

# Ação declaratória de constitucionalidade

GERALDO ATALIBA

## S U M Á R I O

1. Não protege a Constituição. 2. Separação de Poderes. 3. Não é exercício de jurisdição. 4. Escancarada violação do art. 5.º da Constituição. 5. Conclusão.

### *1. Não protege a Constituição*

Não se assemelha à ação declaratória de inconstitucionalidade a inovadora ação declaratória de constitucionalidade; nem no fundo, nem no objeto, nem na funcionalidade.

A ação declaratória de inconstitucionalidade protege a Constituição. A ação declaratória de constitucionalidade protege o Governo, o legislador, o fisco. Na mesma medida, desprotege o cidadão.

### *2. Separação de Poderes*

A ação declaratória de constitucionalidade viola o art. 2.º da CF: põe o Supremo Tribunal Federal no plano de cooperador da formulação de normas gerais e abstratas, completando a função de formulação da justiça comutativa. Implica comprometer o STF com a elaboração da lei, antes de qualquer ato de aplicação concretamente resistido ou questionado. Conhecendo a ação declaratória de constitucionalidade, o STF atua como aperfeiçoador ou sancionador da edição da norma, e não como seu aplicador jurisdicional.

Configura execução de funções legislativas, colaboração direta com o legislador, com o fito de inibir a jurisdição dos órgãos próprios, inclusive do próprio STF, ulteriormente. É expediente para amarrar as mãos, amordaçar, paralisar todo o Judiciário.

Geraldo Ataliba é professor titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Significa concentração de poderes repugnante ao espírito da Constituição e negador do Estado de direito.

### 3. Não é exercício de jurisdição

Conhecendo uma ação declaratória de constitucionalidade, o STF não exerce jurisdição, mas função de aprovação abstrata e geral de ato normativo dos Poderes Legislativo e Executivo. Não há jurisdição sem ação, no Estado de direito. O que o STF vai fazer não será julgar (no sentido constitucional de *exercício da jurisdição*), mas legislar, sancionar (homologar) legislação.

A jurisdição é função dirimente de conflitos. Supõe dissídio concreto. Exige dedução processual de uma lide. Implica existência de partes, que estabelecem o contraditório. Não há jurisdição sem lide, sem processo, sem partes e sem contraditório.

A jurisdição suprema constitucional do STF só se instaura diante de provocação de parte legítima, em litígio concreto (seja originariamente, seja em grau de recurso).

A única exceção (ação declaratória de inconstitucionalidade) abre-se *para defender a Constituição*, jamais para proteger o Poder, seja ele qual for.

### 4. Escancarada violação do art. 5.º da Constituição

A Emenda Constitucional n.º 3/93 viola o contraditório (art. 5.º, LV), o devido processo legal (LVI), o duplo grau de jurisdição, o direito de acesso ao Judiciário (XXXV), o juiz natural, anula o controle difuso de constitucionalidade do art. 2.º, já que – confundindo justiça comutativa com distributiva, distinção que está na base da separação de Poderes – põe o STF na função de aprovador e apreciador de preceitos gerais e abstratos, num procedimento (não processo) sem partes, sem contraditório, sem causa, sem lide. Enfim, uma hipótese impossível (primária, primitiva, tribal) de jurisdição sem processo.

### 5. Conclusão

Atuando o órgão máximo do Judiciário no plano abstrato e genérico de apreciação da norma, para dá-la por compatível com a Constituição, desenvolve função legislativa, rompendo a separação de Poderes, com a agravante de inibir todo o Poder Judiciário de afirmar a sua eventual inconstitucionalidade.

Apreciando norma no momento de sua edição (ou imediatamente após), sem lide, para declará-la constitucional; apreciando seu conteúdo normativo abstratamente, na sua generalidade conatural, sem processo, sem partes, sem controvérsia, o STF atuará no momento pré-jurídico (como que funcionando como comissão jurídica do Legislativo). Isso não é exercer jurisdição. É colaborar na criação da justiça comutativa (função política, normativa), e não distributiva, como cabe a órgão verdadeiramente judiciário.

#### *Arremate*

A conseqüência é a transformação da própria natureza da Constituição: de rígida passa a ser flexível. Sim, porque eventual lei inconstitucional – declarada *ab initio*, pelo STF constitucional, com eficácia absoluta – modifica a Constituição.

Enfim, o desígnio máximo do constitucionalismo – proscrever a concentração dos poderes – institucionaliza-se mediante essa medida, que importa destruir todo o sistema básico da Constituição. A cidadania atreve-se a afirmar sua certeza de que o STF repudiará essa frontal agressão aos próprios fundamentos do sistema constitucional.

O STF não permitirá, em nome da transcendência dos valores constitucionais, que o Brasil regride na sua evolução constitucional e construção de um verdadeiro Estado de direito.