



## Presidência da República Subchefia para Assuntos Jurídicos

Revista Jurídica Virtual  
Nº 9 - FEVEREIRO / 2000

### Ação Declaratória de Constitucionalidade e Demonstração da Existência de Controvérsia Judicial

**Gilmar Ferreira Mendes**

Advogado-Geral da União

Doutor em Direito pela Universidade de Münster

Ao lado do direito de propositura da ação declaratória de constitucionalidade, há de se cogitar também, de uma legitimação para agir "*in concreto*", tal como consagrada no direito alemão, que se relaciona com a existência de um estado de incerteza, gerado por dúvidas ou controvérsias sobre a legitimidade da lei. Há de se configurar, portanto, situação hábil a afetar a presunção de constitucionalidade, que é apanágio da lei.

Embora o texto constitucional não tenha contemplado expressamente esse pressuposto, é certo que ele é inerente às ações declaratórias, mormente às ações declaratórias de conteúdo positivo.

Assim, não se afigura admissível a propositura de ação direta de constitucionalidade, se não houver *controvérsia* ou *dúvida* relevante quanto à legitimidade da norma.

Evidentemente, são múltiplas as formas de manifestação desse estado de incerteza quanto à legitimidade de norma.

A insegurança poderá resultar de pronunciamentos contraditórios da jurisdição ordinária sobre a constitucionalidade de determinada disposição.

Assim, se a jurisdição ordinária, através de diferentes órgãos, passar a afirmar a inconstitucionalidade de determinada lei, poderão os órgãos legitimados, se estiverem convencidos de sua constitucionalidade, provocar o Supremo Tribunal Federal para que ponha termo à controvérsia instaurada.

Da mesma forma, pronunciamentos contraditórios de órgãos jurisdicionais diversos sobre a legitimidade da norma poderão criar o estado de incerteza imprescindível para a instauração da ação declaratória de constitucionalidade.

Embora as decisões judiciais sejam provocadas ou mesmo estimuladas pelo debate doutrinário, é certo que simples controvérsia doutrinária não se afigura suficiente para objetivar o estado de incerteza apto a legitimar a propositura da ação, uma vez que, por si só, ela não obsta à plena aplicação da lei.

Assim, não configurada dúvida ou controvérsia relevante sobre a legitimidade da norma, o Supremo Tribunal Federal não deverá conhecer da ação proposta.

Essa questão foi tratada no voto condutor proferido pelo Ministro Moreira Alves na Questão de Ordem na ADC nº 1, como se pode ler na seguinte passagem:

*"(...) é também inteiramente improcedente a alegação de que essa ação converteria o Poder Judiciário em legislador, tornando-o como que órgão consultivo dos Poderes Executivo e Legislativo. Essa alegação não atenta para a circunstância de que, visando a ação declaratória de constitucionalidade à preservação da presunção de constitucionalidade do ato normativo, é insito a essa ação, para caracterizar-se o interesse objetivo de agir por parte dos legitimados para propô-la, que preexista controvérsia que ponha em risco essa*

presunção, e, portanto, controvérsia judicial no exercício do controle difuso de constitucionalidade, por ser esta que caracteriza inequivocamente esse risco. Dessa controvérsia, que deverá ser demonstrada na inicial, aliem, inclusive, os argumentos pró e contra a constitucionalidade, ou não, do ato normativo em causa, possibilitando a esta Corte o conhecimento deles e de como têm sido eles apreciados judicialmente. Portanto, por meio dessa ação, o Supremo Tribunal Federal uniformizará o entendimento judicial sobre a constitucionalidade, ou não, de um ato normativo federal em face da Carta Magna, sem qualquer caráter, pois, de órgão consultivo de outro Poder, e sem que, portanto, atue, de qualquer modo, como órgão de certa forma participante do processo legislativo. Não há, assim, evidentemente, qualquer violação ao princípio da separação de Poderes”;

Consignou-se, portanto, na jurisprudência do Tribunal, a exigência quanto à necessidade de demonstração de controvérsia judicial sobre a legitimidade da norma a fim de que se possa instaurar o controle abstrato de declaração de constitucionalidade.

Também na Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, que disciplina a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade, é positivada a exigência quanto “à existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória” (art. 14, III).

Convém observar que a exigência quanto à configuração de controvérsia judicial, para que se possa, validamente, propor a ação declaratória de constitucionalidade enseja, às vezes, aplicação assaz restrita.

Assim, na ADC nº 8, relativa à contribuição de previdência de inativos e pensionistas, manifestou-se o Ministro Celso de Mello em favor de uma valoração numérica da controvérsia judicial, enfatizando a necessidade de que “o autor, desde logo demonstre que se estabeleceu, em termos numericamente relevantes, ampla controvérsia judicial em torno da validade jurídica da norma federal (...)” ou que seria “preciso – mais do que a mera ocorrência de dissídio pretoriano – que a situação de divergência jurisdicional, caracterizada pela existência de um volume expressivo de decisões conflitantes, faça instaurar, ante o elevado coeficiente de pronúncias judiciais colidentes, verdadeiro estado de insegurança jurídica, capaz de gerar um cenário de perplexidade social e de grave comprometimento da estabilidade do sistema de direito positivo vigente no País”.

Essa orientação fica evidente se se considera a aplicação do juízo formulado em abstrato ao caso da contribuição de servidores ativos, inativos e pensionistas prevista na Lei nº 9.783, de 1999:

“Todas estas observações, feitas em torno de um dos pressupostos de admissibilidade da ação declaratória de constitucionalidade, justificam-se ante a circunstância de que o exame dos documentos que instruem a petição inicial evidencia que o autor, visando a demonstrar a existência de situação caracterizadora de grave incerteza, indicou onze (11) decisões alegadamente favoráveis à validade constitucional da Lei nº 9.783/99.

É importante destacar, quanto às onze (11) decisões arroladas pelo autor da presente ação declaratória, que tais pronúncias judiciais, em síntese, encerram o seguinte conteúdo:

(a) houve duas (2) decisões proferidas em sede de suspensão de segurança, pela E. Presidência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, sob o fundamento de grave lesão à ordem e à economia públicas (fls. 207/208 e 211/213), sem qualquer análise do fundo da controvérsia mandamental;

(b) houve duas (2) decisões indeferitórias de liminar mandamental, ambas proferidas em caráter de cognição extremamente sumária

(fls. 229 e 331), cabendo registrar que, dos dois processos, um - o MS 23.374-DF, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI - resultou extinto, sem julgamento de mérito (fls. 230);

(c) houve uma decisão, proferida pela Presidência do TRF/1ª Região, que suspendeu tutela antecipada concedida em primeira instância, sendo de destacar, no entanto, que esse ato de cassação - que sequer analisou o mérito da causa - fundamentou-se em aspectos absolutamente estranhos à questão constitucional ora em exame, pois limitou-se a proclamar a inidoneidade da ação civil pública para a defesa de direitos individuais homogêneos e a reconhecer a ilegitimidade ativa do Ministério Público para o ajuizamento dessa ação coletiva (fls. 215/221);

(d) houve outra decisão, que, proferida em sede de agravo de instrumento, pelo E. TRF/1ª Região, limitou-se a conceder efeito suspensivo ao recurso, "por entender configurada hipótese de dano irreparável a eventual direito da parte" (fls. 223), sem qualquer incursão, portanto, na análise da controvérsia constitucional ora em debate;

(e) registrou-se uma decisão indeferitória de liminar mandamental, por não vislumbrar, o magistrado que a proferiu, "de plano, liquidez e certeza do suposto direito alegado pelos Impetrantes", sem indicar, no entanto, qualquer outra fundamentação que pusesse em evidência, de maneira consistente, a validade constitucional da Lei nº 9.783/99 (fls. 239);

(f) a decisão de fls. 244/245, que também sequer tangenciou o fundo da controvérsia constitucional, restringiu-se a considerar satisfativa a liminar mandamental pleiteada, motivo pelo qual veio a indeferi-la;

(g) houve, finalmente, três (3) decisões indeferitórias de medida liminar, que, de maneira mais específica, porém em caráter de cognição superficial, abordaram a quaestio juris em causa (fls. 233, 234/238 e 240/243).

Esse registro numérico - que, na realidade, se reduz a apenas quatro (4) decisões indeferitórias de medida liminar ("b" e "g") - suscita uma indagação relevante: a constatação de reduzidíssimo número de decisões favoráveis à validade da Lei nº 9.783/99, todas proferidas em sede de cognição sumária, permitiria reconhecer, no caso, a ocorrência de situação de incerteza jurídica ou a caracterização de efetivo dissídio judicial na interpretação do diploma legislativo em questão?"

A tentativa de resolver a controvérsia com dados estatísticos revela-se completamente inadequada.

A questão parece estar a merecer um outro enfoque. A exigência quanto à configuração de controvérsia judicial ou de controvérsia jurídica (*Rechtsstreitigkeit*) associa-se não só à ameaça ao princípio da presunção de constitucionalidade - esta independe de um número quantitativamente relevante de decisões de um e de outro lado - , mas também e, sobretudo, na invalidação prévia de uma decisão tomada por segmentos expressivos do modelo representativo. A generalização de decisões contrárias a uma decisão legislativa não inviabiliza - antes recomenda - a propositura da ação declaratória de constitucionalidade. É que a situação de incerteza, na espécie, decorre não da leitura e aplicação contraditória de normas legais pelos vários órgãos judiciais, mas da controvérsia ou dúvida que se instaura entre os órgãos judiciais, que de forma quase unívoca adotam uma dada interpretação, e os órgãos políticos responsáveis pela edição do texto normativo.

É fácil ver, pois, que a tentativa de estabelecer uma comparação quantitativa entre o número de decisões judiciais num ou noutro sentido, com o objetivo de qualificar o pressuposto de

admissibilidade da ação declaratória de constitucionalidade, contém uma leitura redutora e equivocada do sistema de controle abstrato na sua dimensão positiva. Parece elementar que se comprove a existência de controvérsia sobre a aplicação da norma em sede de ação declaratória de constitucionalidade, até mesmo para evitar a instauração de processos de controle de constitucionalidade antes mesmo de qualquer discussão sobre eventual aplicação da lei.

Como se pode perceber, a questão afeta a aplicação do princípio de separação dos poderes em sua acepção mais ampla. A generalização de medidas judiciais contra uma dada lei nulifica completamente a presunção de constitucionalidade do ato normativo questionado e coloca em xeque a eficácia da decisão legislativa. A ação declaratória seria o instrumento adequado para a solução desse impasse jurídico-político, permitindo que os órgãos legitimados provoquem o Supremo Tribunal Federal com base em dados concretos e não em simples disputa teórica.

Assim, a exigência de demonstração de controvérsia judicial há de ser entendida, nesse contexto, como relativa à existência de controvérsia jurídica relevante capaz de afetar a presunção de legitimidade da lei e, por conseguinte, a eficácia da decisão legislativa.

