

O caráter eminentemente constitutivo da ação no controle de constitucionalidade¹

Lucas Oliveira Lopes da Motta²

Resumo

Este artigo visa promover uma reflexão crítica acerca da conformação dada à ação no controle jurisdicional de constitucionalidade pátrio, indagando seus pressupostos históricos e políticos, cotejando posições doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema e demonstrando a relevância do papel da doutrina de precisar conceitos jurídicos.

Palavras-chave: Sistema; Validade; Controle de Constitucionalidade; Ação Declaratória.

¹ Agradeço a Bruna Moura da Silva Guércio pelas críticas sempre construtivas e pelo imenso apoio.

² Aluno do 5º período da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora.

Abstract

This article intends to promote a critical reflection on the configuration given to the lawsuit in the local judicial review, questioning its historical and political assumptions, comparing theoretical and jurisprudential positions on the issue and demonstrating the important role of the legal theory in specifying legal concepts.

Keywords: System; Validity; Judicial Review; Declaratory Judgment.

I Introdução

O mito do legislador cem por cento racional desde há muito não angaria novos prosélitos. É cedo, hoje, que a produção normativa constitui-se num processo dialeticamente complexo, condicionada por (e condicionante de) vários fatores, dentre estes, a história de vida, as deficiências e a ideologia de cada legislador, bem como de cada órgão legiferante. Esta descrença em um poder legislativo perfeito, todavia, não é justificativa plausível para o comportamento passivo e positivista que muitos adotam em relação ao ordenamento jurídico vigente – sob o argumento de que este “é o melhor que se pode ter no momento”. De fato, inúmeros juristas limitam-se a descrever o que já está posto nos diplomas normativos, buscando soluções meramente pragmáticas, reduzindo, destarte, a doutrina jurídica – idealmente teórica – a uma doutrina puramente dogmática, que não se atreve a perscrutar as razões escusas dos textos normativos.

A consciência de que a normatização perfeita é um parâmetro que nunca será alcançado não põe fim à busca por essa perfeição, busca esta que deve ser incessante. O homem, como animal político, animal racional que é, tem o dever-poder³ de produzir – enquanto produtor de normas – e de exigir – enquanto destinatário das normas – um ordenamento jurídico o mais coerente possível, livre não somente das antinomias clássicas (relações de contradição e contrariedade)⁴, mas também de quaisquer incongruências no trato com os fatos e com os próprios institutos jurídicos. Neste mister, a doutrina pode (e deve) atuar como um importante instrumento, como se infere do esclarecimento de Marcelo Neves em sua distinta obra “*Teoria da inconstitucionalidade das leis*”, *in verbis*:

O problema do sistema global do Direito complica-se sobremaneira quando nele se integra o subsistema científico-jurídico [...]. Inegavelmente a Ciência do

³ Utilizamos a expressão “dever-poder”, cunhada por Celso Antônio Bandeira de Mello (2011, pp. 71-72) em contraposição ao “poder-dever” de Santi Romano. Não obstante se refira originariamente aos atos administrativos, entendemos que, por analogia, tal expressão pode ser aplicada no presente estudo, embora o dever da sociedade de exigir uma prestação normativa racional não seja um dever funcional, mas um compromisso ético.

⁴ Sobre antinomias, cf. Norberto Bobbio, *Teoria do ordenamento jurídico*, Brasília, Universidade de Brasília, 1999, pp. 81-86.

Direito, enquanto subsistema nomoempírico teórico, é sempre condicionada pelo contexto fático-normativo-ideológico; e, reciprocamente, ela influi na mutação semântica das conexões de sentido normativo-jurídicas, atingindo assim os valores jurídicos e a prática jurídica. (NEVES, 1988, p. 15)

Afastando-se da fastidiosa discussão sobre ter ou não ter o direito uma ciência *stricto sensu* própria,⁵ o que este estudo propugna é a exigência de cientificidade no elaborar, no interpretar, no aplicar e, principalmente, no estudar o ordenamento jurídico, para que o fenômeno dinâmico da construção normativa esteja embasado em um substrato teórico que lhe proporcione, no maior grau possível, coerência sistêmica. Este estudo busca, portanto, prestar uma pequena contribuição neste sentido, promovendo uma análise crítica da configuração normativa e jurisprudencial dada à natureza da ação no controle jurisdicional de constitucionalidade.

2. A perspectiva do direito positivo sobre a ação no controle de constitucionalidade

De acordo com o hodierno direito positivo nacional, não há que se falar em dúvidas quanto à natureza da decisão ou acórdão judicial que “declara” a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de determinada lei ou ato normativo; como o próprio termo “declaração” – utilizado correntemente – já denuncia, atribui-se natureza precipuamente declaratória.

Com efeito, a Lei 9868/99, que disciplina a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade, utiliza-se, reiteradamente, da expressão “declaração de inconstitucionalidade”, como se vê em seus artigos seguintes (sublinhado nosso): art. 23, parágrafo único: *Se não for alcançada a maioria necessária à declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade [...]*; art. 26: *A decisão que declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei [...]*; art. 27: *Ao declarar a inconstitucionalidade*

⁵ Sobre a questão do direito enquanto ciência, cf. Miguel Reale, *Lições preliminares de direito*, São Paulo, Saraiva, 2002, pp. 86-88; Paulo Nader, *Introdução ao Estudo do Direito*, Rio de Janeiro, Forense, 2004, pp. 175-176.

a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo [...]; e art. 28, 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 [...]. No mesmo sentido se apresenta a Lei 9882/99, que regula a arguição de descumprimento de preceito fundamental, dispondo, em seu artigo II (sublinhado nosso): Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental [...].

No Judiciário, não é diferente. Uma breve busca na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal revela que nossa Corte Constitucional segue a linha do padrão normativo supracitado, valendo-se da mesma expressão, como se observa nas seguintes ementas, dentre inúmeras outras:

EMENTA⁶ : [...] CONSTITUCIONAL. CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE. MODULAÇÃO TEMPORAL DA DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE. A orientação do Supremo Tribunal Federal admite, em situações extremas, o reconhecimento de efeitos meramente prospectivos à declaração incidental de inconstitucionalidade. [...]. sublinhado nosso.

EMENTA⁷: DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. [...] 3. A declaração de inconstitucionalidade das alíquotas progressivas do IPTU atinge apenas o sistema da progressividade, o que não impede a cobrança do tributo na totalidade. [...]. sublinhado nosso.

Igualmente se dá em relação à ação judicial propriamente dita, que propugna pela constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. Exemplo disto é o nome que o constituinte deu à ação – criada pela Emenda Constitucional 3/93 – designada à arguição direta de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal: “ação declaratória de constitucionalidade”⁸. Assim, as ações deste teor são classificadas, quiçá

⁶ Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 550.734/RJ, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe-203 de 21-10-2011, p. 24, n. 258.

⁷ Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 466.400/RS, Rel. Min. Luiz Fux, DJe-196 de 13-10-2011, p. 20, n. 230.

⁸ V. art. 1º da Emenda Constitucional 3/93 c/c art. 102, I a, da Constituição Federal.

unanimemente, como ações declaratórias.

Inobstante, tal pacificidade legal, doutrinária e jurisprudencial carece, a nosso ver, de aprofundamento teórico, não sendo, portanto, suficiente para envolver o tema numa indenidade de fato. Através do clareamento dos conceitos de ordenamento jurídico, pertinência, validade e eficácia, bem como da natureza jurídica da lei inconstitucional e da ação declaratória, procurar-se-á demonstrar que a questão apresenta arestas ainda não devidamente aparadas.

3. O ordenamento jurídico enquanto sistema nomoempírico prescritivo

Um grande complicador no estudo das ciências normativas, bem como das ciências sociais e humanas, diz respeito à plurivocidade de seus termos. Por isso, impende esclarecer, preliminarmente, o significado que será dado ao termo “sistema” neste estudo. De acordo com Norberto Bobbio, sistema significa uma totalidade de elementos num relacionamento de coerência com o todo e também entre si (BOBBIO, 1999, p. 71). Daí se deduz que um sistema é formado por: elementos, relação, coerência e unidade. Não obstante, Marcelo Neves demonstra, em sua teoria semiótica da inconstitucionalidade das leis, que a coerência é condição lógica necessária tão-somente para os sistemas proposicionais com função teórica. O insigne jusfilósofo distingue, com precisão terminológica, os diferentes tipos de sistemas (NEVES, 1988, pp. 1-8):

Sistema empírico (ou real) versus sistema proposicional: Sistema empírico é aquele constituído de fenômenos físicos, psíquicos ou sociais em suas relações causais, cuja unidade se dá pelo modo como seus elementos se apresentam ao sujeito cognoscente. Sistema proposicional, por sua vez, constitui-se não de elementos reais, mas de elementos culturais, isto é, de produção humana orientada a um fim. Neste, a unidade do sistema é assegurada pela fundamentação comum.

Sistema proposicional lógico (ou sistema nomológico) versus sistema proposicional empírico (ou sistema nomoempírico)⁹: Sistema nomológico é

⁹Sobre o significado de nômios, cf. Henrique Cairus, Quando o nômios não é a lei. Disponível em <<http://www.gtantiga.net/textos/quando%20o%20n%F3mos.pdf>> Acesso em 01-12-2011.

formado por proposições analíticas de fundamento axiomático, sendo-lhe irrelevante os dados empíricos. Já o sistema nomoempírico compõe-se de proposições sintéticas, condicionadas fundamentalmente pela experiência.

Sistema nomoempírico descritivo *versus* sistema nomoempírico prescritivo: O sistema nomoempírico descritivo constitui-se por proposições que pretendem representar de maneira fiel como se relacionam ou como devem se relacionar os dados reais. Tem função eminentemente teorética, sendo exemplos de sistemas nomoempíricos descritivos as ciências causais e as normativas. Aqui, conforme mencionado *supra*, aplica-se perfeitamente o conceito de sistema de Bobbio, no qual a unidade é condicionada pela existência de coerência entre seus elementos. Pode-se dizer que seus elementos têm pretensão de verdade.¹⁰ Finalmente, tem-se os sistemas nomoempíricos prescritivos (e, dentre estes, os de caráter jurídico). Estes não estão, como os descritivos, no mundo da *gnose*, mas no mundo da *práxis*, dado que não visam descrever a conduta humana, mas sim controlá-la e dirigi-la. A unidade, aqui, é um conceito puramente formal, e, em vez da pretensão de verdade, seus elementos têm pretensão de validade.¹¹

Não se pode olvidar que o direito é um sistema pluridimensional, assimétrico e dialético (NEVES, 1988, p. 8). Há, deste modo, uma pluralidade de subsistemas que compõem o complexo fenômeno jurídico. O ordenamento jurídico, então, pode ser

¹⁰ A ofensa à pretensão de verdade implica na automática expulsão do elemento, pois os sistemas nomoempíricos de função teorética não suportam antinomias.

¹¹ Marcelo Neves anota que “em relação aos sistemas posicionais prescritivos, a coerência é tão-só um ideal racional, fundado na exigência de segurança” (*Teoria da inconstitucionalidade das leis*, cit., p. 3). Inobstante, achamos por bem frisar que a busca por tal ideal se impõe como dever ético e jurídico ao legislador, pois a incoerência, isto é, a incompatibilidade material de uma proposição normativa em relação ao ordenamento, pode resultar na invalidade da norma. Contudo, a ofensa à pretensão de validade, apesar de minar a força unitária do ordenamento, não resulta na imediata expulsão do elemento inválido, pois esta depende dos critérios de admissão e expulsão do sistema.

definido como um subsistema nomoempírico prescritivo, o que importa dizer que seus elementos – as normas – têm pretensão de validade e estão inseridas numa relação de unidade formal entre si e com o todo. Cumpre, todavia, distinguir validade de pertinência, para que passemos à análise da lei inconstitucional e da ação declaratória no controle de constitucionalidade.

4. Pertinência, validade e eficácia

Uma vez que nos sistemas nomoempíricos prescritivos a unidade não é consequência lógica da coerência, faz-se necessário encontrar qual mecanismo a garante, pois a sistematicidade do ordenamento jurídico só se configura em torno da unidade normativa (NEVES, 1988, p. 23). Kelsen e Hart se ocuparam deste problema, desenvolvendo, respectivamente, os conceitos de *constituição em sentido material* e *regra de reconhecimento*¹² Não obstante o relevante legado de tais construções à teoria constitucional, ambos os autores confundiram os conceitos de pertinência e validade, no sentido de que só pertenceriam ao sistema (seriam válidas) as normas que fossem produzidas conforme disposto na constituição material, ou que satisfizessem a todos os requisitos da regra de reconhecimento (NEVES, 1988, p. 40). Kelsen chegou a afirmar, em sua monografia *Über Staatsunrecht*¹³ (1914), que a lei inconstitucional, isto é, inválida, não se tratava de um injusto e nem de um ato estatal viciado, mas de um *nada jurídico* (MENDES, 1990, p. 19).

Marcelo Neves, tratando especificamente da questão, precisou a diferença entre pertinência e validade. Partindo da ideia de *complexo normativo originário* – “a totalidade das normas postas pelo poder constituinte (originário) ou por fatos costumeiros constituintes”¹⁴ –, esclarece que são pertencentes ao ordenamento jurídico todas as

¹² O primeiro diz respeito às normas constitucionais que versam sobre processo legislativo e competência; o segundo, à aprovação da norma pelo Parlamento inglês.

¹³ Nesse estudo, Kelsen assentara os pressupostos que embasariam sua teoria pura do direito.

¹⁴ “O complexo normativo originário nem sempre corresponde à constituição em vigor, seja porque ela pode ter derivado de constituição anterior, conforme processo de mutação nesta previsto, isto é, sem descontinuidade jurídica interna, ou simplesmente porque tenham sido realizadas reformas parciais” (v. Marcelo Neves, *Teoria da Inconstitucionalidade das leis*, cit., p. 28, nota n. 48).

normas que retroagem (regular ou irregularmente) ao *núcleo normativo originário* – “conjunto de normas que instituem os órgãos e/ou fatos costumeiros básicos de produção normativo-jurídica no interior do sistema” (NEVES, 1988, pp. 24-25). Destarte, conclui que “uma norma pertence ao ordenamento jurídico quando emana de um ato formal de órgão do sistema, isto é, de órgão previsto direta ou indiretamente no núcleo normativo originário, e ainda não foi desconstituída por invalidade ou revogada” (NEVES, 1988, p. 43).

A validade, por sua vez, refere-se não à pertinência da norma ao sistema, mas à sua regularidade, ou seja, às condições formais e materiais que a norma jurídica deve preencher para se ver isenta de defeitos. Assim sendo, será válida aquela que regressar, de modo perfeito, através dos processos de derivação-fundamentação formal e material ao complexo normativo originário. Isto significa que invalidade implica na nulidade ou anulabilidade da norma, e não na sua “inexistência jurídica” (NEVES, 1988, pp. 43-44).

A questão se põe, também, como um problema lógico: para se atribuir a qualidade da nulidade ou da anulabilidade a algo, é preciso, antes, que algo exista. Nas palavras de Pontes de Miranda: “Defeituosidade não é inexistência. Para ter defeito, ou defeitos, é preciso existir”; “Nulo e anulável entram; o que não entra é o que não existe e, por isso mesmo, se diz inexistente”¹⁵(NEVES, 1988, pp. 41-42). No mesmo sentido é o magistério de Miguel Reale sobre os atos jurídicos, o qual trazemos à colação:

O ato inexistente, na realidade, carece de algum elemento constitutivo, permanecendo juridicamente embrionário, ainda em formação, devendo ser declarada a sua *não-significação jurídica*, se alguém o invocar como base de uma pretensão. Os atos nulos ou anuláveis, ao contrário, já reúnem todos os elementos constitutivos, mas de maneira aparente ou inidônea a produzir efeitos válidos, em

¹⁵Embora Pontes de Miranda tenha se referido originariamente aos atos jurídicos, a ideia é perfeitamente aplicável às normas jurídicas. O termo “existência”, entretanto, não se mostra ideal, pois a norma jurídica não tem existência em si mesma, mas somente enquanto elemento pertencente a um ordenamento jurídico, detentor de um mínimo de eficácia (v. Marcelo Neves, *Teoria da Inconstitucionalidade das leis*, cit., p. 41, nota n. 7, e p. 42).

virtude de vícios inerentes a um ou mais de seus elementos constitutivos.
(REALE, 2002, pp. 206-208)

Por último, mas não menos importante, há a eficácia. Esta se divide em eficácia real e eficácia jurídica. A eficácia real corresponde aos efeitos fáticos irradiados da norma (válida ou inválida). Deste modo, ineficaz é, por exemplo, aquela norma ignorada (consciente ou inconscientemente) pela sociedade, incapaz, por isto, de dirigir de modo efetivo a conduta humana. A eficácia jurídica, por sua vez, diz respeito à aplicabilidade ou executoriedade da norma. Os dois tipos de eficácia têm importância fundamental para o funcionamento do ordenamento jurídico, sobretudo quando figuram como condição de pertinência e validade (condição reconhecida por Kelsen e Hart), conforme resume Marcelo Neves:

Mas, como a validade pressupõe a pertinência, a efetividade global do ordenamento é condição de validade das normas, e um mínimo de eficácia de cada norma é condição de sua validade específica. (NEVES, 1988, p.51)

5. Considerações sobre a natureza jurídica da lei inconstitucional

Diante de todo o exposto, não traz maiores dificuldades o reconhecimento da lei inconstitucional como lei inválida, isto é: lei que pertence ao ordenamento, mas que apresenta defeitos em seus pressupostos formais e/ou materiais; em suma, lei que não regressa de modo perfeito ao complexo normativo originário. Seus defeitos podem variar em quantidade e qualidade, o que importa afirmar que algumas restarão anuladas, enquanto outras, nulas.

Entretanto, uma vez que a norma tenha sido produzida por ato formal de órgão legiferante previsto direta ou indiretamente no núcleo normativo originário, por mais numerosos e graves sejam seus vícios, estes nunca terão o condão de lhe negar existência jurídica, ou melhor, pertinência ao ordenamento jurídico. A norma somente será expulsa do sistema se for revogada ou desconstituída de acordo com procedimentos preestabelecidos no ordenamento.

Inegavelmente, porém, a inserção da qualidade da inconstitucionalidade no âmbito exclusivo da validade, e não no da pertinência, não se coaduna perfeitamente com a disposição conferida à ação no atual sistema nacional de controle jurisdicional de constitucionalidade. A razão fulcral deste descompasso está, a nosso ver, na influência do direito alienígena e na conseqüente tradição político-jurídica que foi se firmando em solo brasileiro, que pode ser apercebida através de uma perfunctória análise da origem do controle de constitucionalidade pátrio.

5.1 Origem do controle jurisdicional de constitucionalidade no Brasil

Sob a vigência da Constituição Imperial¹⁶(1824), o Brasil não conheceu do controle jurisdicional de constitucionalidade. A influência francesa ensejou um controle exclusivamente político, cabendo, pois, aos Poderes Legislativo e Executivo (este através do Poder Moderador) velar na guarda da Constituição (MENDES, 2010, pp. 1193-1194).

Com a instauração da República, este panorama mudou. É inquestionável a influência do direito estadunidense sobre personalidades da época, juristas e entusiastas do modelo republicano – máxime Rui Barbosa –, influência esta que resultou na consagração (e posterior consolidação) do modelo difuso do controle jurisdicional na Constituição de 1891¹⁷(MENDES, 2010, pp. 1194-1196). Cientes da influência norte-americana, teceremos, desde já, algumas considerações acerca do tratamento conferido à lei inconstitucional pela doutrina estadunidense.

Não obstante a *Supreme Court* se limitasse a um controle *incidenter tantum*, isto é, à desaplicação da lei questionada ao caso *sub judice* – pois era a regra do *stare decisis* (ou regra do precedente) que objetivava as decisões judiciais –, o dogma da nulidade da lei inconstitucional imperava como princípio básico do modelo de controle norte-americano (MENDES, 1990, pp. 10-12). E lei nula era tida como lei inexistente (ou, como preferimos,

¹⁶V. arts. 15, VIII e IX, e 98 da Constituição de 1824.

¹⁷V. arts. 59, §1º, *a e b*, e 60, *a*, da Constituição de 1891, e art. 13, §10, da Lei 221 de 20-11-1894.

lei impertinente)¹⁸, como se depreende da lição de John Marshall, transcrita por Rui Barbosa:

Ou a Constituição é uma lei superior, soberana, irreformável por meios comuns; ou se nivela com os atos de legislação usual e, como estes, é reformável ao sabor da legislatura. Se a primeira proposição é verdadeira, então o ato legislativo, contrário à Constituição, não será lei; se é verdadeira a segunda, então as constituições escritas são absurdos esforços do povo, por limitar um poder de natureza ilimitável. (MENDES, 1990, p. 11) *negrito nosso*.

Westel W. Willoughby foi ainda mais enfático:

There are not and cannot be degrees of legal validity. Any given rule of conduct or definition of a right either is or is not law. [...] Thus when any particular so-called law is declared unconstitutional by a competent court of last resort, the measure in question is not vetoed or annulled, but simply declared never to have been law at all, never to have been, in fact, anything more than a futile attempt at legislation on the part of the legislature enacting it. (MENDES, 1990, pp. 12-13)

Os juristas brasileiros, na época, sem adentrarem no mérito dos fundamentos da teoria da nulidade, limitaram-se a reproduzir a prática e o magistério norte-americanos, numa autêntica adaptação dogmática, como se depreende da afirmação de Carlos Alberto Lúcio Bittencourt:

Os nossos tratadistas [...] repetem a doutrina dos escritores americanos e as afirmações dos tribunais sem buscar-lhes o motivo, a causa, ou o fundamento. (MENDES, 1990, p. 13)

Dessarte, a nulidade – confundida com impertinência – foi alçada à posição de consequência lógica necessária da inconstitucionalidade.

A Constituição de 1934¹⁹, apesar de sua curtíssima duração, buscou romper com a tradição da velha democracia liberal, instituindo uma democracia social, cujo maior

¹⁸V. nota n. 15 *supra*.

¹⁹V. arts. 91, IV, 96, e 179 da Constituição de 1934.

paradigma era a Constituição de Weimar (BASTOS, 1997, p. 113). O Brasil, portanto, deixava de direcionar seus olhos exclusivamente para a América do Norte, para observar mais de perto a experiência política europeia. Foi então que a doutrina de Kelsen passou a influenciar sobremaneira legisladores e juristas brasileiros.²⁰ Sem dúvida, se é autorizado dizer que nosso controle difuso de constitucionalidade é de origem marshalliana, pode-se afirmar, no mesmo diapasão, que nosso controle concentrado tem origem kelseniana.

Nesse sentido, ao modelo de controle difuso já consolidado, acrescentou-se, além da regra do *full bench* (ou cláusula de reserva de plenário), a competência do Senado Federal para “suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário”. Assim, num autêntico passo em direção à objetivação do controle de normas, buscava-se emprestar eficácia *erga omnes* às decisões do Excelso Pretório.

Contudo, a maior inovação prevista na Carta de 34 foi a representação interventiva²¹ – um primitivo controle de constitucionalidade concentrado, cuja representação estava confiada ao Procurador-Geral da República e condicionada à violação de princípios constitucionais sensíveis por alguma lei estadual. Pode-se dizer que era um protótipo do controle abstrato hodierno. Nas palavras de Celso Ribeiro Bastos, “não ocorreu, ainda, aqui, introdução da verdadeira, cabal, juridicamente perfeita e acabada ação de inconstitucionalidade”²² (BASTOS, 1997, p. 397).

Dada a grande influência do mestre de Viena, não é demais relembrar sua posição quanto à lei inconstitucional. De maneira semelhante à doutrina estadunidense neste aspecto, Kelsen afirmava que a lei inconstitucional, antes de um injusto, era um nada jurídico.²³ É bem verdade, porém, que, após a Constituição austríaca prever a

²⁰ O então Deputado Nilo Alvarenga chegou a propor, na Constituinte de 34, a criação de um Tribunal Constitucional no molde kelseniano, com competência para julgar pedido de arguição de inconstitucionalidade formulado por qualquer sujeito de direito (v. *Curso de direito constitucional*, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco, São Paulo, Saraiva, 2010, pp. 1197, nota n. 15).

²¹ V. arts. 12 §2º, e 41, §3º, da Constituição de 1934.

²² Nesta mesma linha, Gilmar Ferreira Mendes, ao tratar da evolução do controle de constitucionalidade, só se utiliza do termo “controle abstrato de normas” ao se referir à representação de inconstitucionalidade inaugurada pela Emenda Constitucional 16/65 (cf. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 1202).

²³ V. tópico 4 *supra*.

possibilidade da anulação da lei inconstitucional (e não somente a nulidade), Kelsen reformulou sua teoria neste ponto, distinguindo lei inconstitucional de contradição lógica, e dizendo que leis inconstitucionais são passíveis de serem simplesmente anuladas. Contudo, Ipsen revela que tal formulação kelseniana não tem natureza teórica, mas puramente dogmática, por tratar-se “de um projeto de solução para um problema concreto e, por conseguinte, de uma assertiva dogmática” (MENDES, 1990, pp. 19-21).

A plenitude do sistema de controle de normas no Brasil se deu, então, com a Constituição de 1946²⁴ – mais especificamente, com a Emenda Constitucional 16/65 –, através da representação de inconstitucionalidade. Desde então, a estrutura do controle não teve suas bases alteradas; pelo contrário, este foi ampliado significativamente – mormente o controle concentrado – pela Constituição de 1988²⁵, que, além de prever expressamente a ação direta de inconstitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade, a arguição de descumprimento de preceito fundamental e o controle abstrato da omissão legislativa, ampliou significativamente o rol de legitimados para a propositura da ação direta (MENDES, 1990, pp. 1212-1214).

Percebe-se, portanto, que, tanto na origem do controle difuso, quanto na do controle concentrado, a ciência jurídica brasileira absorveu o dogma da nulidade (hoje já superado)²⁶, bem como a confusão entre pertinência e validade.

6. A ação declaratória e o controle de constitucionalidade

Como já visto, leis, juízes e doutrinadores proclamam, tradicionalmente, o caráter declaratório da ação que objetiva a pronúncia judicial sobre a constitucionalidade de determinada norma.²⁷ No entanto, o que define uma ação declaratória?

Antes de se buscar uma resposta para esta pergunta, há de se esclarecer que

²⁴ V. art. 101 da Constituição de 1946 c/c art. 2º da Emenda Constitucional 16/65.

²⁵ V. arts. 102, I, a, §1º, e 103, I a IX, §2º, da Constituição Federal de 1988.

²⁶ V. art. 27 da Lei 9868/99 e art. 11 da Lei 9882/99.

²⁷ V. tópico 2 *supra*.

nenhuma ação é pura; isto é, nenhuma ação é exclusivamente declaratória, constitutiva ou condenatória, por exemplo. Por outro lado, embora estes caracteres ordinariamente se imiscuem, a ação não deixa de ter uma índole essencial que se sobreleva sobre as outras. Assim leciona Pontes de Miranda:

Não há nenhuma sentença que seja pura. Nenhuma é somente declarativa. Nenhuma é somente constitutiva. Nenhuma é somente condenatória. Nenhuma é somente mandamental. Nenhuma é somente executiva. A ação somente é declaratória porque a sua eficácia maior é a de declarar. A ação declaratória é a ação predominantemente declaratória. Mais se quer que se declare do que se mande, do que se constitua, do que se condene, do que se execute. (LOPES, 2009, p. 48)

Posto isto, pode-se dizer que a ação declaratória – também chamada de ação meramente declaratória – é uma das espécies do gênero “ação de conhecimento”, e “visa apenas à declaração da existência ou inexistência da relação jurídica; excepcionalmente, a lei pode prever a declaração de meros fatos” (CINTRA, 2011, p. 329). De fato, seu objeto é delimitado pelo Código de Processo Civil, que prevê:

Art. 4.º O interesse do autor pode limitar-se à declaração:

- I – da existência ou da inexistência de relação jurídica;
- II – da autenticidade ou falsidade de documento.

Portanto, conceitua-se, em poucas palavras, a ação declaratória como aquela ação em que se busca precipuamente a declaração da existência ou da inexistência de relação jurídica, e, excepcionalmente, da autenticidade ou falsidade de documento. Deste modo, seu âmbito de atuação se circunscreve a uma relação jurídica, sendo incabível a declaração de mero fato (senão excepcionalmente) ou de pura questão de direito, por mais intrincada que seja. Exemplo lapidar de cabimento desta ação é aquele em que se pede a declaração de existência de casamento, cujo registro se perdeu (LOPES, 2009, p. 76-78). Seu escopo principal é atingir, através da autoridade da coisa julgada da decisão judicial, o valor segurança (LOPES, 2009, pp. 31-32).

A ação denominada constitutiva, por sua vez, é aquela que traz consigo a

peculiaridade da *modificação* de uma situação jurídica anterior, podendo constituí-la, modificá-la ou extingui-la (CINTRA, 2011, p. 331). Diferentemente da declaratória, que se encontra no plano da existência, a ação constitutiva se encontra no plano da validade, perquirindo se é válida ou não uma situação ou ato jurídico – ou, no nosso caso específico, ato normativo – que já possui existência anterior. João Batista Lopes procede a uma distinção entre estes dois tipos de ação, que reputamos crucial para este estudo:

Esclareça-se que a sentença será declaratória (e não constitutiva) porque sua eficácia preponderante não é a criação ou constituição de ato jurídico já existente, mas sim o reconhecimento judicial de sua existência.

Quanto à validade ou invalidade de contrato de compra e venda – incluam-se, também, os demais contratos –, a declaratória se mostra incabível, por isso que a sentença colimada terá caráter preponderantemente constitutivo.

Com efeito, só **impropriamente se poderá falar em declaração de validade ou invalidade de contrato, já que inquestionável será a alteração no mundo jurídico provocada pelo pronunciamento judicial da invalidade.**

[...]

Assim sendo, a decretação da nulidade implicará desconstituição do negócio jurídico com efeito *extunc*.

É o bastante para inadmitir-se a tutela declaratória, porque, na lapidar expressão de Pontes de Miranda, “quem desconstitui, não declara, desfaz”. (LOPES, 2009, pp. 79-80) *negrito nosso*.

Mutatis mutandis, a formulação acima é perfeitamente aplicável aos atos normativos; isto é, a invalidade (leia-se: inconstitucionalidade) de uma lei, inegavelmente, altera o mundo jurídico, pois tal lei acaba por ter sua eficácia suspensa – objetivamente (em controle concentrado) ou no caso concreto (em controle difuso).

Ora, de acordo com os conceitos desenvolvidos ao longo deste artigo, tem-se que a lei denominada inconstitucional é, antes de tudo, pertencente ao ordenamento jurídico, uma vez emanada de ato de vontade de órgão previsto direta ou indiretamente no núcleo normativo originário, e ainda não desconstituída por invalidade ou revogada. É

justamente esta compreensão que obstaculiza o reconhecimento da ação de controle de constitucionalidade como declaratória.

Em primeiro lugar, a ação de índole declaratória não se mostra adequada para atuar no plano da validade, mas sim no da existência. E, como já demonstrado, no controle de constitucionalidade não se discute a existência (pertinência) da lei, mas sim sua adequação formal e material ao complexo normativo originário. Além disso, o controle abstrato de normas é uma questão exclusivamente de direito, o que também não se coaduna com a limitação a “relação jurídica” imposta no artigo 4º do Código de Processo Civil. Por fim e principalmente, a pronúncia judicial sobre a constitucionalidade de uma lei – aqui nos referimos apenas ao controle concentrado e em abstrato – não tem o condão de declarar, concomitantemente à declaração da inconstitucionalidade da lei, que esta, por ser inconstitucional, não pertence ou nunca pertenceu ao ordenamento jurídico. Na verdade, a pronúncia da Corte Constitucional limita-se à verificação da validade ou da invalidade da lei. A expulsão da norma do ordenamento jurídico é uma consequência indireta da pronúncia da invalidade, de modo que: primeiramente, o Tribunal decide sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei; ao decidir pela inconstitucionalidade, o efeito imediato desta decisão é a perda da eficácia²⁸ da lei tida como inconstitucional²⁹; só então, como efeito mediato, verifica-se a expulsão da lei inconstitucional do ordenamento jurídico. Essa expulsão ocorre porque a eficácia é condição de “existência” da norma jurídica³⁰. Aqui, sim, pode-se falar que a norma que não possui um mínimo de eficácia é um nada jurídico. Marcelo Neves não pôde ser mais claro: “[...] a perda definitiva da eficácia em sentido jurídico implica a desconstituição da norma, ou melhor, a sua expulsão do sistema jurídico” (NEVES, 1988, p.52).

Pode-se contra-argumentar dizendo que este raciocínio só tem fundamento quando da declaração de inconstitucionalidade, uma vez que, confirmada a

²⁸ Utilizamos aqui o termo “eficácia” sob a perspectiva semântica da eficácia jurídica, isto é, da exigibilidade da norma jurídica.

²⁹ V. art. 102, §2º, da Constituição Federal.

³⁰ Condição esta abonada por Kelsen e Hart (v. tópico 4 *supra*).

constitucionalidade, não ocorre nenhuma modificação *lato sensu* no mundo jurídico. Esta é, ao que parece, a posição de João Batista Lopes:

Ação direta de inconstitucionalidade – [...]

Em rigor técnico, não se cuida de ação declaratória, mas sim constitutiva, porquanto tem por finalidade pronunciamento judicial sobre a nulidade da lei contrária à Constituição.

A decretação da inconstitucionalidade implicará na exclusão ou eliminação da norma ou ato conflitantes com a Constituição.

[...]

Ação declaratória de constitucionalidade – [...]

Trata-se de ação declaratória porque a eficácia declaratória é preponderante.

Em caso de improcedência, porém, a decisão se reveste de caráter constitutivo: a lei será declarada inconstitucional e, assim, banida do sistema. (LOPES, 2009, pp. 129-131) *negrito nosso*.

Discordamos, neste ponto, do referido autor. Não nos afigura plausível condicionar a característica principal do processo à positividade ou negatividade da pronúncia judicial. Ou seja, não é porque o Tribunal confirmou a constitucionalidade que se estará diante de uma ação declaratória, bem como não é a declaração de inconstitucionalidade propriamente dita que configurará a ação constitutiva. A natureza jurídica da ação é vinculada à natureza do provimento que constitui o pedido, e não à decisão judicial. E, nestes casos, o pedido é sempre o mesmo: a análise judicial sobre a constitucionalidade de lei ou ato normativo. Este provimento, independentemente de sua decisão de mérito, está no plano exclusivo da validade, e não no da existência/pertinência. E mais: pode-se afirmar, com segurança, que ambas as ações (ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade) são, em suma, uma ação só, dada a natureza dúplice e objetiva do processo. Ao afirmar que se a decisão for pela constitucionalidade, estar-se-á diante de uma ação declaratória, então teria que se admitir o mesmo em relação à declaração de validade de um contrato: declarando-se o contrato válido, estar-se-ia diante de uma sentença declaratória. Todavia, neste

particular, João Batista Lopes, como visto em transcrição acima, limita-se a ressaltar o caráter constitutivo desta sentença, sem lhe atribuir naturezas distintas de acordo com seu dispositivo – no que concordamos com o autor.

7 Conclusão

Infirma-se, portanto, o caráter predominantemente declaratório da ação no controle de constitucionalidade, atribuindo, tanto à ação quanto à pronúncia judicial, por ser uma característica inerente ao pedido formulado, caráter eminentemente constitutivo. Primeiro, porque o controle abstrato de normas trata de questões de direito, e não de relações jurídicas; segundo, porque o controle limita-se ao plano da validade; e, terceiro, porque não se “declara” que a norma não pertence ao sistema; na verdade, atribui-se à norma a qualidade da inconstitucionalidade. E não é esta inconstitucionalidade propriamente dita que expulsa a norma do sistema. O que a expulsa é o efeito da decisão judicial, a saber: a perda da eficácia jurídica da lei considerada inconstitucional.

Esta especificação da ação no controle de constitucionalidade, da distinção entre ação declaratória e ação constitutiva, bem como dos vários conceitos distinguidos (como o de pertinência, de validade e de eficácia), se não tem, à primeira vista, importância prática, mostra-se fundamental para conferir maior rigor teórico no trato com o direito, o que acaba refletindo, invariavelmente, no mundo do *ser*, conferindo maior segurança à sociedade. Assim é, porque a falta de cientificidade político-jurídica tende ao estabelecimento natural de um cipoal burocrático e normativo que acaba por lesar o princípio da segurança jurídica. Sobre o valor deste princípio, transcrevemos brilhante passagem de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Esta “segurança jurídica” coincide com uma das mais profundas aspirações do Homem: a da segurança em si mesma, a da certeza possível em relação ao que o cerca, sendo esta uma busca permanente do ser humano. É a insopitável necessidade de poder assentar-se sobre algo reconhecido como estável, ou relativamente estável, o que permite vislumbrar com alguma previsibilidade o futuro; é ela, pois, que ensaja projetar e iniciar, conseqüentemente – e não

aleatoriamente, ao mero sabor do acaso –, comportamentos cujos frutos são esperáveis a médio e longo prazo. Dita previsibilidade é, portanto, o que condiciona a ação humana. Esta é a normalidade das coisas. (MELLO, 2011, p. 124)

Por fim, deve-se ressaltar que refoge aos limites deste artigo a pretensão de veicular uma verdade inexorável. O objetivo é muito mais modesto, e estará alcançado se este estudo lograr êxito em provocar uma reflexão crítica acerca dos conceitos jurídicos aqui trabalhados, bem como do modo com que vêm sendo tratados pelos aplicadores do direito.

Referências bibliográficas

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

BOBBIO, Norberto; *Teoria do ordenamento jurídico*. trad. Maria Celeste C. J. Santos. 10. ed. Brasília: UnB, 1999.

CAIRUS, Henrique. *Quando o n6mos n6o 6 a lei*. Disponível em < <http://www.gtantiga.net/textos/quando%20o%20n%F3mos.pdf> > Acesso em 01-12-2011.

CINTRA, Ant6nio Carlos de Ara6jo; GRINOVER, Ada Pellegrini; C6NDIDO, Rangel Dinamarco. *Teoria Geral do Processo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

LOPES, Jo6o Batista. *A6o Declarat6ria*. 6. ed. São Paulo: RT, 2009.

MELLO, Celso Ant6nio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos jur6dicos e pol6ticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inoc6ncio M6rtires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NADER, Paulo. *Introdu6o ao estudo do direito*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1988.

REALE, M6guel. *Li6oes preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

