

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA – LEGISLAÇÃO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL VIGENTE E SUGESTÕES PARA SUA REFORMA

RUY SAMUEL ESPÍNDOLA*

ANDRÉIA MARIA BOCCHI CEZAR ESPÍNDOLA**

RESUMO: O artigo se ocupa de descrever a estrutura, analisar a função e prescrever alterações normativas sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade prevista na ordem constitucional de Santa Catarina, regulada pela Lei Estadual 12.069/01. Trata de Direito Processual Constitucional aplicável ao plano estadual. Reflete sobre questões de teoria da Federação e teoria do Poder Constituinte Decorrente pertinentes ao controle de constitucionalidade estadual. Chama atenção sobre elementos silenciados na posituação da ADIN estadual barriga-verde, relativamente à praxe e à jurisprudência do STF sobre ADIN's. Destaca a relevância de se estudar no Brasil a jurisdição constitucional estadual. Embora dissertando de ADIN catarinense, é relevante para iluminar a compreensão de como os demais Estados da federação brasileira tem tratado a ADIN em suas ordens locais.

PALAVRAS-CHAVE: Ação Direta de Inconstitucionalidade Estadual. Direito Processual Constitucional. Federação. Poder Constituinte Decorrente. Constituição Estadual. Controle de Constitucionalidade. Jurisdição Constitucional Estadual. Estado de Santa Catarina.

ABSTRACT: The article devotes itself to describing the Santa Catarina state's Direct Action of Unconstitutionality's structure, analyzing its function and prescribing its normative alterations, all according to the state statute that regulates it: 12.069/01. It deals with Procedural Constitutional Law applicable on the state level. The article offers reflections on questions of Federative Theory and state constitutional power theory pertaining to the state constitutional review. It calls for attention on matters not referenced by the state constitutional review statute, concerning the Brazilian Supreme Court's practice and jurisprudence on direct actions of unconstitutionality. The article highlights the relevance studying state constitutional review jurisdiction in Brazil.

Artigo recebido em 30.07.2009 e aprovado para publicação pelo Conselho Editorial em 10.12.2009.

* Advogado sócio da Espíndola & Valgas Advogados Associados com sede em Florianópolis/SC - Militância advocatícia no STF, TSE, STJ, TJ/SC, TRE/SC, TRF4 - Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Santa Catarina e ex-Doutorando em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná – Professor de Direito Constitucional da Escola Superior de Magistratura do Estado de Santa Catarina e ex-Professor de Direito Processual Constitucional da Universidade do Vale do Itajaí – Colaborador Oficial da Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais — Secretário da Comissão Especial de Apoio à Emenda Constitucional de Iniciativa Popular do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

** Advogada - Graduada em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí - Pós-Graduada pela Escola Superior de Magistratura do Estado de Santa Catarina – Pós-Graduada em Processo Civil pela Universidade do Sul do Estado de Santa Catarina.

Although it regards the Santa Catarina state's constitutional review law, it is relevant in order to shed some light on the understanding of how the other states on the Federation have dealt with the direct action of unconstitutionality in their local legal systems.

KEYWORDS: State Direct Action of Unconstitutionality. Constitutional Procedural Law. State Constitutional Poder. State Constitution. Constitutional Review. State Constitutional Jurisdiction. Santa Catarina State.

SUMÁRIO: 1. Considerações Iniciais; 2. Controle Judicial de Constitucionalidade em Santa Catarina: a Ação Direta de Inconstitucionalidade; 3. Reflexão crítica sobre limites e possibilidades da ADIN Catarinense; 4. Considerações Finais; Bibliografia.

SUMMARY: 1. Initial remarks; 2. Judicial Constitutional Review in Santa Catarina: the direct action of unconstitutionality; 3. Critical reflection on the limits and possibilities of the Santa Catarina state direct action of unconstitutionality; 4. Final remarks; Bibliography.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente trabalho propõe-se a analisar a Ação Direta de Inconstitucionalidade no Tribunal de Justiça de Santa Catarina, mormente em seu aspecto processual, em suas características próprias ao Direito Processual Constitucional¹.

¹ **Sobre o Processo Constitucional, o Direito Processual Constitucional**, nosso texto pressupõe as seguintes leituras: BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. 406 p.; BELAUNDE, Domingo Garcia. *De La Jurisdicción Constitucional al Derecho Procesal Constitucional*. In: - MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coord.) *Derecho Procesal Constitucional*. Ciudad de México: Porrúa, 2003. V. I, p. 303-341.---. "El Derecho Procesal Constitucional: un concepto problemático." *Revista Latino-americana de estudios constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, n. 4, p. 133-141, jul./dez. 2004; ---. *Derecho Procesal Constitucional*. Bogotá: Temis, 2001. 209 p.;---. *et alli*. *Código Procesal Constitucional: estudio introductorio, exposición de motivos, dictámenes e índice analítico*. Lima: Palestra, 2005. 532 p.; ---. SALDAÑA BARRERA, Eloy Espinosa (coord.). *Encuesta Sobre Derecho Procesal Constitucional*. Lima: Jurista Editores, 2006. 281 p.; CARVALHO, Kildare Gonçalves. "Processo Constitucional". *Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais*. Belo Horizonte: IAMG, n.11, 2005, p. 15-43.; CRUZ, Gerardo Eto, *Un artifice del derecho procesal constitucional: Hans Kelsen*. In: - MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coord.) *Derecho Procesal Constitucional*. Ciudad de México: Porrúa, 2003. V. I, p. 81-97.; ---. *El Pensamiento del Derecho Procesal Constitucional en Domingo García Belaunde*. In: - MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coord.) *Derecho Procesal Constitucional*. Ciudad de México: Porrúa, 2003. V. I, p. 99-138.; DOMÍNGUEZ, Elvito A. Rodríguez. *Derecho procesal constitucional. Precisiones conceptuales*. In: - MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coord.) *Derecho Procesal Constitucional*. Ciudad de México: Porrúa, 2003. V. I, p. 489-498.; FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Breves reflexiones sobre el concepto y el contenido del derecho procesal constitucional*. In: - MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coord.) *Derecho Procesal Constitucional*. Ciudad de México: Porrúa, 2003. V. I, p. 269-301.; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coord.) *Derecho Procesal Constitucional*. Ciudad de México: Porrúa, 2003. V. I, II, III e IV, 3.887 p.; ---. "Aportaciones de Héctor Fix-Zamudio al Derecho Procesal Constitucional." In: - GÓMEZ, Juan Vega e SOSA, Edgar Corzo (Coords.) *Instrumentos de tutela y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Cidade do México, Instituto de Investigações Jurídicas, 2002, p. 187-210,794 p.; ---. "El Derecho Procesal Constitucional como Disciplina Jurídica Autónoma." *Revista Latino-americana de estudios constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, n. 5, p. 357-380, janeiro/junho 2005.; MEDINA, Paulo Roberto Gouvêa. *Direito Processual Constitucional*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. 289 p.; SAGÜÉS, Néstor Pedro. *La codificación del derecho procesal constitucional*. In: - MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coord.) *Derecho Procesal Constitucional*. Ciudad de México: Porrúa, 2003. V. I, p. 499-506. ---. *Los Desafíos del derecho procesal constitucional*. In: - MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coord.) *Derecho Procesal Constitucional*. Ciudad de México: Porrúa, 2003. V. I, p. 507-520.

Em especial, objetiva verificar o modo como se exerce o controle judicial de constitucionalidade no plano estadual catarinense, destacadamente através do sistema concentrado-principal.

O estudo está dividido em duas partes. A primeira parte cuida do controle judicial de constitucionalidade em Santa Catarina, relativamente a Ação Direta de Inconstitucionalidade, analisando sua processualística, ou seja, centrando-se na Ação Direta de Inconstitucionalidade regulada no Estado de Santa Catarina pela Lei estadual 12.069/01. Nesse desiderato, buscou-se examinar sua estrutura processual, seus pressupostos processuais (competência, petição inicial e capacidade postulatória), formação de litisconsórcio, impossibilidade de desistência, intervenção de terceiros, medida cautelar, e, por fim, a decisão final de mérito e seus efeitos.

Na segunda parte trata da comparação entre a Lei Federal 9.868/99 e a Lei Estadual 12.069/01. Investigou-se a adequação da lei estadual em relação à ordem constitucional federal vigente, sua conveniência e oportunidade, bem como suas inovações e lacunas comparativamente ao modelo federal, e o que ela poderia ter positivado para além do modelo federal e o que positivou aquém deste modelo.

2. CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE EM SANTA CATARINA: A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

2.1. Controle Judicial de Constitucionalidade em Santa Catarina

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no seu art. 125, § 2º, dispôs que aos Estados cabe “a instituição da representação de inconstitucionalidade de leis e atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição de legitimação para agir a um único órgão.” Assim, foi assegurada a representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais e

Sobre Processo Constitucional Local, sobre Justiça Constitucional Local ou Jurisdição Constitucional Estadual, nossa intertextualidade é a seguinte: BAZAN, Víctor. “Jurisdicción constitucional local y corrección de las omisiones inconstitucionales relativas”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional: Proceso Y Constitución*. Ciudad de México-D.F.: Porrúa, n° 02, julio-diciembre 2004, p. 189-209; ALVES, José Carlos Moreira, “A Jurisdição Constitucional Estadual e as Normas Constitucionais Federais Reproduzidas nas Constituições dos Estados-Membros.” *In: - MARTINS, Ives Gandra da Silva (Org.). As Vertentes do Direito Constitucional Contemporâneo. Estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 19-35.; ARZATE, Enrique Uribe. *El Control Constitucional en las Entidades Federativas*. In: - PARRAL, Máximo N. Gámiz (Coord.) *Las Entidades Federativas y el Derecho Constitucional*. Ciudad del México, Unam, 2003, p. 431-453 p.; *Jurisdição Constitucional Estadual: notas para compreender sua problemática no âmbito da Federação brasileira*. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo: Revista dos Tribunais/Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, ano 12, out./dez. 2004, n. 49, p. 50-98. Ruy Samuel ESPÍNDOLA, *Jurisdição Constitucional Estadual: notas para compreender sua problemática no âmbito da Federação brasileira*. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo: Revista dos Tribunais/Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, ano 12, out./dez. 2004, n. 49, p. 50-98.; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. “Derecho Procesal Constitucional Local en México.” *Revista Latino-americana de estudios constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, n. 3, p. 291-313, janeiro/junho 2004.; REYES, César I. Astudillo. *Ensayos de justicia constitucional en cuatro ordenamientos: Veracruz, Coahuila, Tlaxcala y Chiapas*. Ciudad de México: UNAM – Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004. 409 p.; SALGADO, David Cienfuegos. “Una propuesta para la justicia constitucional local en México.” *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional: Proceso Y Constitución*. Ciudad de México-D.F.: Porrúa, n° 04, julio-diciembre 2005, p. 115-133.

municipais em face da Constituição Estadual, com a ressalva de que a propositura da ação não poderia ser confiada a um único órgão ou entidade.

Atenta ao preceito constitucional federal, a Constituição de Santa Catarina, promulgada em 05 de outubro de 1989, no seu art. 83, XI, f, atribuiu competência ao Tribunal de Justiça, para processar e julgar “as ações diretas de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais e municipais contestados em face desta Constituição.”

No seu artigo 84 e seguintes, a Constituição Estadual regulou a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade.

No art. 40, XIII, enunciou a Carta Estadual que compete exclusivamente à Assembléia Legislativa, “suspender, no todo ou em parte, a execução de lei estadual ou municipal declarada inconstitucional por decisão definitiva do Tribunal de Justiça.” Aqui o constituinte estadual apenas repetiu o teor do artigo 52, X, da Constituição Federal, adaptando-o às peculiaridades do sistema estadual de controle de constitucionalidade. Assim, quando o TJ catarinense, em controle difuso de constitucionalidade, declarar a invalidade de lei estadual ou municipal, comunicará à Assembléia Legislativa para adoção das providências que lhe cabem em face do citado dispositivo constitucional estadual (inclusive, o artigo 61, X do Regimento interno da ALESC em vigor, disciplina a hipótese)².

Em relação ao controle judicial de constitucionalidade por omissão, a Constituição Catarinense positivou ação estadual em seu art. 85, § 3º, *in litteris*:

“...reconhecida a inconstitucionalidade, por omissão de medida para tornar efetiva norma desta Constituição, a decisão será comunicada ao Poder competente, para a adoção das providências necessárias à prática do ato ou início do processo legislativo, e, em se tratando de órgão administrativo, para cumprimento em trinta dias.”

Lembremos que a Constituição Federal não previu, expressamente, a instituição nos Estados-membros do controle de constitucionalidade por omissão. Todavia, salienta Clemerson Merlin Clève,

“... é preciso aceitar, [...], que apenas a declaração de inconstitucionalidade por omissão pode resolver alguns casos de inércia inconstitucional parcial. Despidos de competência para a declaração da inconstitucionalidade por omissão, ficarão os Tribunais de Justiça impedidos de oferecer solução adequada a boa parte das questões constitucionais suscitadas. Especialmente aquelas em que o Poder Legislativo, tendo editado ato normativo, agride a vontade constitucional, não

² A respeito do assunto Guilherme Peña de Moraes ensina que “a suspensão de execução, na dicção do art. 52, inc. X da CRFB, é conceituada como ato político do Senado Federal, veiculado através de resolução, que confere efeitos *erga omnes* à decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal sobre a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal em face da Constituição Federal”. Porém, adverte o autor que o Senado Federal não está vinculado “a suspender a execução da lei ou ato normativo cuja inconstitucionalidade foi incidentalmente declarada por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, já que aquele é revestido de liberdade de conformação legislativa negativa”. (2003, p. 177-179).

pelo seu ato, mas porque não satisfaz integralmente o dever constitucional de legislar (inconstitucionalidade absoluta parcial); ou feriu o princípio da isonomia em virtude de exclusão de benefício com ele incompatível (omissão relativa ou material).”³

A adoção da Ação de Inconstitucionalidade por omissão em Santa Catarina, é correta, pois os Estados-Membros, no Brasil, para realização das tarefas inerentes ao controle de constitucionalidade estadual, dispõem de muitos instrumentos processuais, chamáveis de políticos – os desencadeáveis no âmbito do Executivo e do Legislativo – e judiciais – os manejáveis e solvíveis no âmbito do Judiciário.

Os instrumentos processuais judiciais dividem-se em questionamentos diretos e autônomos, via ação própria e de competência originária dos Tribunais de Justiça, as ações diretas de inconstitucionalidade de lei ou atos normativos estaduais ou municipais contestados em face da Constituição estadual (art. 125, § 2º, da CR) e as ações diretas interventivas estaduais para preservação dos princípios sensíveis indicados na Constituição Estadual, ou para prover a execução de lei, de ordem ou de decisão judicial (arts. 35, IV, 36, §§ 2º a 4º, da CR).

Preponderantemente, essas são as ações que, comumente, se acham previstas nos âmbitos estaduais brasileiros. Todavia, existe estados, como o de Santa Catarina, que previram a possibilidade de aforamento no TJ, para tutela da Constituição estadual, de ações diretas de inconstitucionalidade por omissão (art. 85, § 3º, da CESC).

A doutrina nacional entende possível, no plano do Estado-Membro, a adoção de todos os instrumentos processuais adotados na Constituição da República para proteção do texto fundamental federal (ação declaratória de constitucionalidade, arguição de descumprimento de preceito fundamental). Concordamos com tal entendimento, e, ousamos um pouco mais. Entendemos que é possível a adoção, inclusive, de instrumentos não adotados no plano federal, ou seja, os instrumentos processuais federais, para os estados-membros, não são *numerus clausulus*, e sim exemplificativos, podendo o Estado-membro adotar outros instrumentos ou configurar, de forma diferente e peculiar, os instrumentos sugeridos no plano federal.

Por exemplo, no primeiro caso, poderiam os Estados-membros adotarem Ação Direta de ilegalidade para tutelar a conformidade das leis estaduais e municipais em face do princípio da legalidade, a exemplo do que existe no Direito Constitucional Português. No segundo caso, poderia adotar a Ação Direta de Inconstitucionalidade com legitimação universal, conferida a qualquer cidadão, ou seja, criar verdadeira ação popular constitucional para tutela da Constituição estadual em face de leis e atos normativos estaduais e municipais.

A única restrição *expressa* quanto à configuração local desses instrumentos judiciais de controle, é não poder o constituinte decorrente conferir legitimação para agir a um único órgão ou pessoa, denotando, com isso, a necessidade de respeito ao princípio democrático no âmbito do processo constitucional. Esse princípio impõe

³ CLÉVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 267.

legitimatío ad causam para pessoas, no espírito encetado pelo constituinte originário no artigo 103 da CR e demais disposições concretizadoras de referido princípio fundamental.

Assim, “quando da organização de sua justiça, pode o Estado conferir competência ao seu Tribunal de Justiça, para julgar e processar ação de inconstitucionalidade por omissão, nos mesmos termos previstos na Constituição Federal e isso como mecanismo de sua defesa, observando o princípio da simetria.”⁴

Além da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão, a Constituição catarinense prevê a Ação Direta Interventiva Estadual, regulada nos artigos 40, inc. XIV e 83, inc. IX, da CESC, como concretização dos artigos 35 a 36 da CRFB (esta ação, em todo e qualquer estado-membro brasileiro, tem seu rito regulado pela Lei Federal nº 5.778, de 16 de maio de 1972, que, no seu artigo 1º, mandou aplicar a Lei Federal nº 4.337, de 1º de junho de 1964 – lei que instituiu o rito da Ação Direta Interventiva Federal).

Por sua vez, a Ação Direta de Inconstitucionalidade Estadual Catarinense teve sua primeira regulação processual pelo Ato Regimental nº 06, de 05 de setembro de 1990, do Tribunal de Justiça catarinense, que a normatizou, tomando como modelo o rito do mandado de segurança. Foram autores do projeto de resolução, no âmbito do TJ catarinense, os Desembargadores Francisco Rodrigues de Oliveira Filho e João José Ramos Schaefer (ambos já aposentados).

Com a instituição, no plano federal, da Lei 9.868/99, que disciplinou o rito e efeitos da Ação Direta de Inconstitucionalidade Federal e da ação declaratória de constitucionalidade, esta influenciou a iniciativa da cúpula do Judiciário catarinense para que submetesse projeto de lei à Assembléia Legislativa estadual, no intuito de regular o processo constitucional catarinense em moldes assemelhados ao do modelo federal. O projeto, de autoria intelectual do então Desembargador João José Ramos Schaefer, resultou na Lei Estadual nº 12.069/01, que conferiu nova disciplina à Ação Direta de Inconstitucionalidade Estadual Catarinense.

Assim, em 27 de dezembro de 2001, o Estado de Santa Catarina promulgou a Lei Estadual nº 12.069, que estabeleceu o “procedimento e julgamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.” Todavia, esta lei não regulou o rito da ADIN por omissão, reproduzindo o mesmo silêncio normativo encontrável na Lei Federal nº 9.868/99.

Agora passaremos a descrever a estrutura desta ação, estrutura delineada na Lei Estadual 12.069/01.

2.2. Estrutura Processual da ADIN em Santa Catarina

Analisaremos, a partir de agora, os aspectos processuais da Ação Direta de Inconstitucionalidade no Tribunal de Justiça de Santa Catarina. O estudo, como dissemos, será em torno da Lei Estadual nº 12.069, promulgada em 27 de dezembro de 2001, que trata do processo e julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade no Estado Catarinense. O propósito desta análise é de avaliar criticamente, na parte

⁴ FERRARY, Regina Maria Macedo Nery. *Controle da Constitucionalidade das Leis Municipais*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 115.

seguinte, se a sistemática adotada pelo Estado barriga-verde organizou satisfatoriamente referida ação.

2.2.1. Competência

Observa-se que o art. 125, §§ 1º e 2º da Constituição Federal atribui competência ao Estado-membro para organizar sua justiça estadual⁵, estatuidando competência aos Tribunais de Justiça por meio da Constituição Estadual e instituindo representação de inconstitucionalidade de leis e atos normativos estaduais e municipais em face da Constituição Estadual.

Nesse sentido o constituinte catarinense, no art. 83, XI, f da Carta Estadual, conferiu ao Tribunal de Justiça competência para processar e julgar as ações diretas de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais e municipais em confronto com a Constituição Estadual.

2.2.2. Legitimidade ativa

No Estado de Santa Catarina, a Constituição Catarinense define em seu art. 85, incisos I a VII, quem tem legitimidade para propor a Ação Direta de Inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal em face da Constituição Estadual: o Governador do Estado⁶; a Mesa da Assembléia Legislativa ou um quarto dos deputados estaduais; o Procurador-Geral de Justiça; o Conselho Secional da Ordem dos Advogados do Brasil; os partidos políticos com representação na Assembléia Legislativa; as federações sindicais e as entidades de classe de âmbito estadual⁷; o Prefeito, a Mesa da Câmara ou um quarto dos vereadores, o representante do Ministério Público, a Subseção da Ordem dos Advogados do Brasil e as associações representativas de classe ou da comunidade, quando se tratar de lei ou ato normativo municipal.

A Lei Estadual nº 12.069/01 reproduz, em seu art. 2º, incisos I a IX, o rol de legitimados para a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade previsto no art. 85 da Constituição Estadual, sem acréscimos.

2.2.3. Petição inicial

Versando sobre o aforamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade, no âmbito estadual, o legislador catarinense estabelece no art. 3º da Lei Estadual 12.069/01, que a petição inicial da ação indicará o dispositivo da lei ou do ato normativo impugnado

⁵ Os Estados federados possuem autonomia legislativa para estabelecer o governo, a organização, a administração e a legislação de suas unidades estatais (CRFB, art. 25, *caput*).

⁶ Segundo Gilmar Ferreira Mendes, o Chefe do Poder Executivo, mesmo tendo sancionado o projeto de lei, pode propor ação direta para declarar a inconstitucionalidade de norma impugnada, porque pode ocorrer que depois de sancionado o projeto de lei, e após a sua entrada em vigor, verifique ser ele inconstitucional: “se o Chefe do Poder Executivo sancione, por equívoco ou inadvertência, projeto de lei juridicamente viciado, não está ele compelido a persistir no erro, sob pena de, em homenagem a uma suposta coerência, agravar o desrespeito à Constituição.” (1997, p. 10).

⁷ Com relação às federações sindicais e às entidades de classe de âmbito estadual, segundo Noel Tavares de Jesus (2004, p. 24), o Tribunal de Justiça de Santa Catarina adotou o mesmo entendimento jurisprudencial do STF, ou seja, exige a demonstração da pertinência temática, definida como o requisito objetivo da relação de pertinência entre a defesa do interesse específico do legitimado e o objeto da ação. Com essa exigência, restringe-se a legitimidade das federações sindicais e entidades de classe, já que não poderão alegar a inconstitucionalidade de quaisquer normas, mas somente daquelas que tenham relação com os interesses das categorias ou classes que representam.

e os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações (inciso I), bem como o pedido, com suas especificações (inciso II). E, no parágrafo único, impõe que a petição inicial, quando subscrita por advogado, seja acompanhada de instrumento de procuração.

Sobre o assunto, o STF “vem exigindo advogado no ajuizamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade apenas quanto aos partidos políticos, confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional. Os demais legitimados não necessitam de patrocínio advocatício.”⁸

Clèmerson Merlin Clève entende, em sentido mais restritivo, que

“... todos os legitimados ativos (universais ou especiais), salvo o Procurador-Geral da República por óbvias razões, devem se fazer representar por advogado. O art. 103, I a IX, da Constituição Federal trata da legitimidade *ad causam* para a Ação Direta de Inconstitucionalidade, não conferindo aos elencados, todavia, capacidade postulatória. Portanto, a inicial da Ação Direta deve, sob pena de extinção do processo sem julgamento de mérito (art. 267, IV, do Código de Processo Civil), ser subscrita por advogado regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil.”⁹

Sobre o pedido, convém salientar que deverá estar claramente indicada a incompatibilidade entre a lei ou o ato normativo e a Carta Estadual. Caso a petição não esteja devidamente fundamentada, será considerada inepta e liminarmente indeferida, em decisão monocrática, pelo relator. Dessa decisão cabe agravo regimental que será julgado pelo órgão plenário do Tribunal de Justiça, conforme artigo 4º da Lei 12.069/01.

Ressalta Patrícia Teixeira de Rezende Flores, a respeito de poder o relator indeferir liminarmente as petições ineptas, as não fundamentadas e as manifestamente improcedentes, que na Ação Direta de Inconstitucionalidade:

“... somente em casos em que a ofensa à Constituição seja de todo infundada, poderá o relator indeferir a petição inicial por manifestamente improcedente. Restando qualquer margem de dúvida, ou necessitando de melhor análise, deverá ele abster-se de utilizar a faculdade do art. 4º da Lei 9.868/99.”¹⁰

Outro aspecto importante diz respeito à possibilidade de o Poder Judiciário decidir com base em outros fundamentos não aduzidos na petição inicial, ou melhor, levando em conta causa de pedir diversa da aventada pelo autor¹¹. Para Vasco Della Giustina, embora a petição inicial deva enunciar os fundamentos jurídicos que sustentam que a norma impugnada apresenta a eiva da inconstitucionalidade, o Poder

⁸ FLORES, Patrícia Teixeira de Rezende. *Aspectos Processuais da Ação Direta de Inconstitucionalidade da Lei Municipal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 223.

⁹ Obra citada, p. 173.

¹⁰ Obra citada, p. 221.

¹¹ BERNARDES, Juliano Taveira. *Controle Abstrato de Constitucionalidade: elementos materiais e princípios constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 2004. 513 p.

Judiciário pode declará-la com outros fundamentos, que não os apresentados pelo autor, aplicando-se integralmente o brocardo *jura novit curia*. Todavia, adverte o autor, o Tribunal não pode estender a declaração de inconstitucionalidade a outros dispositivos não atacados pela ação. Assim, o Tribunal de Justiça está limitado ao pedido de declaração de inconstitucionalidade, mas não à sua causa de pedir. (2001, p. 107-108).

2.2.4. Desistência

O art. 5º da Lei 12.069/01 não admite desistência da Ação Direta de Inconstitucionalidade, à vista de sua natureza objetiva¹², e de seu caráter indisponível¹³, já que não há interesse individual em jogo a justificar o pedido de desistência, prevalecendo o interesse público de proteção à Constituição Estadual.

2.2.5. Informações

O art. 6º da Lei 12.069/01 determina que o relator solicitará informações aos órgãos ou às autoridades das quais emanou a lei ou ato normativo, que deverão ser prestadas, de acordo com o parágrafo único, no prazo de trinta dias contados do recebimento do pedido.

Os participantes na elaboração do ato normativo impugnado, explica Gustavo Binbenbojm, são os réus da Ação Direta. Assim, havendo sancionado o projeto de lei, responderá como réu o Chefe do Poder Executivo, ao lado da Casa Legislativa. Caso o tenha vetado, não participará da relação processual. Em se tratando de ato administrativo normativo, responderão, segundo o autor, apenas as autoridades administrativas responsáveis pela sua edição.¹⁴

É possível concluir, tendo em conta o dispositivo 6º em análise, que pode haver formação de litisconsórcio na relação processual deflagrada pela Ação Direta de Inconstitucionalidade, tanto no pólo ativo quanto no pólo passivo, ou seja, o litisconsórcio ativo é admitido entre os legitimados à propositura da ação e o litisconsórcio passivo aos órgãos que editaram o ato impugnado. Nesse sentido, Patrícia Teixeira de Rezende Flores, esclarece:

¹² Para Clèmerson Merlin Clève a natureza jurídica do processo instaurado em decorrência do exercício da ação direta de inconstitucionalidade é a de processo objetivo, ou seja, “[...] Cuida-se de um ‘processo’ que constitui, como outro qualquer instrumento da jurisdição (no caso jurisdição constitucional concentrada); através dele será solucionada uma questão constitucional. Não pode ser tomado, todavia, como meio para a composição de uma lide. É que, sendo ‘objetivo’, inexistente lide no processo inaugurado pela ação direta genérica de inconstitucionalidade. Não há, afinal, pretensão resistida. A idéia de Carnelluti, segundo a qual o processo é continente de que a lide é conteúdo, não se aplica ao processo através do qual atua a jurisdição constitucional. Em vista disso, os legitimados ativos da ação direta não buscam, com a aprovação do órgão exercente da jurisdição constitucional concentrada, a tutela de um direito subjetivo, mas sim a defesa da ordem constitucional objetiva (interesse genérico de toda a coletividade). A finalidade da ação direta de inconstitucionalidade não é a de defesa de um direito subjetivo, ou seja, de um interesse juridicamente protegido, lesado ou na iminência de sê-lo. Ao contrário, a ação direta de inconstitucionalidade presta-se para a defesa da Constituição. A coerência da ordem constitucional, e não a defesa de situações subjetivas, constubstancia a finalidade da apontada ação. Por isso, consiste em instrumento da fiscalização abstrata de normas, inaugurando ‘processo objetivo’ de defesa da Constituição.” (1995, p. 112-113).

¹³ BERNARDES, Juliano Taveira. *Controle Abstrato de Constitucionalidade: elementos materiais e princípios constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 2004. 513 p.

¹⁴ BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 151.

“[...] ao ampliar o rol de legitimados ativos ao exercício da Ação Direta de Inconstitucionalidade, a Carta de 1988 instituiu o que se pode denominar de legitimidade concorrente. Equivale dizer que se permite a formação de litisconsórcio ativo no processo objetivo de aferição de validade constitucional dos atos emanados do Poder Público. Uma condição, entretanto, faz-se necessária: a de que os litisconsortes disponham, automaticamente, de qualidade de agir.

Quanto ao pólo passivo, sendo objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade uma lei, haverá a formação de litisconsórcio. Sendo ela o resultado da conjugação de vontades do Poder Legislativo e do Chefe do Poder Executivo, nada mais razoável que ambos figurem como réus no processo.”¹⁵

Observa-se, também, que com o fornecimento de informações pela autoridade, órgão ou entidade da qual emanou a lei ou ato normativo impugnado,

“... o postulado do contraditório, no processo de controle abstrato de constitucionalidade, vê-se atendido com a possibilidade de o órgão estatal defender, objetivamente, o próprio ato que editou, estabelecendo-se o contraditório entre a parte autora (legitimados constitucionalmente à propositura da ação) e a parte ré (órgão de onde emanou o ato impugnado).”¹⁶

2.2.6. Intervenção de terceiros

O art. 7º da Lei Estadual 12.069/01 veda, em seu *caput*, qualquer forma de intervenção de terceiros¹⁷ no processo de fiscalização abstrata de constitucionalidade, devido a sua natureza objetiva.

Todavia é admissível, conforme o parágrafo único do mesmo dispositivo legal, a interveniência de *amicus curiae*¹⁸, ou seja, faculta-se a participação de órgãos ou entidades que possam prestar informações sobre a matéria de direito, objeto da controvérsia, no intuito de contribuição argumentativa para que o Tribunal bem decida as questões constitucionais com pleno conhecimento das posições jurídicas existentes e dos reflexos diretos e indiretos relacionados ao objeto da ação e à decisão que ela importar.¹⁹

¹⁵ Obra citada, p. 347.

¹⁶ Obra citada, p. 350.

¹⁷ Busca-se nos ensinamentos de Ovídio A. Batista da Silva uma conceituação para o instituto processual da intervenção de terceiros. Segundo o autor, “há intervenção de terceiros no processo quando alguém dele *participa* sem ser *parte* na causa, com o fim de auxiliar ou excluir os litigantes, para defender algum direito ou interesse próprio que possa ser prejudicado pela sentença”. Quanto as formas, explica o jurista, a intervenção de terceiros pode ser espontânea – assistência, oposição, recurso de terceiro prejudicado e embargos de terceiro – ou provocada – nomeação à autoria, denúncia da *lide* e chamamento ao processo. (2001, p. 271-273).

¹⁸ *Amicus curiae* significa amigo da Corte, “cuja função primordial é juntar aos autos parecer ou informações com o intuito de trazer à colação considerações importantes sobre a matéria de direito a ser discutida pelo Tribunal.” (MORAES, 2004, p. 643)

¹⁹ BUENO FILLHO, Edgard Silveira. “*Amicus Curiae* – A democratização do debate nos processos de controle da constitucionalidade”, *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 12, abr./jun. 2004, n. 47, p. 07/15.

2.2.7. Papel do Ministério Público, das Procuradorias Estadual e Municipal e a figura do Curador Especial

Quando da tramitação do processo no Pleno do Tribunal, o Ministério Público terá vista dos autos e se manifestará durante o julgamento conforme o artigo 95, I da CESC.

O Procurador-Geral de Justiça, além de concorrentemente poder propor ação (CESC, art. 85, III), exerce a função de fiscal da lei no controle concentrado, devendo ser ouvido previamente em todas as ações de inconstitucionalidade (CESC, art. 85, § 3º).

O Procurador-Geral do Estado, assim como o Advogado-Geral da União²⁰ (CRFB, art. 103, §3º), será citado para defender o ato impugnado, agindo no interesse do órgão que representa (CESC, art. 85, § 4º).

Na falta do Procurador Municipal²¹, em seu lugar será nomeado Curador Especial *ad hoc*. Como regra o TJ/SC tem nomeado advogados com atuação profissional no foro da capital do Estado para exercer esse múnus público em prol do princípio da presunção de constitucionalidade das leis²². Isto não decorre da lei, mais sim de construção

²⁰ Alexandre de Moraes explica que “compete ao Advogado-Geral da União, em ação direta de inconstitucionalidade, a defesa da norma legal ou ato normativo impugnado, *independentemente de sua natureza federal ou estadual*, pois atua como curador especial do princípio da presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos, não lhe competindo opinar nem exercer a função fiscalizadora já atribuída ao Procurador-Geral da República, mas a função eminentemente defensiva.” (2004, p. 641).

²¹ Na hipótese de o Procurador Municipal subscrever a inicial de Adin representando judicialmente o Prefeito Municipal, não poderá ser intimado para se manifestar como defensor da presunção de constitucionalidade das leis, como o Advogado Geral da União, na hipótese de Adin federal. Isso, entre outras razões, por não se poder obrigar o advogado a tergiversar; é livre a liberdade de pensamento, assim como é livre aos advogados o exercício da sua profissão; isso fragilizaria, e muito, a posição do autor da adin, pois seu procurador, por ordem judicial *desproporcional e ilegal* seria compelido a se pronunciar de modo contrário ao quanto deduzido, por ele próprio, na petição inaugural do processo; o direito deve atender a lógica do razoável e do sentimento de justiça; a dignidade da pessoa humana revela-se, também, como princípio a obstar que alguém seja obrigado a se manifestar contrariamente ao que tenha afirmado, ainda que por força de ordem judicial *excessiva* com o peso do artigo 312 do CP; tal ordem constituiria algo próximo a uma tortura moral para o advogado, coagindo a sua livre vontade profissional.

²² Sobre o papel de Curador Especial no âmbito do TJ/SC, importante são as informações de Ruy Samuel Espíndola, que nos autos da *Adin* nº 2002.026121-7, nomeado curador especial, assim manifestou-se:

“**01.** Muito nos honrou a nomeação processual para função pública tão relevante, como a de *Curador da presunção de constitucionalidade das leis*, nos presentes autos, pelo r. despacho de fls. 71/72.

02. Entendemos que a figura do Curador Especial, a exemplo do Advogado Geral da União (§ 3º, do artigo 103, da Constituição da República), não é a de “Advogado da Inconstitucionalidade”, como ponderaram opiniões críticas logo após a promulgação da Constituição da República de 1988.

03. Entendemos que seu papel é o de Advogado da presunção de constitucionalidade das leis e dos atos normativos do Poder Público, podendo pugnar, com o manejo das atuais técnicas de decisão de conflitos de constitucionalidade, pela aplicação da interpretação conforme à Constituição, declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto e/ou declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade, tudo com o fim de preservar, de maneira legítima, hígida e honesta, a obra do legislador ordinário – a lei municipal –, sem pugna à subversão da obra do poder constituinte decorrente – a Constituição Estadual.

04. Além dessa tarefa material de defesa da obra do legislador ordinário dentro dos quadrantes da ética e da ordem jurídica nacional e estadual, cumpre um papel processual muito importante: propiciar o contraditório, o amplo debate, sobre os aspectos de uma polêmica sobre a validade de uma lei tachada de inconstitucional. Especialmente em um processo qualificado pela doutrina de *objetivo* (onde não há partes), faz-se importante o debate, para que esta Corte não decida tendo em contra apenas opiniões unilaterais sobre o objeto da causa. A imparcialidade da opinião de uma Corte deve ser estimulada pelos diferentes pontos de vista parciais, deduzidos pelos sujeitos do debate processual.

jurisprudencial do TJ catarinense, que em muitos casos tem adotado tal entendimento²³.

Nesse sentido, o art. 8º da Lei Estadual 12.069/01 dispõe que, “decorrido o prazo das informações serão ouvidos o Procurador-Geral do Município, se municipal o ato impugnado, o Procurador-Geral do Estado, ou caso este se abstenha de defender o ato o Procurador-Geral da Assembléia Legislativa, se estadual, e, em seguida, o Procurador-Geral de Justiça, em qualquer caso, que deverão manifestar-se no prazo de quinze dias.”

2.2.8. Dilação-probatória

O art. 9º da Lei Estadual 12.069/01 instituiu em seu §1º a possibilidade do relator, em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos: requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos e pessoas com experiência e autoridade na matéria²⁴.

2.2.9. Medida cautelar

Os artigos 10 a 12 da Lei 12.069/01 cuidam da regulamentação da medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade, prevista expressamente no artigo 83, XI, *j*, da CESC.

O *caput* do art. 10 da citada lei determina que, salvo no período de recesso, a medida cautelar será concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do órgão especial do Tribunal²⁵, respeitado o *quorum* de pelo menos dois terços dos desembargadores presentes (art. 13), após audiência, em cinco dias, dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato normativo impugnado.

O § 1º do art. 10 prevê que “o relator, julgando indispensável, ouvirá o Procurador-Geral do Estado ou do Município, conforme o caso, e o Procurador-Geral de Justiça, no prazo de três dias.” O § 2º do mesmo artigo faculta a realização de sustentação oral, no julgamento de pedido de medida cautelar, “aos representantes judiciais do requerente e das autoridades ou órgãos responsáveis pela expedição do ato, na forma estabelecida no Regimento do Tribunal.” Por fim, o § 3º dispensa, em caso de excepcional urgência, a audiência dos responsáveis pela edição do ato normativo impugnado, possibilitando a concessão da medida cautelar.

O art. 11, §1º dispõe que “a medida cautelar, dotada de eficácia contra todos, será

05. Entendemos que o Curador, no desempenho de sua nobre tarefa, deverá discutir tanto questões preliminares quanto de mérito, postulando para que a controvérsia em torno da lei impugnada se dê dentro do mais amplo respeito aos fins da jurisdição constitucional concentrada - proteção de regras e princípios constitucionais, entre os quais encontramos, de forma implícita, a presunção de constitucionalidade das leis, o contraditório, ampla defesa e o devido processo legal etc.

06. Portanto, Excelências, queremos deixar bem clara nossa posição em relação à problemática processual e material desta causa, demonstrando, preambularmente, a nossa posição quanto a papel que nela viemos desempenhar.”

²³ Cf. *Adin* nº 2002.026121-7, Rel. Des. Orli Rodrigues; *Adin* nº 2001.025415-8, Rel. Des. Cesar Abreu.

²⁴ Sobre a necessidade de dilação probatória em ação direta de inconstitucionalidade, ver Gilmar Ferreira MENDES e Ives Gandra da Silva MARTINS, *Controle de Constitucionalidade – comentários à Lei 9.868, de 10.11.1999*, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 170-183.

²⁵ O órgão especial foi extinto pelo Ato Regimental nº 59, em 18 de junho de 2003. Então, *mutatis mutandis*, a cautelar será apreciada pelo Pleno do TJ (que hoje é composto por 50 desembargadores).

concedida com efeito *ex nunc*, salvo se o Tribunal conceder-lhe eficácia retroativa.” Observa-se, através desse dispositivo, que o legislador ordinário admite a concessão de liminares com eficácia retroativa, ou seja, com repercussão sobre situações pretéritas, desde que o Tribunal expressamente a determine no acórdão concessivo da medida cautelar²⁶. Nesse sentido, Patrícia Teixeira de Rezende Flores:

“A rigor, a liminar, no controle abstrato de constitucionalidade de normas municipais, é deferida com eficácia *ex nunc*, o que significa dizer que opera efeitos a partir do momento em que é proferida. Todavia, se essa solução não se mostrar eficiente, podem os Tribunais Estaduais concedê-las com efeito *ex tunc*, consignando expressamente essa circunstância na decisão.” (2002, p. 278).

Dispõe o § 2º que, com a concessão da liminar, haverá aplicação da legislação anterior (efeito represtinatório), acaso existente, salvo expressa manifestação em contrário do Tribunal. Salienta-se, conforme Patrícia Teixeira de Rezende Flores, que essa prerrogativa, “somente pode ser utilizada em casos excepcionais, em que a lei que voltaria a vigor também seria inconstitucional. Não se pode negar o seu retorno apenas por questões de conveniência e/ou de oportunidade.” (2002, p. 280).

Por fim, o art. 12 permite que, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, o pedido de medida cautelar seja julgado conjuntamente com o mérito da própria Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Observa-se que os requisitos formais acima apontados são de observância obrigatória para a concessão da tutela cautelar.

Ressalta-se, também, que os requisitos materiais necessários para a concessão da cautelar – *fumus boni iuris* e *periculum in mora* – devem estar presentes no pedido de liminar na Ação Direta de Inconstitucionalidade, de forma a sustentar a suspensão da eficácia da lei ou ato normativo impugnado até a decisão final. Nesse sentido Ronaldo Poletti afirma que

“a concessão de liminar é condicionada a requisitos muito rígidos. A Constituição inseriu na competência do Supremo o processo e julgamento de pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade (art. 102, I, p), mas ela somente é cabível quando a vigência imediata do texto contra o qual se representou poderá ocasionar dano irreparável ao Erário ou criar situação de difícil desfazimento. A suspensão liminar é medida de caráter excepcional que pressupõe demonstrada, além da relevância jurídica do fundamento da arguição, a ocorrência de interesse público prevalente, que recomende o imediato retorno à situação anterior.” (1995, p. 130-131).

A cautelar da Ação Direta de Inconstitucionalidade não é a mesma prevista nos artigos 796 a 812 do CPC, que pode ser requerida preparatória ou incidentalmente ao processo principal. Ela deve ser requerida, em regra, contemporaneamente

²⁶ Ver importante texto de Daniel Sarmento, “A Eficácia Temporal das Decisões no Controle de Constitucionalidade.” in: - ---. (org.) *O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001. 301 p., p. 101-138.

ao aforamento da ação, postulada nos requerimentos finais do petição inicial. A exigência de cautelar preparatória destoaria da processualística constitucional do controle de constitucionalidade. Essa cautelar está mais próxima da medida liminar do mandado de segurança do que da tradicional medida cautelar²⁷.

2.2.10. Decisão final de mérito

A decisão sobre a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo impugnados somente será tomada se presentes na sessão pelo menos dois terços dos integrantes do Pleno²⁸ (atualmente, 33 membros).²⁹ Essa regra é uma exigência de presença para julgamento, para deliberação, não de quorum para proclamação de inconstitucionalidade, já que este, segundo o artigo 97 da Constituição Federal, 84 da CESC, e 14, *caput*, da Lei 12.069/01, exige maioria absoluta, ou seja, vinte e seis membros devem pronunciar-se pela inconstitucionalidade da norma impugnada para que a decisão seja processualmente válida e materialmente eficaz.

Será julgado procedente o pedido de inconstitucionalidade se entre os 50 membros do Tribunal de Justiça hoje existentes houver 26 votos nesse sentido. Assim, a procedência do pedido (procedência da *ação*) está vinculada ao *quorum* de maioria absoluta (artigo 15 c/c 14 da Lei 12.069/01).

Julgada a ação, far-se-á a comunicação à autoridade ou ao órgão responsável pela expedição do ato impugnado, para as providências necessárias (artigo 16). A comunicação se fará tanto quando o resultado julgar improcedente o pedido, dando pela constitucionalidade da norma, quanto der pela sua procedência, declarando a inconstitucionalidade do ato impugnado. No caso de inconstitucionalidade por ação, as providências necessárias variam em cada caso: se já havia liminar suspendendo o ato, a decisão de procedência da ADIN apenas confirma a inconstitucionalidade já antevista na decisão preambular, o que firmará a não-aplicação da norma *pro futuro*, e fundará a desconstituição de situações já estabelecidas no transcurso do processo constitucional ou mesmo antes de sua inauguração por aforamento da inicial³⁰; se a liminar foi negada, todavia a decisão final foi pela procedência do pedido, a comunicação

²⁷ Em sentido diferente do aqui exposto, é a opinião de Eduardo Sens dos Santos (2002, p. 75-90), que advoga a sua semelhança à tutela antecipatória.

²⁸ Desde 2007, o número de Desembargadores integrantes do TJ/SC foi alterado para 50 membros.

²⁹ Importante salientar, para fins deste tópico, as técnicas de decisão no controle de constitucionalidade descritas por André Ramos TAVARES, *Curso de Direito Constitucional*, 5 ed., São Paulo: Saraiva, 2007, “Técnicas de Decisão dos Tribunais Constitucionais”, p. 249/263. Também Gilmar Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Saraiva, 2007, “As Decisões no Controle de Constitucionalidade de Normas e seus Efeitos”, p. 1.181/1.209: *declaração de nulidade da lei; interpretação conforme à Constituição; declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade; declaração de inconstitucionalidade de caráter restritivo ou limitativo*, etc.

³⁰ Lembrando que a declaração de inconstitucionalidade no plano abstrato, *concretamente* nada desconstitui além da lei declarada inconstitucional. As aplicações da lei até o reconhecimento de sua invalidade, que ocasionou situações jurídicas consolidadas, merecerão, em cada caso, juízo próprio (administrativo ou judicial) para eventual desconstituição. E muitas vezes haverão atos que, embora reconhecida a inconstitucionalidade da lei que os motivou, não deverão serem desconstituídos, como nos mostra, em lapidar estudo, o jurista CLÉVE, Clémerson Merlin, em seu a “Declaração de inconstitucionalidade de dispositivo normativo em sede de juízo abstrato e efeitos sobre os atos singulares praticados sob sua égide”. *Revista dos Tribunais - Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, RT, ano 5, n. 19, abr./jun. de 1997, p. 279-307.

será para que a autoridade ou órgão saiba que a norma foi retirada da ordem jurídica; se não houve liminar e nem sentença de mérito favorável ao pedido, a comunicação apenas referendará o que já se sabia, e dará mais certeza à aplicação da norma impugnada: ela é válida, vigente e eficaz; ainda poderá variar providências de acordo com a modelagem dos efeitos da decisão no tempo, modelagem autorizada no artigo 17.

Seguindo a grande inovação encetada pelo artigo 27 da Lei Federal 9.868/99, firmou o artigo 17 da Lei Estadual 12.069 o seguinte: “Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Tribunal de Justiça, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado no acórdão.”³¹

O dispositivo estadual, assim como o federal do qual seguiu o modelo, rompe com a velha e superada dicotomia entre efeito *ex tunc* e efeito *ex nunc*³², ou seja, rompe com a velha anteposição entre efeitos retroativos ou prospectivos. A regra geral é de que, proclamada a inconstitucionalidade, seus efeitos serão retroativos. Todavia, por razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social acatada por trinta e três votos do TJ/SC, poderá a declaração de inconstitucionalidade ter efeitos diferenciados no tempo. Assim, o *quorum* qualificadíssimo não é para declaração de inconstitucionalidade, mas para modelagem de seus efeitos (restringindo ou ampliando, de acordo com o especificado na decisão).

Findando as especificações sobre a ritualística da Ação Direta de Inconstitucionalidade, firma o artigo 18 da Lei 12.069: “Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Tribunal de Justiça fará publicar em sessão especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial do Estado a parte dispositiva do acórdão.”

É razoável traçarmos, sob evidente raciocínio lógico e cronológico, a seguinte exegese deste dispositivo:

a) a norma pressupõe uma publicação anterior, para dar a conhecer aos envolvidos no processo o resultado da decisão, podendo estes opor os recursos cabíveis que, segundo jurisprudência do STF (e a norma do artigo 26 da Lei Federal nº 9.868/99), podem ser embargos declaratórios e/ou recurso extraordinário (este, somente se a norma parâmetro na ADIN houver reproduzido dispositivo idêntico encontrável na Constituição Federal³³);

³¹ SARMENTO, Daniel. “A Eficácia Temporal das Decisões no Controle de Constitucionalidade.” in: - ---. (org.) *O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001. 301 p., p. 101-138, e CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. “Da Declaração de Inconstitucionalidade e seus efeitos em face das Leis 9.868 e 9.882/99.” in: - SARMENTO, Daniel. (org.) *O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001. 301 p., p. 39-99.

³² Para ver o estado do debate antes de nov./1999, consultar Regina Maria Macedo Nery Ferrari, 1999, p. 181.

³³ Ver MENDES, Gilmar Ferreira, *Moreira Alves e o Controle de Constitucionalidade no Brasil*, São Paulo, Celso Bastos Editor, 2000, p. 79/106; WIECHERT, Marlon Alberto. “O Recurso Extraordinário no Controle Abstrato.” in: - TAVARES, André Ramos & ROTHENBURG, Walter Claudius (orgs.). *Aspectos Atuais do Controle de Constitucionalidade no Brasil: Recurso Extraordinário e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 61-76. 275 p.; LEONEL, Ricardo de Barros. “Recurso Extraordinário e Controle Objetivo de Constitucionalidade na Justiça Estadual.” in: - NERY JR, Nelson. & WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Coleção Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos, V. 11).

b) segundo o raciocínio exposto na letra anterior, o prazo para trânsito em julgado será de 15 dias (já que o recurso extraordinário, conforme artigo 26 da Lei 8.038/90, tem este prazo), contados da publicação integral da decisão no Diário de Justiça Eletrônico, incidindo, conforme o caso, o artigo 188 do CPC, ou seja, podendo haver contagem de prazo em dobro para recorrer;

c) após o trânsito em julgado haverá nova publicação, em dez dias, onde se publicará apenas a parte dispositiva do acórdão, ou seja, suas conclusões, suprimindo-se o relatório e a motivação;

d) esta nova publicação se fará em parte especial do Diário de Justiça Eletrônico e do Diário Oficial do Estado, para se dar amplo conhecimento a toda a sociedade e a todos os órgãos de Estado (estaduais, municipais e mesmo federais), já que as questões constitucionais são questões sempre transcendentais, que alcançam o interesse geral, o interesse de todos.

Concluída a descrição da estrutura da Ação Direta de Inconstitucionalidade aforável perante o Tribunal de Justiça catarinense, na parte seguinte investigaremos a adequação da Lei Catarinense 12.069/01 à Ordem Constitucional Federal vigente, sua conveniência e oportunidade, bem como suas inovações e lacunas sentidas comparativamente ao modelo federal, e o que ela poderia ter positivado, para quem ou além desse modelo.

3. REFLEXÃO CRÍTICA SOBRE LIMITES E POSSIBILIDADES DA ADIN CATARINENSE

Neste ponto do trabalho refletiremos sobre três questões, que prepararão a sua conclusão:

a) é válido, segundo a Ordem Constitucional Vigente, a instituição do rito de *ADIN* por lei estadual?

b) tendo em conta o modelo federal de *ADIN*, a estrutura da *ADIN* estadual ficou além ou aquém do paradigma central?

c) que inovações seriam possíveis em face da estrutura da *ADIN* estadual vigente em Santa Catarina?

3.1. Instituição do Rito Processual Constitucional de ADIN por Lei Estadual

A Constituição de Santa Catarina, como já dissemos, regulou em seu artigo 84 e seguintes a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade. O Estado promulgou a Lei 12.069, em dezembro 2001, que cuidou do rito processual dessa ação; anteriormente, a resolução tribunalícia 06/90 tratara da mesma matéria.

Tendo em conta o círculo constitucional de competências legislativas traçado na Constituição Federal, esses atos normativos catarinenses seriam válidos, legítimos, constitucionais?

Para darmos resposta a esta questão, precisamos sublinhar que em nosso sistema federativo a competência normativa do constituinte estadual se expressa através de poderes de elaboração da Constituição Estadual, de emissão de normas constitucionais estaduais que serão paramétricas para os demais poderes estaduais e mesmo para os particulares. Neste poder de elaboração da constituição está ínsito, implícito, o poder de criar o sistema de proteção da Constituição elaborada pelo Estado-membro.

E as regras, o rito e os instrumentos de proteção da Constituição elaborada pelo Estado-Membro podem vir nela traçadas por normas constitucionais estaduais, ou por normas legislativas ou regimentais produzidas pelos poderes constituídos estaduais.

Os institutos basilares do controle estadual de constitucionalidade e seus legitimados devem estar positivados no texto constitucional estadual, podendo o legislador ordinário estadual – o judiciário através de sua competência normante regimental –, criar normas ordinárias que especifiquem, modulem os efeitos das decisões liminares e de mérito, definam o rito e o processo constitucional respeitante ao sistema de controle de constitucionalidade estadual.

Podemos dizer que há uma reserva de constituição estadual quanto à previsão dos institutos, todavia quanto às regras do processo constitucional e suas características procedimentais secundárias podem ser delineadas ou aprofundadas pela atividade legislativa infraconstitucional, como demonstram, no plano federal, as leis federais 9.868/99 e 9.882/99, que definiram, respectivamente, o rito das ações direta de inconstitucionalidade federal e da ação declaratória de constitucionalidade, e o rito da arguição de descumprimento de preceito fundamental, assim como as disposições regimentais do Supremo Tribunal Federal e do Congresso Nacional que dispõem sobre ritos judiciais e parlamentares no que toca a decisões e seus efeitos proferidas no controle de constitucionalidade. Nesse caso o princípio da simetria deve funcionar como estimulante, como norte, como luz da liberdade de conformação do Estado-membro.

Afirmamos que o poder de proteção da Constituição estadual realiza-se em três momentos distintos:

i) elaboração constituinte das linhas mestras do sistema, com a definição dos institutos basilares, com a opção pelos instrumentos processuais constitucionais que figuraram no rol de normas da Constituição estadual, tanto no ato inicial constituinte estadual, quanto pela ação de reforma constitucional do texto local;

ii) os poderes constituídos estaduais, em atividade de normação infra-constitucional, através de leis ou atos regimentais, definirão com minúcia as características ordinárias do processo constitucional de controle da compatibilidade de atos e normas com a constituição estadual;

iii) o judiciário estadual, através da cúpula do Tribunal de Justiça, em via de controle direto, ou os demais juízes estaduais, no âmbito do controle difuso, farão valer esses instrumentos diante das normas constitucionais estaduais paramétricas ao controle de constitucionalidade.

Com relação à regra de competência legislativa processual da União (art. 22, I da CRFB), que poderia impedir o legislador estadual de tratar sobre tal matéria, asseveramos que o processo constitucional estadual de controle é instituto que está na esfera de competência constituinte e legislativa do Estado-Membro e não se verá obstado por tal preceito, por três razões básicas:

i) o processo judicial que se cuida naquele texto é o processo civil e o processo penal, não o processo constitucional;

ii) é inerente a capacidade de auto-legislação e auto-organização dos Estados-Membros definirem o seu sistema processual de defesa da constituição estadual, podendo

fazê-lo por normas constitucionais estaduais, normas legais e normas regimentais;

iii) seria incoerente que se imaginasse poder o constituinte decorrente elaborar uma constituição estadual, todavia o sistema de defesa dessa constituição fosse regulado por norma processual federal, sem que para isso houvesse disposição expressa posta pelo constituinte originário federal: aqui também a matéria, além de ser de competência implícita, também é remanescente.

É da essência da autonomia do constituinte estadual criar o sistema de defesa da Constituição que dele emanar. Cabe a ele e só a ele criar mecanismos de controle que assegurem a supremacia da Constituição Estadual no plano territorial dos Estados. Seria ilógico e inaceitável que o sistema de controle de constitucionalidade estadual fosse ou devesse estar previsto e exaurido na Constituição Federal – isso, para Anna Cunha Ferraz, anularia o significado da autonomia federativa.

Além disso, ressaltamos que o constituinte estadual não está obrigado a acompanhar os modelos de defesa criados e estruturados pela Constituição Federal, já que a criação de seu mecanismo de defesa é direito autônomo:

Para o Estado-Membro, em nossa federação, a criação de seu sistema de defesa seria “direito autônomo”, não estando adstrito a acompanhar os eventuais modelos de defesa da Constituição Federal, por esta criados e estruturados.

Assim, não haveria uma correspondência estrutural necessária entre controle federal e controle estadual de constitucionalidade. Óbvio que o sistema de defesa estadual está limitado pelas regras e princípios de observância obrigatória pelo poder constituinte decorrente, como são, a exemplo, a separação de poderes, o sistema de direitos e garantias fundamentais, a organização mínima do poder judiciário e sua articulação com os demais poderes.

Anna Cunha Ferraz, ao tratar do assunto afirma:

“[...]o controle de constitucionalidade frente à Constituição Estadual há de ser exercido por poderes constituídos pelo Constituinte Decorrente e, em regra, deve ser previsto na própria Constituição Estadual para que possa atuar eficazmente.

O Constituinte Estadual ao criar o sistema de controle de defesa da Constituição há de indicar-lhe a natureza, estruturar-lhe os meios de funcionamento, inclusive os de natureza processual.

Esse controle alcança, necessariamente, todos os atos jurídicos que tenham fundamento na Constituição Estadual, de modo direto ou indireto. Vale dizer que alcança a ação dos poderes locais, legislativo e executivo. Assim, à Constituição Estadual hão de ajustar-se, no plano legislativo, as leis estaduais e as leis municipais; no plano executivo, os atos do governador e das autoridades estaduais, dos prefeitos e autoridades municipais, e, no plano judiciário, os atos do Poder Judiciário Estadual, quer enquanto aplica normas (função jurisdicional), quer quando atua competências decorrentes da Constituição Estadual e das leis estaduais (função administrativa).”³⁴

³⁴ apud, Ruy Samuel Espíndola, *Jurisdição Constitucional Estadual*, p. 53.

Do exposto, conclui-se que o controle de constitucionalidade estadual (para defesa da constituição estadual no modo concentrado) é matéria dos Estados-Membros e deve ser regulado no plano local como manifestação de autonomia federativa. Nesse sentido, o Estado de Santa Catarina, ao promulgar a Lei 12.069/01, e, anteriormente, a resolução tribunalícia nº 06/90, agiu de acordo com sua autonomia normativa, cingindo-se ao círculo constitucional de competências que lhe é assegurado na Constituição da República (arts. 1º, *caput*, 18, *caput*, 25, § 1º, 125, § 2º, da CRFB).

3.2. Comparação entre o Modelo Federal de ADIN e o Estadual Catarinense: diferenças e semelhanças constatadas

O primeiro ponto a destacar é a semelhança, inclusive redacional, entre os artigos da Lei Estadual 12.069/01 relativamente aos dispositivos da Lei Federal 9.868/99, que regulou o processo e julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade federais. O legislador catarinense não apenas inspirou-se, antes copiou, em certa medida, o modelo federal.

Segundo: o legislador catarinense manteve o mesmo silêncio do legislador federal no que toca à Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão. Ou seja, a lei federal apenas regulou a *ADIN* e *ADC*, nada dizendo sobre a *adio*. Apesar de a Constituição estadual ter instituído a *ADIO* (CESC, art. 85, §3º), a lei estadual sobre ela nada dispôs.

Terceiro: a lei catarinense disciplinou apenas uma única ação, enquanto o legislador disciplinou duas, conferindo-lhes tratamento uniforme e sistematizado. Ora, poderia o legislador catarinense, como dissemos, ter aproveitado a oportunidade normante e ter disciplinado o rito da *adio* estadual.

Quarto: a lei estadual (art. 2º, VII), reproduzindo preceito da Constituição Estadual (art. 85, VII, da CESC), limitou a propositura de *ADIN*, a Prefeito, Mesa da Câmara e um quarto dos Vereadores, somente quando se tratar de lei ou ato normativo municipal, ou seja, quando houver inconstitucionalidade de lei estadual em face da Constituição estadual não poderão essas autoridades proporem a via concentrada. Tendo em conta os dispositivos similares da lei federal (art. 2º, IV e V) e da Constituição Federal (art. 103, IV e V), que regulamentam a *ADIN* federal para a Mesa da Assembléia Legislativa e Governador, não notamos semelhante restrição, pois essas autoridades tanto podem impugnar leis estaduais e leis federais perante o STF, na via direta.

Ou melhor, o Prefeito, como segundo chefe do executivo, em Santa Catarina, tendo em conta o Governador no plano federal (que também é o segundo chefe de executivo, todavia em nível nacional), pode menos do que esse, pois não lhe foi atribuído a via processual de impugnação da lei estadual frente à Constituição estadual (e assim, na mesma proporção, a Mesa da Câmara, relativamente a Mesa da Assembléia Legislativa).

Nesse ponto, a lei estadual e a constituição catarinense representam retrocesso relativamente ao modelo federal, que se baseou na ampliação democrática do pólo ativo para a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Quinto: a lei estadual, na parte final do dispositivo antes analisado (art. 2º, VII), consagrou norma atribuidora de legitimidade *ad causam* para *ADIN*, que representa, relativamente ao modelo federal, significativo avanço, pois legitimou a Subseção

da Ordem dos Advogados do Brasil, o Ministério Público de primeiro grau e as associações comunitárias (*e. g.*, comunidades de bairro etc.) a proporem a Ação Direta quanto se tratar de lei municipal contestável em face da Constituição estadual. Houve assim ampliação do número de sujeitos proponentes, todavia com redução do objeto da impugnação, como criticado no item quatro desta exposição. E o avanço é evidente, pois no modelo federal não foi atribuído legitimidade ativa às Procuradorias Gerais de Justiça dos Estados, nem aos seus Conselhos Seccionais da OAB, que seriam as instituições, em plano federal, similares às elencadas no plano estadual catarinense.

Além disso, sequer há no plano federal a menor menção a “associações representativas da comunidade”, o que, na esfera catarinense, amplia, e muito, a possibilidade de acesso à jurisdição constitucional estadual. O que no plano federal mais se aproxima de tal disposição é a alusão, no inciso IX, do artigo 2º, da Lei 9.868/99 (103, IX, CRFB): a “confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional”, todavia, a ordem jurídica catarinense também legitimou “as federações sindicais e as entidades de classe de âmbito estadual” (art. 2º, VI da Lei 12.069; 85, VI, CESC).

Sexto: o artigo 8º da lei estadual inovou relativamente ao seu correspondente normativo, o artigo 8º da lei federal. A disciplina estadual diz que, decorrido o prazo para as informações, serão ouvidos o Procurador-Geral do Município, se municipal o ato impugnado, o Procurador-Geral do Estado, se estadual, e, caso esse se abstenha de defendê-lo, será chamado a fazê-lo o Procurador-Geral da Assembléia Legislativa; após, se ouvirá o Procurador-Geral de Justiça (como integrante máximo do Ministério Público estadual).

No plano federal, o Advogado-Geral da União se pronunciará tanto no caso de lei federal quanto no de lei estadual, para defender a presunção de constitucionalidade de ambas. Sequer se cogitou de outro agente que possa substituí-lo em tal tarefa, melhor, sequer admitiu-se que possa ele abster-se de tal responsabilidade processual. Após a manifestação da advocacia máxima da União, manifestar-se-á o Chefe Máximo do Ministério Público Federal, o Procurador Geral da República.

Sétimo: tendo em conta o modelo federal, a lei estadual deixou de estabelecer uma disciplina procedimental que, na visão da sociedade aberta dos intérpretes constitucionais de Häberle, poderia ser útil à exegese de questões constitucionais estaduais. Referimo-nos ao parágrafo 2º, do artigo 9º, da Lei 9.868/99: “O Relator poderá, ainda, solicitar informações aos Tribunais Superiores, aos Tribunais federais e aos Tribunais estaduais acerca da aplicação da norma impugnada no âmbito de sua jurisdição.”

Ora, esse dispositivo, no plano federal concentrado de constitucionalidade, quis oportunizar à Corte Constitucional Máxima Federal ouvir as cortes inferiores quanto à aplicação da norma impugnada no controle difuso de constitucionalidade. Esse dispositivo promove promissora interação entre o controle concentrado e difuso de constitucionalidade. Em nosso entendimento, no plano estadual catarinense poderia a Lei 12.069 tê-lo adotado, *mutatis mutandis*, para oportunizar ao Relator ouvir os juízos monocráticos das Comarcas e as Turmas Recursais dos juizados especiais.

Oitavo: o artigo 16 da lei estadual consagrou dispositivo completamente estranho ao modelo federal de *ADIN*: “Julgada a ação, far-se-á a comunicação à autoridade ou

ao órgão responsável pela expedição do ato, inclusive para efeitos do § 2º, do art. 85 da Constituição Estadual.”. Diz o dispositivo do § 2º, do artigo 85, da CESC: “Declarada a inconstitucionalidade, a decisão será comunicada ao Poder ou órgão competente para a adoção das providências necessárias.”

No modelo federal concentrado, apenas quando a Constituição Federal tratou da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º) é que exigiu “ciência ao poder competente para adoção das providências necessárias [...]”, se declarada a inconstitucionalidade por omissão. Lembremos que a Lei federal 9.868/99 não tratou da *adio*, e nem especificou dispositivo semelhante.

Além disso, o constituinte estadual catarinense, ao adotar a *adio* estadual, especificou: “Reconhecida a inconstitucionalidade, por omissão de medida para tornar efetiva norma desta Constituição, a decisão será comunicada ao Poder competente, para adoção das providências necessárias a prática do ato ou início do processo legislativo, e, em se tratando de órgão administrativo, para cumprimento em trinta dias.” (art. 85, § 3º, da CESC).

Nono: a Lei 12.069/01 não positivou na ordem jurídica catarinense o teor do artigo 26 da Lei Federal 9.868/99: “A decisão que declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em Ação Direta ou em Ação Declaratória é Irrecorrível, ressalvada a interposição de embargos declaratórios, não podendo, igualmente, ser objeto de ação rescisória.”

Não poderia ter adotado na íntegra este enunciado a lei estadual, por duas razões:

a) não foi positivado, na Constituição catarinense, a ação declaratória de constitucionalidade³⁵;

b) a jurisprudência do STF admite recurso extraordinário em *ADIN* estadual, desde que a norma-parâmetro adotada nesta ação seja reprodução de norma-parâmetro da Constituição Federal (apenas *norma de reprodução*, e não as *normas de imitação*), conforme fixado na Reclamação 383/93, Relatoria do Ministro José Carlos Moreira Alves³⁶.

Ainda que não tenha adotado tal enunciado, é possível a interposição de embargos declaratórios contra acórdãos proferidos em *ADINs* estaduais (art. 535, do CPC), recurso que serve para o esclarecimento de qualquer decisão judicial, tanto as proferidas em processos de jurisdição ordinária como em processos de jurisdição constitucional concentrada³⁷.

Décimo: a lei estadual também não positivou o parágrafo único, do artigo 28, da Lei 9.868/99: “A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos

³⁵ Ruy Samuel Espíndola (2003, p. 101 e 135) e Nagib Slaib Filho (1994, p. 92-97) entendem possível a adoção de ação declaratória de constitucionalidade nas ordens jurídicas dos Estados-Membros brasileiros.

³⁶ Cf. MENDES, 2000, p. 100-106 e 564-667 (íntegra do acórdão proferido na referida reclamação).

³⁷ Sobre a distinção entre jurisdição ordinária estadual e jurisdição constitucional estadual, ver Ruy Espíndola, 2003, p. 114-117.

órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.”

Em outros termos, deixou de prever, expressamente, as técnicas de decisão encontráveis no sistema de controle de constitucionalidade concentrado federal, como são a “interpretação conforme a constituição”³⁸ e a “declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto”³⁹. Ademais, não previu, explicitamente, o efeito vinculante⁴⁰ de suas decisões para o Poder Judiciário estadual e para os órgãos da administração pública estadual e municipal localizadas em território catarinense.

Este silêncio sobre o efeito vinculante impossibilitou um olhar sobre o valor e uso da reclamação constitucional no plano estadual catarinense, para se fazer respeitar as decisões vinculantes tomadas em ADIN estadual. A Constituição barriga-verde, em seu artigo 83, XI, letra “i”⁴¹, prevê o instituto da reclamação para preservar a autoridade das decisões do TJ.

A regulação de tal instituto, no plano da Constituição local, tem sido aceita como legítima pelo STF⁴². Assim, poderia e pode haver o uso da reclamação⁴³, como

³⁸ Ver sobre essa técnica MENDES, 2000, p. 47-57.

³⁹ Idem.

⁴⁰ Sobre efeito vinculante a professora Regina Maria Macedo Nery Ferrari, explica que esse efeito foi implantado no sistema constitucional brasileiro pela Emenda Constitucional 3/93, ligado à ação declaratória de constitucionalidade, no que diz respeito as decisões definitivas de mérito, segundo estatui o art. 102, I, a, e art. 102, § 2º, da Constituição Federal. E, afirma a autora que “conferir efeito vinculante às decisões dos tribunais superiores é uma tendência universal e consiste em lhes dar maior eficácia, isto é, além da eficácia *erga omnes*, própria da proferidas em jurisdição concentrada; de consequência, todos os órgãos judiciários e administrativos ficam a ela vinculados, obrigados a respeitar o que já foi decidido pela Suprema Corte, o que possibilita a igualdade de efeitos pela submissão de todas as causas a seus termos, incluindo as que ainda estão em andamento.” (2003, p. 211-212).

⁴¹ “Art. 83. Compete privativamente ao Tribunal de Justiça: (...) Poder Judiciário; XI - processar e julgar, originariamente: (...) i) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões.”

⁴² Rel. Min. Sepúlveda Pertence, ADIN 2480-PB, DJU 15.06.2007: EMENTA: “Ação direta de inconstitucionalidade: dispositivo do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba (art. 357), que admite e disciplina o processo e julgamento de reclamação para preservação da sua competência ou da autoridade de seus julgados: ausência de violação dos artigos 125, *caput* e § 1º e 22, I, da Constituição Federal. 1. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADIn 2.212 (Pl. 2.10.03, Ellen, DJ 14.11.2003), alterou o entendimento - firmado em período anterior à ordem constitucional vigente (v.g., Rp 1092, Pleno, Djaci Falcão, RTJ 112/504) - do monopólio da reclamação pelo Supremo Tribunal Federal e assentou a adequação do instituto com os preceitos da Constituição de 1988: de acordo com a sua natureza jurídica (situada no âmbito do direito de petição previsto no art. 5º, XXIV, da Constituição Federal) e com os princípios da simetria (art. 125, *caput* e § 1º) e da efetividade das decisões judiciais, é permitida a previsão da reclamação na Constituição Estadual. 2. Questionada a constitucionalidade de norma regimental, é desnecessário indagar se a colocação do instrumento na seara do direito de petição dispensa, ou não, a sua previsão na Constituição estadual, dado que consta do texto da Constituição do Estado da Paraíba a existência de cláusulas de poderes implícitos atribuídos ao Tribunal de Justiça estadual para fazer valer os poderes explicitamente conferidos pela ordem legal - ainda que por instrumento com nomenclatura diversa (Const. Est. (PB), art. 105, I, e e f). 3. Inexistente a violação do § 1º do art. 125 da Constituição Federal: a reclamação paraibana não foi criada com a norma regimental impugnada, a qual - na interpretação conferida pelo Tribunal de Justiça do Estado à extensão dos seus poderes implícitos - possibilita a observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, como exige a primeira parte da alínea a do art. 96, I, da Constituição Federal. 4. Ação direta julgada improcedente.”

⁴³ Ver, entre tantos, Leonardo L. Morato, *Reclamação e sua aplicação para o respeito da súmula vinculante*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007. Esse autor é contra sua instituição no plano estadual, cf. p. 267.

instrumento de proteção da ordem constitucional objetiva, no controle concentrado estadual, como tem sido feito no plano federal. A ordem jurídica catarinense já está aparelhada para tal. Basta a jurisprudência estadual começar a registrar seu uso.

Os pontos expostos resultaram da comparação realizada entre a *ADIN Federal* e a *ADIN Estadual Catarinense*. No tópico seguinte trataremos das possíveis inovações (inclusões e supressões) a serem realizadas pelo legislador catarinense no modelo concentrado de constitucionalidade estadual por via de Ação Direta de Inconstitucionalidade.

3.3. Inovações possíveis ao modelo Estadual Catarinense de ADIN

Neste último tópico do trabalho, tendo em conta a análise feita no segundo capítulo e a comparação exposta no item anterior, apontaremos algumas sugestões para alteração do modelo catarinense de *ADIN*. Sugestões de *lege ferenda*, que poderão implicar alteração da Constituição estadual ou da Lei Estadual 12.069 nas normas que disciplinaram o rito, o julgamento e os efeitos da ação direta de inconstitucionalidade positivada na ordem jurídica catarinense.

A primeira sugestão implica alteração do inciso VII, do artigo 85, da CESC e do inciso VII, do artigo 2º, da Lei estadual catarinense. Nesses dispositivos ficou assentado que o Prefeito, a Mesa da Câmara, a Subseção da Ordem dos Advogados do Brasil, o representante do Ministério Público e as associações representativas de classe ou da comunidade poderão propor *ADIN*, desde que o ato impugnado seja lei municipal, não lhes facultando ação para impugnar lei estadual. Sugerimos a supressão derogatória, nos dispositivos apontados, de sua última parte, “[...] quando se tratar de lei ou ato normativo municipal”, assim restando legítima e democraticamente franqueada, aos agentes referidos, a possibilidade de impugnar leis estaduais lesivas aos interesses das comunidades municipais em face da Constituição estadual.

A segunda sugestão é para excluir o critério da pertinência temática adotado na jurisprudência do STF para *ADIN Federal*, e admitida pelo TJ catarinense, para garantir maior democraticidade e abertura no controle concentrado barriga-verde. Assim, talvez se pudesse acrescentar um parágrafo único ao artigo 2º, da Lei 12.069/01, com o seguinte enunciado: “Para o exercício do direito de ação pelos agentes e entes descritos nos incisos anteriores, não se exige a comprovação de pertinência temática, salvo demonstração de interesse para ente ou agente municipal impugnar lei vigente de município onde não exercem suas funções.”

A terceira sugestão é adotar, no texto da Lei 12.069/01, parágrafo único ao seu artigo 18, *mutatis mutandis*, com o mesmo teor do parágrafo único do artigo 28 da Lei Federal 9.868/99, que teria a seguinte redação: “A declaração de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário estadual e à Administração Pública estadual e municipal.”

A quarta seria a supressão derogatória do artigo 16 da Lei 12.069/01 e do § 2º do 85, da Constituição estadual catarinense, com os seguintes teores, respectivamente: “Julgada a ação, far-se-á a comunicação à autoridade ou ao órgão responsável pela

expedição do ato, inclusive para efeitos do § 2º, do art. 85 da Constituição Estadual. Declarada a inconstitucionalidade, a decisão será comunicada ao Poder ou órgão competente para a adoção das providências necessárias.”

Esses dispositivos, em nosso entendimento, se não ajudam a melhorar a eficácia do controle de constitucionalidade em Santa Catarina, podem atrapalhar-lhe a boa efetividade. Ocorre que a simples publicação do acórdão no órgão oficial de imprensa, no modo disciplinado no artigo 18 da Lei estadual (que corresponde ao artigo 28, da Lei 9.868/99), já opera efeitos de excluir da ordem estadual ou municipal a norma reconhecida como inconstitucional, já lhe empresta efeito *erga omnes*, vinculante, devendo o próprio acórdão dizer se haverá modulação dos efeitos temporais (*ex nun, ex tunc*), na forma do artigo 17 da lei estadual.

Equívocada interpretação dos dispositivos que sugerimos derrogação pode levar ao entendimento de que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade dependam de atos de autoridades alheias à Corte Constitucional catarinense. Ou seja, pode-se querer que para a *ADIN*, para o controle concentrado, se tome o mesmo procedimento que se tem tomado para o controle difuso exercido pelo pleno do TJ: comunicação à Assembléia Legislativa, para expedição de decreto legislativo suspensivo de lei declarada inconstitucional em decisão definitiva do TJ/SC, por aplicação à espécie, do inciso XIII, do artigo 40, da CESC (que repete, *mutatis mutandis*, o artigo 52, X, da CRFB)⁴⁴.

A **quinta seria** a adoção, mudando o que deve ser mudado, do teor encontrável no parágrafo 2º, do artigo 9º, da Lei Federal 9.868/99, criando-se o parágrafo 3º, no artigo 9º, da Lei 12.069, que teria a seguinte redação: “O relator poderá, ainda, solicitar informações às Turmas Recursais dos juizados especiais ou aos juízes monocráticos acerca da aplicação da norma impugnada no âmbito de sua jurisdição.”

A **sexta sugestão** seria substituir, no texto da lei catarinense, o teor do artigo 16 antes criticado, pelo seguinte teor: “A decisão que declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo em ação direta é irrecorrível, ressalvada a interposição de embargos declaratórios ou recurso extraordinário na forma

⁴⁴ Preocupação deste jaez foi revelada por proposição administrativa ao pleno do TJ, por ato do então 1º Vice-Presidente do Tribunal catarinense, Desembargador João José Ramos Schaefer: “A generalidade dos autores e o próprio eg. Supremo Tribunal Federal tem como assente que a suspensão de que trata o art. 52, X da Constituição Federal tem em vista apenas e tão somente as decisões proferidas pro *via de exceção*, isto é, no controle difuso de constitucionalidade de leis. O mesmo, conseqüentemente, haverá de observar-se, no âmbito estadual, em relação às leis municipais e estaduais, que contrariem a Constituição Estadual, de sorte que somente serão objeto de suspensão por Decreto Legislativo da Assembléia leis tidas por inconstitucionais na *via incidental*. [...] Portanto em se tratando de decisão em Ação Direta, nem há necessidade de comunicar-se à augusta Assembléia Legislativa o teor do Acórdão, a não ser que se trate de ação que envolva Decreto Legislativo ou Resolução Legislativa que a própria Assembléia deva cumprir como executora do diploma legislativo respectivo. É qu as decisões em ações diretas de inconstitucionalidade prolatadas pelo Tribunal de Justiça, têm efeito imediato e eficácia *erga omnes*, não estando a aplicabilidade das decisões desta Corte dependentes de ‘ratificação’ ou homologação da Assembléia para se tornarem eficazes.” (Trecho de proposição levada ao conhecimento do Pleno do TJ em maio de 2002).

disciplinada na legislação processual federal, não podendo, igualmente, ser objeto de Ação Rescisória.”⁴⁵

Essa inclusão tem mais fins didáticos e pedagógicos aos operadores jurídicos envolvidos com a aplicação adequada do controle de constitucionalidade concentrado estadual, do que exigências pragmáticas, pois, como visto, a jurisprudência do STF e a legislação processual federal admitem tanto a interposição de recurso extraordinário quanto de embargos declaratórios, como afirmado acima. O legislador catarinense talvez tenha sido tímido ao positivar a lei estadual, por ter entendido que tal preceito não caberia em seus limites de regulação, alcançando competência legislativa do legislador federal (artigo 22, I, da CRFB). Como demonstramos no item 3.1 deste trabalho, esse entendimento não deve prevalecer em matéria de estruturação do sistema de defesa da Constituição Estadual.

Acreditamos que o acatamento de tais sugestões pelo legislador catarinense poderá levar a um adequado aprimoramento do processo, julgamento e efeitos das decisões em ação direta de inconstitucionalidade aforável no Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

BIBLIOGRAFIA

- AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Incidente de Argüição de Inconstitucionalidade: comentários ao art. 97 da Constituição e aos art. 480 a 482 do Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- ARAÚJO, Marcelo Cunha de. *O Novo Processo Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. 158 p.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. 406 p.
- BINENBOJM, Gustavo. *A nova Jurisdição Constitucional Brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- BARBOSA, Rui. *Atos Inconstitucionais*. Campinas: Russel, 2003.
- BERNARDES, Juliano Taveira. *Controle Abstrato de Constitucionalidade: elementos materiais e princípios constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 2004. 513 p.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.
- CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. Tradutor: Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984.
- CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. “Da Declaração de Inconstitucionalidade e seus efeitos em face das Leis 9.868 e 9.882/99.” in: - SARMENTO, Daniel. (org.) *O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001. 301 p., p. 39-99.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

⁴⁵ Sobre o uso dos embargos declaratórios e recurso extraordinário sem se de ADIN estadual, ver o estudo de Carlos Roberto de Alckmin Dutra, *O Controle Estadual de Constitucionalidade das Leis e Atos Normativos*, São Paulo, Saraiva, 2005, p. 110/112.

---. “Declaração de inconstitucionalidade de dispositivo normativo em sede de juízo abstrato e efeitos sobre os atos singulares praticados sob sua égide”. *Revista dos Tribunais - Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo: RT, ano 5, n. 19, abr./jun. de 1997, p. 279-307.

DUTRA, Carlos Roberto de Alckmin. *O Controle Estadual de Constitucionalidade das Leis e Atos Normativos*. São Paulo: Saraiva, 2005.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Jurisdição Constitucional Estadual: notas para compreender sua problemática no âmbito da Federação Brasileira. *Revista da ESMESC-Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina*, Florianópolis, v. 16, p. 89-141, dez. 2003.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Controle da Constitucionalidade das Leis Municipais*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

FLORES, Patrícia Teixeira de Rezende. *Aspectos Processuais da Ação Direta de Inconstitucionalidade de Lei Municipal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GIUSTINA, Vasco Della. *Leis Municipais e seu Controle Constitucional pelo Tribunal de Justiça*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. A evolução do controle de constitucionalidade de tipo Francês. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, ano 40, n. 158, abr./jun. 2003.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradutor: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

JESUS, Noel Tavares de. *A Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça de Santa Catarina*. Florianópolis, 2004, 130 f. Trabalho de Conclusão de Curso de Pós-Graduação “Lato Sensu” em Direito Administrativo Aplicado (Especialização) – Faculdade de Ciências Sociais, Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina-CESUSC.

---. *A Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça de Santa Catarina*. Florianópolis: Obra Jurídica, 2005. 158 p.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Introdução e revisão técnica Sérgio Sérulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LEONEL, Ricardo de Barros. “Recurso Extraordinário e Controle Objetivo de Constitucionalidade na Justiça Estadual.” in: - NERY JR, Nelson. & WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Coleção Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos, V. 11).

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MORAES, Guilherme Peña de. *Direito Constitucional: teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *A Teoria das Constituições Rígidas*. 2. ed. São Paulo: Bushatsky, 1980.

MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle Concentrado de Constitucionalidade: comentários à Lei nº 9.868, de 10.11.1999*. São Paulo: Saraiva, 2001.

- MENDES, Gilmar Ferreira. O Poder Executivo e o Poder Legislativo no controle de constitucionalidade. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, ano 34, nº 134, p.11-39, abr./jun. 1997.
- _____. *Moreira Alves e o Controle de Constitucionalidade no Brasil*. São Paulo: Celso Bastos: Instituto de Direito Constitucional, 2000.
- MORATO, Leonardo L. *Reclamação e sua aplicação para o Respeito da Súmula Vinculante*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- NAVA, Elisur Arteaga. La Constitución local y su defensa. Elementos para una teoría del controle de la constitucionalidade. in MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer e HERNÁNDEZ, Rodolfo Vega (Coords.). *Justicia Constitucional Local*. Santiago de Queretáro: Fundap, 2003.
- NEVES, Marcelo. *Teoria das Inconstitucionalidades das Leis*. São Paulo: Saraiva, 1988.
- PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de Constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- POLETTI, Ronaldo. *Controle da Constitucionalidade da Leis: revista e atualizada de acordo com a Constituição de 1988*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- ROMERO, Raúl Márquez. *Conclusiones y relatorías del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Cidade do México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.
- SANTOS, Eduardo Sens dos. Ação Direta de Inconstitucionalidade em Santa Catarina. *Revista da ESMESC-Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina*. Florianópolis: AMC, ano 8, vol. 13, p. 75-90, 2002.
- SARMENTO, Daniel. “A Eficácia Temporal das Decisões no Controle de Constitucionalidade.” in: - ---. (org.) *O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001. 301 p., p. 101-138.
- SEGADO, Francisco Fernández. La justicia constitucional ante el siglo XX: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelsiano. *Revista Latino-americana de Estudios Constitucionais*. [S.l.]: Del Rey, n. 2, p. 211-278, jul./dez. 2003.
- SIEYÉS, Emmanuel Joseph. *A Constituinte Burguesa: que é o terceiro estado?*. Org. e introd. de Aurélio Walter Bastos, pref. de José Ribas, tradutora: Norma Azevedo. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1986.
- SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- SILVA, Ovídio A. Batista da. *Curso de Processo Civil: processo de conhecimento*. 5. ed., v. 1, rev. e atual., 2.tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- WIECHERT, Marlon Alberto. “O Recurso Extraordinário no Controle Abstrato.” in: - TAVARES, André Ramos & ROTHENBURG, Walter Claudius (orgs.). *Aspectos Atuais do Controle de Constitucionalidade no Brasil: Recurso Extraordinário e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 61-76. 275 p.