

Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP

Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Constitucional

Gabriel Soares Cruz

**ASPECTOS JURÍDICOS DO CONTROLE DE
CONSTITUCIONALIDADE NO ESTADO DO MARANHÃO: a
(im)possibilidade de decisões políticas a partir da modulação dos efeitos
da declaração de inconstitucionalidade**

Brasília – DF
2012

GABRIEL SOARES CRUZ

**ASPECTOS JURÍDICOS DO CONTROLE DE
CONSTITUCIONALIDADE NO ESTADO DO MARANHÃO: a
(im)possibilidade de decisões políticas a partir da modulação dos efeitos
da declaração de inconstitucionalidade**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Constitucional, no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

GABRIEL SOARES CRUZ

**ASPECTOS JURÍDICOS DO CONTROLE DE
CONSTITUCIONALIDADE NO ESTADO DO MARANHÃO: a**
(im)possibilidade de decisões políticas a partir da modulação dos efeitos
da declaração de inconstitucionalidade

Monografia apresentada como requisito
parcial à obtenção do título de
Especialista em Direito Constitucional, no
Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* do
Instituto Brasiliense de Direito Público –
IDP.

Aprovada pelos membros da banca examinadora em ___/___/___, com
menção _____ (_____).

Banca Examinadora

Presidente: Prof.

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela vida, sabedoria, oportunidade, força de vontade, enfim, por tudo.

Aos meus exemplos de vida e de sabedoria, meus pais, Kedma Soares Cruz e Artur da Veiga Cruz, pelo apoio de todas as horas e que durante todo o curso não mediram esforços para a realização deste sonho.

Ao meu irmão, Rafael Soares Cruz, pelas críticas e pelas discussões que muito contribuíram e me fizeram crescer.

Aos meus avós Cícero Pereira Soares (*in memoriam*), Marcolina Alencar Soares (*in memoriam*), José Merval Xavier Cruz (*in memoriam*) e Mercedes da Veiga Cruz, obrigado por todo o ensinamento que serve de base para tudo aquilo que faço na vida.

A minha tia Maria do Socorro Alencar Soares por ser um exemplo de pessoa apaixonada pelo saber e por me influenciar no amor ao estudo.

Aos meus amigos e companheiros de jornada Edimilson Alves, Edvaldo Silva, Hilton Louzada, Annik Persijn, Joaquim Pedro, James Frederico, Wellington Freire, Ezikelly Barros, Hector Vieira, Aderruan, Gabriela Amaral, Clara Maffia, Fabíola Nader, Jacó Júnior, Débora Santos, obrigado pelas discussões acadêmicas e pelos saudosos almoços no Frederic Chopin.

À Adelina Andrade, obrigado por tornar as aulas menos chatas e muito mais humanas, precisamos de pessoas apenas com metade do seu coração para mudarmos o mundo.

A todos aqueles que contribuíram para tornar esse sonho realidade.

(...)

Mas, se ergues da justiça a clava forte,
Verás que um filho teu não foge à luta,
Nem teme, quem te adora, a própria
morte.

Terra adorada
Entre outras mil,
És tu, Brasil,
Ó Pátria amada!

Dos filhos deste solo és mãe gentil,
Pátria amada,
Brasil!

Hino Nacional do Brasil

(...)

Reprimiste o flamengo aventureiro
E o forçaste a no mar buscar guarida,
E dois séculos depois disseste ao luso:
A liberdade é o sol que nos dá vida!

Salve, Pátria!
Pátria amada!
Maranhão, Maranhão berço de heróis.
Por divisa tens a glória,
Por nune – nossos avós

Hino do Estado do Maranhão

RESUMO

Este presente estudo tem por objeto de investigação analisar a jurisdição constitucional realizada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, mormente quando da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, conforme previsto no art. 27 da Lei nº. 9.868/99. À luz da teoria contemporânea do direito, bem como pela previsão na Constituição Federal de 1988 de que os Tribunais estaduais são competentes para controlar a constitucionalidade de atos normativos estaduais e municipais que confrontarem a Constituição Estadual, busca-se analisar se as decisões tomadas por este órgão quando da análise da compatibilidade de determinado ato normativo em face da Constituição Estadual se revestem por jurídicas ou por políticas, dado que essa nova teoria quer ultrapassar o poder discricionário que, muitas vezes, é arbitrário, e as decisões com base em questões utilitárias, porque a modulação dos efeitos, nos termos em que previsto na lei específica, não parece ser um instrumento de racionalidade jurídica, mas de expressão de um poder político ilegítimo e rechaçado pela atual sistemática constitucional. Utiliza-se como marco teórico a teoria da integridade na compreensão procedimentalista do direito.

Palavras – chave: Teoria do direito. Jurisdição constitucional. Modulação dos efeitos. Politização do Judiciário. Integridade.

ABSTRACT

This present study is to analyze the object of investigation constitutional jurisdiction held by the Court of the State of Maranhão, especially when the modulation of the effects of the declaration of unconstitutionality, as provided for in art. 27 of Law no. 9.868/99. In the light of contemporary theory of law as well as forecast by the 1988 Federal Constitution that the state courts are competent to control the constitutionality of normative acts of state and municipal that confront the State Constitution, seeks to analyze if the decisions taken by this body when examining the compatibility of a particular legislative act in the face of the lining of the State Constitution if law or policy since this new theory or exceed the discretion that is often arbitrary, and decisions based on utility issues, because the modulation effects in the terms foreseen in the specific law, there seems to be an instrument of legal rationality, but rather an expression of political power illegitimate and not wanted by the current constitutional system. It is used as the theoretical framework in understanding the theory of integrity proceduralist law.

Key-words: Theory of law. Constitutional Jurisdiction. Modulation of the effects. Politicization of the judiciary. Integrity.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO.....	08
1	O CONSTITUCIONALISMO E SEUS REFLEXOS NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.....	11
1.1	O desenvolvimento da teoria do direito: o conceito de direito.....	11
1.2	A nova teoria do direito e a jurisdição constitucional.....	19
2	A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL.....	30
2.1	A jurisdição constitucional na Constituição de 1988.....	31
2.2	A modulação dos efeitos na declaração de inconstitucionalidade.....	34
3	POLITIZAÇÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL MARANHENSE....	44
3.1	O poder constituinte derivado decorrente e as normas de observância obrigatória pelas Constituições dos estados-membros: delineando o controle de constitucionalidade estadual.....	45
3.2	O controle de constitucionalidade no Estado do Maranhão: análise de julgados.....	57
	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	68
	REFERÊNCIAS.....	72

INTRODUÇÃO

A busca pelo conceito de direito é alvo de grandes discussões na literatura jurídica, tendo por base a associação ou o afastamento de postulados morais. A partir da Segunda Guerra Mundial, essa relação entre direito e moral ficou mais evidente, bem como colocou em cheque o papel do chefe do Poder Executivo no Estado Democrático de Direito.

Estas análises questionaram o processo de constitucionalização e democratização do direito. Os padrões a serem seguidos pela sociedade não mais poderiam ater-se à estrita legalidade, com todas as atribuições e (ir)responsabilidades ao soberano, de forma que a separação das funções constitucionais ganhou força em suas outras duas vertentes, a fim de controlar tal poder (do soberano). O poder judiciário, mero avaliador da legalidade, passa a controlar a regularidade constitucional.

O papel de mantenedor da ordem constitucional e do estado democrático, na forma do direito contemporâneo, que está aliada aos postulados morais, concedeu ao judiciário um poder muito grande. A presença de princípios normativos que representam a exigência de observância da justiça contém uma dimensão não extensível às regras. A aplicação dos princípios exige uma construção teórica para se obter o princípio adequado.

Nesse sentido, de que maneira essa aplicação do direito fundamentada nos moldes contemporâneos, aliada à necessidade de manutenção da ordem constitucional poderá ser exercida sem que se esteja lançando mão de critérios políticos de conveniência do julgador, influenciando na (im)possibilidade de politização do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão?

Assim, tem-se como objeto de investigação analisar se há possibilidade de decisões políticas dentro do ordenamento jurídico brasileiro, com a politização dos órgãos competentes para tanto, especificamente na jurisdição constitucional maranhense, à luz da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, prevista no artigo 27 da Lei nº. 9.868/99. Parte-se da compreensão contemporânea que defende a existência de princípios normativos nos ordenamentos, bem como a existência de um instrumento hábil a manter a supremacia da constituição, com o fim de analisar a validade de qualquer ato normativo em face da constituição.

Serve o marco teórico, como ponto de análise para o estabelecimento de uma jurisdição constitucional contemporânea, aferindo se há politização ou não da jurisdição constitucional, bem como se há possibilidade de se afastar a política do direito.

Em se tratando da possibilidade de que decisões prolatadas não sejam jurídicas, mas sim políticas é que se reveste por essencial para a sociedade tal monografia. Inova-se no campo em que se pretende investigar, posto que tais discussões são travadas apenas em nível federal, passando despercebidos pelos pesquisadores que no Brasil não há um tribunal apenas para analisar a compatibilidade de determinado ato, vez que o exercício de uma jurisdição constitucional é realizado por qualquer juiz ou tribunal.

Alia-se a teoria à prática com fim de observar se no âmbito do exercício da jurisdição constitucional, o Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão está decidindo segundo critérios utilitaristas, de conveniência do julgador. Para tanto, utiliza-se da pesquisa epistemológica como técnica de pesquisa e lança-se mão do método hipotético-dedutivo, em que são ventiladas determinadas hipóteses (premissas) a fim de combatê-las, testando sua possibilidade de falseamento.

Para proceder à pesquisa adota-se o meio histórico, ante a necessidade de analisar o desenvolvimento da teoria do direito constitucional, bem como a análise de generalizações a partir do método monográfico. Como técnica de pesquisa, utiliza-se o método documental e bibliográfico, a fim de analisar decisões, e levantar bibliografias específicas da área.

Assim, o objetivo principal é analisar as recentes discussões da teoria do direito constitucional, abordando no primeiro capítulo o desenvolvimento da teoria do direito e sua interação com o próprio conceito de direito, com o processo de constitucionalização e democratização dos estados até a necessidade de uma jurisdição constitucional para manter a regularidade constitucional do ordenamento, no direito comparado e no Brasil.

No segundo capítulo analisa-se a jurisdição constitucional no Brasil a partir da Constituição Federal de 1988, compreendendo os instrumentos daquela, com seus efeitos e da possibilidade de modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, advindo com a promulgação da Lei nº. 9.868/99, visando compreender a jurisdição constitucional no Brasil.

No terceiro capítulo, à luz de todo esse intróito teórico sobre o direito, analisa-se a aplicação da teoria contemporânea do direito na Constituição do Estado do Maranhão e a possibilidade de modulação dos efeitos (artigo 27, Lei nº. 9.868/99) no controle jurisdicional da constitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais e municipais face à constituição estadual, para analisar a (im)possibilidade de politização da jurisdição constitucional maranhense.

1 O CONSTITUCIONALISMO E SEUS REFLEXOS NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Questão que encontra diversos problemas de conceituação é o direito e a forma de imposição de obrigações jurídicas, ao ponto de alguns juristas resolverem ignorar, abrindo mão de conceituá-los, atendo-se somente a buscar os importantes objetivos sociais a eles inerentes (DWORKIN, 2002, p. 25).

Entretanto, analisar o desenvolvimento da teoria do direito que, conforme se verá, confunde-se com o próprio conceito de direito e obrigação jurídica, é um meio para entendermos o constitucionalismo contemporâneo.

1.1 O desenvolvimento da teoria do direito: o conceito do direito

Segundo Robert Alexy (2009, p. 3), o principal problema acerca do conceito de direito é a relação entre direito e moral. Tal problema vem de muitos anos, fazendo com que duas correntes fundamentais se contraponham, quais sejam: positivista e não positivista.

A principal diferença entre ambas é a separação entre o direito e os elementos morais. Os positivistas defendem a “tese da separação”, de forma que o direito deverá ser definido de modo que não inclua proposições morais. Essa tese “[...] postula que não existe nenhuma conexão conceitualmente necessária entre o direito e a moral, entre aquilo que o direito ordena e aquilo que a justiça exige, ou entre o direito como ele é e como ele deve ser” (ALEXY, 2009, p. 3).

O conceito de direito para o positivista está ainda atrelado a dois elementos de definição: o da legalidade conforme o ordenamento ou dotada de autoridade¹ e o da eficácia social. Assim, seja qual for a corrente positivista adotada, elas se sustentam sobre esses elementos, sobre aquilo que está posto e/ou é eficaz. Uma correção quanto ao conteúdo da norma não tem qualquer importância (ALEXY, 2009, p. 4).

¹ Alexy (2009, p. 4), emprega a legalidade conforme o ordenamento ou dotada de autoridade como termos sinônimos, aliados à ideia de competência para o estabelecimento de normas. Entretanto, poderão ser elas não empregadas como sinônimas, ou seja, como competência e poder fático para o estabelecimento social (eficácia social), respectivamente.

Sobre esses dois elementos, quando combinados entre si de diversas maneiras, bem como interpretados de diferentes modos, resulta em uma pluralidade de conceitos positivistas de direito. Tais elementos de definição subdividem-se em conceitos de direito “primariamente orientados para a eficácia” e em “primariamente orientados para a normatização”, sendo que essas subdivisões não se excluem entre si (ALEXY, 2009, p. 17).

A primeira subdivisão é encontrada, sobretudo, nas teorias realistas e sociológicas do direito, atuando no aspecto externo ou interno de uma norma ou de um sistema normativo. O aspecto externo consiste na observância da norma e/ou na imposição de uma sanção caso não observada. O aspecto interno de uma norma orientada para a eficácia consiste no seu reconhecimento pela comunidade como uma norma que regula a convivência, ou seja, em expectativa normativa de comportamento, pouco importando a formação da norma (ALEXY, 2009, p. 19-20).

No concernente aos conceitos de direito primariamente orientados para a normatização, são encontrados na análise lógica ou conceitual da prática jurídica, entendendo o direito composto de comandos, ou seja, como elemento normativo coativo, segundo a perspectiva do participante² que no centro se encontra o juiz, tendo em vista que a participação de outros juristas em tal perspectiva é apenas para convencer o juiz a decidir de tal maneira, caso ele pretendesse decidir corretamente (ALEXY, 2009, p. 20-23).

De outro modo, as teorias não positivistas defendem a “tese da vinculação”, que determina que o conceito de direito deve se vincular a elementos morais. Entretanto, embora presente ideais de justiça (moralidade), a diferença entre as duas correntes é que para os não positivistas além dos dois elementos de definição do positivismo, deve ser incluído as proposições morais. O elemento da legalidade, portanto, também é observado na corrente não positivista (ALEXY, 2009, p. 4-5).

Essa legalidade não implica identificar a lei e o direito. Para os positivistas, nos casos duvidosos, em que se decide contra a lei, a decisão é fundamentada em fatores extrajurídicos, tendo em vista que identificam a lei ao direito. Os não positivistas, ao revés, entendem que a decisão poderá ser tomada pelo direito, se

² Sobre a ótica do participante e do observador aduz Alexy (2009, p. 30): “[...] a perspectiva do participante é adotada por quem, num sistema jurídico, participa de uma argumentação sobre o que nele é ordenado, proibido, permitido e autorizado. No centro da perspectiva do participante está o juiz [...] A perspectiva do observador é adotada por aquele que não pergunta o que é a decisão correta num determinado sistema jurídico, e sim como de fato se decide em determinado sistema jurídico.” (grifos no original)

não for estipulado de modo coercitivo pela lei, sendo que “[...] a polêmica do conceito de direito é uma polêmica sobre o que é direito” (ALEXY, 2009, p. 6-12).

Conforme Alexy (2009, p. 15) para se chegar a um conceito correto ou adequado do direito três elementos devem ser relacionados: o da legalidade conforme o ordenamento, o da eficácia social e o da correção material (moralidade). Uma vez relacionados tais elementos podem resultar em inúmeras variantes.

Conforme os pesos entre esses três elementos é repartido, surgem conceitos de direito completamente diferentes. Quem não atribui importância alguma à legalidade conforme o ordenamento e à eficácia social e considera exclusivamente a correção material obtém um conceito de direito puramente *jusnatural* ou *jusracional*. Quem segrega por completo a correção material, focalizando unicamente a legalidade conforme o ordenamento e/ou eficácia social chega a um conceito de direito puramente positivista (ALEXY, 2009, p. 15).

Tem-se, portanto, que a discussão acerca do conceito de direito cinge-se à vinculação ou separação deste à moral e sobre a resposta que o positivismo (corrente o qual estuda o direito positivo) concede aos casos polêmicos. Assim, como ponto de partida para a análise da teoria do direito, utiliza-se o positivismo.

Adota-se, para tanto, a teoria do jurista norte-americano Ronald Dworkin (2002, p. 27 - 28) ao sustentar que, para a busca da conceituação do direito à luz do positivismo, deve-se ter em mente que o direito é um conjunto de regras utilizadas pela comunidade a fim de determinar em qual comportamento será imposto uma obrigação que poderá ser punida ou coagida pelo Poder Público, regras essas que poderão ser distinguidas por determinados critérios em busca de sua validade.

Essas regras jurídicas podem não tratar de todos os casos, havendo a necessidade de intervenção de alguma autoridade pública - o juiz – o qual indo além do direito, busque algum tipo de padrão que “[...] oriente na confecção de nova regra jurídica ou na complementação de uma regra já existente”. A imposição de alguma obrigação jurídica deve ser advinda de uma regra jurídica válida, exigindo que ele faça ou que se abstenha de fazer algo (DWORKIN, 2002, p. 28).

Este é apenas o esqueleto do positivismo. A carne é distribuída diferentemente por diferentes positivistas e alguns chegam mesmo a rearranjar os ossos. As diferentes versões diferem sobretudo na sua descrição do teste fundamental de *pedigree* que uma regra deve satisfazer para ser considerada regra jurídica. (grifos no original) (DWORKIN, 2006, p. 29)

Assim sendo, a discussão orbita no teste fundamental para observar se determinada regra pode ser considerada regra jurídica válida, ou seja, está

assentada de modo claro uma preocupação do positivismo: a legalidade para, assim, conceder segurança às pessoas da sociedade.

O soberano é, para o positivismo³, o legítimo para impor obrigações de caráter geral à comunidade, havendo, todavia, divisão entre essas determinações gerais, quais sejam, jurídicas, morais e religiosas. A submissão se dá de acordo com a pessoa que é o autor da ordem geral. Ausente essa ordem geral, aqueles incumbidos pelo soberano de fazer cumprir as ordens no mundo dos fatos poderão usar de seu poder discricionário, deixando claro que para o positivismo o direito é um conjunto de regras emanadas de um soberano que regem a ordem pública de determinada comunidade (DWORKIN, 2002, p. 29-30).

Ocorre que essa primeira corrente positivista foi alvo de diversas críticas, ante a dificuldade ou impossibilidade de aplicá-la às sociedades complexas, pluralistas, onde o controle político não está nas mãos de um só, ao revés, não há como determinar quem tem o controle político, tornando difícil observar a existência de um soberano (DWORKIN, 2002, p. 30).

Tem-se aqui o primeiro princípio do positivismo jurídico, qual seja, “[...] que o direito é um conjunto de regras especialmente selecionadas para reger a ordem pública”, ainda que para Ronald Dworkin não esteja demonstrado o conceito de direito (DWORKIN, 2002, p. 30 – 31).

Segundo Dworkin (2002, p. 32-33), a corrente defendida por Hart, lança mão de uma análise mais complexa das regras, para observar a sua validade jurídica. Nesta, há uma distinção entre regras que concedem direitos e regras que estabelecem a competência para efetivar as primeiras (regras que concedem direito), uma complementando a outra.

Assim, o positivismo é guiado segundo um padrão de conduta determinado pela sociedade que analisa a validade de determinada regra, para saber se esta é apta a impor uma obrigação jurídica e que, ausente esse padrão, ausente está de uma obrigação jurídica, estando o juiz autorizado a exercer seu poder discricionário.

O poder discricionário é visto sobre um ponto de vista “forte” e “fraco”, sendo que somente em sua primeira dimensão ele é de aplicação ao positivismo.

³ As correntes que aqui serão abordadas, a partir da teoria desenvolvida por Dworkin, são as correntes do positivismo jurídico defendido por John Austin e Herbert Hart, mas, as críticas lançadas por Dworkin serão a partir da teoria de Hart (DWORKIN, 2002, p. 35-50).

Ocorre que visto em sua dimensão forte, implica em sérias inseguranças (DWORKIN, 2002, p. 50-63).

Quando inexistentes padrões de conduta a serem observados pelos aplicadores do direito (juízes) estes usarão seu poder de discernimento pessoal. Assim, onde uma “[...] decisão não é controlada por um padrão formulado pela autoridade”, estaremos diante de um poder discricionário forte. Contudo, presente a necessidade de observância pelo juiz de padrões, de limites determinados, estaremos diante de um poder débil de discernimento, “[...] tal como o espaço vazio no centro de uma rosca” (DWORKIN, 2002, p. 51 e 59).

Ausente, portanto, de limites (padrões) previamente estipulados, o positivista deverá criar uma “nova legislação”, após o fato que lhe deu origem. Terá, pois, que legislar ao caso concreto. Ademais, somente nessa concepção terá sentido esse poder para o positivismo, posto que, do contrário, haverá apenas a escolha de algo predeterminado que circunda o juiz, vinculando-o (DWORKIN, 2002, p. 50-63).

Assim, a simples existência de regras que se complementam não é possível para a conceituação do direito, devendo a comunidade desenvolver novas regras, a fim de estipular como as regras jurídicas devem ser identificadas, ou seja, é necessária uma regra fundamental que conceda validade às demais, mas na sua ausência os juízes têm o poder de decidir usando o poder discricionário (DWORKIN, 2002, p. 33 – 35).

Tem-se, então, que uma regra pode ser válida, porque respeita um padrão de conduta querido pela sociedade, ou porque a criação dela respeita as regras de competência, tendo em vista que as primeiras regras determinem que a criação de uma outra regra respeitando suas disposições são aptas a imporem obrigações, sendo, portanto, regras válidas. Ademais, observa-se, juntando ambas as correntes do positivismo, que o direito é um sistema de regras.

A partir principalmente da teoria de Hart, Ronald Dworkin (2002) lança sua crítica aduzindo que o direito não é uma questão de regras, mas uma questão de regras e princípios, ante o fato de que o direito é observado por meio de um padrão de conduta. Esse padrão, por vezes, não nos informa se estamos diante de uma regra ou de um princípio, ou seja, para esse autor, o direito é uma questão de regras e princípios. Estes últimos consistem em um padrão que deverá ser observado, não porque trará um bem-estar para a comunidade ou representará algo desejável

(política), mas porque “[...] é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade” (DWORKIN, 2002, p. 36).

A associação de direito e regras encontra-se “[...] no fato de que a educação jurídica consiste, desde longa data, em ensinar e examinar aquelas regras estabelecidas que formam a parte mais importante do direito” (DWORKIN, 2002, p. 62).

Tanto as regras quanto os princípios são de caráter deontológico, obrigatórios e “[...] a diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem” (DWORKIN, 2002, p. 39).

As regras são aplicadas no “tudo ou nada”, em absoluto. Desta forma, deverão vir nelas, de modo explícito, toda sua abrangência, todo o seu raio de atuação, prevendo uma regra geral e suas exceções. Quanto mais descritiva for, mais exato será o enunciado da regra (DWORKIN, 2002, p. 40). Isso não quer dizer que se a mesma regra não traga em seu bojo suas exceções não seja uma regra perfeita. Tal exceção poderá vir em outro dispositivo, e a análise da regra mais importante será feita quando ambas forem compensadas (DWORKIN, 2002 p. 116 – 122).

Os princípios possuem uma dimensão de peso ou importância que as regras não têm. Quando se chocarem (cruzarem) o aplicador deverá “[...] levar em conta a força relativa de cada um”, avaliando caso a caso através de uma ponderação, que consiste numa reflexão feita à situação, com base em uma construção teórica lançado ao caso para obter o princípio adequado e, assim, aplicá-lo (DWORKIN, 2002, p. 42; MEYER, 2008, p. 280).

Quando entram em conflito, os princípios interagem um com o outro fornecendo uma razão em favor de determinada solução, sem, no entanto, estipular esta. “[...] o homem que deve decidir uma questão vê-se, portanto, diante da exigência de avaliar todos esses princípios conflitantes e antagônicos que incidem sobre ela e chegar a um veredicto a partir desses princípios, em vez de identificar um dentre eles como “válido”” (DWORKIN, 2002, p. 114).

O mesmo não ocorre com as regras. Se duas entram em conflito (cruzarem) uma não poderá ser válida, posto que uma suplanta a outra em virtude de sua importância maior (DWORKIN, 2002, p. 43).

Então surge uma indagação: como saber qual a regra mais importante ou qual deve ser abandonada?

A resposta é dada pelas regras de resolução de antinomias, qual seja, por meio de um sistema interno de regras (DWORKIN, 2002, p. 43). Analisam-se estas dentro de um sistema coeso, observando a hierarquia, a data de sua promulgação e/ou a forma de tratar determinada matéria (geral ou especificamente).

Dworkin (2002, p. 43) vai mais longe e aduz que poderá aferir a importância de determinada regra, preferindo-a, posto ser “[...] sustentada pelos princípios mais importantes”. Na aplicação de um princípio, devem ser analisados vários outros princípios e políticas: as dimensões de peso ou importância.

Observa-se a dificuldade de, na prática, diferenciar regras e princípios, confirmando que esta é mesmo de natureza lógica. Ou seja, se sua aplicação puder ser dosada segundo políticas contrárias, com base em uma reflexão para uma construção teórica voltada ao caso, estamos diante de um princípio, caso contrário, estaremos diante de regras. As obrigações, assim, nascem das regras e dos princípios (DWORKIN, 2002, p. 46 – 47).

Para o positivismo, caso se entenda ser necessário um teste de *pedigree* para atestar a validade de determinada regra, distinguindo-o de outros padrões sociais, os princípios não são direito, posto ser incompatível tal teste fundamental do direito com eles. Se o poder discricionário é atuar na ausência de padrões, então estaremos legislando para o caso concreto. Tais concepções não se mostram razoáveis à luz das sociedades modernas, posto não se saber ao certo com quem está o poder político, onde a cada dia o juiz se depara com casos difíceis, nos quais às vezes não há certo padrão de conduta a ser seguido (DWORKIN, 2002, p. 63 – 70).

Se, todavia, entendermos o direito com regras e princípios, visto que a diferença é apenas lógica, na ausência de uma regra, teremos um padrão jurídico obrigatório que vincula os juízes, logo, são obrigatórios, de modo que “[...] estão também aplicando direitos e obrigações jurídicos” (DWORKIN, 2002, p. 49).

O que se quer é ultrapassar o discernimento pessoal do juiz, ainda que muitos pensem que os juízes sempre possuem um poder discricionário, mesmo à luz de uma regra clara: os nominalistas (DWORKIN, 2002, p. 54).

O problema está quando ausente uma regra para determinado caso, chamado caso difícil: o poder discricionário (forte) para os positivistas. Mas estes

não se atentam para a presença dos princípios deontológicos, que uma vez observados afastam esse poder de discernimento.

Ocorre que o positivismo afasta a presença destes princípios, posto não ser possível passar pelo filtro do reconhecimento como algo válido, ou seja, não podem ser capturados por um teste fundamental do direito, nada obstante de que os princípios afastam o poder discricionário, justamente porque eles impõem obrigações, são também direito. Assim, muito embora não exista uma regra específica, haverá um princípio que norteará essa construção, demonstrando o ideal liberalista de Ronald Dworkin (2002) quanto à desnecessidade de um estado formado para demonstrar a existência do direito.

Ademais, “[...] quando os juízes divergem sobre questões de princípios, divergem não acerca do que o direito exige, mas sobre o modo como seu poder discricionário deve ser exercido” (DWORKIN, 2002, p. 108).

A doutrina positivista do poder discricionário (no sentido forte) exige essa concepção de obrigação jurídica, pois, se um juiz tem o poder discricionário, então não existe nenhum direito legal (*right*) ou obrigação jurídica. Contudo, uma vez que abandonemos tal doutrina e tratemos os princípios como direito, colocamos a possibilidade de que uma obrigação jurídica possa ser imposta por uma constelação de princípios, bem como por uma regra estabelecida. Poderemos então afirmar que uma obrigação jurídica existe sempre que as razões que sustentam a existência de tal obrigação, em termos de princípios jurídicos obrigatórios de diferentes tipos, são mais fortes do que as razões contra a existência dela (DWORKIN, 2002, p. 71)

Portanto, o modelo positivista não encontra respostas racionalmente jurídicas diante da ausência de tratamento de determinada matéria, posta para o jurista. Dessa forma, para Dworkin (2002, p. 74, 75 e 96) não se mostra razoável entender que em todo sistema jurídico existe um teste fundamental de direito, para se observar quais padrões são direito e quais não são, mormente quando estivermos diante das sociedades pluralistas, dotadas de sistemas jurídicos complexos.

À luz do até agora exposto, tem-se que o direito é um conjunto de regras e princípios previamente estabelecidos que impõem obrigações jurídicas. Assim, havendo a imposição de obrigações jurídicas, há uma limitação das liberdades e conseqüentemente a limitação do poder.

Essa limitação do poder deverá ser por meio de um texto central que constitui os demais poderes, a fim de estabelecer atribuições de cada um: a Constituição. A partir da revolução francesa tem-se o nascimento do

constitucionalismo com uma forma de limitação do poder do soberano e a proteção dos direitos fundamentais (BARROSO, 2009a, p. 25-26; MENDES, 2009, p. 231-233).

Nesse sentido, passa-se a analisar o constitucionalismo em sua acepção contemporânea, mormente a partir da Segunda Guerra Mundial.

1.2 A nova teoria do direito e a jurisdição constitucional

Percebe-se que a dificuldade de se defender o positivismo deriva da sua aplicação ante a complexidade das sociedades pluralistas, onde o controle político está dividido, não se sabendo ao certo com quem ele está. Tal divisão do poder deriva dos processos de democratização, observados a partir do final da Segunda Guerra Mundial (BARROSO, 2009a).

Segundo Luís Roberto Barroso (2009a, p. 41) a democracia pode ser observada sob duas óticas: formal e material. A primeira consiste no exercício das liberdades públicas, como as liberdades de expressão, de associação e de locomoção, realizáveis a partir de uma abstenção ou cumprimento de deveres negativos pelo estado.

No tocante à democracia em aspecto material, ela “[...] dá alma ao Estado constitucional de direito, é, mais do que o governo da *maioria*, o governo para *todos*. Isso inclui não apenas as minorias – raciais, religiosas, culturais -, mas também os grupos de menor expressão política [...]”. Nesse sentido, ao Estado incumbe não apenas o respeito aos direitos fundamentais, mas uma conduta positiva no sentido de promoção de outros direitos fundamentais, de conteúdo social, ligados à existência digna sem a qual não é possível o gozo efetivo da liberdade (BARROSO, 2009a, p. 41).

A democratização seria, então, o exercício das liberdades públicas a partir de um ato de não-fazer por parte do Estado, aliado à promoção dos direitos fundamentais individuais e sociais. “[...] a validade das leis já não depende apenas da forma de sua produção, mas também da efetiva compatibilidade de seu conteúdo com as normas constitucionais, às quais se reconhece a imperatividade típica do Direito” (BARROSO, 2009a, p. 245).

Para Barroso (2009a, p. 244 - 249) o fim da Segunda Guerra Mundial redefiniu o lugar da constituição que, em conjunto com as ideias de democracia, fez surgir o estado democrático de direito ou estado constitucional de direito – em que a legalidade está atrelada a uma ideia de legitimidade e justiça.

Portanto, a democratização ou constitucionalização do direito atua no sentido de observar que o direito é constituído não apenas por regras, mas também pela exigência de justiça, equidade ou outra dimensão de moralidade, com força normativa – os princípios.

Na Europa os processos de constitucionalização e democratização foram constatados a partir da Segunda Guerra Mundial. No Brasil, entretanto, de modo veemente somente a partir da Constituição de 1988, posto que até antes disso vivia-se em uma ditadura militar (SILVA, 2002, p. 88-89). É que os fatos que influenciaram na edição das constituições pretéritas não revelam um exercício da cidadania.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial surgiu no Brasil - que participou dela auxiliando os aliados – movimentos de democratização. Por tais influências, foi editada a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946 (CR/46). Entretanto, nesta, não houve um debate por meio de uma assembleia constituinte, apenas se utilizou como base as Constituições de 1891 e 1934. Apesar de cumprir sua tarefa de redemocratização do país, a CR/46 sofreu diversas crises institucionais, mormente com a volta do movimento militar no fim de março de 1964 (SILVA, p. 83-86).

Vieram, então, os regimes dos atos institucionais (AI's) e a promulgação da Constituição de 1967, prevendo todas as alterações institucionais ocorridas desde a CR/46. Após, vieram mais atos institucionais e a promulgação da Emenda Constitucional nº. 1 de 1969, uma verdadeira constituição e não emenda (CRUZ, 2004, p. 287-300; SILVA, p. 86-87).

Em 27 de novembro de 1985 veio a Emenda Constitucional nº. 26 que, em um ato de política, convocou a Assembleia Nacional Constituinte para elaboração de nova constituição: a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, prevendo a democratização de fato do Estado brasileiro, tendo em vista compreender em seu texto títulos que cuidam dos direitos fundamentais individuais e sociais, em uma realização plena da cidadania (SILVA, 2002, p. 88-90).

Sendo a constituição que cria um ordenamento jurídico, o fundamento basilar o qual se firma determinado estado constitucionalista é a supremacia da

constituição, que serve de parâmetro material e formal para a validade de qualquer ato do Poder Público. Desta forma, qualquer ato normativo que divergisse da Constituição, deveria ser extirpado do ordenamento, a fim de manter a regularidade constitucional, surgindo a necessidade de aperfeiçoamento de um instrumento de resguardo da regularidade constitucional. Começaram a ser criados Tribunais Constitucionais, expandindo a jurisdição constitucional (SILVA, 2002, p. 45-46; KELSEN, 2007).

Antes, sobre a possibilidade de revisão dos atos do Poder Público pelo judiciário, analisando a sua validade, tem-se como marco principal, e que deixou mais evidenciado os principais pressupostos da jurisdição constitucional - que se verá adiante - o caso *Marbury vs. Madison*, ocorrido em 1803 perante a Corte Suprema dos Estados Unidos da América (BARROSO, 2006, p. 3-8).

Neste caso, o então presidente da Suprema Corte John Marshall analisou um *writ of mandamus*⁴ impetrado pelo juiz de paz nomeado, mas não empossado, William Marbury, que após ser nomeado pelo presidente antecessor teve sua posse negada pelo Secretário de Estado James Madison que recusou a entrega do seu ato de investidura no cargo, a mando do sucessor na presidência norte-americana, o republicano Thomas Jefferson. Registre-se que o pedido fora formulado com base em uma lei de 1789 (*the Judiciary Act*) (BARROSO, 2006, p. 3-8).

Assim ocorreu, porque em ato de política realizado pelo antigo presidente, que ao perder a eleição para os republicanos, nomeou diversos juízes federais e de paz, bem como colocou John Marshall como presidente da Suprema Corte, como uma forma de manter parte do poder ainda nas mãos dos federalistas. Em seu julgamento John Marshall analisou que o impetrante tinha direito, e que se tinha direito deveria haver um remédio para assegurá-lo. Então, analisou se o remédio utilizado era o adequado (*writ of mandamus*) e se a Suprema Corte tinha competência para processar e julgar (BARROSO, 2006, p. 3-8).

Decidindo de modo afirmativo sobre o cabimento do remédio, analisou se este era passível de vincular o Poder Executivo, já que a recusa da entrega do ato

⁴ *Writ of mandamus* representa uma espécie de ação mandamental que visa tutelar (reparar) violação a direito líquido e certo. Trata-se, portanto, de um remédio para manter hígida determinada garantia constitucional violada ou ameaçada de violação por ato do Poder Público ou de pessoa jurídica de direito privado nas funções de agente público. É, no caso brasileiro, do *Habeas Corpus*, do Mandado de Segurança, do Mandado de Injunção e do *Habeas Data*, previstos, respectivamente, no artigo 5º, LXVIII, LXIX, LXXI e LXXII, da Constituição Federal (MEIRELLES, 2007, p. 25-122, p. 245-282; MENDES, 2009, p. 565-589).

de nomeação era do Secretário do Estado, vinculado ao Presidente dos Estados Unidos. Neste último aspecto, ficou assentado que cabe o controle judicial de atos do Executivo, inclusive quanto à imposição do cumprimento por parte do Poder Judiciário, ressalvados os de natureza política e os discricionários (BARROSO, 2006, p. 3-8).

Todavia, no que tange à competência da Suprema Corte, ficou determinado que a lei que instituiu a competência originária desta para casos como o narrado (*the Judiciary Act* de 1789), regulou matéria exclusiva à Constituição dos Estados Unidos, de modo que tinha um vício de inconstitucionalidade, ante a supremacia constitucional, e deveria ser declarada nula pelo Judiciário, posto caber a ele a interpretação final da Constituição (BARROSO, 2006, p. 3-8).

Assim, muito embora reconhecido o direito e a adequação do meio utilizado para assegurá-lo, a lei que estabeleceu a competência originária da Corte Constitucional norte-americana foi declarada inconstitucional, de ofício e de modo incidental. Assim, a um só tempo ficou assentada a competência da Corte para analisar e, se necessário, declarar a nulidade de determinado ato do Executivo e do Legislativo que contrarie a Constituição, bem como a competência do Judiciário de intérprete final da Constituição. A decisão, então, manteve o determinado pelo Presidente dos Estados Unidos, Thomas Jefferson, mas também concedeu poder ao Judiciário, que à época tinha John Marshall como chefe, o poder de rever e declarar a nulidade dos atos. Ainda que passível de críticas, a decisão serviu de marco para o controle judicial da constitucionalidade no mundo moderno, aqui, na modalidade difusa (BARROSO, 2006, p. 3-8).

Portanto, como pressuposto do controle da constitucionalidade há a supremacia e rigidez constitucional que, conforme se passa a expor, a partir da decisão de John Marshall ganharam maiores dimensões e também são observadas no mundo jurídico contemporâneo.

A partir de tais pressupostos, a jurisdição constitucional ou o controle da constitucionalidade de determinado ato atua em dois aspectos: o material (supremacia) e o formal (rigidez) (BARROSO, 2006, p. 25-30).

Tempo depois do caso norte-americano, que definiu o controle difuso, Hans Kelsen, ao participar da criação da Constituição Austríaca de 1920, assentou algumas considerações acerca da jurisdição constitucional e o papel do Tribunal Constitucional que tempos depois vieram a influenciar o ordenamento brasileiro.

Segundo Kelsen (2007, p. 151-152) a jurisdição constitucional, é uma forma de afirmar o princípio da separação dos poderes, garantindo a regularidade constitucional e o funcionamento dos diferentes órgãos, para que não haja a concentração excessiva de poder nas mãos de um: situação não querida pela democracia.

Essa atividade jurisdicional deverá ser puramente jurídica, livre de qualquer influência política, posto que os atos objeto de controle dessa jurisdição são atos emanados pelo governo (Poder Executivo) e pelo Parlamento (Poder Legislativo). Todavia, é “[...] tão difícil quanto desejável afastar qualquer influência política da jurisdição constitucional” (KELSEN, 2007, p. 154).

Em se tratando de uma atividade puramente jurídica, seria uma “ingenuidade política” determinar ser de atribuição do Parlamento o controle sobre a constitucionalidade de determinado ato normativo, quando esta for declarada por um terceiro órgão, dado a característica de que o Parlamento não poderá ser obrigado de modo eficaz (KELSEN, 2007, p. 150).

Portanto, não é com o próprio Parlamento que podemos contar para efetuar sua subordinação à Constituição. É um órgão diferente dele, independente dele e, por conseguinte, também de qualquer outra autoridade estatal, que deve ser encarregado da anulação de seus atos inconstitucionais – isto é, uma jurisdição ou um tribunal constitucional (KELSEN, 2007, p. 150).

Kelsen (2007, p. 5-15) não ignora que, muito embora a jurisdição constitucional deva ser exercida por um tribunal constitucional, sem influência dos demais poderes, a composição deste tribunal com participação dos demais poderes possa infectar a análise dos atos de modo neutro, puro.

Para se ter uma análise puramente jurídica deve-se afastar do Tribunal Constitucional qualquer influência política, mas ou se afastam as influências, ou se abre espaço para que os partidos políticos componham o tribunal constitucional, mediante realização interna de eleições. Entretanto, o eleito iria defender os interesses políticos, porque uma análise puramente jurídica somente possa ser realizada por um especialista (KELSEN, 2007, p. 154).

Kelsen (2007, p. 155-170) sustenta que o objeto de controle engloba leis em seu sentido amplo, ou seja, tenha ela efeitos concretos ou abstratos, e que não observe a Constituição Federal. O critério de controle deverá ser a estreita observância da Constituição, por ela ser o fundamento do Estado.

Como quer que se defina a Constituição, ela é sempre o fundamento do Estado, a base da ordem jurídica que se quer apreender. O que se entende antes de mais nada e de sempre por Constituição – e, sob esse aspecto, tal noção coincide com a de forma do Estado – é um princípio em que se exprime juridicamente o equilíbrio das forças políticas no momento considerado, é a norma que rege a elaboração das leis, das normas gerais para cuja execução se exerce a atividade dos organismos estatais, dos tribunais e das autoridades administrativas [...] Ela é a base indispensável das normas jurídicas que regem a conduta recíproca dos membros da coletividade estatal, assim, como das que determinam os órgãos necessários para aplicá-las e impô-las, e a maneira como devem proceder, isto é, em suma, o fundamento da ordem estatal (KELSEN, 2007, p. 131).

Entretanto, para que um tribunal não perca sua característica de constitucional, isto é, que suas análises sejam puramente jurídicas, cabe a este unicamente analisar a compatibilidade formal de determinado ato, ou seja, cabe analisar as atribuições de cada órgão que detém competência para criar normas abstratas. Tais atribuições são concedidas pela Constituição Federal, devendo as disposições materiais conterem mínimo possível de abstração, ou seja, devem ser formuladas “[...] da forma mais precisa possível” (KELSEN, 2007, p. 132 e 170).

Quando se analisa uma constituição puramente formal, ou seja, diferenciando da forma legal, que regula a forma de criação das leis, estar-se diante de uma constituição em seu sentido estrito. Todavia, quando analisada levando em consideração não apenas as regras para legislação, mas um rol de direitos fundamentais dos indivíduos, tem-se uma constituição em sentido lato (em sentido material). Porém, a Constituição não consiste unicamente em uma regra procedimental (KELSEN, 2007, p. 131-132).

Por isso costuma-se distinguir a inconstitucionalidade formal da inconstitucionalidade material das leis. Essa distinção só é admissível com a reserva de que a inconstitucionalidade dita material é, em última análise, uma inconstitucionalidade formal, no sentido de que uma lei cujo conteúdo está em contradição com as prescrições da Constituição deixaria de ser inconstitucional se fosse aprovada como lei constitucional. Trata-se sempre, portanto, de saber se o que deve ser observado é a forma legal ou a forma constitucional. Se o direito positivo não diferencia essas duas formas, o estabelecimento de princípios, de diretivas, de limites para o conteúdo das leis não tem sentido jurídico e não passa de uma aparência desejada por motivos políticos, como são aliás as liberdades garantidas na forma constitucional no caso freqüente em que a Constituição autoriza a legislação ordinária a limitá-las (KELSEN, 2007, p. 132).

Portanto, para Kelsen a jurisdição constitucional deverá ser exercida por um tribunal constitucional, a fim de analisar de modo neutro a validade de uma lei ou ato normativo em face da constituição. Para se ter uma análise puramente jurídica, somente os requisitos formais da norma deverão ser apreciados, os materiais não.

Nesse sentido, observa-se que a inconstitucionalidade não se revela de uma só forma. Sobre essas duas espécies de inconstitucionalidade observadas por Kelsen, Luís Roberto Barroso (2006, p. 25-30) aduz que o vício material ocorre quando o conteúdo não observa o tratamento de igual matéria pela Constituição, ou seja, há uma incompatibilidade substantiva. O vício formal, por sua vez, atua na inobservância, quando da edição da lei, da regras de sua edição: devido processo legislativo, estipulado pela Constituição Federal. Embora sejam de espécie diversa, ambos os vícios podem, ao mesmo tempo, eivar de nulidade determinada lei ou ato normativo.

Ao lado dessas duas (formal e material) há, ainda, outras espécies de vício, como é o caso da inconstitucionalidade por ação ou por omissão. O primeiro caso é observado quando estamos diante de um ato normativo que efetivamente viole as disposições constitucionais, sendo incompatível com ela (constituição). No vício omissivo, temos uma ausência de um ato quando a constituição impõe a existência deste, isto é, quando há um dever jurídico de legislar e não uma faculdade, sendo que poderá ser parcial (onde há a omissão, mas esta é relativa, ou seja, deixa de tratar determinada categoria que a Constituição impõe o seu tratamento). Poderá também ser por omissão total, onde não há efetivamente uma lei tratando da matéria (MENDES, 2009, p.1075-1078).

A inconstitucionalidade poderá ser total quando todo o texto legal é tido por inconstitucional, bem como poderá ser parcial, quando apenas um ou vários dispositivos encontram-se viciados, não atingindo a legislação toda. Sempre que alegada a inconstitucionalidade formal, ela será sempre total. Ademais a declaração parcial de inconstitucionalidade não poderá subverter o sentido da norma, mormente quando expressões do dispositivo são declaradas inconstitucionais (BARROSO, 2006, p. 39).

Se o vício confrontar diretamente a constituição, estaremos diante de uma inconstitucionalidade direta, ou seja, quando o ato normativo for primário, em que a competência de sua edição decorrer diretamente da Constituição. Será indireta quando estivermos diante de atos normativos secundários, ou seja, de eficácia concreta, regulamentadora de lei, e que extrapole o limites por ela determinados, violando o princípio da legalidade. Assim, antes de ser inconstitucional, a norma é ilegal (BARROSO, 2006, p. 40).

Quando diante de um vício congênito da lei, de modo que no momento de seu ingresso no mundo jurídico já seja contrastante com a Constituição, estaremos diante de uma inconstitucionalidade originária. Ao revés, se este vício for posterior à Constituição e com ela contraste, teremos um vício superveniente, deixando claro que em se tratando de norma anterior à Lei Suprema e que não observe materialmente a Carta em vigor, haverá a revogação desta e não a declaração de inconstitucionalidade superveniente. Nesse caso, somente haverá inconstitucionalidade material, porque não existe inconstitucionalidade formal superveniente se este ato normativo, ao tempo de sua edição, observou o devido processo legislativo (BARROSO, 2006, p. 40-41; MENDES, 2009, p. 1065-1072).

Existem, ainda, diversas modalidades de controle de constitucionalidade. A partir do caso *Marbury vs. Madison*, observa-se um controle na modalidade difusa, em que o controle da regularidade constitucional é exercido por qualquer juiz ou tribunal, quando estes reconhecem a inconstitucionalidade de um ato normativo e, conseqüentemente, negam a sua aplicação, dado que cabe a todos indistintamente observância da Constituição, ante a característica de Lei Suprema (BARROSO, 2006, p. 47).

O controle concentrado, utilizado pelos modelos constitucionais europeus, consiste na análise da compatibilidade de determinada ato “[...] por um único órgão ou por um número limitado de órgãos criados especificamente para esse fim ou tendo nessa atividade sua função principal” (BARROSO, 2006, p. 47).

A jurisdição constitucional poderá, ainda, ser via incidental ou via principal. O primeiro caso é observado quando o vício da inconstitucionalidade é arguido no contexto de um processo, seja na petição inicial, seja como matéria de defesa ou não, e configura um incidente processual no qual prejudica a análise do mérito da causa. É aliado ao modo difuso, tendo em vista que o controle exercido por qualquer juiz ou tribunal é feito no trâmite de um processo, todavia, não se confundem (BARROSO, 2006, 49-50; MENDES, 2009, p. 1055).

Por meio da via principal, tutela-se o direito objetivo, sendo afastada a tutela do direito subjetivo. Não há litigantes. Portanto, há um rol de legitimados para propor, mediante uma ação direta no órgão competente, a análise em abstrato da constitucionalidade de um ato normativo, ou seja, o objeto do processo é a declaração de (in)constitucionalidade, com o fim de harmonizar o sistema jurídico,

resguardando a sua estabilidade. É aliado à modalidade concentrada, mas com esta não se confunde (BARROSO, 2006, p. 50-51).

Quanto ao momento do controle de constitucionalidade, este poderá ser preventivo ou repressivo. O primeiro é efetivado antes do aperfeiçoamento da lei ou do ato normativo. Este modelo é observado no modelo constitucional francês. O modelo repressivo, a seu turno é de feição judicial, em regra, e somente se admite o controle da constitucionalidade após a entrada em vigor do ato normativo (MENDES, 2009, p. 1056).

Existe, ainda, o controle exercido por órgão que detenha natureza política, o controle político de constitucionalidade, em regra ligado ao Poder Legislativo, sendo associada à experiência constitucional francesa. Segundo Luís Roberto Barroso (2006, p. 43), o termo correto seria “controle não judicial”, porque é um controle que não é exercido pelo Poder Judiciário. Ainda como reflexo do caso norte-americano, há a modalidade judicial de controle, exercido pelo Poder Judiciário (BARROSO, 2006, p. 43-44).

Estes modelos apresentados pela doutrina não são exaustivos. Ressalvado o controle repressivo e/ou preventivo, poderão ser instituídas espécies mistas, unindo-os, a fim de manter a regularidade constitucional (BARROSO, 2006, p. 41-51; MENDES, 2009, p. 1054-1060).

Ademais, a análise da compatibilidade de determinada lei ou ato normativo com a constituição gera algumas consequências por inobservância à supremacia e rigidez constitucional, sendo observados alguns efeitos decorrentes da decisão.

No modelo defendido por Hans Kelsen (2007), o qual foi empregado pela Constituição austríaca de 1920, quando o Tribunal Constitucional analisa a compatibilidade de determinado ato normativo, não há, em regra, a declaração de sua nulidade, ou seja, que o vício nasce com o ato e dele não se separa, de forma que se desconsidera as relações jurídicas reguladas por ele como se ato nunca houvesse existido.

Em sua decisão a Corte Constitucional pode estabelecer um prazo para a invalidação da lei, o qual não pode ultrapassar seis meses. A decisão opera fundamentalmente apenas *pro futuro*, e a lei inconstitucional, até então válida, é *anulada*. Os atos até então postos em vigor com base nessa lei não são, portanto, tocados pela anulação (KELSEN, 2007, p. 25; grifos no original).

Neste modelo, o ato anulado deverá ser substituído, pelo Parlamento, por outro ato normativo. Ocorre que um ato nulo é um ato irregular, porque não observou o determinado pela Constituição, norma de hierarquia superior que prescreve como esse ato deve ser. Assim, o “[...] ato nulo carece de antemão de todo e qualquer caráter jurídico, de sorte que não é necessário, para lhe retirar sua qualidade usurpada de ato jurídico, um outro ato jurídico” (KELSEN, 2007, p. 140-141).

Visualiza-se nesse sistema preconizado por Kelsen que a jurisdição constitucional é efetivamente a afirmação do princípio da separação dos poderes, mormente por não declarar a nulidade de um ato normativo, mas sim anulá-lo e estabelecer prazo para um órgão político - apto a positivizar as necessidades do povo de forma democrática - editar um ato que substituirá este, todavia, agora, garantindo a regularidade constitucional.

Compreendido a jurisdição constitucional no mundo contemporâneo, com sua gênese e suas principais nuances, passa-se à análise do controle de constitucionalidade no Brasil, mormente após a Constituição Federal de 1988 que implementou o regime democrático na República Federativa brasileira.

Abordou-se, então, o desenvolvimento da teoria do direito e sua convergência com o próprio conceito de direito sob o viés da teoria do jurista norte-americano Ronald Dworkin, que lançando uma crítica ao positivismo concluiu que esta corrente não dava respostas em determinados casos, devendo o direito ser entendido também como princípios deontológicos, que se diferenciam das regras por sua dimensão de peso ou importância.

O direito é, portanto, um conjunto deontológico de regras e princípios, porque são dotados de cogência e vinculam a atividade normativa, administrativa e interpretativa das normas e que, impondo obrigações jurídicas previamente estabelecidas, expressas ou não na Constituição - norma suprema e central, base do ordenamento jurídico e dotada de imperatividade - rege a vida em sociedade, não havendo distinção ou separação entre o direito e a moral. Os princípios são normas. Normas essas que consistem em um padrão que deve ser observado, porque exigem a justiça ou outra dimensão da moralidade.

Foram descritos os principais aspectos do constitucionalismo, o estado democrático de direito e o papel de supremacia da constituição, para se compreender os fundamentos da teoria contemporânea do direito, e o papel da

jurisdição constitucional como um instrumento para a manutenção da regularidade constitucional.

Analisa-se no próximo capítulo a jurisdição constitucional após a Constituição de 1988 com seus respectivos instrumentos de controle da compatibilidade de determinado ato normativo, seus efeitos e a modulação destes quando da declaração de inconstitucionalidade.

2 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL

A jurisdição constitucional mantém a supremacia da constituição. Esse texto traz em seu conteúdo tudo aquilo necessário à manutenção de um ordenamento jurídico, com normatividade de suas disposições. Ademais, conforme capítulo anterior, a existência de um estado constitucional remonta à ideia de estado democrático constitucional, ou seja, os estado não intervém no exercício das liberdades públicas, mas promove outros direitos fundamentais além dos individuais e a estrita legalidade está mais ligada à justiça e legitimidade. No Brasil, somente após a Constituição Federal de 1988 que se observa, de fato, um estado constitucional democrático.

Segundo Kelsen (2007) a jurisdição deve ser exercida por um tribunal constitucional, em que sua atribuição é somente analisar a compatibilidade de determinado ato normativo em face da constituição, e somente este órgão tem capacidade para analisar tal compatibilidade: controle concentrado ou em abstrato de constitucionalidade. Esta modalidade foi a utilizada pela Constituição da Áustria de 1920.

No Brasil o controle de constitucionalidade é observado de modo expreso na Constituição Republicana de 1891, tendo como regra o controle incidental difuso (ou *judicial review*). Com a Carta de 1934 foi introduzido o controle concentrado por meio da representação interventiva, sendo que somente com a Carta de 1946 foi instituída a ação genérica de inconstitucionalidade, de competência do Supremo Tribunal Federal (BARROSO, 2006, p. 62-64).

Com a promulgação da Constituição de 1988 houve ampliação do rol dos legitimados (art. 103), denotando que “[...] pretendeu o constituinte reforçar o controle abstrato de normas no ordenamento jurídico brasileiro como peculiar instrumento de *correção* do sistema geral incidente” (grifos no original), muito embora ainda presente o controle na modalidade incidental difuso, observado desde a primeira Constituição Republicana (MENDES, 2009, p. 1104). Assim, o controle de constitucionalidade é, pois, a afirmação do princípio republicano.

2.1 A jurisdição constitucional na Constituição de 1988

Segundo o art. 102 da Constituição Federal de 1988 é de competência do Supremo Tribunal Federal “[...] a guarda da Constituição”. Nesse sentido, o guardião da Constituição é o STF.

Questão alvo de uma grande discussão entre Hans Kelsen e Carl Schmitt foi de quem seria o papel de guardião da Constituição. Segundo Schmitt o controle de constitucionalidade é um ato de política, de modo que a instituição de um tribunal constitucional seria sobrecarregar as atribuições do Poder Judiciário. Ademais, em uma sociedade pluralista não poderia esse controle ficar a cargo de um tribunal, deveria ser de competência do soberano (Estado Total), único apto a fazer com que desapareça o conflito entre a sociedade e o estado (KELSEN, 2007, p. 288).

Kelsen (2007, p. 262), por sua vez, aduz que somente em um controle material de constitucionalidade é que poderá a jurisdição constitucional ser um ato de política, mas isso se deve ao fato de que as normas editadas pelo Parlamento contêm em seu bojo expressões amplas, de modo a conceder uma margem de discricionariedade ao tribunal constitucional. “[...] A vantagem fundamental de um tribunal constitucional permanece sendo que, desde o princípio, este não participa do exercício do poder, e não se coloca antagonicamente em relação ao Parlamento ou ao governo” (KELSEN, 2007, p. 276).

No Brasil o controle da constitucionalidade é feito por qualquer juiz ou tribunal e, precipuamente pelo Supremo Tribunal Federal, por caber a este a guarda da Constituição (art. 102, *caput* e inciso I, a, CF/88).

Conforme salientado, as espécies de controle de constitucionalidade poderão ser combinadas a fim de manter a regularidade constitucional. No Brasil, à luz da Carta de 1988, o controle poderá ser exercido tanto na modalidade difusa como na concentrada, bem como na modalidade incidental (que é exercido de modo difuso) ou via ação direta (exercido de modo concentrado). É, pois, o controle na modalidade mista, consoante art. 102 e art. 97 da Carta (BARROSO, 2006, p. 41-51; MENDES, 2009, p. 1054-1060).

Os tipos de inconstitucionalidade analisados se aplicam no Brasil. Na Constituição Federal de 1988 há previsão expressa do controle de

constitucionalidade por omissão, previsto no art. 103, parágrafo 2º, mas apenas se declara a mora legislativa. Entretanto, sendo a ausência de um ato administrativo, decorre desse mesmo dispositivo que a omissão deverá ser sanada trinta dias.

A inconstitucionalidade direta ou indireta é aferida a partir da análise das espécies normativas contidas no art. 59, CF/88. No rol contido nesse artigo, as espécies colhem validade diretamente da Constituição sendo, pois, atos normativos primários, porque inovam no mundo jurídico. De outra parte, não estando previsto neste rol, estaremos diante de atos normativos secundários, que, com eficácia concreta, retiram sua validade do ato normativo primário, e que apenas indiretamente poderão violar a Constituição, caso extrapole os legais (MORAES, 2007, p. 635).

Há inconstitucionalidade material quando uma lei não observa o núcleo intangível previsto na Constituição Federal em seu art. 60, parágrafo 4º. O vício formal ocorre quando o processo legislativo contido expressamente na Carta nos artigos 59 a 69 é desobedecido pelo Poder Legislativo ou por quem seja competente a edição do ato.

Além da simples alegação realizada no âmbito de um processo que tutela direitos subjetivos, como um incidente que impede a análise do mérito, há como instrumentos que possibilitam o controle de constitucionalidade: Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI ou ADIn, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão - ADIom (total ou parcial), Ação Declaratória de Constitucionalidade - ADC e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF. Tais instrumentos são regidos pelas Leis 9.868/99 e 12.063/09, sendo que a última (ADPF) é regida pela Lei 9.882/99.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn), ação genérica introduzida no ordenamento brasileiro em 1965 pela Emenda Constitucional nº. 16 consiste num instrumento de controle concentrado (em abstrato) e visa extirpar eventuais vícios de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos primários (art. 59, CF), estaduais ou federais, face a Constituição Federal (art. 102, I, a, CF/88), não se tratando de um direito de ação, porque é um processo de natureza objetiva e de legitimidade restrita às hipóteses do art. 103, CF/88 e de competência do Supremo Tribunal Federal (BARROSO, 2006, p. 136-138).

Tal decisão vincula o STF, não podendo este órgão reconhecer de eventual alegação de constitucionalidade posteriormente (BARROSO, 2006, p. 171-178).

Ademais, conforme já assentado, a Ação Direta por Omissão, prevista no parágrafo 2º do art. 103 da Constituição visa a declarar a mora legislativa ante a inércia ilegítima diante de determinadas situações em que a Constituição impõe um ato comissivo de determinada autoridade que se exige a edição de ato normativo.

Quando há crises de certeza sobre a constitucionalidade, no âmbito do Judiciário, de determinado ato normativo primário federal (art. 102, I, a, CF/88) há o instrumento da Ação Declaratória de Constitucionalidade, introduzida na Constituição de 1988 por meio da E.C. nº. 3/1993. A decisão prolatada neste instrumento de controle concentrado não vincula o STF, podendo este posteriormente reconhecer em sede de ADIn a inconstitucionalidade de tal ato normativo federal (BARROSO, 2006, p. 213-214).

Há por fim, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, prevista originariamente no texto de 1988 (art. 102, §1º), mas sendo regulamentado somente em 1999 pela Lei nº. 9.882. Tem por fim analisar atos normativos primários e secundários, federais e estaduais, após e anteriores à Constituição Federal e que com esta seja contrária, consistindo em um instrumento de caráter subsidiário, posto que somente na ausência de outro meio eficaz será cabível a ADPF, nos termos do artigo 4º, parágrafo 1º da Lei nº. 9.882/99 (MENDES, 2009, p. 1202).

No que tange aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade, decorre do texto constitucional e da lei específica (art. 102, §2º, art. 103, §2º, art. 28, §único da Lei nº. 9.868/99 e art. 10, §3º da Lei nº. 9.882/99) que esta é, no controle concentrado, retroativos (*ex tunc*) e de eficácia contra todos (*erga omnes*). De outra parte, em se tratando de declaração incidental de inconstitucionalidade, os efeitos retroativos serão apenas *inter partes*, posto tutelar o direito subjetivo (BARROSO, 2006, p. 105).

No Brasil, declarada a inconstitucionalidade de modo difuso (e/ou incidental), o Supremo Tribunal Federal oficiará o Senado Federal que poderá conceder efeitos *erga omnes* à decisão prolatada no contexto de um processo, suspendendo a eficácia do ato normativo, todavia, seus efeitos temporais serão *ex nunc*, ou seja, não retroagem (art. 52, X, CF/88) (MENDES, 2009, p. 1127-1140).

Luís Roberto Barroso (2006, p. 111) defende de modo diverso sobre os efeitos da declaração, quando o Senado Federal entende⁵ por suspender a eficácia do ato declarado inconstitucional, aduzindo que “[...] embora a matéria ainda suscite ampla controvérsia doutrinária, afigura-se fundada em melhor lógica e em melhores argumentos a atribuição de efeitos *ex tunc* à suspensão do ato normativo pelo Senado”.

Portanto, via de regra, no controle de constitucionalidade, nos termos em que determinados pela Constituição Federal, reina a regra da nulidade do ato e, em se tratando de tal característica os efeitos devem retroagir a fim de declarar que a norma nunca existiu. Assim, está patente a supremacia da CF/88, sendo que todos os atos praticados sob a égide de um ato normativo inconstitucional deverão ser declarados nulos. Ademais, em se tratando de controle por via principal, terá efeitos *erga omnes*, ou seja, para todos indistintamente.

Esses efeitos consistem na regra do controle de constitucionalidade. No Brasil - muito embora tenha sido adotada a regra da nulidade do ato, que impõe apenas a sua declaração, já que inerente ao ato em si - conforme se verá, existem algumas nuances: a possibilidade de modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade prevista no art. 27 da Lei nº. 9.868/99.

2.2 A modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade

Ficou assentado acima que a regra acerca dos efeitos da declaração da inconstitucionalidade de determinada lei ou ato normativo é a da nulidade absoluta, ou seja, há a retroação dos efeitos, a fim de atingir o ato desde o início, como se este não fosse válido. Há, todavia, exceções quanto a esta regra.

Os atos normativos em geral possuem três planos: o plano da existência, da validade e da eficácia, cada um com suas especificidades. Para que o ato exista deve ele preencher os elementos: agente, forma e objeto, semelhantes àqueles expressos no artigo 104 do Código Civil de 2002. Verifica-se a existência de um ato

⁵ A suspensão do ato declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal no contexto de processo subjetivo constitui ato discricionário do Senado Federal e se sujeita ao juízo de conveniência e oportunidade deste (BARROSO, 2006, p. 110; MENDES, 2009, p. 1127-1131).

quando é observada a presença dos elementos constitutivos previstos em lei (BARROSO, 2009b, p. 79-80).

Existindo um ato há, ainda, que se constatar se ele é válido. O plano de validade da norma cuida de “[...] constatar se os elementos do ato preenchem os atributos, os requisitos que a lei lhes acostou para que sejam recebidos como atos dotados de perfeição (BARROSO, 2006, p. 13). Assim, além de constatar os requisitos constitutivos do ato, analisa-se algo mais: “[...] competência, forma adequada e licitude-possibilidade” que, uma vez ausentes, são cominadas sanções de nulidade ou anulabilidade (BARROSO, 2006, p. 13; BARROSO, 2009b, p. 80).

O plano da eficácia do ato consiste na aptidão para a produção de efeitos, ou seja, para atingir a finalidade para o qual o ato normativo foi gerado. “[...] Eficácia diz respeito, assim, à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma” (BARROSO, 2006, p. 14).

[...] uma lei que contraria a Constituição, por vício formal ou material, não é *inexistente*. Ela ingressou no mundo jurídico e, em muitos casos, terá tido aplicação efetiva, gerando situações que terão de ser recompostas. Norma inconstitucional é norma *inválida*, por desconformidade com regramento superior, por desatender os requisitos impostos pela norma maior (BARROSO, 2009b, p. 80-81; grifos no original).

Tem-se que um ato poderá ser existente, inválido, por descumprimento da norma maior, porém eficaz. Mas como ficarão as situações jurídicas constituídas por esse ato? A regra do ordenamento brasileiro – repita-se – é o da nulidade do ato. Assim, embora perfeita a lei, ela é inválida (nula).

Sobre tal questão (nulidade x anulabilidade) o Supremo Tribunal Federal, bem antes do advento da Lei nº. 9.868/99 se deparou com casos em que se discutia a possibilidade de anulabilidade do ato, ou seja, que a decisão deveria, em determinado caso, ser constitutiva e não declaratória e, portanto, sem efeitos retroativos (*ex nunc*). É o caso da Representação 971 e do Recurso Extraordinário 79.343/BA⁶. Entretanto, apesar da discussão entre os Ministros, a tese da nulidade venceu.

Após a promulgação da Lei nº. 9.868, em 10 de novembro de 1999 restou expresso a possibilidade de modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de determinada lei ou ato normativo:

⁶ Julgados referenciados por MEYER, 2008, p. 110-112.

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, 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.

A partir desse dispositivo foi concedido ao Supremo Tribunal Federal o poder de, desde que por razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, declarar a inconstitucionalidade: com efeitos retroativos; declarar que em um momento após a promulgação e antes do julgamento o ato será inconstitucional; que o ato apenas será inconstitucional após o trânsito em julgado da decisão (*ex nunc*); ou que somente em um momento após o trânsito em julgado o ato será inconstitucional (efeitos *pro futuro*).

Debelando crise acerca da constitucionalidade do dispositivo, existem duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade: ADIn 2.258/DF proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e ADIn 2.154/DF⁷, julgadas em conjunto e de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, em que se impugnou os artigos 11, parágrafo 2º, artigos 17 e 18 em seus parágrafos 1º e 2º, artigo 26 e artigo 27 da Lei nº. 9.868/99, que, por razões de pertinência temática, se tratará apenas sobre este último dispositivo mencionado.⁸

Consoante petição inicial da ADIn 2.258/DF, a inconstitucionalidade do artigo 27 da Lei nº. 9.868/99 se funda na violação ao princípio do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, CF/88) e no princípio da Legalidade, expresso no artigo 5º, II, da Constituição, tendo em vista que se está a permitir que ato inconstitucional seja válido e regre determinadas condutas, ou seja, ao manter hígido sobre determinado lapso temporal um ato inconstitucional a supremacia da Constituição será posta de lado por casuísmos.

No julgamento, o pleno do STF afastou as inconstitucionalidades alegadas em ambas as ações, porém, ao apreciar a constitucionalidade do artigo 27, o processo foi suspenso em razão de ausência de *quorum* para deliberar, estando no

⁷ Cf. MEYER, 2008, p. 118-119.

⁸ Sobre a inconstitucionalidade da Lei nº. 9.868/99, cf. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Uma justificação democrática da jurisdição constitucional brasileira e a inconstitucionalidade da Lei nº 9.868/99*. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, v. 36, 2001.

gabinete da Ministra Carmem Lúcia em decorrência do pedido de vista. Assim, é aplicável o dispositivo⁹.

Muito embora a lei nº. 9.868/99 trate acerca do processamento e julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade, por ação e por omissão, e das Ações Declaratórias de Constitucionalidade, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, ou seja, em sede de controle objetivo ou em abstrato da constitucionalidade, o Supremo vem procedendo à modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade também na modalidade difusa.

Em 2004, no Recurso Extraordinário 197.917-8/SP, de relatoria do Ministro Maurício Corrêa o Supremo Tribunal Federal apreciou a constitucionalidade, pela via difusa, do artigo 6º da Lei Orgânica do Município de Mira Estrela no Estado de São Paulo, que tratava sobre o número de vereadores estabelecido por aquela lei, tendo em vista afronta ao artigo 29, IV da Constituição Federal. A inconstitucionalidade do dispositivo fora analisada, incidentalmente, em sede de Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo.

Segundo o Tribunal, o artigo 29 efetiva a razoabilidade quando da determinação do número respectivo de vereadores, ao consignar que seja proporcional à população dos Municípios, sendo de observância obrigatória do legislador municipal e não discricionário segundo os valores mínimo e máximo constante no referido dispositivo, bem como que o estabelecimento de número de vereadores sem a observância populacional configura excesso no poder de legislar.

Assentou a Corte que os parâmetros aritméticos previstos no artigo 29 da Constituição traduzem uma proporcionalidade que atende aos princípios da moralidade, impessoalidade e economicidade dos atos administrativos (artigo 37, CF/88).

Observou-se, então, a inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, da lei local que fixara o número de vereadores em patamares dissonantes com os previstos na Constituição Federal. Todavia, em razão da segurança jurídica, não houve declaração de nulidade total, ao revés, a inconstitucionalidade do ato foi fixada para um momento posterior à declaração, tendo em vista que já estava em curso o mandato dos vereadores, nada obstante de que a Justiça Eleitoral teria de intervir para estabelecimento dos novos mandatários, com novos cálculos acerca do

⁹ Informações colhidas no Informativo STF nº. 456, referente aos julgamentos de 12 a 23 de fevereiro de 2007. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 15 de setembro de 2010.

quociente eleitoral. Por maioria, os efeitos foram protelados para o próximo mandato.

8. Efeitos. Princípio da segurança jurídica. Situação excepcional em que a declaração de nulidade, com seus normais efeitos *ex tunc*, resultaria grave ameaça a todo sistema legislativo vigente. Prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, **efeito *pro futuro* à declaração incidental de inconstitucionalidade**. (grifos nossos e no original)

No mesmo ano houve ainda julgado semelhante ao caso colacionado. Foi o contido nos autos da Questão de Ordem em Medida Cautelar em Ação Cautelar 189 originária de São Paulo. Sob a relatoria do Ministro Gilmar Mendes, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, em julgamento do dia 09 de junho de 2004, referendou a cautelar que concedeu efeito suspensivo ao Recurso Extraordinário interposto. Tratava-se de mais um caso de número de vereadores dissonantes com o disposto na Constituição Federal. Desta feita, houve a exoneração dos vereadores que não atingiram o novo quociente eleitoral determinado pela decisão do juízo de primeiro grau.

Com a concessão da cautelar, sendo esta referendada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, ocorreu a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, incidental, a fim de determinar a reintegração aos cargos de vereadores da Câmara Municipal de São João da Boa Vista, tendo em vista que a declaração de nulidade com efeitos retroativos ocasionaria repercussão em todo o sistema vigente, ou seja, a nomeação e posse dos candidatos que, por via de consequência influenciariam nas deliberações legislativas municipais nos diversos projetos e leis aprovados.

Para chegar a essa conclusão, o Ministro Gilmar Mendes lançou mão do direito comparado, mormente com a doutrina dos Estados Unidos e de Portugal, que prevê expressamente na constituição o princípio da proporcionalidade, em uma ponderação de valores. Nesse sentido, aduziu não ser incompatível a modulação dos efeitos, para decisões de igual matéria, ainda que presente no mesmo ordenamento os controles difuso e direto. Ademais, argumenta o Ministro que não se trata de simples conveniência do julgador, mas sim de critérios constitucionais, consubstanciados na segurança jurídica e no excepcional interesse social, que seriam afetados caso a declaração tivesse efeitos retroativos, pelo que decidiu e foi referendado pelo Pleno do STF nos termos da relatoria.

Embora a Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999, tenha autorizado o Supremo Tribunal Federal a declarar a inconstitucionalidade com efeitos limitados, é lícito indagar sobre a admissibilidade do uso dessa técnica de decisão no âmbito do controle difuso. Ressalte-se que não se está a discutir a constitucionalidade do art. 27 da Lei n. 9.868, de 1999. Cuida-se aqui, tão-somente, de examinar a possibilidade de aplicação da orientação nele contida no controle incidental de constitucionalidade. [...] assinale-se que, antes do advento da Lei n. 9.868, de 1999, talvez fosse o STF, muito provavelmente, o único órgão importante de jurisdição constitucional a não fazer uso, de modo expresso, da limitação de efeitos na declaração de inconstitucionalidade. [...] No que interessa para a discussão da questão em apreço, ressalte-se que o modelo difuso não se mostra incompatível com a doutrina da limitação dos efeitos.

Sobre essa fundamentação utilizada pelo Ministro Relator, que se expandiu em outros julgados da Suprema Corte, surge uma indagação: a decisão de modulação dos efeitos, seja ela pela via principal, seja pela via difusa, funda-se em critérios constitucionais ou em razões utilitaristas, de conveniência do julgador, ainda que com *quorum* de 2/3?

Segundo Álvaro Ricardo de Souza Cruz (2004, p. 420 - 421), o principal problema observado na modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade na forma do artigo 27 da Lei nº. 9.868/99 são os efeitos para o futuro, ou seja, que a nulidade do ato seja declarada em “[...] outro momento que venha a ser fixado”, em uma previsão idêntica a da Constituição austríaca, porém, sem o estabelecimento do prazo máximo de um ano, ficando a critério de conveniência do Supremo Tribunal Federal a partir de quando a nulidade incidirá sobre uma norma taxada de inconstitucional, tudo com fundamento nos princípios da certeza e da estabilidade das relações jurídicas, da proibição do enriquecimento sem causa, da presunção da boa fé e da intangibilidade da coisa julgada. Princípios os quais, segundo a corrente comunitarista brasileira, poderão fazer com que os efeitos decorrentes da declaração de inconstitucionalidade possam ser temperados.

Para Cruz (2004, p. 423 e 429), o *quorum* 2/3 estabelecido como hábil a se proceder à modulação dos efeitos não é passível de manter hígida a democracia brasileira, nem se este fosse à unanimidade.

Nem mesmo se *quorum* fosse unanimidade do Pleno, decisões como essas poderiam ser consideradas legítimas, vez que não é dado ao Judiciário julgar com base meramente em argumentos utilitários do tipo custo/benefício. Isso pertence à esfera política. Essa forma de argumentar é política (*arguments of policy*), inteiramente inadequada ao discurso de aplicação da norma jurídica pelo Poder Judiciário.

Nesse sentido, e segundo Dworkin (2002, p. 36, 129 e 147-151), política consiste num padrão que estabelece um objetivo a ser cumprido, que gera uma melhoria em algum aspecto da comunidade. Está ligado a razões utilitárias, de bem-estar. Decidir com base em razões utilitárias, ou seja, que assim é certo, porque irá melhorar o bem-estar daquela comunidade, protegendo algum objetivo da comunidade como um todo, implica na utilização de argumentos de política.

Para Dworkin (2002, p. 36), embora um princípio¹⁰ estabeleça um padrão que deve ser observado, porque é uma exigência de justiça ou moralidade, se interpretá-lo como uma expressão de objetivo poderá ruir a distinção entre política e princípio. Interpretar princípios de justiça como sendo declarações disfarçadas de objetivos é adotar uma tese utilitarista. Princípios e políticas são essenciais à justificação política, mas na aplicação do direito os juízes não poderão ir além de decisões políticas antes tomadas por outras pessoas. Seria legislar de forma delegada, sem se atentar para a distinção entre argumentos de política e de princípio.

Ao se justificar uma decisão política para fomentar ou proteger algum objetivo coletivo, tem-se um argumento de política. Ao demonstrar que uma decisão política respeita ou efetiva um direito de um indivíduo ou de um grupo, está se justificando ela (decisão) com argumentos de princípios (DWORKIN, 2002, p. 129).

Para Cruz (2004, p. 428-430), no exercício da jurisdição constitucional não se pode lançar mão de critérios de utilidade, com base na ponderação de valores. A normatividade dos princípios impede que mais de um princípio se aplique ao mesmo caso por questões de preferibilidade, ou aplicação graduada de cada um. Tal técnica é incompatível com o Estado Democrático de Direito, posto se aproximar demasiadamente a jurisdição constitucional da atividade legiferante e constituinte.

Nesse sentido, as decisões do Supremo Tribunal Federal no controle jurisdicional de constitucionalidade, cujos efeitos são para um momento no futuro, a critério da Corte, são fundamentadas com base em argumento de política, pois calcadas em razões de bem-estar da comunidade, em vez de efetivar um direito da comunidade, consubstanciada na manutenção da higidez da norma constituinte dos demais poderes (Legislativo e Executivo), desvirtuando a finalidade do STF.

¹⁰ Sobre princípios, vide: tópico 1.1.

Para Gisele Cittadino (2009, p. 62-63) o desvirtuamento da finalidade do Supremo Tribunal Federal, ao decidir politicamente, deriva do papel de guardião da constituição concedido pelo constituinte originário de 1988.

Segundo a autora esta função de guardião da Constituição que o legislador constituinte incumbiu ao Supremo concede a ele a característica de órgão necessariamente político. É que a análise acerca da inconstitucionalidade material de determinada lei ou ato normativo, isto é, a redução de sua competência à matéria constitucional, retira do órgão o caráter de Corte Constitucional¹¹.

Não há dúvidas de que a função de guardião da Constituição remete necessariamente ao caráter político que assume o Supremo Tribunal Federal no novo texto constitucional. Afinal, a função de declarar o sentido e o alcance das regras jurídicas, especialmente na função jurisdicional de tutela da Constituição, traduz uma ação política ou, pelo menos, uma ação de inexorável repercussão política.

Sucede que, a partir da violação de determinado direito, surge a pretensão de ver sanada aquela situação, por meio do exercício da prestação jurisdicional por parte do estado, na forma do artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal. O instrumento para tanto, quando observada a violação de um direito constitucionalmente garantido por parte de uma lei ou um ato normativo, é provocar o judiciário, a fim de que proteja a lei suprema, controlando a constitucionalidade daquele ato normativo.

O controle da constitucionalidade é, pois, principal meio de guarda da Constituição de 1988, é uma forma de garantia dos direitos fundamentais positivados naquele texto, mormente pela via incidental (CATTONI DE OLIVEIRA, 2002, p. 197).

Em uma análise da Carta de 1988, percebe-se que ela trouxe em seu bojo diversos programas e valores a serem implementados, principalmente pelo Poder Público. Segundo Cittadino (2009, p. 63-64), trata-se de valores comunitários, que caracteriza a dimensão comunitária do ordenamento constitucional brasileiro, mas a efetivação deles dependerá da participação juridico-política de intérpretes dotados de instrumentos processuais para inibir as omissões do Poder Público, bem como de uma hermenêutica constitucional que leve em consideração os valores na interpretação da constituição.

¹¹ Kelsen (2007), partilha do mesmo entendimento, com as particularidades da Constituição da Áustria. Vide: tópico 1.2.

Entretanto, conforme salientado no capítulo primeiro desta monografia, sob a ótica da teoria contemporânea do direito, em que se tem a normatividade dos princípios (princípios deontológicos) não há que se falar em valores em sua aplicação. É que ao se tratar de princípios como normas eles devem ser aplicados segundo um código binário. Estamos, aqui, na aplicação do direito, a observância de valores de uma comunidade se dá por meio de um meio legítimo democraticamente estabelecido: o processo legislativo¹².

Nesse sentido, Marcelo Cattoni (2002, p. 173), aduz que “[...] Os princípios, enquanto normas diferenciam-se dos valores justamente porque estabelecem um vínculo de obrigatoriedade e não da preferência ou conveniência. Princípios estabelecem o que é devido e não o que é preferível.”

Como viga mestra do controle de constitucionalidade, tem-se o princípio da supremacia da constituição, de modo que estabelecer por provimentos jurisdicionais que um ato é inconstitucional a partir de determinado momento escolhido pelos membros do STF é colocar de lado a supremacia constitucional – ainda que momentaneamente - criando um estado de insegurança jurídica e dotando a Corte Suprema de legislador concorrente ou subsidiário, ou de poder constituinte permanente, afetando a própria democracia (artigo 1º, *caput*, CF/88) (CATTONI DE OLIVEIRA, 2001, p. 207).

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é unânime que o fundamento dos julgados que tratam (necessitam) da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade está na aplicação de critérios (valores) constitucionais e de uma teoria da argumentação condizente com o ordenamento jurídico vigente. O artigo 27 da Lei nº. 9.868/99 apenas veio para positivizar o instituto e demonstrar que diante de determinados casos e com a presença de um *quorum* mínimo de membros do STF poderá haver a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, seja por via direta, seja incidental via controle difuso.

Embora muito antes da gênese desse texto, percebe-se as contribuições de Hans Kelsen e Carl Schmitt, ao argumentarem sobre o papel da jurisdição constitucional e o guardião da constituição. A presença, ou a influência da política no exercício da jurisdição há muito vem preocupando os doutrinadores, ainda que o guardião não tenha participado do exercício de poder.

¹² Cf. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Devido processo legislativo*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

Abordou-se no presente capítulo sobre a jurisdição constitucional no Brasil, mormente após a promulgação da Constituição Federal de 1988. O papel de guardião da constituição concedido ao STF dota o órgão de um caráter político. Ademais, a análise da compatibilidade material não se mostra por puramente técnica. Assim, para livrar um tribunal de órgão político, cabe a este tão somente a apreciação quanto ao preenchimento dos aspectos formais da lei ou do ato normativo.

Depreende-se, ainda, que a positivação da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, sob o viés da teoria contemporânea do direito, marcada pelos processos de democratização e pela normatividade dos princípios, não atinge a finalidade para a qual foi criada, perenizando alguns problemas que instabilizam o Estado Democrático de Direito do Brasil, que vai desde o exercício da democracia, até a própria aplicação do direito.

Analisa-se no próximo capítulo, com base no princípio federativo, se os mesmo problemas observados pelo exercício da jurisdição constitucional federal são enfrentados no âmbito do controle jurisdicional da constitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição de Estado do Maranhão.

3 POLITIZAÇÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL MARANHENSE

Conforme abordado nos capítulos anteriores, o conceito de direito confunde-se com a teoria contemporânea do direito, sendo aquele um conjunto de normas (regras e princípios) que regulam a vida em sociedade, impondo obrigações jurídicas.

Ademais, a Constituição Federal de 1988 trouxe em seu bojo matérias voltadas não apenas ao estabelecimento de atribuições, funções ou competências. Se observa, a existência de programas a serem implementados pelo Poder Público.

A não observância das duas espécies normativas (formais e materiais) implica em vício quanto à validade (constitucionalidade) da lei ou do ato normativo que, a depender¹³ do caso poderá ser nulo ou anulável.

O instrumento processual para manter a regularidade constitucional, instabilizada pelos atos viciados em seu plano de validade é pelo controle jurisdicional da constitucionalidade do ato normativo que, nas feições brasileiras, torna a jurisdição constitucional um ato de política, às vezes até de conveniência da Corte.

O STF é órgão político, está politizado, no sentido de que sua atuação se dá não apenas com intuito de efetivar os programas constitucionais não implementados pelo Poder Executivo, mas sim na atuação com critérios de conveniência, por forte ingerência dele, fazendo com que a supremacia constitucional seja colocada de lado por questões utilitárias. Analisa-se a observância de tal fenômeno no Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, na análise da compatibilidade de determinada lei ou ato normativo estadual ou municipal em face da Constituição Estadual.

¹³ Conforme assentado no Capítulo 2, tópico 2.2, a utilização do artigo 27 da Lei 9.868/99 e da modulação dos efeitos no âmbito do controle difuso se dá mediante uma ponderação de valores. Utiliza-se o princípio por sua preferibilidade, por política de conveniência do julgador (STF), em uma visão puramente utilitarista do direito, afastando a principal característica dos princípios jurídicos: normas cogentes.

3.1 O poder constituinte derivado decorrente e as normas de observância obrigatória pelas Constituições dos estados-membros: delineando o controle de constitucionalidade estadual

As formas de estado são de duas espécies: o estado unitário e o estado federal, a depender da forma do exercício do poder político em função do território (SILVA, 2002, p. 98).

Se existe unidade de poder sobre o território, pessoas e bens, tem-se *Estado unitário*. Se, ao contrário, o poder se reparte, se divide, no espaço territorial (divisão espacial de poderes), gerando uma multiplicidade de organizações governamentais, distribuídas regionalmente, encontramos diante de uma *forma de Estado composto*, denominado *Estado federal* ou *Federação de Estados*.

O federalismo, no sentido de união de coletividades públicas dotadas de “autonomia político-constitucional”, composto por um ente central – União – que exerce domínio em todo território, apesar de nascer com a Constituição norte-americana de 1787, somente é observado no Brasil com a Constituição da República em 1891, sendo esta forma de estado mantida pelas constituições seguintes até os dias atuais, com a Constituição Federal de 1988, embora na CF/1967 tenha sido apenas no papel (SILVA, 2002, p. 97-98).

A CF/88 não inovou quanto à forma de estado, apenas ratificou, consoante previsão quase que preambular constante no *caput* do artigo 1º: “A República **Federativa** do Brasil, formada pela **união indissolúvel** dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:” (grifos nossos).

Embora sendo o federalismo caracterizado pela existência de Estados-membros, com divisão espacial de poderes, no Brasil existe, além desses, os entes políticos Municípios (artigos 29 a 31, CF/88), os Territórios Federais (artigo 33, CF/88) e o Distrito Federal (artigo 32, CF/88), este último de natureza híbrida, mas com autonomia em seu âmbito, organizando-se político-administrativamente, com competências próprias, na forma da repartição (administrativa e legislativa) conferida pela Constituição Federal (artigos 18 a 33) (SILVA, 2002, p. 100).

A forma de estado é reforçada, ainda, pela previsão do exercício da atividade de gestor público de cada ente político e de seus respectivos órgãos e

servidores, nos termos dos artigos 37 a 42, CF/88. A discriminação da competência tributária de cada um e do envio de proposta orçamentária (artigos 145 a 169, CF/88), também, são exemplos que dotam o Estado brasileiro de estado federal.

Todos os entes políticos, que nos termos do artigo 18, CF são a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, detêm autonomia, mas submetem-se à Constituição Federal. O sistema federativo reforça, portanto, o princípio da supremacia da constituição, que relativiza a forma de estado. Embora o ente político seja detentor de autonomia, esta não é absoluta, ainda que definida como “cláusula pétrea” a forma federativa de estado (artigo 60, parágrafo 4º, I, CF/88).

A não observância de determinadas previsões normativas, bem como algumas circunstâncias pelo Estado-membro, Distrito Federal ou Município, poderá dar ensejo à intervenção federal ou estadual, nos termos dos artigos 34 e 35 da Constituição Federal, a fim de regularizar a situação jurídica do ente político. Ademais, tal intervenção assegura a própria forma de Estado brasileiro, vide, por exemplo, o artigo 34, VII, alínea c, CF/88, ao prevê como princípio sensível a autonomia municipal.

Todos esses dispositivos demonstram que o principal em um Estado federal não é apenas a autonomia dos entes, mas sim, a observância, por todos indistintamente do instrumento que constitui eles: a Constituição Federal.

No caso brasileiro, a criação de uma nova constituição, que gera e organiza os poderes constituídos do Estado, se dá por meio do exercício do poder constituinte originário, cuja titularidade é do povo. Tal poder é a forma de afirmação do princípio democrático. A elaboração de nova constituição é realizada por uma assembleia de representantes do povo, Assembleia Nacional Constituinte, que a promulgam (MENDES, 2009, p. 231-236).

Após a elaboração de nova constituição, o poder constituinte se manifesta, ainda, de duas outras formas: derivado de reforma e derivado decorrente. No primeiro, tem-se o poder de alteração da constituição que, no caso brasileiro, ocorre mediante revisão (artigo 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias) e por emendas à constituição, nos termos do artigo 60, CF/88, demonstrando que a Constituição brasileira é rígida, ante o qualificado trâmite legislativo de emenda, necessário para a estabilidade jurídica do Brasil (MENDES, 2009, p. 247; SILVA, 2002, p. 42).

O poder constituinte derivado decorrente consiste na previsão de os Estados-membros, Distrito Federal e Municípios elaborarem, respectivamente, suas Constituições Estaduais e Leis Orgânicas, em sua autodeterminação política, todavia, com estreita observância dos princípios da Constituição Federal de 1988, nos termos do artigo 11 do ADCT. Embora sendo um poder para criação de uma constituição, esta é do Estado-membro que, pela forma federativa, retira sua força da Constituição Federal, daí ser poder constituinte derivado (MENDES, 2009, p. 860; SILVA, 2002, p. 590).

A não observância da Constituição Federal faz com que a Constituição Estadual ou a Lei Orgânica padeça de vício de validade, podendo ocasionar, como visto, a declaração de sua inconstitucionalidade.

Art. 11 - Cada Assembléia Legislativa, com poderes constituintes, elaborará a Constituição do Estado, no prazo de um ano, contado da promulgação da Constituição Federal, obedecidos os princípios desta.

Parágrafo único - Promulgada a Constituição do Estado, caberá à Câmara Municipal, no prazo de seis meses, votar a Lei Orgânica respectiva, em dois turnos de discussão e votação, respeitado o disposto na Constituição Federal e na Constituição Estadual.

Segundo José Afonso da Silva (2002, p. 592-593), os princípios os quais são mencionados pelo artigo 11 do ADCT, são os chamados princípios sensíveis, expressos no artigo 34, VII da Constituição Federal, ou seja, são aqueles apontados e dizem respeito à organização constitucional do Brasil, e os Estados-membros, ao se organizarem, estão adstritos a eles (princípios sensíveis).

Somando-se o artigo 11 do ADCT ao disposto nos artigos 25 e 29¹⁴ da Constituição Federal, constatam-se duas situações: a primeira diz respeito a um ato negativo dos Estados-membros e Municípios, consistentes na não violação da CF quando da elaboração de suas normas regentes (Constituições Estaduais e Leis Orgânicas). A segunda diz respeito à uma conduta positiva no sentido de que aquilo aplicável em nível federal (atribuições do Poder Executivo, Poder Judiciário e Legislativo) será estendido aos demais entes, mudando de acordo com suas particularidades, ainda que não havendo previsão expressa nas normas específicas, por questões de simetria constitucional.

¹⁴Eis o teor dos dispositivos mencionados: "Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição; Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos".

O princípio da simetria consiste na “[...] obrigação do constituinte estadual de seguir fielmente as opções de organização e de relacionamento entre os poderes acolhidas pelo constituinte federal” (MENDES, 2009, p. 864).

Tal princípio está, portanto, intimamente ligado com o princípio da Separação dos Poderes (artigo 2º, CF/88), posto que as normas de observância obrigatória pelos Estados-membros são as que refletem o inter-relacionamento entre os Poderes. Entretanto, esse paralelismo não é absoluto, existem normas constitucionais federais de extensão proibida aos Estados, como é o caso das prerrogativas processuais penais - constantes no artigo 86, parágrafos 3º e 4º da Constituição de 1988 - que goza o Presidente da República, conforme decidido na ADI 978¹⁵, relator para acórdão Ministro Celso de Mello (LEONCY, 2007, p. 27-29; MENDES, 2009, p. 864).

Em se tratando de exceção ao princípio republicano (art. 34, VII, a, CF), que é de observância obrigatória para os Estados e que implica a possibilidade de atribuição de responsabilidades aos governantes, tais prerrogativas, conferidas ao Chefe do Poder Executivo Federal, não podem ser extensíveis a Governadores e Prefeitos (LEONCY, 2007, p. 28).

O mesmo se aplica ao disposto no artigo 22 e seus incisos da Constituição Federal, que trata da competência legislativa privativa da União. Assim, caso o constituinte estadual invada seara legislativa da União sem que haja a delegação dela, por meio de lei complementar, para tratar sobre questões específicas (parágrafo único), o dispositivo constitucional estadual poderá ser declarado nulo.

O controle de constitucionalidade nada mais é que o instrumento de manutenção da regularidade constitucional. Os atos do Poder Legislativo, embora dotados de presunção de constitucionalidade¹⁶, essa presunção é relativa, cabendo ao Poder Judiciário, caso provocado, apreciar a constitucionalidade da lei.

Conforme assentado, a jurisdição constitucional é a própria afirmação do princípio da separação dos poderes¹⁷, ainda que o Supremo Tribunal Federal seja um tribunal político e às vezes atue como legislador positivo ou poder constituinte permanente, conforme abordado.

¹⁵ Cf. LEONCY, 2007, p. 28

¹⁶ Tanto é que no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade, não é necessário a intervenção da Advocacia-Geral da União, “[...] pois aqui não há como desempenhar o papel que se lhe reserva na ADIn de curador da presunção de constitucionalidade da norma impugnada”, nos termos do artigo 103, parágrafo 3º da CF/88 (BARROSO, 2006, p. 207).

¹⁷ Vide tópico 1.2

No que tange à competência dos Estados-membros, essa é remanescente, de modo que não sendo competência da União ou dos Municípios, as competências são reservadas ao ente político estadual, nos termos do artigo 25, parágrafo 2º, CF/88. Nada obstante, está expresso no artigo 125, parágrafo 2º, CF/88 a possibilidade do exercício do controle jurisdicional da constitucionalidade, em abstrato, de leis ou atos normativos daquele âmbito em face da Constituição Estadual.

Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.

§ 2º - Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão.

Esse dispositivo, além de prevê o controle de constitucionalidade estadual, concede ao constituinte estadual certo poder discricionário quanto ao estabelecimento dos legitimados, tendo em vista a vedação “[...] a atribuição da legitimação para agir a um único órgão”, não sendo obrigatória a observância simétrica do modelo federal expresso no artigo 103 da Constituição de 1988, servindo apenas como uma orientação, um indicativo ao constituinte estadual (LEONCY, 2007, p. 57-62; SILVA, 2002, p. 613).

Esse foi entendimento assentado pelo STF na ADInMC 558¹⁸, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, ao apreciar a constitucionalidade, em medida cautelar, do artigo 159 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro que não seguiu simetricamente o disposto no artigo 103 da CF/88, prevendo a legitimidade do Procurador Geral do Estado, Defensoria Pública, dos Deputados Estaduais e Mesas da Assembleia.

No caso, o STF, nos termos do voto do relator e à unanimidade, negou a concessão da medida cautelar pleiteada, negando suspensão ao artigo 159 da CE/RJ, tendo em vista o disposto no parágrafo 2º do artigo 125 da CF, mantendo-se a legitimidade assimétrica.

Na Constituição do Estado do Maranhão não houve grandes mudanças quanto ao controle de constitucionalidade. Houve a observância quase total (e de acordo com as particularidades) do disposto no artigo 103 da CF, havendo a inclusão do Procurador-Geral do Estado, nos termos do artigo 92 da CE/MA.

¹⁸ Julgado referenciado por LEONCY, 2007, p. 60-61.

Assim, a criação de uma constituição estadual tem previsão expressa no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) e deriva de uma competência atribuída ao legislador constituinte derivado estadual. O poder constituinte derivado decorrente consiste, portanto, na previsão de os Estados-membros, Distrito Federal e Municípios elaborarem, respectivamente, suas Constituições Estaduais e Leis Orgânicas, em sua autodeterminação política, todavia, com estreita observância dos princípios da Constituição Federal de 1988, nos termos do artigo 11 do ADCT.

O poder constituinte derivado decorrente é, pois, a competência atribuída aos entes da federação de, respeitadas as normas centrais da Constituição Federal, criar a organização jurídica local, cuja eficácia está adstrita ao seu âmbito (IVO, 1997, p. 100-101).

Dito isso, tem-se que por força do pacto federativo, os estados-membros têm autonomia em seu âmbito, organizando-se segundo o predomínio do interesse (ALVES, 2001). Entretanto, retira-se do referido artigo 11 do ADCT que os Estados-membros da federação devem respeitar os princípios da Constituição Federal de 1988. Assim, embora inaugure no âmbito local uma nova ordem jurídica, está o poder constituinte limitado e condicionado juridicamente à Constituição de 1988. Portanto, apenas parcela do poder constituinte decorrente é originário, o resto é derivado, demonstrando o caráter misto do ordenamento estadual (LEONCY, 2007, p. 12-13).

Assim, por essa necessidade de respeito às normas centrais da Constituição Federal, a doutrina chama de normas constitucionais federais de “observância obrigatória” pelos Estados-membros (normas de reprodução). Tais normas são centrais, porque ligadas ao Estado brasileiro em todas as esferas de governo e não apenas aos entes federais. As demais normas que não se incluem nessa imposição constitucional são chamadas de “normas de imitação”, porquanto não são de absorção necessária pela Constituição do Estado-membro, eis que não tratam da federação, mas de setores específicos federais. Há, ainda, as normas originais de auto-organização, onde não há qualquer tipo de subordinação, restando plena a autonomia estadual (LEONCY, 2007, p. 11-30).

Tal digressão doutrinária se faz necessária, tendo em vista que o Estados-membros serão regidos pelas determinações contidas em suas Constituições específicas, bem como naquilo contido na Constituição Federal, que estabelece que as competências dos entes políticos estaduais são remanescentes, ou seja, aquilo

que não for de competência da União e dos Municípios, é dos Estados-membros, nos termos do artigo 25, parágrafo 1º da Constituição Federal.

Além disso, tem-se que o pacto federativo concede, por definição, autonomia aos estados para em seu âmbito regularem as situações locais. Portanto, a regra é a autonomia, que tem como exceção o estabelecimento de limites, de modo que por ser exceção tem que ser interpretada restritivamente (LEONCY, 2007, p. 15).

Nesse sentido, os entes estaduais da federação possuem autonomia e são regidos pelas disposições constantes nas respectivas constituições estaduais e na Constituição Federal de 1988. Destarte, ante a natureza de texto regente do Estado-membro, foi-se necessário, seguindo o modelo federal, o estabelecimento de uma jurisdição constitucional, a fim de resguardar a regularidade das normas constitucionais estaduais. Assim é, porque parte das normas estaduais são originárias e inauguram uma nova ordem jurídica local.

Entretanto, a jurisdição constitucional estadual, diante da natureza das normas constitucionais estaduais, fez gerar na doutrina e jurisprudência pátria diversas discussões, mormente aquelas acerca das normas de repetição, bem como a competência do órgão para processamento e julgamento da representação de inconstitucionalidade. É que sendo de repetição, o fundamento é a Constituição Federal e não a Estadual, dificultando o estabelecimento do parâmetro de controle da validade dos atos normativos locais.

Tal discussão chegou ao Supremo Tribunal Federal por meio da Reclamação nº. 370, conduzida pelo voto do Ministro Sepúlveda Pertence, que assentou acerca das normas de observância obrigatória.

Nos autos da presente reclamação tratava-se de alegação de usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal diante da propositura de uma ação direta de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça do Mato Grosso que repetia norma consagrada na Constituição Federal e que, portanto, se tratava de uma ação direta proposta em órgão incompetente para julgar, tendo em vista que nos termos do artigo 102, I, a, CF/88 é de competência do STF processar e julgar ação direta de inconstitucionalidade contra lei ou ato normativo estadual em face da Constituição Federal.

Assentou o Ministro que as normas de reprodução implicam em necessária absorção pelo Estado-membro, não havendo a necessidade de previsão na Constituição estadual. Segundo ele, tais normas sequer inovam na ordem local,

porquanto derivam de comandos centrais advindos da Constituição Federal e que, embora previsto em texto constitucional estadual, a mudança pela norma federal implica em necessária mudança em tais normas. Assim, em tais casos o parâmetro de controle sempre será a Constituição Federal.

Destarte, assentou o Ministro que as demais normas, de imitação, não são de absorção necessária pelo ente estadual, de forma que tais normas são produtos estaduais e derivam de uma opção livre do órgão constituinte local. A violação da norma estadual de imitação não implica ofensa à norma federal imitada, posto que essa não pretenda aplicar-se por força própria. Assim sendo, a mudança da norma federal não derroga a estadual.

Com base em tais fundamentos, o Ministro Sepúlveda Pertence conheceu e julgou procedente a reclamação, suspendendo a ação direta que corria no âmbito do Tribunal de Justiça do Mato Grosso, determinando o STF a avocação do processo, no que acompanhou o Pleno, por maioria dos votos, sob o fundamento de que uma ação direta de inconstitucionalidade que tem como parâmetro de controle norma constitucional estadual de repetição é uma ação direta de inconstitucionalidade federal, o que seria de competência absoluta do STF.

Outro caso paradigmático e que mudou o entendimento vigente após a Reclamação 370, foi o decidido no bojo da Reclamação nº. 383, cuja relatoria coube ao Ministro Moreira Alves, ausente no julgamento da anterior.

Nesta, tratava-se de reclamação ajuizada com intuito de fazer suspender o trâmite de ação direta de inconstitucionalidade no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo a qual impugnava lei estadual que majorou o Imposto sobre Propriedade Territorial Urbana do Município de São Paulo em dissonância com dispositivos da Constituição Estadual que, por sua vez, repetia norma constitucional federal.

Na assentada, preconizou o Ministro Moreira Alves que a decisão exarada pelo Tribunal na Reclamação 370, cujo voto condutor derivou do Ministro Sepúlveda Pertence, restava por esvaziar o controle concentrado da constitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual. É que, ao se seguir o ali determinado, somente no caso de normas de imitação que a Corte Estadual seria legítima para processar e julgar determinada representação de inconstitucionalidade. Caso diante de uma norma de reprodução (observância ou absorção obrigatória) a eficácia da norma independe da autonomia dos Estados, da

reprodução, pelo que só aparentemente são normas, em que sempre será de competência do STF analisar a compatibilidade de determinado ato estadual em face de tais normas de reprodução.

Assim, segundo o Ministro Moreira Alves, o controle de constitucionalidade estadual concentrado será reduzido a quase nada, dada a amplitude da abrangência das normas constitucionais federais obrigatórias aos diversos níveis de governo.

Ademais, não apenas isso ocorreria, mas a intervenção nos Municípios, nos termos do artigo 35, CF/88, daquele âmbito restaria por prejudicada, porquanto a matéria se tratava de observância obrigatória pelas constituições estaduais, eis que vigente no Estado brasileiro o princípio da não-intervenção do Estado-membro nos municípios.

Nesse sentido, assentou que embora sejam normas de reprodução, uma vez que de absorção obrigatória, tal natureza das normas não afastavam a autonomia dos Estados-membros em sua autodeterminação política, tendo em vista que a autonomia deriva diretamente do Princípio Federativo.

Nada obstante, restaria por parcialmente inócua as determinações constantes nos artigos 25 e 125, parágrafo 2º, ambos da Constituição Federal. Para o Ministro, a reprodução das normas constitucionais federais no bojo das Constituições Estaduais, não implica em dizer que tais normas não têm conteúdo jurídico. Ao revés, embora reproduzidas, tais normas estão previstas na Constituição do Estado-membro, que rege as situações jurídicas locais.

Portanto, embora o parâmetro de controle seja normas reproduzidas na Constituição Estadual, é este o parâmetro para aferir a validade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais. Havendo, portanto, autonomia dos parâmetros de controle, de modo que a legitimidade do órgão competente era determinada pela causa de pedir da ação. Assim, deixou assente a autonomia dos Estados-membros, eis que derivado do pacto federativo, mantendo-se hígida os instrumentos de guarda da Constituição do Estado-membro. Ocorre que, por ser aplicação de norma de reprodução, a interpretação a ser dada pela Corte Estadual deveria ser mesma dada ou que seria concedida pelo Supremo Tribunal.

Assim, ante a existência de parâmetros de controle autônomos, abria-se a possibilidade de interposição de recurso extraordinário para levar ao Supremo Tribunal Federal a discussão sobre a validade ou não de determinado ato normativo

estadual, em sede de ação direta de inconstitucionalidade, a partir da interpretação dada pelo Tribunal local.

Os recursos são meios de impugnação das decisões judiciais típicos dos processos subjetivos, ou seja, onde se tutela os interesse das partes. Misael Montenegro Filho (2008, p. 8) conceitua recursos como:

Instrumento processual **voluntariamente utilizado pela parte que tenha sofrido gravame** com a decisão judicial para obter a sua *reforma*, a sua *invalidação*, o seu *esclarecimento*, ou a sua *integração*, com a expressa solicitação de que nova decisão judicial seja proferida, que pode ou não substituir o pronunciamento hostilizado (grifos nossos e no original).

Derivam, pois, os recursos, do princípio do contraditório e da ampla defesa (artigo 5º, LV, CF/88), bem como do princípio do acesso à justiça (artigo 5º, XXXV, CF/88) que impõe o exercício escorreito, célere e efetivo da jurisdição.

O instituto recursal do processo civil brasileiro, no especial da tutela do direito subjetivo pode ser denominado de “ordinários”, pois o objeto imediato é a tutela do direito subjetivo do recorrente. Assim sendo, tanto questões de fato como de direito podem ser ventiladas nas razões ou contrarrazões do recurso (CÂMARA, 2008, p. 55).

Uma segunda classificação é denominada pela doutrina de recursos “excepcionais”. Neste caso, o objeto imediato é a tutela do direito objetivo, qual seja o direito federal e a Constituição Federal (CÂMARA, 2008, p. 55). Portanto, em sede de recurso excepcional não haverá o reexame de matéria atinente a fatos, a provas, posto que tenha “[...] por finalidade principal assegurar o regime federativo, por meio do controle da aplicação da lei federal e da Constituição Federal ao caso concreto” (MARINONI e ARENHART, 2008, p. 569).

Nesse sentido, assentou o Ministro Moreira Alves que a ação direta não é incompatível com recurso. O recurso extraordinário visa a preservar a observância da Constituição Federal (VIDE: artigo 102, III, CF/88), não havendo como sustentar que as lides objetivas não sejam causas para efeito de recurso extraordinário.

Ademais, preconizou o Ministro da possibilidade de oposição de embargos infringentes, nada obstante seria cabível o recurso extraordinário caso observada a inconstitucionalidade do parâmetro de controle estadual por violação de norma constitucional federal e o Tribunal Constitucional estadual não declarasse tal vício de validade.

Sucedem que, conforme ventilado pelo Ministro Marco Aurélio, ainda no bojo da Reclamação 383, os recursos extraordinários se submetem a procedimentos específicos, mormente o prequestionamento, ou seja, que no acórdão recorrido esteja de forma expressa violação a norma constitucional federal. Mas, ante a autonomia dos parâmetros de controle, de forma alguma a Corte Estadual poderá aduzir sobre dispositivo constitucional federal, sob pena de ser declarada sua incompetência para processar e julgar o caso (LEONCY, 2007, p. 129).

Ocorre que, o parâmetro constitucional federal encontra-se subjacente ao processo de análise da ação direta de inconstitucionalidade que tem como parâmetro norma reproduzida na Constituição Estadual. Essa presença subjacente não muda a causa de pedir, e nem a competência, de modo que a oposição de embargos de declaração com fins prequestionadores ventilam a matéria constitucional federal, estando apto, o recurso extraordinário, a ser conhecido pelo Supremo Tribunal Federal (LEONCY, 2007, p. 130-136).

Nesse sentido, a Reclamação 383 foi julgada improcedente pelo voto da maioria dos Ministros, não se avocando o processo, havendo mudança no entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca do exercício do controle de constitucionalidade quando o parâmetro é a Constituição do Estado-membro, especificamente quando a norma-parâmetro for de observância obrigatória.

Portanto, a partir da jurisprudência pátria, é plenamente possível a interposição de recurso extraordinário em face de decisão exarada no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais em face da Constituição Federal que repetiu norma constitucional federal. Não há, ainda que interposto o recurso, a desnaturação da modalidade concentrada. Ela continua a mesma e a decisão exarada no eventual recurso extraordinário interposto terá efeitos *erga omnes*, uma vez que ínsita ao próprio sistema, nada obstante o efeito substitutivo do apelo extraordinário (LEONCY, 2007, p. 135).

No âmbito da Constituição do Estado do Maranhão, quantos aos efeitos, ela permanece silente e, portanto, devem ser aplicados aqueles previstos para o modelo federal (eficácia contra todos no âmbito do Estado ou Município e efeitos retroativos, em regra). O mesmo se aplica à intervenção do representante legal do ente o qual originou a lei ou o ato normativo, nos termos dos parágrafos 2º, 3º e 4º do artigo 92 da CE/MA. Ademais, é de competência originária do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão o processamento e julgamento das ações diretas de

inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal, em face da CE/MA, consoante artigo 81, I.

Seguindo o figurino da discussão e votação da Constituição do Brasil promulgada em 5.10.1988, os constituintes estaduais seguiram a mesma trilha, ou seja, não houve por parte do Executivo, como mandava a velha praxe, o envio de anteprojeto à Assembléia. Por esse lado, a Constituição Maranhense de 1989 foi realmente democrática, em razão de seu texto haver nascido diretamente da sociedade organizada, dos poderes Judiciário e Executivo, Ministério Público, TCE e órgão municipais, que enviaram à Assembléia, minutas de suas propostas, que depois se transformaram em Títulos e Capítulos sobre Organização do Estado, Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário (COUTINHO, 2009, p. 233).

Assim, não pairam dúvidas acerca da Constituição - federal e estadual - como condição de validade do ordenamento, em seu âmbito é claro. Ademais, embora derivado e decorrente, há uma parcela de originalidade nas normas constitucionais estaduais e elas serão o parâmetro de controle em qualquer situação, embora em alguns casos as normas constitucionais federais se encontrem de modo subjacente, abrindo a possibilidade de interposição de recurso extraordinário, a fim de resguardar o ordenamento jurídico como um todo, tendo em vista a interpretação dada pelo Tribunal local.

De igual modo não cabe falar em jurisdição constitucional como meio de diferenciar entre a jurisdição comum. Não há jurisdição que não seja constitucional, o que é ratificado pela constitucionalização do direito e pela possibilidade de qualquer juiz ou tribunal declarar a invalidade de um ato normativo, por meio do controle difuso. Isso reforça que não há modalidades de controle de constitucionalidade, mas simples controle. As modalidades determinadas pela doutrina e jurisprudência apenas afirmam a necessidade de resguardo do fundamento de validade das normas jurídicas, pelo que o interrelacionamento entre as diversas modalidades é essencial sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, tendo em vista que não há tensão de direito que não seja fundamentada em um caso concreto.

Quanto às regras processuais que deverão ser seguidas pelos tribunais estaduais, algumas considerações deverão ser feitas. Nos termos do artigo 22, I da Constituição Federal é de competência legislativa privativa da União legislar sobre direito processual, apenas procedimentos em matéria processual que é concorrente com os Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do artigo 24, XI, CF/88. A Lei nº. 9.868/99 dispõe sobre o processo e julgamento das Ações Diretas de

Inconstitucionalidade, por ação e por omissão e as Ações Declaratórias de Constitucionalidade, nos termos do seu artigo 1º.

Nesse sentido, ainda que se trate de julgamento perante o STF, por ser norma processual sua aplicação é em todo território nacional, tendo em vista ser de competência privativa da União e não haver delegação por lei complementar (parágrafo único do artigo 22, CF/88). Assim sendo, por questões de paralelismo do pacto federalismo a Lei nº. 9.868/99 deverá ser aplicada, simetricamente, ao processamento e julgamentos das representações (ações) de inconstitucionalidades no âmbito do controle de constitucionalidade estadual, eis que de aplicação a todas as esferas de governo, ou seja, é lei central.

Assim tudo aquilo assentado acima para essa legislação deverá ser mantido no âmbito estadual. Portanto, analisa-se no tópico seguinte julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, que modularam os efeitos da declaração de inconstitucionalidade em âmbito estadual, tendo em vista que, conforme abordado, a instituição da forma federalista de estado implica na observância das regras da tripartição dos poderes, bem como nas legislações nacionais, como é o caso da Lei nº. 9.868/99, mormente em seu artigo 27 e as decisões que modulam os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, que torna o STF um tribunal político.

3.2 O controle de constitucionalidade no Estado do Maranhão: análise de julgados

Todos os julgados mencionados nesse tópico foram retirados do sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão¹⁹. Ademais, tendo em vista que o objeto é a análise da aplicação da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de normas municipais e estaduais em face da Constituição do Estado do Maranhão, utilizou-se, a partir do problema no qual se propôs a investigar, critérios objetivos de pesquisa de julgados, qual seja, a aplicação do artigo 27 da Lei nº. 9.868/99, bem como o controle de constitucionalidade por meio de ação direta ou representação de inconstitucionalidade, portanto, a partir do conteúdo dos julgados.

A descrição dos julgados será inicialmente pelo controle de constitucionalidade pela via direta, em seus efeitos legais normais (retroativos e

¹⁹ Cf.<www.tjma.jus.br>.

vinculantes) para, após, analisar a modulação e, posteriormente a aplicação desta no controle difuso com seus respectivos fundamentos e por meio de amostragem, a fim de falsear a hipótese da pesquisa e com intuito de demonstrar o exercício, de fato, da jurisdição constitucional estadual. Analisam-se julgados recentes, mormente pelo fato de manter-se a par da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Muito embora não se tenha utilizado critério cronológico na análise da jurisdição constitucional exercida pelo Tribunal de Justiça do Maranhão, pode-se perceber que até o ano de 2007 o controle de constitucionalidade era muito incipiente. Muitas ações não eram conhecidas pela perda do seu objeto, ante a revogação pelo ente público responsável²⁰. O mesmo ocorria em casos em que a inconstitucionalidade era observada por violação da Constituição Federal de 1988.

É a situação ocorrida no bojo da Ação Direta de Inconstitucionalidade²¹ nº. 029681/2005, proposta pela Associação Comercial do Maranhão e Associação Maranhense de Supermercados – AMASP, de relatoria do Desembargador Stélio Muniz, em que o Tribunal apreciou a constitucionalidade da Lei Estadual nº. 7.916/03, que dispõe sobre o serviço de empacotamento de mercadorias adquiridas em supermercados e lojas afins, em que os empresários de tal ramo eram obrigados a manterem funcionários para os serviços de empacotamento.

Alegam os requerentes que lei impugnada foi editada em dissonância com as regras de repartição de atribuições previstas na CF/88 em seu artigo 22, I e XVI que trata da competência legislativa privativa da União. Sustenta, ainda que a norma viola os seguintes dispositivos da Constituição Federal: artigo 1º, IV, 5º, *caput* e XII, 170, II, IV e parágrafo 1º, bem como o artigo 174, sob o fundamento de que a obrigatoriedade de instituição de função de empacotamento constrange os empresários, violando as regras diretas da relação de trabalho por parte do empregador, bem como o princípio livre iniciativa.

Todavia, quanto à violação da Constituição do Estado do Maranhão, somente se fez menção ao artigo 11, que trata da competência remanescente do Estado-membro, na forma do artigo 25 da Constituição Federal.

²⁰ Cf. ADIn nº. 24.303/2003 de relatoria da Desembargadora Etelvina Luiz Ribeiro Gonçalves, publicado do DJ de 17/01/08; ADIn nº. 22.941/2003, de relatoria da Desembargadora Maria Dulce Soares Clementino, publicado no DJ de 30/01/06 e ADIn nº. 16.350/2002, de relatoria da Desembargadora Maria Madalena Alves Serejo, publicado no DJ de 19/01/06, a título de exemplo.

²¹ Embora no artigo 125, parágrafo 2º da Constituição Federal esteja expresso o termo “representação de inconstitucionalidade” o TJ/MA utiliza a nomenclatura conforme o STF, na forma que previsto, também na Constituição do Estado do Maranhão em seu artigo 92.

Na espécie, o Pleno do TJ/MA, de acordo com o parecer do Ministério Público Estadual e nos termos do voto do Relator, julgou extinta a ação direta, porquanto a matéria deduzida viola dispositivo da Constituição Federal, o que torna o TJ/MA incompetente para apreciação de sua constitucionalidade.

É que o artigo 102, I, a, da Constituição Federal estabelece que a competência do Supremo Tribunal Federal é originária. Nada obstante, aduziu o TJ/MA que a Constituição do Estado do Maranhão estabelece que a competência do TJ é apenas para apreciar a constitucionalidade de leis ou atos normativos que contrarie a CE/MA, nos termos do artigo 81, I (Acórdão publicado em 15 de junho de 2007).

Por tal motivo, os requerentes interpuseram Recurso Extraordinário ao Supremo Tribunal Federal, estando pendente de julgamento desde o dia 31 de julho de 2009, consoante andamento processual retirado do sítio eletrônico do TJ/MA.

Ainda em sede de controle concentrado o Prefeito Municipal de São José de Ribamar propôs a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 1.635/2007, de relatoria do Desembargador Paulo Sérgio Velten Pereira. No caso, o requerente aduziu que a Lei Estadual nº. 8.525/06 com o fim de atualizar e consolidar os limites territoriais do Município de São Luís-MA, alterou as divisas do Município de São José de Ribamar, limítrofe com aquele, fazendo com que diversos bairros antes pertencentes a este, fossem incorporados a São Luís.

Nesse sentido, alega o requerente que a referida lei estadual viola o disposto no artigo 10 da Constituição do Estado do Maranhão, que exige a prévia consulta às populações envolvidas, por meio de plebiscito, para que seja possível o desmembramento de um município e sua incorporação em outro.

Em seu voto, o Desembargador Paulo Velten sustentou que a criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento devem preencher os requisitos de consulta prévia à população e uma lei estadual regulando. Soma-se a isso, ainda, o disposto no artigo 18, parágrafo 4º da Constituição Federal, norma de repetição obrigatória, que estabelece o prévio Estudo de Viabilidade Municipal e Lei Complementar Federal. Entretanto, não há a referida lei federal, de modo que deveria ser dada a mesma aplicação que o STF deu quando declarou a

inconstitucionalidade de leis semelhantes a este caso, todavia, sem pronúncia de nulidade, e com efeitos para o futuro²².

Entretanto, no caso, estava ausente o plebiscito, nos termos em que exigido pelo artigo 10 da CE/MA, pelo que tornava a Lei Estadual nº. 8.525/2006 formalmente inconstitucional. Assentou, ao final, que conforme dados do IBGE alguns bairros não faziam parte ao Município requerente, como bem argumentou, mas por não comportar nulidade parcial no vício formal de constitucionalidade, a lei foi declarada inconstitucional pelo Plenário do TJ/MA, nos termos do voto do relator e à unanimidade (Acórdão publicado no DJE do dia 24 de outubro de 2008).

Ainda em sede de controle de constitucionalidade estadual concentrado, tem-se a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 11.556/2009 com pedido de liminar, proposta pela Procuradoria Geral de Justiça do Estado do Maranhão, de relatoria do Desembargador José Joaquim Figueiredo dos Anjos.

No presente julgado, foi impugnada a constitucionalidade do artigo 152 da Lei Estadual nº. 6.107/94 (Estatuto dos Servidores Públicos Cíveis do Estado do Maranhão), especificamente na expressão “sem remuneração”. Tal dispositivo trata da licença do servidor para desempenho de mandato em confederação, federação, associação de classe ou sindicato representativo da categoria sem que lhe fosse devida a sua remuneração.

Alega o requerente que o dispositivo viola o artigo 19, parágrafo 8º da Constituição do Estado do Maranhão, que assegura que “[...] o servidor público eleito para cargo de direção de órgão de representação profissional da categoria será automaticamente afastado de suas funções, na forma da lei, com direito à percepção de sua remuneração”. Sustenta que o disposto no artigo 152 da Lei Estadual nº. 6.107/94 viola a liberdade sindical e da incompatibilidade vertical do artigo com a CE/MA, restringindo o direito à percepção de vencimentos, não observando a qualidade de verba alimentar da remuneração.

Após a concessão da liminar, e referendada pelo Plenário, o Desembargador José Joaquim dos Anjos assentou acerca do direito à sindicalização, o sobre a amplitude do termo “[...] direção de órgão de representação profissional da categoria”, aduzindo que o seu sentido é o da direção de uma entidade constituída

²² Os julgados referenciados pelo Relator são: ADIn nº. 2240/BA, de Relatoria do Ministro Eros Grau, publicado em no DJ de 03/08/2007; ADIn nº. 3689/PA, de Relatoria do Ministro Eros Grau, publicado no DJ 26/09/2008 e a ADIn por omissão nº. 3682/MT, de Relatoria do Ministro Gilmar Mendes, publicado no DJ de 06/09/2007.

para o fim da defesa de direitos dos servidores públicos civis, ou seja, cargo de representação.

Em seu voto, o relator aduziu, com base nas informações prestadas pela Assembleia Legislativa do Maranhão, que a redação primitiva do dispositivo repetia o teor do artigo 19, parágrafo 8º da CE/MA, mas que por razões de evitar danos patrimoniais ao erário, foi alterada para “sem remuneração”, quando da conversão do projeto em lei. Ao final tratou acerca da imprescindibilidade da remuneração do servidor. Eis a parte final do voto:

A verdade é que o Estatuto dos Servidores Públicos Estaduais do Maranhão obedecia à Constituição e, por uma justificativa financeira do Poder Executivo, encampada pelo Legislativo, restou por retirar um direito do servidor malferindo a Lei Maior do Estado do Maranhão.

Nesse sentido, nos termos do voto do relator e à unanimidade, o Pleno do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão julgou procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade, e conseqüente retirada do termo “sem remuneração” do artigo 152 da Lei Estadual nº. 6.107/94 (Acórdão publicado no diário oficial do dia 13 de novembro de 2009), aguardando-se apreciação do Recurso Extraordinário interposto.

Depreende-se que há o exercício de fato da jurisdição constitucional. Ademais, a observância das normas federais e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, quanto à competência e a possibilidade de interposição de recursos, demonstra que as regras processuais utilizadas são as previstas na Lei nº. 9.868/99, seguindo o modelo federalista, conforme assentado no tópico anterior.

Analisa-se, então, a modulação dos efeitos na declaração de inconstitucionalidade no controle concentrado estadual.

Em julgamento do dia 08 de outubro de 2008, o Pleno do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão apreciou a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 8594/2007, com pedido de cautelar, requerida pelo Prefeito Municipal de Conceição do Lago-Açu, cuja relatoria coube ao Desembargador Lourival de Jesus Serejo Sousa.

Tratava os autos de pedido de declaração de inconstitucionalidade do artigo 2º, c, da Lei Estadual nº. 7.167/98, sob o fundamento de violação aos artigos 1º, *caput* e parágrafos 1º e 2º e o artigo 10, todos da Constituição do Estado do Maranhão.

Sustentou o requerente que a lei que dispõe acerca da modificação dos limites territoriais dos municípios de Conceição do Lago-Açu e Lago Verde (Lei Estadual nº. 7.167/98), alterou os limites destes municípios sem que houvesse consulta prévia às populações interessadas, mediante plebiscito, nos termos em que determina o artigo 10 da Constituição do Estado do Maranhão.

Na apreciação do mérito, tendo em vista que a cautelar pleiteada foi indeferida pelo Pleno do TJ/MA, o relator aduziu que embora se tratando de norma de repetição obrigatória, o parâmetro de controle pela via principal era a Constituição do Estado do Maranhão, pelo que estava firmada a competência originária da Corte para apreciação, nos termos do artigo 125, parágrafo 2º da Constituição Federal²³.

Sustentou que, ainda que a norma trate acerca da promoção da correção da área do município, se constatado o desmembramento de município deverá haver consulta às populações diretamente interessadas, nos termos do artigo 10 da CE/MA (artigo 18, parágrafo 4º, CF/88). Por fim, aduziu que a ausência do plebiscito viola o princípio da soberania popular, pelo que não deveria ser mantida a lei impugnada por descumprimento de regras formais em sua edição. Nesse sentido, declarou-se a inconstitucionalidade do artigo 2º, c, da Lei Estadual nº. 7.167/98, todavia, sem efeitos retroativos (*ex nunc*), por razões de segurança jurídica:

Nos termos do art. 27 da Lei nº. 9.868/99, aqui aplicado de forma subsidiária, a aplicação *ex nunc* dos efeitos dessa decisão evidencia-se mais adequada, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social.

Justifico.

A norma questionada foi promulgada em 3 de junho de 1998. Transcorridos quase dez anos, foram consolidadas diversas situações jurídicas, principalmente na seara financeira, tributária e administrativa, que não podem, sob pena de ofensa à segurança jurídica, ser desconstituídas desde seu nascedouro. Em face dessas circunstâncias, considero presente legítima hipóteses de aplicação dos efeitos *ex nunc* da declaração de inconstitucionalidade.

É como voto.

Tendo sido publicado no Diário de Justiça Eletrônico do dia 05 de novembro de 2008, o Acórdão exarado pelo Tribunal de Justiça do Maranhão que à unanimidade declarou a inconstitucionalidade com efeitos *ex nunc*, transitou livremente em julgado, consoante andamento colhido do sítio eletrônico da Corte Estadual.

²³ Vide: tópico 3.1.

Em julgamento tratando de mesma matéria (desmembramento sem plebiscito), o Pleno do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 18.520/2008 julgou procedente o pedido, declarando inconstitucional, formalmente, a Lei Estadual nº. 7.684/01 que alterou os limites do Município de Bela Vista/MA sem prévia consulta às populações interessadas.

Sustenta o Prefeito Municipal da edilidade, requerente da ação, que com a alteração dos limites, que culminou em desmembramento de parcela do território, houve um decréscimo na população, o que acarretava a diminuição das verbas referentes ao Fundo de Participação do Município – FPM, causando problemas econômico-financeiros na gestão da entidade pública.

Nesse sentido, foi declarada, com efeitos a partir do trânsito em julgado, a inconstitucionalidade da Lei Estadual nº. 7.684/01, a fim de que fosse mantida a redação contida na Lei Estadual nº. 2.723/66, tendo em vista que aquela revogou o artigo 4º desta lei que, com o efeito repristinatório da declaração de inconstitucionalidade, voltaria a vigor. Publicado no DJE de 17 de novembro de 2009, o Acórdão que à unanimidade declarou a inconstitucionalidade transitou em julgado. Eis o teor do Acórdão:

DIREITO CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DESRESPEITO À REGRA IMPERATIVA DO ARTIGO 18, §4º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPUBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, PRECEITO DE REPETIÇÃO OBRIGATÓRIA NO ARTIGO 10 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO MARANHÃO, QUE OBRIGARIAM CONSULTA PRÉVIA DA POPULAÇÃO DIRETAMENTE INTERESSADA NOS CASOS DE DESMEMBRAMENTO. ALTERAÇÃO DE LIMITES. 1 – A Lei Estadual, claramente, altera limites dos municípios e não se tem notícia de qualquer consulta popular na confecção da Lei n.º. 7684/2001. Nesse contexto, houve desrespeito à necessária consulta prévia das populações diretamente interessadas. A exigência constitucional tem razão de ser em decorrência do prestígio ao interesse local das populações imediata e fisicamente envolvidas com a alteração, tanto prova, que o Supremo Tribunal Federal tem declarado a inconstitucionalidade, pela forma, de atos legislativos estaduais “redefinidores” de limites que não respeitem essa ritualística constitucional. 2 – Pedido julgado procedente para declarar inconstitucional a Lei Estadual nº. 7684/2001, por ofensa aos artigos 18, §4º, da Constituição da República Federativa do Brasil e artigo 10 da Constituição do Estado do Maranhão com efeitos a partir do trânsito em julgado da presente declaração. (Ação Direta de Inconstitucionalidade, Pleno, Tribunal de Justiça do MA, Relator: José Joaquim Figueiredo dos Anjos).

Ainda em sede de controle jurisdicional da constitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal em face da Constituição do Estado do Maranhão,

há outro caso de modulação que se analisa. É o contido no bojo dos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 10343/2007, proposta pelo Prefeito Municipal de Santa Rita, de relatoria do Desembargador Raimundo Nonato Magalhães Melo.

Na espécie se debelou crise acerca da validade da Lei Municipal nº. 13/82 e do artigo 76 da Lei Orgânica do Município de Santa Rita, que versam sobre pensão ou aposentadoria de ex-prefeitos e viúvas deles. Quanto à primeira lei, o tribunal assentou que sua apreciação perdera o objeto ante a revogação desta por outra lei, nada obstante sua edição anterior à própria Constituição Estadual de 1989.

Alega o requerente que as normas impugnadas violam os artigos 19, 22, 203 e 205 da Constituição do Estado do Maranhão que versam, respectivamente, das regras atinentes à atividade gerencial pública, sobre a aposentadoria do servidor público e sobre a seguridade social (da saúde).

Cingindo a análise apenas quanto ao artigo 76 da Lei Orgânica municipal, assentou o relator que a competência para legislar sobre previdência social é concorrente, cabendo à União fixar as normas gerais e aos Estados e Distrito Federal a atribuição de particularizar ao seu âmbito, não havendo qualquer extensão aos municípios. A estes cabe somente a criação de regime próprio de previdência, dentro dos ditames legais.

Ademais, nos termos do artigo 147 da CE/MA, que delimita as matérias de competência do ente municipal, não há qualquer menção quanto à competência para legislar em matéria previdenciária, sendo nesse sentido o entendimento do Supremo Tribunal Federal²⁴. Fixou, ainda, que a edição de lei de matéria previdenciária pelo município agride o artigo 12, II, *m*, da CE/MA, que trata da competência concorrente do Estado do Maranhão com a União.

Por fim consignou que a instituição de pensão a ex-prefeitos e viúvas destes, implica em violação do “[...] equilíbrio federativo, e os princípios da igualdade, da impessoalidade, da moralidade pública e da responsabilidade dos gastos públicos”, nos termos da Constituição Federal. Na parte dispositiva do voto, consignou da seguinte maneira, sendo acatado, por unanimidade, pelo Pleno do Tribunal de Justiça em Acórdão publicado no DJE do dia 27 de março de 2009:

Ao meu ver, embora reconhecida a inconstitucionalidade não haverá a necessidade de devolução dos valores já percebidos, eis que evidenciada a

²⁴ O julgado referenciado pelo relator é Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 369/ES, Relatoria Ministro Moreira Alves, decisão de 09/08/98.

natureza alimentícia desses valores e a boa-fé dos respectivos beneficiários, cabendo portanto efeitos *ex nunc*.

Assim, ante a incompetência de um município em legislar sobre matéria previdenciária, criando pensões a ex-prefeitos e suas viúvas, **JULGO PROCEDENTE A PRESENTE** Ação Direta de Inconstitucionalidade promovida pelo Prefeito Municipal de Santa Rita, para declarar a inconstitucionalidade do art. 76 e parágrafo único da Lei Orgânica do Município de Santa Rita, por ofensa ao art. 12, inciso II, alínea "m" da Constituição Estadual. (grifos no original)

Em sede de controle concentrado, percebeu-se que análise da compatibilidade de determinada lei ou ato normativo estadual ou municipal em face da Constituição do Estado do Maranhão se dá quanto à compatibilidade formal desta, ou seja, em sua grande maioria os julgados apontam vícios formais de validade (constitucionalidade), vícios quanto à extrapolação de atribuição legislativa do ente político. A utilização da técnica de modulação dos efeitos atua quanto à manutenção da estabilidade das relações jurídicas, com efeitos *ex nunc*.

No que concerne à utilização da modulação no controle difuso, ou via incidental da constitucionalidade de determinada norma, igual caminho segue. A partir da pesquisa realizada, tem-se que o instrumento mais utilizado para tanto foi o Mandado de Segurança.

No Mandado de Segurança nº. 18334/2004, impetrado contra ato do Presidente do Tribunal de Contas do Estado do Maranhão e do Secretário de Estado de Planejamento, Orçamento e Gestão do Maranhão, o Tribunal de Justiça do Maranhão apreciou a constitucionalidade da Lei Complementar Estadual nº. 073/04 que regulamentou a Emenda Constitucional Federal nº. 41/2003, que trata acerca da contribuição social para custeio da seguridade social incidente sobre a parcela dos proventos e das pensões que supere cinquenta por cento do limite máximo estabelecido pelo regime geral de previdência.

Alegam os impetrantes, que a lei viola o direito adquirido e o ato jurídico perfeito, bem como os princípios da anterioridade tributária, da irredutibilidade salarial, da vedação ao confisco e da isonomia tributária, posto que configure o verdadeiro imposto adicional sobre a renda.

Como fundamento de seu voto o relator, Desembargador Jamil de Miranda Gedeon Neto, aduziu que não assiste razão quanto à alegação de direito adquirido vez que tal pretensão atua como hipótese de imunidade tributária, extensível somente pela CF/88, conforma já havia decidido o Supremo Tribunal Federal. Quanto à alegação da inobservância dos princípios tributários da irretroatividade e

da anterioridade, foi afastada ante o fato de que a contribuição instituída pela lei impugnada não alcançou fatos geradores pretéritos.

Quanto aos demais princípios tributários mencionados e o princípio da isonomia, o mesmo caminho foi o seguido, tendo em vista que a contribuição tem suas especificidades constitucionais, nada obstante do princípio da solidariedade da seguridade social, que implica uma atuação conjunta com fim de justiça social.

Ademais, com esteio no entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto à matéria sob análise entendeu o relator que não poderia a Lei Complementar Estadual prevê que a incidência da contribuição será sobre os proventos ou pensões que ultrapassem 50% (cinquenta por cento) do teto do regime geral, tendo em vista que o STF decidiu, interpretando a EC nº. 41/2004, que a incidência é em proventos ou pensões que ultrapassem o limite máximo de benefício previdenciário do regime geral²⁵.

Nesse sentido, utilizando uma interpretação conforme, de acordo com o artigo 28 da Lei nº. 9.868/99²⁶ entendeu o relator que é necessário adequar o percentual estabelecido pela Lei Complementar Estadual nº. 073/04 ao disposto na Constituição Federal.

Sendo assim, foi concedida a segurança, de modo parcial que, por razões de segurança jurídica e de excepcional interesse social, com efeitos *ex nunc*, a fim de que ela tivesse efeito somente após o trânsito em julgado do acórdão, nos seguintes termos:

Outrossim, por razões de segurança jurídica e até mesmo de excepcional interesse social (art. 27, da Lei nº. 9.868/99), impõe-se a restrição dos efeitos da decisão a ser dada no presente incidente, de maneira a evitar a propositura de ações contra o Estado visando a restituição dos valores descontados sob a égide das disposições legais questionadas, por tantos quantos se encontrarem em situação similar ao dos impetrantes, e por eles próprios, o que, sem dúvida, importará em dispêndio de vultosa quantia, com evidente impacto danoso ao erário estadual, seguindo, assim, precedentes do STF.

²⁵ Os julgados referenciados pelo relator é a ADIN 3128-04/DF, Rel. Mina. Ellen Gracie, Rel. p/ Ac. Cezar Peluso, j. 18.08.04, DJ 166 – 27.08.2004; e ADIN 3105-04/DF, Rel. Mina. Ellen Gracie, Rel. p/ Ac. Cezar Peluso, j. 18.08.04, DJ 166 – 27.08.2004.

²⁶ Art. 28. Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão.

Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

À unanimidade o Pleno do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, acatando o voto do relator, concedeu parcialmente a ordem, tendo sido publicado o Acórdão em 05 de julho de 2006.

Tal entendimento da Corte Estadual, entretanto, foi firmado em anterior Mandado de Segurança (nº. 17752/2004), que trata de idêntico caso ao relatado acima. Ao apreciar o *mandamus* o relator, Desembargador Jamil Gedeon observou alegação de inconstitucionalidade, pelo que suspendeu a análise do mérito à ulterior manifestação do pleno, que nos termos da fundamentação encimada, declarou com efeitos *ex nunc* a inconstitucionalidade parcial do artigo 56 da Lei Complementar Estadual nº. 073/04, para que fosse observado na incidência da contribuição o teto remuneratório do regime geral de previdência²⁷.

A jurisdição constitucional estadual de fato é exercida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão com estreita observância das regras do pacto federativo e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, inclusive com a utilização da técnica da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, prevista no artigo 27 da Lei nº. 9.868/99, isto é, o princípio da supremacia é afastado ante uma necessidade de segurança jurídica ou excepcional interesse social, conforme entende a Corte Estadual.

Abordaram-se no presente capítulo as nuances acerca da forma federativa de Estado e do exercício do controle de constitucionalidade estadual, tendo como objeto de estudo a aplicação do artigo 27 da Lei nº. 9.868/99 pelo Tribunal de Justiça do Maranhão para, a partir da fundamentação de seus julgados, analisar se a Corte Estadual é uma corte política ou uma corte constitucional, no sentido em que abordado nos capítulos acima, ou seja, se o TJ/MA tem o papel de apenas analisar a regularidade constitucional das leis ou dos atos normativos estaduais ou municipais, ou se o princípio da supremacia sucumbe à utilidade das decisões, em uma ponderação de valores, como ocorre no âmbito federal.

²⁷ Cf. Incidente de Inconstitucionalidade nº. 28347/2005, Relator Desembargador Jamil de Miranda Gedeon Neto, julgamento do dia 15 de junho de 2006.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito passou por diversos eventos históricos até chegar à sua acepção contemporânea. O estudo das normas e da imposição obrigações jurídicas se confunde nesse ínterim com o próprio conceito de direito. A partir do objeto ao qual se propôs a investigar tinha como escopo analisar as recentes discussões da teoria do direito e suas repercussões na jurisdição constitucional maranhense.

Nesse sentido, com base na teoria do norte-americano Ronald Dworkin lançando uma crítica ao positivismo jurídico, mormente pelo defendido por Hebert Hart e a partir do primeiro objetivo específico, se analisou o papel dos princípios no estado contemporâneo e sua característica de normas, ao lado das regras que, sofreu forte influência sobre o constitucionalismo na forma em que observado nos dias atuais. O caráter normativo dos princípios e sua qualidade de previstos antes mesmo do estado, em uma concepção liberal do direito, demonstra que o jurista na aplicação do direito deverá utilizar dos princípios, conforme a sua adequabilidade ao caso concreto.

Em seu bojo, há comandos que impedem que o aplicador do direito o deixe de aplicá-lo, não havendo que se falar em discernimento pessoal do estado-juiz, tendo em vista que este poder discricionário na forma em que defendido pelos positivistas se mostra um poder arbitrário, porque sempre existem normas que limitam a atuação deste.

Dessa forma que sempre atuou o constitucionalismo, como uma forma de limitação do poder, sendo observada de modo mais explícito a partir do final da Segunda Guerra Mundial com os processos de democratização dos estados europeus. É que o Estado de Direito que tem como marco a supremacia das constituições e a volta dos valores de uma comunidade em um texto supremo e a necessidade de um instrumento de manutenção da regularidade desse texto, consistente em uma jurisdição constitucional, que deveria ser uma atividade puramente jurídica, na forma em que defendido por Hans Kelsen.

O papel de guardião da constituição, portanto, deveria ser de um órgão constitucional incumbido de analisar somente a compatibilidade formal de determinado ato normativo. A análise material, incluída no texto por um órgão democraticamente legitimado, cabia somente a este último, de modo que incumbir

ao Tribunal Constitucional a competência de análise do conteúdo de uma norma seria caracterizá-lo de órgão político que, não tem em sua formação a participação dos partidos políticos da sociedade, não sendo legitimado para tanto.

A partir disso se analisou a Constituição Federal de 1988 e a jurisdição constitucional no Brasil, a fim de compreender o exercício do controle jurisdicional da constitucionalidade de leis ou atos normativos com seus respectivos instrumentos e efeitos e o papel do Supremo Tribunal Federal, pelo que se observou que são vários os meios de controle de constitucionalidade de determinada norma, demonstrando que o legislador brasileiro não se poupou quanto aos meios de manutenção da regularidade constitucional.

Nos termos da CF/88, que trouxe em seu bojo normas programáticas (políticas), bem como valores da comunidade até então não observados, pois o Estado brasileiro vivia pouco antes da promulgação dela em uma ditadura militar, cabe ao Supremo Tribunal o papel precípua de guarda da constituição, do controle da observância formal e material da Constituição da República.

Observou-se, assim, que a Corte Suprema brasileira é um órgão político. Nada obstante, em meados do ano de 1999 foi promulgada a lei que trata do processamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade, por ação e por omissão, e a Ação Declaratória de Constitucionalidade, regulamentando o texto constitucional e indo além, ao prevê que o STF modulasse de várias formas a decisão que declarasse a constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo, segundo razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social (artigo 27, Lei nº. 9.868/99).

Com base nesse dispositivo, o STF pacificou entendimento com base na teoria de ponderação de valores que a supremacia da constituição deveria sucumbir, ante a necessidade de manutenção de um bem-estar da comunidade no controle por via direta e no controle difuso, ratificando que tal órgão com “feições” constitucionais estava politizado. As decisões políticas eram justificadas por argumentos de política, consubstanciados na proteção do bem-estar da coletividade como um todo.

Dito isso, caberia então, com base no pacto federativo, analisar se tal fenômeno atingia o exercício do controle jurisdicional da constitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais, tendo como parâmetro de controle a Constituição do Estado do Maranhão, pelo que se observou, com base no princípio

da simetria, a aplicação da modulação dos efeitos no controle de constitucionalidade, também na via concentrada e no controle difuso.

Ademais, na maioria dos julgados analisados há como requerente um ente político que, por questões financeiras do município, intentaram representações de inconstitucionalidade e o Tribunal de Justiça do Maranhão acatava o argumento, de modo que por questões de segurança jurídica encampava a violação da supremacia da Constituição Estadual por questões de utilidade, mormente em sede de controle formal da constitucionalidade, que não observava o devido processo legislativo.

Portanto, embora falseada durante todo o curso da investigação, a hipótese levantada foi em parte confirmada. A nova teoria do direito é caracterizada pela presença de princípios normativos, ao lado das regras. Sua diferença se dá apenas quando constatada um conflito. Eles (os princípios) contêm em seu bojo uma exigência de justiça ou alguma outra dimensão de moralidade. Os princípios são aplicados com base em uma técnica de ponderação para analisar sua adequabilidade ao caso concreto, não se excluindo entre si. As regras quando conflitantes excluem uma às outras, posto que aplicadas por uma técnica de inferência dedutiva (subsunção), não havendo mais de uma regra para tratar do mesmo caso.

Há presença de valores de uma comunidade na ordem constitucional, mas, embora isso, ao aplicador do direito não cabe lançar mão de juízos de conveniência, embasados em seu discernimento pessoal, sob pena de arbitrariedade e atuação como legislador positivo ou poder constituinte permanente. Os princípios são normas e devem ser aplicados segundo um código binário, conforme um senso de adequabilidade e não segundo uma determinada graduação que é mais preferível. Princípios e valores não se confundem.

Logo, o Poder Judiciário ao deixar de observar a supremacia da constituição, elemento essencial do próprio direito, por razões de valores que contrabalanceados são mais preferíveis, reveste uma decisão que deveria ser jurídica por puramente utilitária e com base em fundamentos ilegítimos em um Estado Democrático de Direito que é o Brasil. A dimensão política da jurisdição constitucional é sabida por todos, no caso, pelos Ministros do Supremo e pelos Desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, mas eles não entendem o respectivo tribunal como órgão político, ou seja, como órgão que decide com base em razões de bem-estar e não em fundamentos jurídicos.

Ao aplicar o artigo 27 da Lei nº. 9.868/99 modulando a seu bel-prazer os efeitos de uma lei que violou, viola e possivelmente poderá continuar a violar a constituição, seja federal ou estadual, é demonstrar que o Poder Judiciário atua como um legislador positivo e como um poder constituinte permanente. Aos poderes constituídos a Constituição Federal é seu norte. Se esse norte não é fixado, porque não se quer afastar esse ambiente magnético (bem-estar, conveniência da corte), temos uma ratificação que a constituição é letra morta.

Utiliza-se do termo politização para não utilizar outro pior, qual seja, violação da constituição. A nova teoria do direito quer suprimir o poder de discernimento e de conveniência do julgador. O mesmo quer um estado de direito. O constitucionalismo nasce como uma limitação do poder do soberano, mas esse soberano não quer dizer Poder Executivo, posto que aquele absorvia todas as atribuições do poderes de um estado. O constitucionalismo limita os poderes, limita o Judiciário. Sendo assim, não pode um órgão constituído para manter a regularidade e supremacia da constituição preferir, de uma forma ou outra, como cumprir esse mister constitucional.

As influências políticas no Judiciário são muito boas, mas desde que com uma forma de implementação de programas não cumpridos pelo Poder Executivo, ou no controle de normas legisladas com o fim pessoal e não geral, para manter hígida a democracia.

Influência política com intuito de preferir acerca de um ou outro valor de uma comunidade, não cabe ao judiciário. Existem meios legítimos diretos para tanto, mediante referendos ou plebiscitos, no exercício pleno da democracia.

Nesse sentido, essa politização na forma que apresentada como objeto de investigação se reveste por um câncer que domina a cada dia o Poder Judiciário do Estado de Direito brasileiro, atingindo os Estados-membros. Câncer que caminha para o estado de metástase, onde um poder constituído assume o de constituinte e de moderador dos demais poderes.

REFERÊNCIAS

ALVES, Alaôr Caffé. *Regiões Metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões: novas dimensões constitucionais da organização do Estado Brasileiro*. Revista de Direito Ambiental. São Paulo: RT, v.6, n.21, jan./mar. 2001

ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. Tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, capítulos 1 e 2.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009a.

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009b, capítulo IV.

_____. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: Exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 2. Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil, vol. II*. 15. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Devido processo legislativo*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamento, 2006.

_____. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

_____. *Uma justificação democrática da jurisdição constitucional brasileira e a inconstitucionalidade da Lei nº 9.868/99*. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, v. 36, 2001.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, capítulo 1.

COUTINHO, Mílson (org.). *Constituições políticas do Estado do Maranhão: promulgadas em 1891, 1892, 1935, 1947, 1967 e 1989*. São Luís: Clara Editora, 2009.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, capítulo V, VI e VII.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, capítulos 2, 3 e 4.

FILHO, Misael Montenegro. *Curso de direito processual civil, volume 2: teoria geral dos recursos, recursos em espécie e processo de execução*. 4. ed. – 4. reimpr. São Paulo: Atlas, 2008.

IVO, Gabriel. *Constituição Estadual: competência para elaboração da constituição do estado-membro*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LEONCY, Léo Ferreira. *Controle de constitucionalidade estadual: as normas de observância obrigatória e a defesa abstrata da Constituição do Estado-membro*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de conhecimento*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008 (Curso de processo civil; v. 2)

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*. 30. ed. atual. e complementada. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Martires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MEYER, Emílio Peluso Neder. *A decisão no controle de constitucionalidade*. São Paulo: Método, 2008, capítulos II e V (Coleção Professor Gilmar Mendes; 9).

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 21. ed. atualizada até a EC nº 53/06. São Paulo: Atlas, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

LEIS

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 05 de out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em setembro de 2010.

_____. *Lei nº. 5.869 de 11 de janeiro de 1973*. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm>. Acesso em 10 de outubro de 2010.

_____. *Lei nº. 9.868 de 10 de novembro de 1999*. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868.htm>. Acesso em setembro de 2010.

_____. *Lei nº. 9.882 de 3 de dezembro de 1999*. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do

§ 1º do art. 102 da Constituição Federal. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9882.htm>. Acesso em setembro de 2010.

_____. *Lei nº. 10.406 de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 05 de outubro de 2010.

_____. *Lei nº. 12.063 de 27 de outubro de 2009*. Acrescenta à Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, o Capítulo II-A, que estabelece a disciplina processual da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12063.htm#art1>. Acesso em 20 de junho de 2010.

MARANHÃO. Constituição (1989). *Constituição do Estado do Maranhão*: promulgada em 05 de outubro de 1989. 2. ed. São Luís: Editora Aquarela, 2008.

JULGADOS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 2.258/DF*. Plenário. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Requerido: Presidente da República. Requerido: Congresso Nacional. Relator: Ministro Menezes Direito. Publicado no DJ do dia 27/02/2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em 20 setembro de 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 347/SP*. Plenário. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Publicado no DJ do dia 20/10/2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em 10 de outubro de 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Informativo STF nº. 456*. Brasília, sessões de julgamento das Turmas e do Plenário do dia 12 a 23 de fevereiro de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo456.htm>>. Acesso em 08 de setembro de 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº. 197.917-8/SP*. Plenário. Recorrente: Ministério Público Estadual. Recorrido: Câmara Municipal de Mira Estrela e Outros. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Publicado no DJ do dia 07/05/04. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em 08 de setembro de 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Questão de ordem em Medida Cautelar na Ação Cautelar nº. 189/SP*. Plenário. Requerente: Rudney Fracaro e Outros. Requerido:

Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Publicado no DJ do dia 14/02/2005. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em 09 de setembro de 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº. 421.256*. Primeira Turma. Recorrente: Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo. Recorrido: Prefeito Municipal de Assis. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Publicado no DJ do dia 06/10/06. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em 10 de outubro de 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação nº. 383/SP*. Plenário. Reclamante: Município de São Paulo. Reclamado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: Relator: Ministro Moreira Alves. Publicado no DJ do dia 21/05/1993. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em 12 de outubro de 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação nº. 596/MA*. Plenário. Reclamante: Estado do Maranhão. Reclamado: Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão. Relator: Ministro Néri da Silveira. Publicado no DJ do dia 14/11/1996. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em 12 de outubro de 2010.

MARANHÃO. Tribunal de Justiça. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 24.303/2003*. Plenário. Requerente: Ministério Público do Estado do Maranhão. Requerido: Município de Santa Luzia. Relator: Desembargadora Etelvina Luiza Ribeiro Gonçalves. Publicado no DJ de 17/01/08. Disponível em:<http://www.tjma.jus.br/site/cons/proc2g/vw_proc2g.php?valor=243032003>. Acesso em 13 de outubro de 2010.

_____. Tribunal de Justiça. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 22.941/2003*. Plenário. Requerente: Ministério Público do Estado do Maranhão. Requerido: Câmara Municipal de Fortaleza dos Nogueiras. Requerido: Prefeito Municipal de Fortaleza dos Nogueiras. Relator: Desembargadora Maria Dulce Soares Clementino. Publicado no DJ do dia 30/01/06. Disponível em:<http://www.tjma.jus.br/site/cons/proc2g/vw_proc2g.php?valor=229412003>. Acesso em: 13 de outubro de 2010.

_____. Tribunal de Justiça. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 16.350/2002*. Plenário. Requerente: Ministério Público Estadual. Requerido: Presidente da Assembléia Legislativa do Estado do Maranhão. Requerido: Governador do Estado do Maranhão. Relator: Desembargadora Maria Madalena Alves Serejo. Publicado no DJ do dia 16/01/06. Disponível em:<http://www.tjma.jus.br/site/cons/proc2g/vw_proc2g.php?valor=163502002>. Acesso em 13 de outubro de 2010.

_____. Tribunal de Justiça. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 029681/2005*. Plenário. Requerente: Associação Comercial do Maranhão. Requerente: Associação Maranhense dos Supermercados – AMASP. Requerido: Governador do Estado do

Maranhão. Requerido: Assembleia Legislativa do Estado do Maranhão. Relator: Desembargador Stélio Muniz. Publicado no DJ do dia 15/06/2007. Disponível em:<http://www.tjma.jus.br/site/cons/proc2g/vw_proc2g.php?valor=0296812005>. Acesso em 13 de outubro de 2010.

_____. Tribunal de Justiça. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 1.635/2007*. Plenário. Requerente: Prefeito Municipal de São José de Ribamar. Requerido: Estado do Maranhão. Relator: Desembargador Paulo Sérgio Velten Pereira. Publicado no DJ do dia 24/10/08. Disponível em:<http://www.tjma.jus.br/site/cons/proc2g/vw_proc2g.php?valor=16352007>. Acesso em 13 de outubro de 2010.

_____. Tribunal de Justiça. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 011556/2009*. Plenário. Requerente: Ministério Público do Estado do Maranhão. Requerido: Estado do Maranhão. Relator: Desembargador José Joaquim Figueiredo dos Anjos. Publicado no DJ do dia 13/11/2009. Disponível em:<http://www.tjma.jus.br/site/cons/proc2g/vw_proc2g.php?valor=115562009>. Acesso em 13 de outubro de 2010.

_____. Tribunal de Justiça. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 8594/2007*. Plenário. Requerente: Prefeito Municipal de Conceição do Lago-Açu. Requerido: Estado do Maranhão. Relatoria: Desembargador Lourival de Jesus Serejo Sousa. Publicado no DJ do dia 05/11/2008. Disponível em:<http://www.tjma.jus.br/site/cons/proc2g/vw_proc2g.php?valor=85942007>. Acesso em 14 de outubro de 2010.

MARANHÃO. Tribunal de Justiça. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 18.520/2008*. Plenário. Requerente: Prefeito Municipal de Bela Vista do Maranhão. Requerido: Estado do Maranhão. Relator: Desembargador José Joaquim Figueiredo dos Anjos. Publicado no DJ do dia 17/11/09. Disponível em:<http://www.tjma.jus.br/site/cons/proc2g/vw_proc2g.php?valor=185202008>. Acesso em 14 de outubro de 2010.

_____. Tribunal de Justiça. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 10343/2007*. Plenário. Requerente: Prefeito Municipal de Santa Rita. Requerido: Município de Santa Rita. Relator: Desembargador Raimundo Nonato Magalhães Melo. Publicado no DJ do dia 27/03/09. Disponível em:<http://www.tjma.jus.br/site/cons/proc2g/vw_proc2g.php?valor=103432007>. Acesso em 14 de outubro de 2010.

_____. Tribunal de Justiça. *Mandado de Segurança nº. 18334/2004*. Plenário. Impetrante: Evandro Ferreira de Araújo Costa e Outros. Impetrado: Presidente do Tribunal de Contas do Estado do Maranhão. Impetrado: Secretário de Estado de Planejamento, Orçamento e Gestão do Maranhão. Relator: Desembargador Jamil de Miranda Gedeon Neto. Publicado no DJ do dia 05/07/06. Disponível em:<http://www.tjma.jus.br/site/cons/proc2g/vw_proc2g.php?valor=183342004>. Acesso em 14 de outubro de 2010.

_____. Tribunal de Justiça. *Mandado de Segurança nº. 17752/2004*. Câmaras Cíveis Reunidas. Impetrante: Sonia Maria Costa Gouveia e Outros. Impetrado:

Gerente de Estado de Planejamento, Orçamento e Gestão do Maranhão. Relator: Desembargador Jamil de Miranda Gedeon Neto. Publicado no DJ do dia 25/10/06. Disponível em:<http://www.tjma.jus.br/site/cons/proc2g/vw_proc2g.php?valor=177522004>. Acesso em 14 de outubro de 2010.

_____.Tribunal de Justiça. *Incidente de Inconstitucionalidade nº. 28347/2005*. Plenário. Suscitante: Desembargador Jamil de Miranda Gedeon Neto. Relator: Jamil de Miranda Gedeon Neto. Publicado no DJ do dia 12/05/06. Disponível em:<http://www.tjma.jus.br/site/cons/proc2g/vw_proc2g.php?valor=283472005>. Acesso em 14 de outubro de 2010.