação da lei desde julho de 2000, quando foi ajuizada a ADI, quatro meses apenas após a edição da lei estadual.

Portanto, consolidada a situação de fato, incumbe verificar o que menos compromete a força normativa futura da CRFB e sua função de estabilização. Segundo o ministro Eros Grau, o princípio da segurança jurídica prospera em favor da preservação do município, razão por que seu voto foi pela improcedência do pedido de declaração de inconstitucionalidade.

Após o voto do relator, o ministro Gilmar Mendes pediu vista dos autos para melhor examinar a questão. O julgamento só foi retomado na sessão de 9/5/2007, oportunidade em que, por meio de voto-*vista* denso, o ministro apresentou significativas contribuições para o aperfeiçoamento das técnicas de decisão em controle de constitucionalidade no Brasil.

De início, o ministro Gilmar Mendes pontuou que se estava a definir os contornos que a decisão do STF deveria assumir para que fosse, na maior medida possível, menos gravosa à realidade fundada sobre a nova unidade federativa. Em seguida, decretou que a solução para o problema não poderia advir da simples decisão de improcedência da ação.

Sobre o tema, são lembradas as lições de Miranda (1991), para quem a fixação dos efeitos da inconstitucionalidade tem o escopo de adequá-los às situações da vida, de ponderar o seu alcance e de flexibilizar a rigidez que o sistema binário pode comportar. Objetiva-se evitar que, para fugir de consequências demasiadamente gravosas da declaração de nulidade, o juiz constitucional seja compelido a não decidir pela ocor-

rência de inconstitucionalidade. Trata-se, assim, de válvula de segurança da própria finalidade e da efetividade da jurisdição constitucional (MIRANDA, 1991, p. 500).

Feitas essas considerações, o ministro Gilmar Mendes passou a discorrer sobre a necessidade de decisões diferenciadas que aperfeiçoem o controle de constitucionalidade. Para ele, o princípio da nulidade da lei inconstitucional tem peso elevado, mas precisa ser ponderado com o princípio da segurança jurídica, o que permitiria o recurso a técnicas inovadoras de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos.

É exatamente disso que se trata no caso em exame. Diante da existência de fato do município Luís Eduardo Magalhães, bem como de sua consolidação ao longo de mais de seis anos, assume peculiar relevo o princípio da proporcionalidade em sentido estrito. Como assevera Medeiros (1999), é preciso ponderar se as consequências da declaração de nulidade da norma jurídica que instituiu o ente federativo são excessivas. Dito de outro modo, para efeito de ponderação dos diferentes interesses em jogo, impõe-se o confronto entre os interesses afetados pela lei inconstitucional e aqueles que seriam sacrificados como corolário da declaração de inconstitucionalidade com eficácia retroativa (MEDEIROS, 1999, p. 703).

Nesse contexto de ponderação, constata-se que não se deve declarar a nulidade de uma lei que acarrete caos jurídico. Isso porque o princípio da nulidade cede lugar ao princípio da segurança jurídica, pois a aplicação continuada da lei por diversos anos tornou impossível a declaração de sua nulidade. É verdade que a nulidade da lei inconstitucional tem caráter de princípio geral, entretanto não incide nos casos em que se revela absolutamente inidôneo à finalidade perseguida, notadamente em situações de omissão, exclusão de benefício incompatível

com o princípio da isonomia ou, como ocorre no caso analisado, em que a sua aplicação traria danos para o próprio sistema jurídico constitucional (grave ameaça à segurança jurídica).

Finalmente, o ministro Gilmar Mendes relembrou a introdução do art. 27 da Lei nº 9.868/1999 no ordenamento brasileiro, que passou a permitir a modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade das leis, desde que haja razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social que justifique o afastamento do princípio da nulidade e pelo menos dois terços dos membros do STF manifestem-se nesse sentido. Esse dispositivo legal autoriza o STF a atribuir efeitos prospectivos à declaração de inconstitucionalidade da norma jurídica examinada.

Com base no exposto, o ministro Gilmar Mendes concluiu seu voto declarando a inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade da lei estadual que instituiu o município Luís Eduardo Magalhães, mantendo a sua vigência pelo lapso temporal de 24 meses.<sup>7</sup> Depois desse voto, o ministro Eros Grau reajustou sua posição, para incorporar as sugestões feitas pelo ministro Gilmar Mendes e também votar pela declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade da referida lei.

Tomados os demais votos, o pedido da ação foi julgado procedente, à unanimidade,<sup>8</sup> nos termos do voto do ministro Gilmar Mendes e do voto reajustado do ministro Eros Grau.

Trata-se de um dos mais relevantes precedentes do STF acerca de técnicas alternativas

<sup>7</sup> Registre-se que o período de 24 meses foi fixado porque a Corte entendeu tratar-se de lapso temporal razoável dentro do qual o legislador estadual poderia reapreciar o tema, tendo como base os parâmetros que deveriam ser fixados em lei complementar federal, conforme a já mencionada decisão proferida na ADI 3.682.

<sup>8</sup> Houve divergência apenas do ministro Marco Aurélio quanto à modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, uma vez que ele defendeu a manutenção da tese da nulidade da lei inconstitucional.

de decisão em controle de constitucionalidade, especialmente no que diz respeito à declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade.

Como se viu, as contribuições do ministro Gilmar Mendes foram cruciais para a conclusão do julgamento. Embora o ministro Eros Grau tenha permanecido relator do feito, foi a proposta lançada pelo ministro Gilmar Mendes que prevaleceu para resolver o problema da criação inconstitucional de municípios brasileiros.

A título de curiosidade, registre-se que, após esse julgamento do STF, o Congresso Nacional editou a EC nº 57/2008 (BRASIL, 2008), por meio da qual convalidou os atos de criação, fusão, incorporação e desmembramento de municípios, cuja lei tenha sido publicada até 31 de dezembro de 2006, atendidos os requisitos estabelecidos na legislação do respectivo Estado à época de sua criação.

Desse modo, houve a construção de solução dialógica entre o STF e o Congresso Nacional para o enfrentamento da questão relativa à criação inconstitucional de municípios até 31 de dezembro de 2006. Embora essa medida seja parcial e pontual – uma vez que não foi editada uma lei complementar federal estabelecendo prazo para a reorganização territorial –, ela configura efetivo diálogo institucional no controle de constitucionalidade (VICTOR, 2015), um dos instrumentos democráticos contemporâneos de solução de conflito do contencioso constitucional.

#### **4 Contribuições e limites da incorporação da decisão de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade: notas conclusivas**

É fato que decisões alternativas ao sistema ortodoxo binário de jurisdição constitucional

(nulidade/constitucionalidade da lei) ganham amplitude no constitucionalismo mundial. Entretanto, certas fórmulas novas são bastante questionadas, especialmente quando se tenta colmatar lacunas no controle de omissões inconstitucionais.

Entre outras críticas, ou o juiz constitucional recebe a alcunha de ativista – se, por exemplo, adota posição concretista em julgamento de mandado de injunção –, ou a efetividade da decisão alternativa é refutada – se o juiz constitucional se limita a declarar a mora da autoridade legislativa responsável pela omissão normativa.

Ainda quando se adota posição intermediária – nem concretista, nem declaração de mora *tout court* – com fixação de prazo considerado razoável para que o legislador edite o ato normativo inexistente, não há consequência jurídica a ser aplicada pelo Judiciário em caso de persistência da omissão das autoridades legislativas, nem mesmo após o esgotamento do prazo fixado. No máximo, o juiz constitucional poderia tentar avançar para a adoção de posição concretista, se as circunstâncias do caso concreto permitissem, como ocorreu no precedente sobre o direito de greve dos servidores públicos, em que o STF invocou a aplicação analógica da lei de greve da iniciativa privada (BRASIL, 2007g).

No caso da reorganização territorial de municípios, a despeito de o STF ter reconhecido a mora legislativa e indicado o prazo de 18 meses para que o ato fosse editado, a lei complementar federal a que se refere o art. 18, § 4º, da CRFB não foi elaborada até o presente momento – mais de uma década após o julgamento da ADI 3.682.

Ocorre que, não obstante o decurso do prazo indicado para a colmatação da lacuna normativa pelo Congresso Nacional, o princípio da separação dos Poderes limita a atuação do

juiz constitucional, de modo a restringir a possibilidade de fixação, por decisão judicial, do período em que os municípios brasileiros ficariam autorizados a se reorganizar territorialmente, enquanto não sobrevém a lei complementar federal a que se refere a CRFB.

Felizmente, quanto aos municípios criados até 31 de dezembro de 2006 – caso de Luís Eduardo Magalhães –, a EC nº 57, de 18 de dezembro de 2008, convalidou suas respectivas leis instituidoras, por meio da inclusão do art. 96 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Assim, a situação foi resolvida para o passado, mas a mora legislativa quanto à edição da lei complementar federal definidora de prazos para reformulações territoriais de municípios ainda persiste.

Feitas essas considerações, não se podem negligenciar as contribuições significativas que a jurisprudência do STF ofereceu para o aperfeiçoamento da jurisdição constitucional brasileira. Com efeito, o desenvolvimento de novas técnicas de decisão, como a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, com indicação de prazo para atuação legislativa, representa uma conquista da Justiça constitucional.

Entretanto, a fragilidade dessa fórmula de decisão, que não prevê consequências para o descumprimento do prazo indicado pelo juiz constitucional, revela que ainda é necessário aprimorar as técnicas de decisão diferenciadas, notadamente no enfretamento do tormentoso problema do controle de omissões inconstitucionais.

Se, por um lado, o STF deve pautar sua atuação, pelo menos como regra geral, levando em consideração o paradigma do legislador negativo, por outro, não deve admitir o esvaziamento de suas decisões.

No caso da reorganização territorial de municípios, a indicação de prazo para a edição de lei complementar federal (art. 18, § 4º, da CRFB), sem qualquer consequência para a sua inobservância, seria apenas tentativa simbólica de evoluir; contudo, a rigor, a efetividade do julgado seria tão inexpressiva quanto à de uma declaração de mora pura e simples.

### **Sobre o autor**

José S. Carvalho Filho é doutor em Direito Público pela Aix-Marseille Université, França; mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público de Brasília, Brasília, DF, Brasil; pós-doutorando em Direitos Sociais pela Universidade de Salamanca, Espanha; professor de Direito Constitucional na Escola de Direito de Brasília, Brasília, DF, Brasil; assessor de ministro do Supremo Tribunal Federal.  
E-mail: jscarvalhofilho@gmail.com

## Como citar este artigo

(ABNT)

CARVALHO FILHO, José S. Declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade: estudo de caso sobre a criação inconstitucional de municípios. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 57, n. 225, p. 151-163, jan./mar. 2020. Disponível em: [http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/225/ril\\_v57\\_n225\\_p151](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/225/ril_v57_n225_p151)

(APA)

Carvalho, J. S., Fº. (2020). Declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade: estudo de caso sobre a criação inconstitucional de municípios. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 57(225), 151-163. Recuperado de [http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/225/ril\\_v57\\_n225\\_p151](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/225/ril_v57_n225_p151)

## Referências

BAHIA. *Lei nº 7.619, de 30 de março de 2000*. Cria o município de Luís Eduardo Magalhães, desmembrado do município de Barreiras. [Salvador]: Leis Estaduais, 2000. Disponível em: <http://leisestaduais.com.br/ba/lei-ordinaria-n-7619-2000-bahia-cria-o-municipio-de-luis-eduardo-magalhaes-desmembrado-do-municipio-de-barreiras>. Acesso em: 11 dez. 2019.

BEHRENDT, Christian. *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif: une analyse comparative en droit français, belge et allemand*. Bruxelles: Bruylant; Paris: LGD], 2006.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2019a]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 9 dez. 2019.

\_\_\_\_\_. *Emenda Constitucional nº 15, de 12 de setembro de 1996*. Dá nova redação ao § 4º do art. 18 da Constituição Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 1996. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc15.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc15.htm). Acesso em: 11 dez. 2019.

\_\_\_\_\_. *Emenda Constitucional nº 57, de 18 de dezembro de 2008*. Acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para convalidar os atos de criação, fusão, incorporação e desmembramento de Municípios. Brasília, DF: Presidência da República, 2008. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc57.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc57.htm). Acesso em: 11 dez. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei Complementar nº 62, de 28 de dezembro de 1989*. Estabelece normas sobre o cálculo, a entrega e o controle das liberações dos recursos dos Fundos de Participação e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2013a]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/LCP/Lcp62.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp62.htm). Acesso em: 11 dez. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993*. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2019b]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8742.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8742.htm). Acesso em: 10 dez. 2019.

\_\_\_\_\_. *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: Presidência da República, [2009a]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm). Acesso em: 10 dez. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 12.063, de 27 de outubro de 2009*. Acrescenta à Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, o Capítulo II-A, que estabelece a disciplina processual da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Brasília, DF: Presidência da República, 2009b. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Lei/L12063.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12063.htm). Acesso em: 11 dez. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 875/DF*. Ações diretas de inconstitucionalidade (ADI nº 875/DF, ADI nº 1.987/DF, ADI nº 2.727/DF e ADI nº 3.243/DF). Fungibilidade entre as ações diretas de inconstitucionalidade por ação e por omissão [...]. Requerente: Governador do Estado do Rio Grande do Sul e outros. Requerido: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Min. Gilmar Mendes, 24 de fevereiro de 2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610258>. Acesso em: 9 dez. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.240/BA*. Ação direta de inconstitucionalidade. Lei n. 7.619/00, do Estado da Bahia, que criou o município de Luís Eduardo Magalhães. Inconstitucionalidade de lei estadual posterior à EC 15/96 [...]. Requerente: Partido dos Trabalhadores – PT. Requerido: Governador do Estado da Bahia; Assembleia Legislativa do Estado da Bahia. Relator: Min. Eros Grau, 9 de maio de 2007a. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=474616>. Acesso em: 9 dez. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.395/DF*. Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Emenda Constitucional nº 15/1996, que deu nova redação ao § 4º do art. 18 da Constituição Federal. Modificação dos requisitos constitucionais para a criação, fusão, incorporação e desmembramento de municípios [...]. Requerente: Mesa da Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. Requerido: Congresso Nacional. Relator: Min. Gilmar Mendes, 9 de maio de 2007b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=528743>. Acesso em: 9 dez. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.650/DF*. Ação direta de inconstitucionalidade. Artigo 7º da Lei 9.709/98. Alegada violação do art. 18, § 3º, da Constituição. Desmembramento de estado-membro e município. Plebiscito. Âmbito de consulta [...]. Requerente: Mesa da Assembleia Legislativa do Estado de Goiás. Interessado: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Min. Dias Toffoli, 24 de agosto de 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629700>. Acesso em: 9 dez. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.316/MT*. Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 6.893, de 28 de janeiro de 1998, do Estado do Mato Grosso, que criou o município de Santo Antônio do Leste. Inconstitucionalidade de lei estadual posterior à EC 15/96 [...]. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Governador do Estado de Mato Grosso; Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso. Relator: Min. Eros Grau, 9 de maio de 2007c. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=469700>. Acesso em: 11 dez. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.489/SC*. Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 12.294, de 22 de junho de 2002, do Estado de Santa Catarina, que anexou a localidade de Vila Arlete, desmembrada do município de Campos Novos, ao município de Monte Carlo [...]. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Governador do Estado de Santa Catarina; Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina. Relator: Min. Eros Grau, 9 de maio de 2007d. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=474624>. Acesso em: 11 dez. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.682/MT*. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Inatividade do legislador quanto ao dever de elaborar a lei complementar a que se refere o § 4º do art. 18 da Constituição Federal, na redação dada pela Emenda Constitucional nº 15/1996. Ação julgada procedente [...]. Requerente: Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso. Requerido: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Min. Gilmar Mendes, 9 de maio de 2007e. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=485460>. Acesso em: 11 dez. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.689/PA*. Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 6.066, do Estado do Pará, que alterando divisas, desmembrou faixa de terra do município de Água Azul do Norte e integrou-a ao município de Ourilândia do Norte [...]. Requerente: Partido do Movimento Democrático Brasileiro – PMDB. Requerido: Governador do Estado do Pará; Assembleia Legislativa do

Estado do Pará. Relator: Min. Eros Grau, 10 de maio de 2007f. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=469708>. Acesso em: 11 dez. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Mandado de Injunção 670/ES*. Mandado de Injunção. Garantia fundamental (CF, art. 37, inciso VII) [...]. Impetrante: Sindicato dos Servidores Policiais Civis do Estado do Espírito Santo – SINDPOL. Impetrado: Congresso Nacional. Relator originário: Min. Maurício Corrêa. Relator para o acórdão: Min. Gilmar Mendes, 25 de outubro de 2007g. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558549>. Acesso em: 9 dez. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Recurso Extraordinário 567.985/MT*. Recorrente: Instituto Nacional de Seguro Social – INSS. Interessado: União; Defensoria Pública-Geral da União; ANIS – Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do acórdão: Min. Gilmar Mendes, 18 de abril de 2013b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4614447>. Acesso em: 9 dez. 2019.

BUSTAMANTE, Thomas. L'interprétation juridique et la Cour Suprême Fédérale du Brésil: considérations sur le récent dépassement du positivisme juridique et sur la révision de la théorie du « législateur négatif ». *Les Cahiers de Droit*, [s. l.], v. 54, n. 1, p. 15-31, mars 2013. DOI: <https://doi.org/10.7202/1014281ar>. Disponível em: <https://www.erudit.org/en/journals/cd1/2013-v54-n1-cd0454/1014281ar.pdf>. Acesso em: 9 dez. 2019.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1986.

COOLEY, Thomas M. *A treatise on the constitutional limitations which rest upon the Legislative Power of the states of the American Union*. 4th ed. Boston: Little Brown & Co., 1878.

DI MANNO, Thierry. *Le juge constitutionnel et la technique des décisions « interprétatives » en France et en Italie*. Paris: Economica: PUAM, 1997.

DRAGO, Guillaume. *Contentieux constitutionnel français*. 3e éd. Paris: PUF, 2011.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Justicia constitucional: la doctrina prospectiva em la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales. *Revista de Direito Público*, [s. l.], v. 22, n. 92, p. 5-16, out./dez. 1989.

KELSEN, Hans. La garantie juridictionnelle de la Constitution: la justice constitutionnelle. *Revue de Droit Public et de Science Politique en France et à L'étranger*, [s. l.], v. 35, n. 35, p. 197-257, janv./déc. 1928.

MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica Ed., 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: Constituição*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1991. v. 1, t. 2.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação conforme a Constituição: entre a trivialidade e a centralidade judicial. *Revista Direito GV*, [s. l.], v. 2, n. 1, p. 191-210, jan./jun. 2006. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35221>. Acesso em: 10 dez. 2019.

VIALA, Alexandre. *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*. Paris: LGDJ, 1999. (Bibliothèque Constitutionnelle et de Science Politique, t. 92).

VICTOR, Sérgio Antonio Ferreira. *Diálogo institucional e controle de constitucionalidade: debate entre o STF e o Congresso Nacional*. São Paulo: Saraiva, 2015.

WILLOUGHBY, Westel Woodbury. *The constitutional law of the United States*. New York: Baker, Voorhis & Company, 1910. v. 1.