

RENATE CLAUDIA MATZKEIT

**COMISSÕES DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA DOS
CONFLITOS TRABALHISTAS SOB O ENFOQUE
DA GARANTIA CONSTITUCIONAL DO ACESSO À
JUSTIÇA: ADI 2.139 E ADI 2.160**

**Monografia apresentada como requisito
parcial para a obtenção do título de
Especialista (*lato sensu*) em Direito:
Capacitação Avançada para o
Assessoramento na Jurisdição Trabalhista**

Orientador: Mauro Vasni Paroski

CURITIBA

2013

Para Thales e Fernando.

Agradeço ao Professor Mauro Vasni Paroski, pelas valiosas observações e presteza com que sempre me orientou.

EPÍGRAFE

“Na verdade, tem sido própria de todos os tempos a ânsia dos homens de criar ou descobrir uma ‘hierarquia das leis’, e de garanti-la. É a própria ânsia – ou um seu aspecto – de sair do contingente, de fazer ‘parar o tempo’, de vencer, em suma o humano destino de perene transformação e de morte: as leis mudam, mas permanece a Lei; permanecem os Valores Fundamentais.”

(CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1984. p. 11.)

SUMÁRIO

RESUMO	vii
1. INTRODUÇÃO	1
2. CONSTITUIÇÃO - ABORDAGEM HISTÓRICA	2
3. RIGIDEZ E SISTEMA CONSTITUCIONAL	6
4. SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO E COMPATIBILIDADE VERTICAL	12
5. ESTADO LIBERAL, ESTADO SOCIAL, ESTADO NEOLIBERAL E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	15
6. O ACESSO À JUSTIÇA	22
6.1. Princípio da Inafastabilidade do Acesso ao Poder Judiciário.....	23
6.2. O Acesso à Justiça e o Disposto no art. 625-D da CLT.....	26
7. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	31
7.1. Modalidades de Controle de Constitucionalidade.	31
7.2. Inconstitucionalidade Formal e Material.....	37
7.3. Inconstitucionalidade por Ação e por Omissão.....	37
8. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (GENÉRICA)	39
8.1. Legitimidade.....	40
8.2. Objeto.....	44

8.3. Do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República.....	51
8.4. Procedimento.....	52
8.5. Medida Cautelar.....	54
8.6. Decisão Final.....	57
8.7. Efeitos.....	58
8.7.1. Efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade.....	62
9. ADI Nº 2.139 E ADI Nº 2.160.....	66
10. COLETÂNEA DE JURISPRUDÊNCIA.....	71
10.1. Anterior ao Deferimento da Medida Cautelar.....	71
10.2. Posterior ao Deferimento da Medida Cautelar.....	73
11. CONCLUSÃO.....	75
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	79
PÁGINAS DA WEB CONSULTADAS.....	81

RESUMO

Devido à sobrecarga de demandas, o Poder Judiciário não vem correspondendo às expectativas da sociedade quanto à rápida solução dos conflitos. Para tentar solucionar o problema, tem-se buscado meios alternativos para a solução de conflitos sociais, entre eles, o caminho da Comissão de Conciliação Prévia, instituto criado no âmbito de empresas e sindicato para solucionar litígios decorrentes de relação de emprego. O art. 625-D da Consolidação das Leis do Trabalho, introduzido pela Lei 9.958/2000, dispõe que qualquer demanda de natureza trabalhista será submetida à Comissão de Conciliação e, em não havendo acordo, deve-se juntar a declaração de tentativa infrutífera. A norma trouxe divergências na doutrina e jurisprudência, eis que alguns de seus integrantes passaram a entender que o dispositivo restringia o direito de acesso ao Judiciário, previsto na Constituição Federal. A circunstância acarretou a propositura de ações diretas de inconstitucionalidade, que obtiveram liminar em 13/05/2009. O trabalho trata das Comissões de Conciliação Prévia dos conflitos trabalhistas sob o enfoque da garantia constitucional do acesso à justiça: ADI 2.139 e ADI 2.160.

1. INTRODUÇÃO

O Estado contemporâneo é constitucional. A noção de Constituição, enraizada no conceito de Estado, reflete na cultura de cidadania e é referência e condição de validade de todo o ordenamento jurídico, que não tolera contradições entre normas jurídicas, ainda que situadas em planos diversos.

Relevante, por isso, a tarefa de conformar leis e demais atos normativos a parâmetros constitucionais, o que pode ser realizável de forma preventiva ou repressiva, via controle de constitucionalidade.

Este trabalho analisará as Comissões de Conciliação Prévia dos conflitos trabalhistas sob o enfoque da garantia constitucional do acesso à justiça, ADI 2.139 e ADI 2.160, que tratam do caráter dessas Comissões.

O estudo, que abrange temas interligados, traçará um panorama dos aspectos imprescindíveis à compreensão do seu objeto.

Nessa perspectiva, esclarecerá o que se entende por Constituição nas sociedades contemporâneas e de onde vem sua supremacia, abordando a emergência do Estado constitucional.

Discorrerá sobre o princípio da inafastabilidade do acesso ao Poder Judiciário e o acesso à justiça.

Fará referência ao controle de constitucionalidade em suas diversas formas, com ênfase ao controle concentrado, especificamente, na modalidade de Ação Direta de Inconstitucionalidade, abordando, entre outros aspectos, legitimidade, objeto e efeitos da decisão de inconstitucionalidade.

Tratará, por fim, da questão à luz da decisão das ADI 2.139 e ADI 2.160, com apresentação de coletânea de jurisprudência, anterior e posterior ao deferimento da medida cautelar.

2. CONSTITUIÇÃO - ABORDAGEM HISTÓRICA

Como limitação do poder soberano, pode-se apontar os primórdios da Constituição, no ano de 1215, na Carta Magna do Rei João Sem-Terra, da Inglaterra: “uma espécie de símbolo das liberdades públicas e da limitação do poder dos governantes”¹.

Não obstante seja importante, esta Carta está longe do conceito de Constituição, sob o ponto de vista do direito moderno.

Paroski² leciona:

A idéia moderna de direitos individuais como direitos iguais para todos e contra todos oponíveis, garantidos pelo Judiciário, formou-se posteriormente. Aquela Carta serviu para as gerações futuras extraírem princípios de obediência à legalidade e de existência de direitos na comunidade que o próprio rei deve respeitar.

Na visão do direito moderno, é possível identificar como marco fundamental do constitucionalismo a Constituição dos Estados Unidos da América, de 1787.

Fachin³ discorre sobre ela:

Na raiz do constitucionalismo norte-americano estava o pensamento de John Locke e Montesquieu, preocupados com a limitação do poder e a proteção dos direitos individuais. É interessante registrar que a Constituição de 1787 não representou um pacto celebrado entre os governantes e o povo, mas entre o próprio povo. “Por outras palavras: o modelo americano de constituição assenta na idéia de limitação normativa do domínio político, através de uma lei escrita. Essa ‘limitação normativa’ postulava, pois, a edição de uma ‘bíblia política do estado’ condensadora dos princípios fundamentais da comunidade política e dos direitos particulares. Neste sentido, a constituição não é um contrato entre governantes e governados mas sim um acordo celebrado pelo povo e no seio do povo a fim de criar e constituir um ‘governo’ vinculado à lei fundamental” (CANOTILHO, 2002, p. 59). O modelo constitucionalista, materializado na Constituição norte-americana, inovou ao estabelecer as seguintes características: a distinção entre poder constituinte e

¹ FACHIN, Zulmar. **Teoria geral do direito constitucional**. Londrina: IDCC, 2006, p. 36.

² PAROSKI, Mauro Vasni. **Direitos fundamentais e acesso à justiça na Constituição**. São Paulo: LTr, 2008, p.39-40.

³ FACHIN, Zulmar. **Teoria geral do direito constitucional**. Londrina: IDCC, 2006, p. 39.

poderes constituídos; a supremacia da Constituição sobre o restante da ordem jurídica; o equilíbrio entre os três poderes (funções) estatais; a forma federativa de Estado; a forma republicana de governo; o regime jurídico democrático; Poder Judiciário forte e a declaração de direitos da pessoa humana (ASCENCIO, 2003, p.48).

Segue-se a ela a primeira Constituição Francesa após a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, datada de 1791.

Fachin⁴ segue lecionando:

O movimento constitucionalista francês preocupou-se com os direitos individuais da pessoa, os quais passaram a ter assento constitucional não apenas na Constituição francesa de 1791, mas também nas constituições que foram sendo editadas em outros países, inclusive a brasileira de 1824.

Em tais diplomas pode-se verificar o cerne do conceito moderno de constituição, com base em um núcleo de direitos e garantias fundamentais do cidadão e estruturação política, administrativa e jurídica do Estado, conteúdo esse denominado de cunho materialmente constitucional.

No transcorrer do século XX, o "bloco de constitucionalidade"⁵, aos poucos, foi ampliado por outras gerações – ou, como preferem alguns, outras dimensões - de direitos.

Porque foram os primeiros direitos fundamentais a fazer parte de instrumento normativo constitucional, os direitos de liberdade são tidos como direitos de primeira geração.

Após, foram inseridos os direitos de segunda geração, direitos fundamentais sociais - relações de trabalho, saúde, habitação, educação, etc. Depois, com os direitos de terceira geração - difusos, que transcendem a esfera individual - meio ambiente, consumidor, etc.

Vieram os direitos de quarta geração, caracterização ainda debatida pela

⁴ FACHIN, Zulmar. **Teoria geral do direito constitucional**. Londrina: IDCC, 2006, p 40.

⁵ “Por bloco de constitucionalidade pode-se entender o amplo conjunto formado por matérias axiologicamente importantes, consistam ou não cláusulas pétreas, estejam ou não inscritas na Constituição Federal.” (FACHIN, Zulmar. **Teoria geral do direito constitucional**. Londrina: IDCC, 2006, p. 62).

doutrina, que se delinea a distingui-los por direitos de cidadania, como o voto e elegibilidade.

Bonavides⁶ comenta os direitos da primeira, segunda e terceira gerações:

Os direitos fundamentais passaram na ordem institucional a manifestar-se em três gerações sucessivas, que traduzem, sem dúvida, um processo cumulativo e qualitativo, o qual, segundo tudo faz prever, tem por bússola uma nova universalidade material e concreta, em substituição da universalidade abstrata e, de certo modo, metafísica daqueles direitos, contida no jusnaturalismo do século XVIII. Enfim, se nos deparamos direitos da primeira, segunda e terceira gerações, a saber, direitos da liberdade, da igualdade e da fraternidade, conforme tem sido largamente assinalado, com inteira propriedade, por abalizados juristas.

Bonavides⁷ ocupa-se, ainda, dos direitos da quarta geração:

A globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos de quarta geração, que, aliás, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado social. São direitos da quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em uma dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência.

Merece destaque, também, que há, até mesmo, quem fale em direitos de quinta geração, que seriam, basicamente, os direitos que envolveriam compaixão, cuidado e amor por todas as formas de vida, o que é objeto de debate ainda mais caloroso na doutrina.

Paroski⁸ adverte:

Alguns doutrinadores mencionam, mesmo sem apresentar uma argumentação convincente, a existência de direitos fundamentais de quarta geração, e outros, até os de quinta geração, o que não corresponde à realidade, revelando, unicamente, propostas que objetivam a elaboração e a efetivação de alguns outros direitos (que

⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18º ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 563.

⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18º ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 571.

⁸ PAROSKI, Mauro Vasni. **Direitos fundamentais e acesso à justiça na Constituição**. São Paulo: LTr, 2008, p. 139-140.

ainda não são verdadeiramente direitos, porque não positivados) não incluídos nas gerações anteriores.

Muito embora a primeira Constituição brasileira, imperial, seja de 1824, a primeira Constituição de feição nitidamente democrática só surgiu em 1946, experiência repetida em 1988.

A atual Constituição, de 1988, norteadas pelas mais modernas tendências, seguiu a linha do constitucionalismo social, o que resultou numa Carta democrática, humanista, dirigente, eclética e analítica.

A propósito da evolução do constitucionalismo e suas novas tendências, importa referir que o Direito Constitucional deixou de centrar-se unicamente no âmbito do Estado nacional direcionando-se às comunidades regionais supranacionais.

Merece registro que doutrina contemporânea conclama a criação de um marco constitucional Europeu, supranacional. Nesse norte, Pagliarini⁹ preleciona:

Não queremos dizer neste livro que seja superada a Constituição. De modo algum! Queremos dizer, simplesmente, que há espaço para outros constitucionalismos, como o supranacional. Neste sentido, as idéias do passado não podem impedir adaptação ou superação que vise constitucionalizar, por exemplo, a realidade ocorrente no continente europeu.

Da história do constitucionalismo denota-se que ele muito evoluiu e que, sem dúvida, tem muito a evoluir.

⁹ PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. **A Constituição europeia como signo: da superação dos dogmas do estado nacional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 52-53.

3. RIGIDEZ E SISTEMA CONSTITUCIONAL

O sistema das constituições rígidas traz distinção fundamental entre os poderes constituinte e constituído¹⁰.

É atribuída ao Abade Sieyès a justificativa para a superioridade da Constituição sobre os atos propriamente legislativos. Residiria no argumento de que a Constituição seria obra de poder superior ao Poder Legislativo.

Nesse sentido apregoa Fachin¹¹:

Os revolucionários franceses, sob a influência de Emmanuel Sieyès, substituíram o titular da soberania. Esta passou a residir essencialmente na Nação, ficando proibido a qualquer órgão ou indivíduo, especialmente ao monarca, exercer sem responsabilidade algum tipo de autoridade que não tivesse sua origem na Nação.

Canotilho¹², da mesma forma, não se exime de apontar o crédito da teoria de Sieyès na história do poder constituinte:

Os momentos fundamentais da teoria do poder constituinte de Sieyès são os seguintes: (1) recorte de um poder constituinte da *nação* entendido como poder *originário e soberano*; (2) plena liberdade da nação para criar uma constituição, pois a nação ao “fazer uma obra constituinte”, não está sujeita a formas, limites ou condições preexistentes. Os autores modernos salientam que, no fundo, a teoria do poder constituinte de Sieyès é, simultaneamente, *constituente e reconstituente*. (destaque no original)

¹⁰ Ação direta de inconstitucionalidade. - Esta Corte, ao apresentar a ADIN 815, dela não conheceu por entender que não tem ela jurisdição constitucional para julgar a alegação de inconstitucionalidade de expressões dos parágrafos 1º e 2º do artigo 45 da Carta Magna Federal em face de outros preceitos dela (que são também os alegados como ofendidos na presente ação), sendo todos resultantes do Poder Constituinte originário. - Persistindo, portanto, a eficácia desses parágrafos 1º e 2º do artigo 45 da Constituição Federal, e se limitando os dispositivos ora impugnados (artigo 2º, "caput" e parágrafo único, e artigo 3º da Lei Complementar nº 78, de 30 de dezembro de 1993) a reproduzir exatamente os seus critérios numéricos, são estes constitucionais. Ação direta de inconstitucionalidade que se julga improcedente. (ADI 997/RS - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Relator: Min. MOREIRA ALVES - Julgamento: 28/03/1996 - Órgão Julgador: Tribunal Pleno – DJ 30-08-199) Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>>. Acesso em: 29 jan.2013.

¹¹ FACHIN, Zulmar. **Teoria geral do direito constitucional**. Londrina: IDCC, 2006, p.50.

¹² CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1998, p.

Por sentir necessidade de criar um mecanismo de modificação das normas constitucionais, Sieyès aportou na rigidez Constitucional: a Constituição somente poderia ser alterada por um Poder, também de natureza Constituinte, derivado do Poder Constituinte originário, que o cria para o desdobramento de sua obra inicial, e não pelo Poder Legislativo ordinário¹³.

Tavares¹⁴ desenvolve a noção de poder constituinte:

Conforme os postulados de Sieyès, o sujeito que detém o poder constituinte é a nação, e “basta que a nação queira”, ou seja, essa força constituinte não está vinculada a formas jurídicas ou procedimentais. Ela é, digamos, o próprio Direito, em sua manifestação mais pura. A aceitação da manifestação do poder constituinte ao longo da existência de um Estado, sem rupturas bruscas da ordem jurídica, mas tão-somente como reformulação de normas e princípios gerais, com a colocação de uma nova Constituição, efetuada por políticos, eleitos conforme as regras postas pela ordem que se quer invalidar, já é, por si só, uma mitigação de sua compreensão lógica. Mesmo assim, é um poder inegavelmente constituinte. Mas é o máximo que se pode admitir. As manifestações posteriores, como a da reforma constitucional ou mesmo a competência legislativa ordinária, ou a competência constituinte dos Estados-membros não podem ser introduzidas na noção de poder constituinte, e desta se apartam por delineamentos bem precisos.

A rigidez e a supremacia (formal) das normas constitucionais estão umbilicalmente ligadas, devendo-se entender a supremacia hierárquica, simultaneamente, como regra estrutural (do ordenamento) e como um princípio constitucional, inferido, enquanto tal, das normas agasalhadoras da rigidez e do controle de constitucionalidade¹⁵.

A rigidez constitucional é pressuposto do controle de constitucionalidade, que possui entre seus fundamentos a proteção dos direitos fundamentais, valores materiais compartilhados pela sociedade que devem ser preservados de injunções políticas.

¹³ RAMOS, Elival da Silva. **A inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 60.

¹⁴ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 56.

¹⁵ RAMOS, Elival da Silva. **A inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 60.

Silva¹⁶ afirma que “a ‘*rigidez constitucional*’ decorre da maior dificuldade para sua modificação do que para a alteração das demais normas jurídicas da ordenação estatal”.

O órgão legislativo, cuja competência deriva da Constituição, não pode introduzir no sistema jurídico leis contrárias às disposições constitucionais. Se assim agir, suas leis são reputadas inaplicáveis, sem validade, eis que inconsistentes com a ordem jurídica preestabelecida.

Tavares¹⁷ observa que a doutrina, muitas vezes, identifica Constituição em sentido formal e Constituição rígida.

Constituição em sentido formal é conjunto de normas jurídicas elaboradas de maneira especial e solene.

A Constituição rígida tem normas jurídicas de caráter específico, que possuem uma autoridade superior às das demais leis do Estado e são modificadas por procedimentos diferentes daqueles pelos quais se ditam e revogam as demais leis¹⁸.

A seu ver, todavia, a formalização das normas constitucionais pode decorrer de dois atributos formais distintos: organicidade e rigidez.

A Constituição brasileira de 1988 é considerada rígida por impor limitações de ordens material¹⁹, formal²⁰ e circunstancial²¹ para a alteração do

¹⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 5ª ed. São Paulo: RT, 1989, p. 44.

¹⁷ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 62.

¹⁸ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 69-70.

¹⁹ CRFB/1988. Art. 60: § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais.

²⁰ CRFB/1988. Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II - do Presidente da República; III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros. § 2º - A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros. § 3º - A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.

²¹ CRFB/1988. Art. 60, § 1º - A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

seu texto.

Tavares²² menciona que alguns doutrinadores chegam até mesmo a dizer que a Constituição brasileira de 1988 é super-rígida, ou hiper-rígida, em razão das chamadas cláusulas pétreas, dispositivos elencados no § 4º do art. 60 da Carta, que não podem ser alteradas. Defende que, rigorosamente falando, a Constituição brasileira de 1988 seria exemplo de Constituição super-rígida e rígida, concomitantemente.

No tocante ao sentido formal, a Constituição de 1988 exige processo especial de revisão bastante superior ao exigido para leis ordinárias, o que resulta em indiscutível supremacia da lei constitucional sobre as outras regras do ordenamento jurídico.

Ramos²³ leciona que a idéia de que, dentro do ordenamento jurídico, algumas normas têm maior importância do que outras é essencialmente lógica e pode ser extraída da observação de que há normas que regulam a produção de outras e que, por isso, são materialmente superiores a estas em uma relação semelhante à que se estabelece entre criador/criatura.

Bonavides²⁴, por seu turno, ensina, que “A consequência dessa hierarquia é o reconhecimento da ‘superlegalidade constitucional’, que faz da Constituição a lei das leis, a *lex legum*, ou seja, a mais alta expressão jurídica da soberania”.

A Constituição é a base na qual se encontra uma ordem inafastável de valores estatais, núcleo básico e informador de todo o sistema jurídico-político²⁵.

O conjunto de normas constitucionais forma um sistema harmônico, ordenado e coeso, pois, por força da supremacia constitucional, inadmissível contradição interna.

Do ponto de vista estritamente normativo, é possível considerar-se o sistema constitucional um conjunto de normas, desdobradas em regras e

²² TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 70.

²³ RAMOS, Elival da Silva. **A inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 42.

²⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 296.

²⁵ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p.111.

princípios.

Canotilho²⁶ refere:

A teoria da metodologia jurídica tradicional distinguia entre *normas* e *princípios* (Norm-Prinzip, Principles-rules, Norm und Grundsatz). Abandonar-se-á aqui essa distinção para, em sua substituição, se sugerir: (1) as regras e princípios são duas espécies de normas; (2) a distinção entre regras e princípios é uma distinção entre duas espécies de normas. (destaque no original)

A propósito, o conceito de sistema jurídico, segundo Freitas²⁷:

Entende-se apropriado conceituar o sistema jurídico como *uma rede axiológica e hierarquizada topicamente de princípios fundamentais, de normas estritas (ou regras) e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias em sentido lato, dar cumprimento aos objetivos justificadores do Estado Democrático, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição.* (destaque no original)

Pagliarini²⁸ aponta a importância da consideração sistemática:

Estando assentada a noção fundamental moderna do direito como *sistema* de normas, independentemente dos graus de abstração e dificuldade das teorias, a consideração *sistemática* consegue, por si só, desproblematizar várias questões: (i) a falácia da não-efetividade das normas constitucionais; (ii) validade e eficácia da norma; (iii) constitucionalidade; e (iv) monismo kelseniano. (destaque no original)

Tavares²⁹ adverte:

Do ponto de vista estritamente normativo, pode-se considerar o sistema constitucional como um somatório de normas. Foi recentemente que se assumiu a existência de uma categoria geral, um

²⁶ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1086.

²⁷ FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 54.

²⁸ PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. **Constituição e direito internacional – cedências possíveis no Brasil e no mundo globalizado**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 19.

²⁹ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p.98.

gênero, que são justamente as *normas*. Desdobram-se as normas em duas espécies: as *regras* e os *princípios*. Estes dois últimos, pois, passam, a ser espécies do gênero *normas*. (destaque no original)

Costuma-se sugerir o grau de abstração da norma como sinal distintivo entre princípio e regra, sendo aquela dotada de maior grau de abstração que esta, voltada que é para o mundo concreto.

Tem-se o grau de aplicabilidade da norma como diferenciado entre princípios e regras, sendo aqueles dependentes de uma concretização, por parte dos operadores do Direito, e estas, as regras, imediatamente aplicáveis aos casos concretos. Princípios caracterizam-se por ser a base do sistema, seus fundamentos últimos, constituindo o motivo determinante das regras, em geral³⁰.

Canotilho³¹ ressalta a importância dos princípios:

Os princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex.: princípio do Estado de Direito).

Por serem dotados de grande abstratividade, os princípios constitucionais servem de vetores para a interpretação válida da Constituição.

³⁰ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p.100.

³¹ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1086.

4. SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO E COMPATIBILIDADE VERTICAL

Como condição de validade da legislação infraconstitucional, a funcionalidade da Constituição é operada a partir de dois princípios que apresentam entre si imbricações de causa e efeito: da supremacia da Constituição e da compatibilidade vertical.

Barroso³² aborda o tema, com maestria:

Se a Constituição é a lei suprema, admitir a aplicação de uma lei com ela incompatível é violar sua supremacia. Se uma lei inconstitucional puder reger dada situação e produzir efeitos regulares e válidos, isso representaria a negativa de vigência da Constituição naquele mesmo período, em relação àquela matéria. A teoria constitucional não poderia conviver com essa contradição sem sacrificar o postulado sobre o qual se assenta.

A supremacia da Constituição decorre de sua função no ordenamento jurídico. A hierarquia não tem valor por si, mas exprime coerência, intra e intersistemática, liga-se à ordenação explícita ou implícita de instituições, funções, órgãos e formas no sistema.

A supremacia da Constituição decorre da circunstância de ela ocupar o ápice do ordenamento jurídico e fornecer embasamento para todos os atos normativos infraconstitucionais, que não podem contrariar seus limites e fins, direta ou indiretamente.

Canotilho³³ escreve sobre a posição hierárquico-normativa da Constituição:

A Constituição é uma lei dotada de características especiais. Tem um brilho autônomo expresso através da forma, do procedimento de criação e da posição hierárquica de suas normas. Estes elementos

³² BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 16.

³³ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, p. 1074.

permitem distingui-la de outros actos com valor legislativo presentes na ordem jurídica. Em primeiro lugar, caracteriza-se pela sua *posição hierárquico-normativa superior* relativamente às outras normas do ordenamento jurídico. Ressalvando algumas particularidades do direito comunitário, a superioridade hierárquico-normativa apresenta três expressões: (1) as normas constitucionais constituem uma *lex superior* que recolhe o fundamento de validade em si própria (*autoprímazia normativa*); (2) as normas da constituição são *normas de normas* (*normae normarum*) afirmando-se como uma fonte de produção jurídica de outras normas (leis, regulamentos, estatutos); (3) a superioridade normativa das normas constitucionais implica o princípio da conformidade de todos os actos dos poderes públicos com a Constituição. (destaque no original)

Fachin³⁴ também discorre a respeito:

A Constituição é um documento normativo que reside em posição de supremacia em relação ao restante do ordenamento jurídico. Trata-se de supremacia formal e substancial. A supremacia substancial significa que determinados conteúdos, inscritos ou não na Constituição, têm dignidade constitucional e, por conseguinte, ascendência sobre todo o restante do ordenamento jurídico. A supremacia formal implica reconhecer que a Constituição escrita localiza-se em posição superior às demais normas do ordenamento jurídico e que exige um procedimento específico para ser alterada. Pouco importa saber qual a importância do seu conteúdo, se deveria ter ou não assento constitucional. Reconhece-se, portanto, a existência de normas que, apesar de não terem valor suficiente de normas constitucionais, estão inseridas na Constituição. São as normas formalmente constitucionais. O intérprete da Constituição deve partir da primazia da norma constitucional em relação às normas constitucionais.

Da Silva ensina³⁵:

Significa que a constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as *normas fundamentais* do Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas. (destaque no original)

³⁴ FACHIN, Zulmar. **Teoria geral do direito constitucional**. Londrina: IDCC, 2006, p. 137-138.

³⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 5ª ed. São Paulo: RT, 1989, p. 44-45.

A norma constitucional, assim, acaba por tomar feição de generalidade e abrangência, cumprindo ao ordenamento jurídico infraconstitucional, por intermédio de seus vários desdobramentos, prover-lhe especificação e individualização.

Da imprescindível conformação da norma infraconstitucional deflui o princípio da compatibilidade vertical, que também apresenta projeção dentro do próprio regramento infraconstitucional, pois esta espécie de norma também se organiza de forma hierarquizada e, uma vez violada, acarreta inconstitucionalidade indireta.

Paulo e Alexandrino³⁶ escrevem a respeito:

A inconstitucionalidade indireta (ou reflexa), como a própria denominação sugere, ocorre naquelas situações em que o vício verificado não decorre da violação direta da Constituição. Assim, se determinado decreto regulamentar, expedido para a fiel execução da lei, extrapola os limites desta, ainda que supostamente essa violação tenha implicado, também, flagrante desrespeito a determinada norma constitucional, não será hipótese de inconstitucionalidade direta. Isso porque o fundamento de validade do decreto regulamentar não é diretamente a Constituição, mas sim, a lei regulamentada, em função da qual tenha sido expedida.

A funcionalidade da Constituição é, inegavelmente, operada a partir dos princípios da supremacia da Constituição e da compatibilidade vertical.

³⁶ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. São Paulo: Editora Método, 2011, p. 775.

5. ESTADO LIBERAL, ESTADO SOCIAL, ESTADO NEOLIBERAL E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A noção do processo histórico estatal importa para o estudo do controle de constitucionalidade na medida em que as transformações dos paradigmas do Estado estão intimamente ligados com o papel exercido por cada um dos poderes estatais, em especial, seus mecanismos de separação e controle, e os sistemas de garantias individuais.

A análise do controle de constitucionalidade não prescinde da compreensão acerca das mudanças paradigmáticas pelas quais passou a concepção de Estado de Direito, particularmente, no último século.

Acerca da interdependência do Direito com o Estado e a Economia, Dallegrave Neto³⁷:

Três grandes pensadores do século passado, *Karl Marx*, *Max Weber* e *Durkeim* são unânimes em afirmar a interdependência do Direito com o Estado e a Economia. Não se pode esquadriñar a ciência jurídica divorciada do modo de produção e do modo de Estado a ela subjacente. O Estudo há que ser interdisciplinar. Por outro lado, não se ignore que o Direito do Trabalho encontra sua gênese no Estado Social, calcado numa Sociedade dita Industrial. Ocorre que hoje o Estado é Neoliberal e a sociedade é Pós-Industrial. (destaque no original)

A primeira conformação histórica do Estado de Direito, a Liberal, foi caracterizada pela garantia dos direitos fundamentais, a separação de poderes e o domínio da legalidade.

Nesse paradigma, há clara divisão entre os espaços públicos e privados, separação assegurada pelo Estado, cuja função precípua é garantir a igualdade perante a lei, a liberdade de atuação, desde que respeitados os limites legais, e a certeza das relações sociais pelo princípio da legalidade.

A lição de Mota³⁸ merece destaque:

³⁷ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Direito do trabalho contemporâneo: flexibilização e efetividade**. São Paulo: LTr, 2003, p. 8.

Com a definição precisa do espaço privado e do espaço público, o indivíduo guia-se pelo ideal de liberdade e busca no espaço público a possibilidade de materializar as conquistas implementadas no âmbito do estado que assumiu a feição de não interventor. Nesse contexto, o indivíduo, na busca de interesses próprios, procura encontrar sua felicidade, por isso o Estado tem o propósito de garantir as liberdades individuais necessárias ao empreendimento personalíssimo. Assim, verifica-se que o Estado de Direito é caracterizado por ser um Estado mínimo, objetivando acautelar somente a ordem social e a segurança pública.

Com a crise do paradigma Liberal, o constitucionalismo moderno entrou em nova fase, do Estado Social de Direito, fundado na idéia de que os direitos sociais são inerentes ao cidadão. O Estado Social busca um equilíbrio entre relações econômicas e sociais e resolver problemas sociais inerentes ao desenvolvimento do capitalismo.

Cesário³⁹ explica o estado social:

Dito de outro modo, pode-se afirmar que o Estado Social reconheceu aquilo que embora óbvio, não era admitido pelo seu antecessor: o fato de que os cidadãos não são iguais. Ao aceitar a diferença, o Estado necessariamente se desloca do abstencionismo para o proativismo, enaltecendo, com o *status* da fundamentalidade, os direitos à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, ao lazer e que tais devem, a partir de então, ser implementados pelo ativismo social. (destaque no original)

As demandas ampliadas do Estado Social, por outro lado, tornam ineficientes o processo legislativo, acarretando crescente delegação de poderes aos órgãos executivos. Há transferência da legitimidade do direito público para órgãos técnicos-administrativos.

Essa expansão do executivo provoca crise dos meios de representação democrática, levando à necessidade de novos mecanismos de manifestação política e de controle do aparato estatal, entre os quais destacam-se a

³⁸ MOTA, Maurício. **Paradigma contemporâneo do Estado democrático de direito: pós-positivismo e judicialização da política**. In: MOTTA, Luis Eduardo e MOTA, Maurício (orgs). O estado Democrático de Direito em questão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 3-4.

³⁹ CESÁRIO, João Humberto. **Técnica processual e coletiva de interesses ambientais trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2012, p. 31.

competência jurisdicional de controle da constitucionalidade de normas e atos do poder público e os órgãos de controle interno dos órgãos.

Com isso, há modificação do caráter genérico e abstrato das normas jurídicas. A atividade legislativa volta-se para a regulação cada vez mais específica de aspectos cotidianos. O direito público, assim, acaba por invadir a esfera privada com o intuito de promover uma atuação planejadora e programática.

O Estado Social não consegue cumprir as promessas a que se propôs e sua falência dá ensejo a um novo paradigma de Estado de Direito, o chamado Estado Democrático de Direito, no qual é possível falar-se em judicialização da política, pois ao mesmo tempo que protege os direitos de cidadania e participação popular, possibilita o controle de constitucionalidade das leis.

Cesário⁴⁰ aborda o Estado Democrático de Direito:

A irrefutável constatação da estreiteza do positivismo abriu as portas para mais um salto qualitativo na evolução do Direito. Estava iniciada, a partir de então, a era do Estado Democrático de Direito, que apostando na força normativa dos princípios, viu-se compelido a transferir os valores constitucionais do patamar subalterno da coadjuvância para o andar elevado protagonismo jurídico. Direito e moral, finalmente, se amalgamavam. Inaugura-se, pois, o pós-positivismo jurídico, também conhecido por positivismo ético.

Caracteriza-se pelo império da lei como expressão da vontade geral; divisão de poderes, legalidade da administração e direitos e liberdades fundamentais, garantia jurídica formal e efetiva realização material.

O Estado de Direito, decorrente das revoluções burguesas, assumiu a forma de Estado Liberal, caracterizado principalmente pela existência de um Estado “negativo”, não interferindo além do estritamente necessário na vida do cidadão e nas relações sociais.

A propósito do Estado Liberal, a visão de Fonseca⁴¹:

⁴⁰ CESÁRIO, João Humberto. **Técnica processual e coletiva de interesses ambientais trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2012, p. 35.

⁴¹ FONSECA, Máira S. Marques da. **Redução da jornada de trabalho**. São Paulo: LTr, 2012, p. 75.

O Estado liberal, que assegurava apenas liberdade e igualdade formais, portava-se como mero espectador, de vez que, inspirado na fórmula erigida pelos fisiocratas, apoiada por Adam Smith, do *laissez faire* (deixe que faça). Desse modo, a classe capitalista, por deter a força do dinheiro, impunha ao proletariado, subjugado pela fome, a orientação que bem entendesse. Nesse contexto, a legitimação da ordem capitalista se fundava no que Weber chamou do “espírito do capitalismo”, diferenciando o contexto nascente da fase pré-capitalista que o antecedeu. Instaure-se uma nova racionalidade favorável ao acúmulo monetário e delineia-se uma sociedade predisposta aos “negócios, com indivíduos disciplinados, austeros e econômicos. (destaque no original)

O Estado passou a ter, então, uma postura neutra e quase ausente no que se refere ao trato com o cidadão. Valia-se do conceito formalista de legalidade para a consecução de seus fins, sendo o responsável por sua idealização e pelo desenvolvimento de sua concepção, a serviço dos interesses da burguesia emergente.

No final do século XIX, contudo, em decorrência das graves desigualdades sociais resultantes da Revolução Industrial e do aumento da miséria nos grandes centros urbanos, passou a haver demanda de uma maior intervenção do Estado na sociedade.

Iniciou-se, então, a transição do Estado Liberal para o chamado Estado do Bem Estar Social, caracterizado pelo aumento da regulação estatal, tornando-se responsável pelo desenvolvimento da sociedade. Seu apogeu deu-se após a II Guerra Mundial, principalmente, nas décadas de 1950 e 1970.

Fonseca⁴² desenvolve o tema:

Ao longo do século XIX e, mais acentuadamente, na primeira metade do século XX, identificou-se como um direito universal, disciplinador das relações entre capital e trabalho, de acordo com a percepção de que o Estado deveria equilibrar essas forças, indicando os caminhos da política econômica, bem como o trajeto que percorrem as ações relacionais entre a força humana de trabalho, os bens de produção e seus detentores.

⁴² FONSECA, Ricardo Tadeu da. **O trabalho da pessoa com deficiência**. São Paulo: LTR, 2006, p. 22.

O Estado do Bem Estar Social desenvolveu-se em países democráticos e com economias de mercado, de modo a assegurar a acumulação capitalista e, pelo aumento do poder intervencionista estatal, promover a paz social, na tentativa de conter os movimentos revolucionários inspirados na contrapartida existente ao modo de produção capitalista, o socialismo soviético.

O Estado mantinha a proteção dos direitos individuais, mas atuava, também, na promoção de obras sociais, na tentativa de minimizar desigualdades.

A partir da década de 70 do século XX, contudo, esse modelo começou a apresentar sinais de esgotamento.

A década foi marcada por crises, sobretudo em razão dos choques do petróleo, que provocaram imediata desorganização dos mercados, em uma crise que afetou sensivelmente os países industrializados de economia de mercado, causando o agravamento do processo inflacionário e desemprego.

Hobsbawm⁴³ dá um panorama a respeito desse momento:

Na década de 1970, tornou-se evidente que nenhum nome ou rótulo individual podia cobrir adequadamente um conjunto de países cada vez mais divergentes. O termo ainda era adequado para distinguir os países pobres do mundo dos ricos, e na medida em que o fosso entre as duas zonas, agora muitas vezes chamadas de "Norte" e "Sul", se alargava visivelmente, havia muito sentido na distinção. O Fosso em PNB *per capita* entre o mundo "desenvolvido" e o "atrasado" (isto é, entre os países da OCDE e as "economias baixas e médias") continuou a alargar-se: o primeiro grupo tinha em média 14,5 vezes o PNB *per capita* do segundo em 1970, porém mais de 24 vezes o PNB *per capita* em 1990 dos países pobres (World Tables, 1991, tabela I). Contudo, o Terceiro Mundo não é mais, demonstravelmente, uma entidade individual. O que o dividiu foi basicamente o desenvolvimento econômico. O triunfo da OPEP em 1973 produziu, pela primeira vez, um corpo de Estados do Terceiro Mundo, a maioria atrasada por quaisquer critérios e até então tão pobre, que agora surgiam como Estados supermilionários em escala mundial, sobretudo quando consistiam em pequenos trechos de areia ou floresta esparsamente habitados, governados (em geral) por xeques ou sultões. (destaque no original)

Fortalecidos pela crise econômica, vários fatores aumentaram a campanha contra o Estado Social e forçaram uma reação a ele, aproveitando a

⁴³ HOBBSAWM, Eric. **Era dos extremos**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 353.

instabilidade do quadro político e econômico para defender a limitação do poder de intervenção do Estado, modelo que, por pouco prometer aparentava tudo cumprir.

Em linhas gerais, a proeminência da ideologia neoliberal implicou no incentivo aos agentes individuais na economia e na defesa da propriedade privada dos meios de produção e do patrimônio. No plano político, na proposta de menor intervenção possível do Estado na economia, e, no âmbito econômico, na proposta do livre mercado.

A adesão ao neoliberalismo cresceu, progressivamente, após a queda do Muro de Berlim e o Brasil, assim como os demais países da América Latina, comprometeram-se às diretrizes neoliberais em 1989, em uma reunião que ficou conhecida como “Consenso de Washington”.

A respeito do surgimento e ideário do neoliberalismo, Dallegrave Neto⁴⁴:

Como reação (*outpuf*) ao ideal de *Keynes* que propugnava pela intervenção do Estado nas questões sociais – saúde, previdência, segurança, emprego e educação – o ideário neoliberal se impôs a partir da decadência do Welfare State gerada pelo endividamento interno e externo das nações, alta inflação dos países do terceiro Mundo, sobretudo em face da conjuntura econômica desfavorável: alta do petróleo, queda da bolsa de Nova Iorque, entre outros. Os primeiros governos neoliberais foram Margareth Thatcher, em 1979, e de Ronald Reagan, em 1980. Após a queda do muro de Berlim, início da década de 90, a adesão ao novo modelo foi maciça. Pode-se dizer que os teóricos do Neoliberalismo foram *Milton Friedmann* e *Friedrich Von Hayek*, ambos da chamada Escola de Chicago, sendo o último o autor da obra “O caminho da Servidão”, publicada em 1944, a qual introduziu os motes da nova ideologia: - Estado mínimo; - lei de mercado sobrepondo-se à lei do Estado; - submissão do social ao econômico; - ataque ao sindicalismo de combate. O Brasil e demais países da América Latina aderiram ao neoliberalismo em 1989, quando, endividados, foram buscar empréstimos ao FMI e BIRD em reunião que ficou conhecida como Consenso de Washington. A liberação de verbas ficou condicionada ao cumprimento de uma receita neoliberal passada pelos credores: - privatização; - queda das barreiras alfandegárias; - livre circulação de bens, de serviços e de trabalhadores; - facilitação ao capital especulativo internacional; - desregulamentação de direitos sociais e trabalhistas, iniciando pela flexibilização do Direito do Trabalho. (destaque no original)

⁴⁴ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Direito do trabalho contemporâneo: flexibilização e efetividade**. São Paulo: LTr, 2003, p. 8-9.

O fenômeno da constitucionalidade emerge nos Estados Democráticos de Direito representando um novo passo rumo à concretização da Justiça Social.

6. O ACESSO À JUSTIÇA

O direito fundamental do acesso à justiça não se confunde com acesso ao judiciário.

O acesso ao judiciário encontra-se no direito de petição, insculpido no art. 5º, XXXIV, ‘a’, da CF⁴⁵ e no princípio da inafastabilidade da jurisdição, resguardado no art. 5º, XXXV, da mesma Carta, mais se aproximando do direito de ação.

O acesso à justiça, por sua vez, encontra-se umbilicalmente ligado ao resultado da solução do conflito, no sentido de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa, efetivar a promoção da justiça.

Cappelletti e Garth⁴⁶, salientando que a expressão acesso à justiça é de difícil definição, dizem que ela serve para determinar dois fins básicos do sistema jurídico: igualmente de acesso a todos e produção de resultados que sejam individual e socialmente justos.

Leite⁴⁷, enaltecendo a importância de ditos juristas no que concerne ao tema, aclara:

Mauro Cappelletti e Bryant Garth, em obra que se tornou clássica, esclarecem que o problema do acesso à justiça - no sentido integral, ressaltamos, pode ser visualizado por meio de três “ondas”. A *primeira onda* cuida de assegurar a assistência judiciária aos pobres; a *segunda onda*, também cognominada de coletivização do processo, propugna uma adequada representação dos interesses coletivos *lato sensu*, que abrangem os interesses difusos, coletivos (*stricto sensu*) e individuais homogêneos; a *terceira onda* – também chamada pelos referidos autores de “ênfase do acesso à Justiça” – é mais abrangente, porque nela reside uma enorme gama de fatores a serem analisados para melhor aperfeiçoamento da solução dos conflitos. É nessa última onda que surgiram os mecanismos judiciais que visam, sobretudo, à celeridade do processo, como os juizados especiais de pequenas causas, a antecipação de tutela, o procedimento sumaríssimo; além de outros institutos alternativos extrajudiciais,

⁴⁵ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 mar. 2013.

⁴⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988, p. 120.

⁴⁷ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. São Paulo: LTr, 2007, p. 139-140.

como a arbitragem, a mediação, a conciliação, o termo de compromisso de ajuste de conduta firmado perante o Ministério Público, etc. (destaque no original)

A respeito da importância do acesso à justiça, Paroski⁴⁸ ensina:

Na doutrina nacional predomina nos últimos quinze ou vinte anos, pelo menos, o entendimento de que o acesso à Justiça não significa somente mero acesso aos tribunais, mas sim obter concretamente a tutela jurisdicional quando se tem razão, que tanto pode ser prestada ao autor (procedência da demanda) como ao réu (improcedência da demanda). Mas não basta, ainda assim, em grande parte dos casos, a obtenção de solução jurisdicional para os conflitos de interesses, pois, esta nem sempre é adequada, tempestiva e efetiva. [...] O acesso à justiça talvez seja o mais básico dos direitos fundamentais, pois que é através de seu exercício que outros direitos fundamentais podem ser assegurados quando violados, pela imposição de sua observância pelos órgãos estatais encarregados da jurisdição. Numa sociedade em que a ordem jurídica não garante a preservação ou o restabelecimento de direitos na iminência de sofrer lesão ou lesados, respectivamente, incluindo os direitos civis, políticos, culturais, econômicos e sociais, não se pode falar em pleno acesso à justiça.

O direito fundamental do acesso à justiça desfruta de proteção constitucional, e é dever do Estado, indubitavelmente, quando provocado na forma da lei, prestar jurisdição.

6.1. Princípio da Inafastabilidade do Acesso ao Poder Judiciário

O Princípio da Inafastabilidade do Acesso ao Poder Judiciário está previsto na Constituição Federal de 1988⁴⁹, no TÍTULO II - DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS, mais precisamente, no seu art. 5º, XXXV: "A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito."

A garantia contida no princípio não é inédita no ordenamento jurídico brasileiro.

⁴⁸ PAROSKI, Mauro Vasni. **Direitos fundamentais e acesso à justiça na Constituição**. São Paulo: LTr, 2008, p. 138.

⁴⁹ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 mar. 2013.

Bastos⁵⁰ refere que o princípio poderia ser encontrado até mesmo na Primeira Constituição Republicana implícito na sistemática constitucional adotada. Menciona que em 1891, o Brasil filiou-se ao sistema da tripartição dos Poderes de maneira desenganada, inspirando-se a partir de então na Constituição norte-americana, influência da qual se consegue explicar o motivo pelo qual sempre "coube o recurso último para todas as lesões de direito, provenham de onde provierem, ao Poder Judiciário".

A Carta Magna de 1946⁵¹, no seu art. 141, § 4º, já trazia o princípio em redação bastante parecida à atual: "A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual."

Silva⁵², incluindo o mandamento da Igualdade ao discorrer sobre o Princípio do Acesso à Justiça, diz: "formalmente, a igualdade perante a Justiça está assegurada pela Constituição, desde a garantia de acessibilidade a ela (art. 5º, XXXV)." Ressalva, porém, que "realmente essa igualdade não existe". Acredita que "tratar como igual sujeitos com diferenças econômicas e sociais não é outra coisa senão ulterior forma de desigualdade e de injustiça."

Bonavides⁵³ denomina essa garantia como constitucional qualificada ou de primeiro grau, protegida simultaneamente contra dois legisladores, o ordinário e o próprio constituinte, que poderia vir a emendar a Constituição.

A garantia constitucional de primeiro grau do art. 5º, XXXV, protege o espírito da Carta, deixando-a fora do poder de emenda, livre do poder de alteração que tente suprimi-la ou restringi-la.

Qualquer modificação da garantia significaria supressão ou mudança da essência, da natureza e da própria razão de ser da Lei Suprema.

⁵⁰ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 214.

⁵¹ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 22 mar. 2013.

⁵² SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 219.

⁵³ BOVAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 549.

Para ilustrar a questão, Bonavides⁵⁴ indica: "Nunca houve, no constitucionalismo brasileiro, [...], uma defesa constitucional tão rígida de dois princípios supremos do velho Estado de Direito do liberalismo: a separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais."

Intrinsecamente ligado ao Princípio do Acesso à Justiça, o Princípio do Devido Processo Legal, constante do art., 5º, LIV, da CRFB/1988, que, além da elaboração regular e correta da lei, também envolve a sua razoabilidade e o enquadramento nas preceituações constitucionais. Foi o que se consolidou como devido processo legal em sentido material ou substancial.

Silva⁵⁵ adverte que no art. 5º, XXXV, da CRFB/88 já se encontra inserido o direito de invocar a atividade jurisdicional, como direito público subjetivo. Assegura-se, neste caso, o direito de agir, o direito de ação.

Oportuno salientar, aqui, que a Constituição Federal de 1988 abriu duas exceções, no particular.

A Carta exige o prévio acesso a instâncias da justiça desportiva, nos casos das ações relativas à disciplina e às competições desportivas reguladas em lei (art. 217, §1º, CF).

No tocante a esse objeto, necessário recorrer-se à administração, antes de se dirigir ao Poder Judiciário. O próprio texto constitucional dispõe, no entanto, que se em sessenta dias o processo administrativo não estiver concluído, a lide poderá ser levada ao Judiciário.

O livre acesso foi excetuado, também, no campo de questões trabalhistas, limitado às ações coletivas.

Prevista o art. 114, § 2º⁵⁶:

§ 2º - Recusando-se qualquer das partes à negociação ou à arbitragem, é facultado aos respectivos sindicatos ajuizar dissídio

⁵⁴ BOVAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 549.

⁵⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 5ª ed. São Paulo: RT, 1989, p. 372.

⁵⁶ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 29 mar. 2013.

coletivo, podendo a Justiça do Trabalho estabelecer normas e condições, respeitadas as disposições convencionais e legais mínimas de proteção ao trabalho.

Alterado pela EC nº 45/2004, hoje dispõe⁵⁷:

§ 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.

Em vigor a Lei 9.958/2000, que alterou e acrescentou artigos à CLT, dispondo sobre as Comissões de Conciliação Prévia, muito passou-se a discutir nos meios jurídicos se poderia o legislador ordinário impor ou criar óbices ao acesso à Justiça, mediante meio extrajudicial alternativo de solução de conflitos de interesse, máxime em se tratando de ação trabalhista, de cunho alimentar.

6.2. O Acesso à Justiça e o Disposto no Art. 625-D da CLT

O fato de a sociedade atual passar por profundas transformações produz reflexos na grande diversidade das relações sociais e no aumento de conflitos sociais.

Hackradt⁵⁸ comenta:

Vivemos a época da verdadeira apropriação deste conteúdo social inserido num contexto que se tem revelado em paradoxos expressivos: ao lado de considerar o trabalho remunerado como mal social maior, o Estado se ocupa de mobilizar e encontrar meios para a criação de empregos e ocupação a todo custo, o que vem revelando, pela ingerência de uma economia distanciada de soberania, o incremento de processos judiciais na esfera laboral com repercussão crucial para solução e celeridade.

⁵⁷ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 29 mar. 2013.

⁵⁸ HACKRADT, Hermann de Araújo. Princípios da execução e o art. 620 do CPC. In: CASTRO, Maria do Perpétuo Socorro Wanderley de (coord). **Processo de Execução**. São Paulo: LTr, 2002, p. 22.

O incremento do número de ações propostas perante o Poder Judiciário vem gerando a morosidade da Justiça. Com a intenção de resolver o problema, vem-se buscando meios alternativos de solução dos conflitos sociais, como por negociação coletiva, arbitragem, mediação e conciliação.

Nas palavras de Martins⁵⁹:

A criação das comissões prévias de conciliação, assim como dos juizados especiais de pequenas causas trabalhistas, é uma reivindicação antiga da doutrina, de forma a tentar desafogar a Justiça do Trabalho do excessivo número de processos.

A conciliação voluntária vem sendo incentivada na área do Direito do Trabalho Internacional a partir da Recomendação nº 92 da Organização Internacional do Trabalho⁶⁰, de 1951.

Nesse contexto, surgiram as Comissões de Conciliação Prévia.

A Lei n. 9.958/2000, resultado do Projeto de Lei n. 4.694/1998, de iniciativa do Poder Executivo Federal, cujo nítido objetivo era desafogar o Judiciário Trabalhista, alterou a Consolidação das Leis do Trabalho acrescentando-lhe os arts. 625-A a 625-H e 877-A⁶¹ e modificando a redação do art. 876⁶², para instituir as Comissões de Conciliação Prévia (CCP).

Dessa legislação, destaca-se o art. 625-D, §2º, parte final, exigência de tentativa de conciliação entre empregado e empregador antes do ajuizamento de qualquer demanda individual trabalhista.

Dessa tentativa de conciliação podem surgir duas conseqüências.

⁵⁹ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito processual do trabalho**. 20ª Ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 77.

⁶⁰ Disponível em:

<http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTUMENT_ID:312430:NO>. Acesso em: 22 mar. 2013.

⁶¹ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>. Acesso em: 22 mar. 2013.

⁶² CLT. Art. 876. As decisões passadas em julgado ou das quais não tenha havido recurso com efeito suspensivo; os acordos, quando não cumpridos; os termos de ajuste de conduta firmados perante o Ministério Público do Trabalho e os termos de conciliação firmados perante as Comissões de Conciliação Prévia serão executados pela forma estabelecida neste Capítulo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 22 mar. 2013.

Exitoso o acordo, a conciliação é reduzida a termo e serve como título executivo extrajudicial, com eficácia liberatória geral para as partes, nos termos do art. 625-E, parágrafo único, da CLT.

Infrutífero, é fornecido a empregado e empregador uma declaração da tentativa frustrada, a ser juntada à eventual reclamação trabalhista (art. 625-D, § 2º, CLT).

Díssonas, porém, doutrina e jurisprudência, no tocante à exigência prevista na lei, sobretudo frente aos Princípios Constitucionais da Inafastabilidade do Acesso à Justiça e Devido Processo Legal, previstos, respectivamente, no art. 5º, XXXV e LIV, da CRFB/88.

Uma parte da doutrina, integrada por Saad⁶³, passou a entender que o art. 625-D não feriria o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, pois a submissão do conflito trabalhista à CCP constituir-se-ia somente em mais uma condição da ação a ser observada.

Assim, é fora de dúvida, que, onde houver Comissão de Conciliação Prévia – de empresa ou sindical – é o trabalhador obrigado a levar a seu conhecimento – para fins de mediação – o ou os fatos geradores do litígio com a empresa. A nosso ver, trata-se de nova condição de ação. [...] Não tem o preceito a mácula de inconstitucionalidade. Tê-la-ia se, realmente, obstasse o acesso do empregado à Justiça (inciso XXXV do art. 5º da CF). Mas, em verdade, o que esse preceito legal exige é que, antes de ir a Juízo apresentar sua reclamação, deve o empregado recorrer à Comissão de Conciliação – se ela existir. Tem ele a liberdade de aceitar, ou não, proposta que ponha fim ao dissídio. Frustrada a tentativa de conciliação, abre-se-lhe caminho de acesso ao Judiciário.

Martins Filho⁶⁴ sustentou que a exigência seria pressuposto processual para o ajuizamento da ação trabalhista e não óbice ao acesso do Judiciário:

As comissões de conciliação prévia não constituem óbice ao acesso ao Judiciário, assegurado pelo art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, na medida em que são apenas instância prévia conciliatória,

⁶³ SAAD, Eduardo Gabriel; SAAD, José Eduardo Duarte. **CLT**. São Paulo: LTr, 2009, p. 808.

⁶⁴ MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. A Justiça do Trabalho do Ano 2000: as Leis 9.756/1998, 9.957 e 9.958/2000, a Emenda Constitucional n. 24/1999 e a Reforma do judiciário. **Revista LTr**. São Paulo: LTr., fev.2000, 64-02/166.

em que a comissão deve dar resposta em 10 dias (CLT, art. 625-F), o que, de forma alguma, representa óbice ao acesso ao Judiciário.

Barros⁶⁵, por sua vez, empreendeu a seguinte tese:

Em consequência, e considerando que a conciliação prévia não retira da Justiça do Trabalho a apreciação de qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito, mas apenas difere no tempo a acionabilidade, fica afastada a inconstitucionalidade por afronta ao art. 5º, inciso XXXV, da Constituição da República de 1988. É que essas técnicas de conciliação prévia, à semelhança do que já ocorreu nos processos de dissídio coletivo, constituem pré-requisito da ação e se inspiram em exigências de economia processual.

Outra parte da doutrina, todavia, passou a defender que condicionar a apreciação da demanda à prévia submissão à CPP, estatuidando uma espécie de jurisdição condicionada, violaria o princípio do acesso à justiça.

Souto Maior⁶⁶ posicionou-se no sentido de que a Lei n. 9.958/2000 não previu a obrigatoriedade da tentativa de conciliação, observando que o dispositivo do projeto que previa sanção por litigância de má-fé não foi aprovado e que

Não se poderá entender que a ‘declaração da tentativa de conciliação’, mencionada no § 2º, do art. 652-D, seja um documento indispensável à propositura da ação trabalhista, motivando a extinção do feito, sem julgamento do mérito, sem sua apresentação com a petição inicial, já que esta pena não está prevista na lei e trata-se de princípio hermenêutico a noção de que as regras de restrição de direitos não se interpretam ampliativamente; além do que ‘ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei’ (inc. II do art. 5º da CF).

Segundo o doutrinador, mesmo que a lei fosse expressa a respeito, sua aplicabilidade estaria obstada por ferir a garantia do acesso à justiça, prevista no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

⁶⁵ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2007, p. 210.

⁶⁶ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Comissões de Conciliação Prévia. Síntese Trabalhista**. ST 128, fev/2000. Porto Alegre: Editora Síntese Ltda, 2000, p.130-131.

Leite⁶⁷, por sua vez, defendeu a seguinte posição:

De nossa parte, pensamos que a Comissão de Conciliação Prévia nada mais é do que um meio alternativo de acesso à Justiça, tal como preconizado por Mauro Cappelletti como “terceira onda” de acesso a uma ordem justa. Vale dizer, interpretamos o art. 625-D da CLT conforme os arts. 5º, XXXV, e 114 da Constituição da República, em função do que trabalhador tem a opção de formular sua reclamação perante a CCP ou, se preferir, ajuizar diretamente a sua demanda perante a Justiça do Trabalho. No primeiro caso, o termo de conciliação que for lavrado valerá como título executivo extrajudicial (CLT, art. 876); no segundo, subentende-se que o trabalhador renunciou ao direito de ver sua pretensão solucionada extrajudicialmente.

Por envolver princípios constitucionais da maior relevância, a matéria, inquestionavelmente, não passou despercebida aos mais renomados doutrinadores do país, que dela passaram a se ocupar.

⁶⁷ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. São Paulo: LTr, 2007, p. 312-313.

7. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Barroso⁶⁸, com propriedade, esclarece os atos passíveis de controle de constitucionalidade:

[...] a expressão “controle de constitucionalidade” é com frequência empregada em relação a atos materialmente normativos, isto é, àqueles que disciplinam condutas de caráter geral e abstrato. As Leis emanadas do Poder Legislativo, são o exemplo mais típico de atos dessa natureza, mas também se incluem nessa categoria atos editados pelo Executivo (como as medidas provisórias e certos tipos de atos normativos administrativos) e pelo Judiciário (como os regimentos internos dos tribunais). Mas não apenas estes. De fato, os atos materialmente administrativos, em geral oriundos do Executivo (mas, eventualmente, também do Legislativo e do Judiciário), sujeitam-se, da mesma forma, ao teste de constitucionalidade e são invalidáveis por juízes e tribunais. O mesmo se passa com as decisões judiciais, que comportam recursos tendo por fundamento sua contrariedade à Constituição. De modo que, em sentido amplo, o controle de constitucionalidade é exercido sobre quaisquer atos dos Poderes.

Exercido sobre quaisquer atos dos Poderes, vasto, sem dúvida, é o campo de aplicação do controle de constitucionalidade.

7.1. Modalidades de Controle de Constitucionalidade

Pode-se dizer que o controle judicial de constitucionalidade nasceu em 1803, no direito norte-americano, a partir da decisão da Suprema Corte no caso *Marbury contra Madison*.

A relevância histórica desse julgado não passou despercebida a Cappelletti⁶⁹:

É famosa, a este respeito, a sentença da *Supreme Court* (redigida por seu *Chief Justice*, John Marshall) na causa *Marbury versus Madison*

⁶⁸ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 2.

⁶⁹ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1984, p. 47-48.

de 1803, na qual a alternativa entre Constituições rígidas e Constituições flexíveis e a necessidade de uma escolha entre uma e outra das duas soluções encontram-se enunciadas com insuperável clareza. É de todo evidente – diz-se com precisão naquela sentença – que ou a Constituição prepondera sobre os atos legislativos que com ela contrastam ou o poder legislativo pode mudar a Constituição através de lei ordinária. Não há meio termo entre estas duas alternativas. Ou a Constituição é uma lei fundamental, superior e não mutável por meios ordinários, ou ela é colocada no mesmo nível dos atos legislativos ordinários e, como estes, pode ser alterada ao gosto do poder legislativo. Se é correta a primeira alternativa, então é preciso concluir que um ato legislativo contrário à Constituição não é lei; se é correta, ao contrário, a segunda alternativa, então quer dizer que as Constituições escritas outra coisa não são que absurdas tentativas de limitar um poder que é, por sua natureza, ilimitável. A opção do *Chief Justice* Marshall, com a proclamação da supremacia da Constituição sobre as outras leis e com o conseqüente poder dos juízes de não aplicar as leis inconstitucionais, certamente representou, então, repito, uma grande e importante inovação. E se é verdadeiro que hoje quase todas as Constituições modernas do mundo “ocidental” tendem, já, a afirmar o seu caráter de Constituições rígidas e não mais flexíveis, é também verdadeiro, no entanto, que este movimento, de importância fundamental e de alcance universal, foi efetivamente, iniciado pela Constituição norte-americana de 1787 e pela corajosa jurisprudência que a aplicou. (destaque no original)

O controle de constitucionalidade, no Brasil, é essencialmente judicial, vez que compete aos órgãos do Poder Judiciário dar a última palavra a respeito da constitucionalidade de uma norma.

Não se olvida, porém, que o direito brasileiro adota, também, outras instâncias de controle de constitucionalidade, político, tanto na esfera do Poder Executivo - como quando uma lei é vetada por inconstitucionalidade - como na esfera do Poder Legislativo - como quando há rejeição de projeto de lei pela Comissão de Constituição e Justiça da casa legislativa, por inconstitucionalidade.

Barroso⁷⁰ discorre a esse respeito:

No Brasil, onde o controle de constitucionalidade é eminentemente de natureza judicial – isto é, cabe aos órgãos do Poder Judiciário a palavra final acerca da constitucionalidade ou não de uma norma –, existem, no entanto, diversas instâncias de controle político da constitucionalidade, tanto no âmbito do Poder Executivo – e.g., o

⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 43.

veto de uma lei por inconstitucionalidade – como no Poder Legislativo – e.g., rejeição de um projeto de lei pela Comissão de Constituição e Justiça da casa legislativa, por inconstitucionalidade.

Dois podem ser os momentos de manifestação do controle de constitucionalidade, prévio, realizado por alguns órgãos estatais antes da conclusão do ato normativo, ou posterior, efetuado após a conclusão do ato normativo.

No Brasil, o controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário é eminentemente sucessivo, também denominado de repressivo ou “a posteriori”, vez que ocorre após a promulgação e publicação do ato normativo combatido.

Conforme Mendes⁷¹, “o controle abstrato pressupõe a existência formal da lei ou do ato normativo. A vigência da lei não parece constituir requisito de admissibilidade, afigurando-se suficiente a promulgação e publicação definitiva”.

Clève⁷² pondera, no entanto, que

A deliberação, pela instituição parlamentar, de propostas tendentes a abolir as “cláusulas pétreas” (o “cerne” da Constituição), pelo risco evidente de quebra da “identidade” da Lei Fundamental, é de tal gravidade, dando margem, no caso de aprovação, a situações políticas de tal ordem, que a prevenção (fiscalização preventiva) parece justificada (além de autorizada pelo texto constitucional quando interpretado de modo ajustado).

Tavares⁷³ indica como o Supremo Tribunal Federal resolve essa questão:

O Poder Judiciário, no caso o próprio Supremo Tribunal Federal, poderá ser conclamado a exercer o controle preventivo de propostas de emendas à Constituição, tendo em vista o disposto no § 4º do art. 60, ao estabelecer que “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir [...]”. Ora, a mera apresentação de proposta que viole algumas das matérias enunciadas no dispositivo já viola a Constituição. O Supremo Tribunal Federal, embora admita o controle preventivo nessas hipóteses, apenas o admite em caráter incidental,

⁷¹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade**: Aspectos jurídicos e políticos. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 264.

⁷² CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: RT, 1995, p. 134.

⁷³ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 214.

permitindo a qualquer parlamentar impetrar mandado de segurança.

Salutar, dessa forma, o controle preventivo pelo Poder Judiciário em hipótese de proposta de lei tendente a abolir “cláusulas pétreas”, tendo em vista que um dos fundamentos do controle de constitucionalidade é a proteção dos direitos fundamentais, inclusive e sobretudo os das minorias, em face de maiorias parlamentares eventuais.

Seu pressuposto é a existência de valores materiais compartilhados pela sociedade que devem ser preservados das injunções estritamente políticas”.⁷⁴

Quanto ao órgão que o exercita, o controle pode ser difuso ou concentrado.

Controle difuso é aquele que permite a todo e qualquer juiz ou tribunal reconhecer a inconstitucionalidade de norma e, por consequência, sua não aplicação ao caso concreto. Fundamenta-se no fato de que a Constituição é uma lei, dotada de supremacia, cabendo a todos os juízes interpretá-la e, até mesmo, negar aplicação às normas infraconstitucionais com ela conflitantes.

Assim, nesse sistema, todos os órgãos judiciários - inferiores, superiores, estaduais ou federais - têm o poder e o dever de não aplicar normas inconstitucionais que tenham sido levadas ao seu julgamento.

A respeito do controle judicial difuso de constitucionalidade das leis, controle por via de exceção, método “americano”, interessantes os esclarecimentos de CAPPELLETTI⁷⁵, que remetem à histórica sentença do Juiz Marshall:

Ela foi precisada, com grande clareza, já na motivação da famosa sentença de 1803, redigida por John Marshall, no caso *Marbury versus Madison*, e, ainda antes, tinha sido limpidamente formulada por Alexander Hamilton. Raciocina-se em última análise, deste modo: a função de todos os juízes é de interpretar a lei, a fim de aplicá-las aos casos concretos de vez em vez submetidos a seu julgamento: uma das regras mais óbvias da interpretação das leis é aquela segundo a qual, quando duas disposições legislativas estejam em contraste entre si, o juiz deve aplicar a prevalente; tratando-se de

⁷⁴ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 2.

⁷⁵ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1984, p. 75-76.

disposições de igual força normativa, a prevalente será indicada pelos usuais, tradicionais critérios “lex posterior derogat legi priori”, “lex specialis derogat legi generali”, etc; mas, evidentemente, estes critérios não valem mais e vale – ao contrário, em seu lugar, o óbvio critério “lex superior derogat legi inferiori” - quando o contraste seja entre disposições de diversa força normativa: a constitucional, quando a Constituição seja “rígida” e não “flexível”, prevalece sempre sobre a norma ordinária contrastante [...] Logo, conclui-se que qualquer juiz, encontrando-se no dever de decidir um caso em que seja ‘relevante’ uma norma legislativa ordinária contrastante com a norma constitucional, deve não aplicar a primeira e aplicar, ao invés, a segunda”. (destaque no original)

No sistema concentrado, o controle de constitucionalidade é exercido por um único órgão ou número limitado de órgãos, criados para esse fim, ou para que tenha nesta atividade sua principal função.

Merecem grifo as palavras de Canotilho⁷⁶, que remetem à origem histórica dessa espécie de controle:

Chama-se **sistema concentrado** porque a competência para julgar definitivamente acerca da constitucionalidade das leis é reservada a um único órgão, com exclusão de quaisquer outros. Este tipo comporta uma grande variedade de subtipos: o órgão competente para a fiscalização tanto pode ser um órgão da jurisdição ordinária (ex: Tribunal Supremo) ou um órgão especialmente criado para este efeito (ex.: Tribunal Constitucional). A idéia de um controle concentrado está ligada ao nome de Hans Kelsen, que o concebeu para ser consagrado na constituição austríaca de 1920 (posteriormente aperfeiçoado na reforma de 1929). A concepção Kelseniana diverge substancialmente da *judicial review* americana: o controlo constitucional não é propriamente uma *fiscalização judicial*, mas uma *função constitucional autônoma que tendencialmente se pode caracterizar como legislação de função negativa*. No juízo acerca da compatibilidade ou incompatibilidade (*Vereinbarkeit*) de uma lei ou norma com a constituição não se discutiria qualquer caso concreto (reservado à apreciação do tribunal *a quo*) nem se desenvolveria uma actividade judicial. (destaque no original)

No Brasil o controle concentrado, perante o Supremo Tribunal Federal, também chamado de ação genérica, mediante representação do Procurador-Geral

⁷⁶ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 833-834.

da República, foi introduzido pela Emenda nº 16, de 06 de dezembro de 1965⁷⁷.

Merece registro, no entanto, já existir à época no sistema brasileiro, criada pela Constituição de 1934⁷⁸, a representação interventiva, igualmente de competência do Supremo Tribunal Federal, pressuposto para a intervenção federal nos estados, em casos especificados⁷⁹.

No que concerne ao controle por via principal ou ação direta no Brasil, a ação direta interventiva, instrumento de fiscalização concreta da constitucionalidade, paulatinamente, deu margem ao surgimento de mecanismo abstrato desta fiscalização.

Somente com a Emenda Constitucional 16/65 é que o Brasil passou a adotar verdadeiro instrumento de fiscalização abstrato de atos normativos, que tanto pode incidir sobre ação normativa estatal como sobre omissão inconstitucional do poder público⁸⁰.

O Constituinte de 1988 deixou a expressão “representação de inconstitucionalidade” para adotar a expressão “ação direta de inconstitucionalidade”, ação sujeita ao controle concentrado.

Este controle não é mecanismo de tutela de direito subjetivo, mas de preservação da harmonia do sistema jurídico, pois tem por objeto a discussão acerca da validade da norma em si, exercido fora de um caso concreto, de disputa entre partes.

⁷⁷ Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1960-1969/emendaconstitucional-16-26-novembro-1965-363609-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 22 mar. 2013.

⁷⁸ CRFB/1934. Art. 12 - A União não intervirá em negócios peculiares aos Estados, salvo: [...] V - para assegurar a observância dos princípios constitucionais especificados nas letras *a* a *h*, do art. 7º, nº I, e a execução das leis federais; [...] § 2º - Ocorrendo o primeiro caso do nº V, a intervenção só se efetuará depois que a Corte Suprema, mediante provocação do Procurador-Geral da República, tomar conhecimento da lei que a tenha decretado e lhe declarar a constitucionalidade.

⁷⁹ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 22 mar. 2013.

⁸⁰ Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1960-1969/emendaconstitucional-16-26-novembro-1965-363609-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 22 mar. 2013.

7.2. Inconstitucionalidade Formal e Material

Conforme o defeito de origem que denigre o ato questionado, há inconstitucionalidade formal ou material.

Vícios formais o afetam no tocante aos pressupostos e procedimentos relativos à sua formação, acarretando inconstitucionalidade formal. Vícios materiais que dão origem à inconstitucionalidade material, concernem ao próprio conteúdo do ato.

Barroso⁸¹ esclarece a distinção:

Ocorrerá inconstitucionalidade *formal* quando um ato legislativo tenha sido produzido em desconformidade com as normas de competência ou com o procedimento estabelecido para o seu ingresso no mundo jurídico. A inconstitucionalidade será *material* quando o conteúdo do ato infraconstitucional estiver em contrariedade com alguma norma substantiva prevista na Constituição, seja uma regra ou princípio. (destaque no original)

7.3. Inconstitucionalidade por Ação e por Omissão

O controle de constitucionalidade, por tradição, tem se ocupado dos atos positivos do legislador ou outros órgãos estatais.

A moderna dogmática constitucional, todavia, tem desenvolvido esforços para construir mecanismos hábeis para impedir ilegitimidades decorrentes da inércia dos órgãos legislativos, com vistas à efetiva concretização dos princípios estabelecidos na Constituição.

Constatando-se caso de reclamação expressa ou implícita da Constituição, a inércia do legislador consagra a inconstitucionalidade.

A inconstitucionalidade por ação relaciona-se com a produção de ato normativo em desconformidade com a Constituição. Atrela-se à norma que formalmente ingressou no mundo jurídico, mas que padece de vício de validade.

⁸¹ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 26.

Fachin⁸² trabalha os conceitos:

A inconstitucionalidade por ação é de fácil compreensão. O agente estatal produz um ato normativo que, de algum modo, contraria a Constituição. A inconstitucionalidade por omissão ocorre quando a Constituição é contrariada pela inércia de quem tinha o dever constitucional de agir. [...] Na inconstitucionalidade por omissão o que ofende a Constituição é o comportamento negativo do órgão estatal, o silêncio, a inércia, o não-agir, quando a Constituição impõe, concretamente, que determinado ato seja praticado. Tal tipo de inconstitucionalidade pode ser total, quando não se praticou o ato a que estava constitucionalmente obrigado a fazer, ou parcial, quando o agente estatal cumpriu parte do dever imposto pela Constituição.

A inconstitucionalidade por ação, portanto, pode atingir todo o texto impugnado ou afetá-lo apenas parcialmente, atingindo apenas um ou alguns dispositivos do texto ou, até mesmo, uma ou algumas de suas palavras.

⁸² FACHIN, Zulmar. **Teoria geral do direito constitucional**. Londrina: IDCC, 2006, p. 152.

8. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (GENÉRICA)

Como referido, até 1965, com exceção da reclamação interventiva, era impossível a provocação e manifestação direta do Supremo Tribunal Federal, que apenas o fazia como última instância do Poder Judiciário.

A ação direta de inconstitucionalidade encontra previsão no art. 102, I, “a”, da Constituição Federal⁸³.

Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: “I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal”.

A matéria está regulada pela Lei nº 9.868/99.

Clève⁸⁴ a aborda:

Cuida-se, a ação direta genérica, de verdadeira ação. Dispõe dessa natureza porque configura mecanismo especial de provocação da jurisdição constitucional. Não se trata, pois, de mera representação, embora as Constituições anteriores, inclusive a Emenda 16/65, tivesse utilizado essa expressão.

Esclarece, porém, tratar-se de ação que inaugura um “processo objetivo”, no qual inexistente lide - eis que não há interesses concretos em jogo, pretensão resistida - e que, como qualquer outro processo, constitui instrumento de jurisdição, pelo qual será solucionada questão constitucional.⁸⁵

Os legitimados ativos da ação direta de inconstitucionalidade, ao provocar o órgão encarregado de exercer esta jurisdição, não buscam a tutela de um direito subjetivo, mas a defesa da ordem constitucional objetiva, na qual tem interesse toda a coletividade, de forma genérica.

⁸³ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 mar. 2013.

⁸⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: RT, 1995, p. 112.

⁸⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: RT, 1995, p. 112-113.

A questão, igualmente, é objeto da obra de Mendes⁸⁶:

Não se cogita, propriamente, de defesa do interesse do requerente (*Rechtsschutzbedürfnis*), que pressupõe a defesa de situações subjetivas. Nesse sentido, assentou o *Bundesverfassungsgericht* que, no controle abstrato de normas, cuida-se fundamentalmente, de um processo unilateral, não-contraditório, isto é, de um processo sem partes, no qual existe um requerente, mas inexistente requerido. (destaque no original)

A ação não visa tutelar direito subjetivo. Ao provocar o órgão encarregado, os legitimados ativos da ação direta de inconstitucionalidade buscam, apenas, a defesa da ordem constitucional objetiva.

8.1. Legitimidade

Apesar de ter ampliado, consideravelmente, os legitimados a propor a ação, o Constituinte de 1988 não chegou ao ponto de tratá-la como “*actio popularis*”. A esse respeito, a nota de Bonavides⁸⁷, ao abordar o controle por via de ação:

Observa-se em alguns sistemas constitucionais certa relutância em admitir uma abertura ampla à iniciativa individual na movimentação do mecanismo de controle por via de ação. Fica esse controle ordinariamente reservado apenas a algumas autoridades públicas, numa vedação que tem feito bastante débil e ilusória a garantia dos jurisdicionados perante as leis inconstitucionais.

Os legitimados ativos para a ação estão arrolados no art. 103 da Constituição Federal⁸⁸: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de

⁸⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade**: Aspectos jurídicos e políticos. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 250.

⁸⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18º Ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 308.

⁸⁸ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 mar. 2013.

Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Os incisos IV e V sofreram alteração pela Emenda Constitucional 45/2004⁸⁹.

Por se tratar fundamentalmente de processo objetivo, como o reconhece o Supremo Tribunal Federal⁹⁰, possui partes meramente formais, pois a ação não é proposta em face de alguém, mas de um ato normativo, apontado como ilegítimo, do ponto de vista constitucional.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem estabelecido diferença de tratamento entre os chamados legitimados universais e legitimados especiais.

Em face da relação de pertinência entre o ato impugnado e as funções exercitadas, aqueles não precisam demonstrar interesse enquanto, estes, sim. O Supremo tem se guiado, portanto, por uma interpretação restritiva do art. 103 da

⁸⁹ Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. Acesso em: 22 mar. 2013.

⁹⁰ “RECLAMAÇÃO - GARANTIA DA AUTORIDADE DE DECISÃO PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - EXCEPCIONALIDADE DO SEU CABIMENTO - AUSÊNCIA DE LEGITIMIDADE ATIVA - PEDIDO NÃO CONHECIDO. - O ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade, perante o Supremo Tribunal Federal, faz instaurar processo objetivo, sem partes, no qual inexistente litígio referente a situações concretas ou individuais. A natureza eminentemente objetiva do controle normativo abstrato afasta o cabimento do instituto da reclamação por inobservância de decisão proferida em ação direta (Rcl 354, Rel. Min. CELSO DE MELLO). Coloca-se, contudo, a questão da conveniência de que se atenuem o rigor dessa vedação jurisprudencial, notadamente em face da notória inobservância de alguns Tribunais judiciários as teses jurídicas consagradas nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em ações diretas de inconstitucionalidade. - A expressão "parte interessada", constante da Lei n. 8.038/90, embora assumam conteúdo amplo no âmbito do processo subjetivo, abrangendo, inclusive, os terceiros juridicamente interessados, devera no processo objetivo de fiscalização normativa abstrata, limitar-se apenas aos órgãos ativos ou passivamente legitimados a sua instauração (CF, art. 103). Reclamação que não é de ser conhecida, eis que formulada por magistrados, estranhos ao rol taxativo do art. 103 da Constituição.” (QUESTÃO DE ORDEM NA MEDIDA CAUTELAR NA RECLAMAÇÃO 397 MC-QO - Relator(a): Min. CELSO DE MELLO - Julgamento: 25/11/1992 Órgão Julgador: Tribunal Pleno - Publicação - DJ 21-05-1993) Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>>. Acesso em: 29 jan. 2013.

Constituição Federal⁹¹.

Adverte Clève⁹², contudo, que

Com a exigência da demonstração de interesse desses filiados ou associados o Supremo Tribunal Federal não pode chegar ao ponto de transformar a ação direta em processo subjetivo de tutela de interesse concreto, ainda que coletivo, eis que, em se tratando de processo objetivo, a exigência deve limitar-se, apenas, na aferição da legitimidade, tendo em vista que tais órgãos não detêm interesse genérico de preservação da supremacia constitucional.

Os legitimados passivos da ação são as autoridades ou órgãos legislativos responsáveis pela edição do ato atacado.

Clève⁹³ não deixa dúvida ao afirmar que “os legitimados passivos na ação direta de inconstitucionalidade são as autoridades ou órgãos legislativos responsáveis pela edição do ato impugnado”.

O Presidente da República pode suscitar o controle de constitucionalidade mesmo quando tenha participado diretamente do processo de elaboração, por iniciativa ou sanção, da lei questionada. Tem-se entendido que posterior mudança de opinião a respeito da constitucionalidade da norma não inibe sua atuação na defesa da Constituição.

⁹¹ CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA. ENTIDADE DE CLASSE: PERTINÊNCIA. PODER JUDICIÁRIO DO PARANÁ. EQUIVALENCIA. LEI n. 10.331, de 09.06.93, do Paraná. I. - Conhecimento da ação direta limitado as normas da Lei n. 10.331/93, do Paraná, que atingem os membros e servidores do Poder Judiciário, dado que o STF assentou o entendimento de que a ação direta há de ter pertinência com os interesses do seu autor, tratando-se de entidade de classe. II. - Lei n. 10.331, de 09.06.93, do Paraná: suspensão da eficácia, no artigo 1., das expressões "de qualquer dos Poderes do Estado"; no artigo 2., as expressões "Três Poderes, dos membros do Poder Judiciário"; no artigo 3., a expressão "e Judiciário". Suspensão da aplicabilidade, aos membros do Poder Judiciário, do PAR. 3. do artigo 4.." (ADI-MC 893 / PR – PARANÁ – MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO - Julgamento: 01/07/1993 - Órgão Julgador: TRIBUNAL PLENO – Publicação: DJ 03.09.1993) Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>>. Acesso em: 29 jan. 2013.

⁹² CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: RT, 1995, p. 121.

⁹³ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: RT, 1995, p. 119.

Barroso⁹⁴ bem explana:

O Presidente da República pode, naturalmente, impugnar os atos legislativos que tenham sido promulgados mediante a derrubada de seu veto (CF, art. 66, §§ 4º a 7º). Deve-se-lhe reconhecer, ademais, a possibilidade de suscitar o controle de constitucionalidade mesmo quando haja participado diretamente do processo de elaboração da lei, mediante a iniciativa ou sanção. A eventual mudança de opinião do Chefe do Executivo (seja do que participou diretamente do processo legislativo, seja do seu eventual sucessor) ou a constatação superveniente de que a lei é de fato inconstitucional não podem inibir sua atuação na defesa da Constituição, obrigando-a a quedar-se inerte diante de lei que considere inválida.

A Mesa de cada uma das casas legislativas é órgão diverso da Mesa do Congresso Nacional, não incluída no rol dos legitimados à propositura da ação.

Consoante doutrina Barroso⁹⁵, “a aferição da legitimidade de partido político deve ser feita no momento da *propositura* da ação, sendo irrelevante sua ulterior perda de representação”.

Com respaldo na doutrina de Barroso⁹⁶, a respeito da legitimação das entidades de classe de âmbito nacional, pode-se dizer: devem obediência à pertinência temática; para o reconhecimento do seu caráter nacional, em analogia com a Lei Orgânica dos Partidos Políticos, exige-se que possuam filiados em pelo menos nove Estados da Federação, ligados pelo exercício da mesma atividade econômica ou profissional; e reconhece-se o caráter de entidade de classe de âmbito nacional àquelas constituídas por associações estaduais que tenham por objetivo a defesa de uma mesma categoria social.

Quanto à legitimidade dos sindicatos, é atribuída à confederação sindical, organizada em no mínimo três federações estabelecidas em pelo menos três Estados, mas não às federações e aos sindicatos nacionais, consoante o

⁹⁴ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 141-142.

⁹⁵ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 143.

⁹⁶ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 145.

entendimento do Supremo Tribunal Federal na ADIn 275⁹⁷.

8.2. Objeto

A Constituição Federal, ao tratar da competência do Supremo Tribunal Federal, no art. 102, I, contempla os atos impugnáveis por meio de ação direta genérica: “lei ou ato normativo federal ou estadual”.

O paradigma da fiscalização, no caso, é sempre a Constituição Federal e apenas atos normativos do Poder Público ensejam a propositura de ação direta de inconstitucionalidade.

Canotilho⁹⁸ leciona que “O objecto de controle de constitucionalidade são normas *jurídicos-públicas*. Excluem-se, assim, da fiscalização judicial da Constituição os actos normativos privados”.

Inadmissível a propositura da ação com vistas à declaração de inconstitucionalidade de ato não normativo, como de ato administrativo de mera execução de lei⁹⁹.

⁹⁷ “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. SINDICATO NACIONAL. LEGITIMIDADE ATIVA. - EM SE TRATANDO DA LEGITIMIDADE ATIVA A QUE CONCERNE O INCISO IX DO ARTIGO 103 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, A ORGANIZAÇÃO SINDICAL E REPRESENTADA, PARA ESSE EFEITO, APENAS PELAS CONFEDERAÇÕES SINDICAIS, TERMO TECNICO DE SENTIDO ESPECIFICO, A TRADUZIR JUSTAMENTE OS ÓRGÃOS SINDICAIS, NAS SUAS RESPECTIVAS AREAS DE PROFISSÕES E DE CATEGORIAS ECONOMICAS, QUE PODEM REPRESENTÁ-LAS, NO ÂMBITO NACIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE NÃO CONHECIDA POR FALTA DE LEGITIMIDADE DO AUTOR.” ADI 275 / DF - DISTRITO FEDERAL - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - Relator(a): Min. MOREIRA ALVES - Julgamento: 23/05/1990 - Órgão Julgador: Tribunal Pleno - Publicação DJ 22-02-1991) Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>>. Acesso em: 29 jan. 2013.

⁹⁸ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 874.

⁹⁹ “DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: ATO NORMATIVO. DECRETO FEDERAL Nº 1990, DE 29.08.1996: ATO ADMINISTRATIVO. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DA AÇÃO. 1. A Lei nº 8.031, de 12.04.1990, criou o Programa Nacional de Desestatização e deu outras providências. 2. E o Decreto nº 1.990, de 29.08.1996, baixado pela Presidência da República, "no uso da atribuição que lhe confere o artigo 84, inciso IV, da Constituição e tendo em vista o disposto" naquela Lei, visou a executá-la. 3. Trata-se, pois, de ato administrativo de mera execução da Lei. Não propriamente normativo. Insuscetível, assim, de controle concentrado de constitucionalidade, "in abstracto", mediante Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o

Tendo em consideração o disposto nos arts. 102, I e 125, §2º, da Constituição Federal¹⁰⁰, atos normativos e leis municipais somente são impugnáveis, por meio de ação direta, no plano estadual, em face de Constituição Estadual.

Atos estaduais, porém, são impugnáveis no plano estadual, quando em contrariedade com dispositivo constitucional estadual e, no plano federal, quando colidentes com preceito ou princípios insculpidos na Constituição Federal.

Atos federais, por meio de ação direta, são impugnáveis somente perante o Supremo Tribunal Federal.

A Constituição Federal (art. 102, I, *a*) prevê expressamente que leis e atos normativos estaduais são passíveis do controle direto. Nesse rol incluem-se constituições estaduais, legislação ordinária e decretos autônomos.

Leis e atos normativos estaduais sujeitam-se ao controle do Tribunal de Justiça – quando o paradigma é Constituição Estadual – e do Supremo Tribunal Federal (quando o paradigma é Constituição Federal), não permitida, no entanto, a tramitação simultânea de ambas as ações¹⁰¹.

Supremo Tribunal Federal, pois esta só é admitida pela C.F., quando impugna "ato normativo" (art. 102, I, "a"). 4. Se o Decreto, eventualmente, tiver excedido os limites da Lei nº 8.031, de 12.04.1990, ou mesmo do Decreto nº 1.204, de 29.07.1994, que a regulamentou, conforme se alegou na inicial, então poderá ser acoimado de ilegal, nas instâncias próprias, que realizam o controle difuso, "in concreto", de legalidade dos atos administrativos. 5. Aliás, o próprio controle jurisdicional de constitucionalidade de ato meramente administrativo, de execução de lei, pode, igualmente, ser feito nas instâncias ordinárias do Poder Judiciário. Não, assim, diretamente perante esta Corte. 6. Tudo conforme precedentes referidos nas informações. 7. A.D.I. não conhecida, prejudicado o requerimento de medida cautelar." (ADI 1544/DF - DISTRITO FEDERAL - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE -Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES - Julgamento: 25/06/1997 - Órgão Julgador: Tribunal Pleno - Publicação DJ 05-09-1997) Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/jurisp.asp>>. Acesso em: 29 jan. 2013.

¹⁰⁰ “§ 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.”

⁷⁰ “Ação direta de inconstitucionalidade. Pedido de liminar. Lei nº 9.332, de 27 de dezembro de 1995, do Estado de São Paulo - Rejeição das preliminares de litispendência e de continência, porquanto, quando tramitam paralelamente duas ações diretas de inconstitucionalidade, uma no Tribunal de Justiça local e outra no Supremo Tribunal Federal, contra a mesma lei estadual impugnada em face de princípios constitucionais estaduais que são reprodução de princípios da Constituição Federal, suspende-se o curso da ação direta proposta perante o Tribunal estadual até o julgamento final da ação direta proposta perante o Supremo Tribunal Federal, conforme sustentou o relator da presente ação direta de inconstitucionalidade em voto que proferiu, em

O ato normativo a que se refere o art. 102, I, “a”, da Constituição Federal diz respeito apenas à norma dotada de generalidade e abstração que viola, diretamente, preceito ou princípio constitucional.

De acordo com a doutrina brasileira, independente de sua origem, ato normativo genérico é identificado como lei material. Se contiver preceitos concretos é reconhecido como lei formal.

A lei material, tanto pode emanar de órgão com competência legislativa como da Administração Pública. Já a lei formal emana sempre de órgãos dotados pelo Constituinte de atribuição legiferante.

Em face desta teoria, uma lei poderá ser, concomitantemente, formal e material, quando possuir preceito genérico em forma de lei. Será, todavia, apenas lei formal, quando tratar-se de preceito concreto com forma de lei, ou material, quando tratar-se de ato normativo, sem forma de lei.

Clève¹⁰² debruça-se a esclarecer:

Se o ato normativo é genérico, não importa de onde provenha, então a doutrina vai identificá-lo como lei material. Se, ao contrário, o ato legislativo contiver preceitos concretos, então a doutrina vai chamá-lo de lei formal. A lei material, no caso, tanto pode emanar de órgãos dotados de competência legislativa, como da Administração Pública. Quanto à lei formal, emanará, sempre dos órgãos dotados, pelo Constituinte, de atribuição legiferante. Em face dessa teoria, uma lei poderá ser ao mesmo tempo, formal e material (o preceito genérico com forma de lei). Mas poderá tratar-se de lei apenas formal (o preceito concreto com forma de lei), ou material (o ato normativo sem forma de lei). A distinção é importante para a tutela dos direitos subjetivos. Entende a doutrina que os atos material e formalmente legislativos não podem ser diretamente impugnados, salvo por meio de ação direta de inconstitucionalidade (art. 103, da CF). Podem, todavia, suscitar controle incidental de inconstitucionalidade, para o

pedido de vista, na Reclamação 425. - Ocorrência, no caso, de relevância da fundamentação jurídica do autor, bem como de conveniência da concessão da cautelar. Suspenso o curso da ação direta de inconstitucionalidade nº 31.819 proposta perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, defere-se o pedido de liminar para suspender, ex nunc e até decisão final, a eficácia da Lei n 9.332, de 27 de dezembro de 1995, do Estado de São Paulo.” (ADI-MC 1423 / SP - SÃO PAULO - MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - Relator(a): Min. MOREIRA ALVES - Julgamento: 20/06/1996 - Órgão Julgador: Tribunal Pleno - Publicação DJ 22-11-1996) Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/jurisp.asp>>. Acesso em: 29 jan. 2013.

¹⁰² CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: RT, 1995, p. 136.

fim de justificar impugnação de relação jurídica constituída com fundamento naqueles atos. O mesmo ocorre com atos materialmente legislativos. Assumam a forma de lei ou de regulamento, não podem ser, perante o Judiciário diretamente impugnados, salvo, mais uma vez, a ação direta de inconstitucionalidade. É que assim estabelece o direito brasileiro, os atos normativos genéricos não podem lesar imediatamente um direito subjetivo. Apenas o ato que lhe der cumprimento poderá ofendê-lo.

Podem, assim, ser considerados leis e atos normativos federais passíveis de ser objeto de Ação Direta (genérica) de Inconstitucionalidade as diferentes espécies normativas constantes do art. 59 da Constituição Federal: I - emendas à Constituição; II - leis complementares; III - leis ordinárias; IV - leis delegadas; V - medidas provisórias; VI - decretos legislativos; e VII - resoluções.

Emendas constitucionais são passíveis do controle de constitucionalidade, eis que, decorrentes do poder constituinte reformador¹⁰³, devem observância tanto às exigências formais do art. 60, I, II e III e §§ 1º, 2º e 3º da Constituição Federal, quanto às cláusulas pétreas (art. 60, § 4º).¹⁰⁴

¹⁰³ Ação direta de inconstitucionalidade. Parágrafos 1. e 2. do artigo 45 da Constituição Federal. - A tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias dando azo a declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras e impossível com o sistema de Constituição rígida. - Na atual Carta Magna "compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição" (artigo 102, "caput"), o que implica dizer que essa jurisdição lhe é atribuída para impedir que se desrespeite a Constituição como um todo, e não para, com relação a ela, exercer o papel de fiscal do Poder Constituinte originário, a fim de verificar se este teria, ou não, violado os princípios de direito suprapositivo que ele próprio havia incluído no texto da mesma Constituição. - Por outro lado, as cláusulas pétreas não podem ser invocadas para sustentação da tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais inferiores em face de normas constitucionais superiores, porquanto a Constituição as prevê apenas como limites ao Poder Constituinte derivado ao rever ou ao emendar a Constituição elaborada pelo Poder Constituinte originário, e não como abarcando normas cuja observância se impôs ao próprio Poder Constituinte originário com relação as outras que não sejam consideradas como cláusulas pétreas, e, portanto, possam ser emendadas. Ação não conhecida por impossibilidade jurídica do pedido. (ADI 815 / DF - DISTRITO FEDERAL - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - Relator(a): Min. MOREIRA ALVES - Julgamento: 28/03/1996 - Órgão Julgador: TRIBUNAL PLENO - Publicação DJ 10-05-1996) Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp> Acesso em: 29jan 2013.

¹⁰⁴ Direito Constitucional e Tributário. Ação Direta de Inconstitucionalidade de Emenda Constitucional e de lei Complementar. I.P.M.F. [...] Uma Emenda Constitucional, emanada, portanto, de Constituinte derivada, incidindo em violação à Constituição originária, pode ser declarada inconstitucional, pelo STF, cuja função precípua é a guarda da Constituição [...]. (ADI nº 939-7 DF - Ministro Relator Sidney Sanches - Julgamento 15.12.1993). Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/it/in_processo.asp>. Acesso em: 29 jan. 2013.

Lei complementar distingue-se de lei ordinária pelo *quorum* próprio de deliberação, maioria absoluta (art. 69 da CF), e por ter área de incidência específica, eis que estão expressas na Constituição as matérias a ela reservadas. Se lei ordinária invadir tema assinalado à lei complementar, incidirá inconstitucionalidade, por violação de demarcação de competência.

O Supremo Tribunal Federal não admite ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo já revogado ou cuja eficácia já tenha se esgotado (como, por exemplo, medida provisória não convertida em lei). Tem considerado prejudicada a ação, por perda de objeto, na hipótese de a lei ou ato normativo impugnados vierem a ser revogados antes do seu julgamento final.

Mendes¹⁰⁵ escreve a respeito:

Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não se afigura admissível apreciar, no juízo abstrato, a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei revogada, antes da instauração do processo de controle. A revogação da lei no período que medeia entre a propositura da ação e a decisão não obsta, porém, à pronúncia de inconstitucionalidade, desde que se configure qualquer repercussão ou efeito a ser reparado quanto ao tempo pretérito. Do contrário considera-se que a revogação acarreta a perda de objeto da representação.

Entende que, nesse caso, a declaração em tese de ato normativo que não mais existe transformaria a ação direta em instrumento processual de proteção de situações jurídicas pessoais e concreta¹⁰⁶ e, assim, eventuais direitos subjetivos afetados pela lei inconstitucional devem ser perseguidos em ação própria.

Só é possível a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo editado após a Constituição. A questão da compatibilidade de atos

¹⁰⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade**: Aspectos jurídicos e políticos. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 265.

¹⁰⁶ A propósito, a ADIN nº 612/RJ, de Relatoria do Ministro Celso de Mello, de 03.06.1993 (Questão de ordem): “- Objeto do controle concentrado de constitucionalidade somente pode ser o ato estatal de conteúdo normativo, em regime de plena vigência. A cessação superveniente da vigência da norma estatal impugnada em sede de ação direta de inconstitucionalidade, enquanto fato jurídico que se revela apto a gerar a extinção do processo de fiscalização abstrata, tanto pode decorrer de sua revogação pura e simples como do esgotamento de sua eficácia, tal como sucede nas hipóteses de normas legais de caráter temporário.” Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>>. Acesso em: 29 jan. 2013.

normativos e leis anteriores é resolvida, segundo a doutrina dominante, pelo fenômeno da recepção.

Entende-se que constatada a inconciliabilidade ocorre revogação, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal¹⁰⁷, pois a Constituição, em sendo a Lei Maior e posterior, revoga as leis anteriores que com ela sejam incompatíveis.

A doutrina é dissonante a respeito da denominação do fenômeno que envolve a não-recepção.

Tavares¹⁰⁸ defende que “não se pode nem denominar inconstitucionalidade nem revogação: a lei simplesmente não existe mais”. E se a lei não existe, prossegue,

Não se pode quilatar sua validade, ou seja, sua constitucionalidade ou não. Não se fala em inconstitucionalidade (nem em revogação). Trata-se de um fenômeno de extinção de norma jurídicas; aliás, é o exemplo típico de extinção de normas jurídicas, embora não o mais usual (que é a revogação), dada a relativa periodicidade com que surgem novas Constituições.

No Brasil a Constituição promove filtro material quanto às leis editadas anteriormente à sua edição, mas não promove filtro formal.

À exceção dos tratados e convenções internacionais que versem sobre Direitos Humanos, incorporados com status constitucional, os demais, regra

¹⁰⁷ CONSTITUIÇÃO. LEI ANTERIOR QUE A CONTRARIE. REVOGAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVINIENTE. IMPOSSIBILIDADE. A lei é constitucional ou não é lei. Lei inconstitucional é uma contradição em si. A lei é constitucional quando fiel à Constituição; inconstitucional, na medida em que a desrespeita, dispondo sobre o que lhe era vedado. O vício da inconstitucionalidade é congênito à lei e há que ser apurado em face da Constituição vigente ao mesmo tempo de sua elaboração. Lei anterior não pode ser inconstitucional em relação à Constituição superveniente; nem o legislador poderia infringir Constituição futura. A Constituição sobrevinda não torna inconstitucionais leis anteriores com ela conflitantes: revoga-as. Pelo fato de ser superior, a Constituição não deixa de produzir efeitos revogatórios. Seria ilógico que a lei fundamental, por ser suprema, não revogasse, ao ser promulgada, leis ordinárias. A lei maior valeria menos que a lei ordinária. Reafirmação da antiga jurisprudência do STF, mais que cinquentenária. Ação direta de que não se conhece por impossibilidade jurídica do pedido. (ADI 2/DF – Relator: Ministro Paulo Brossard, julgada em 06.02.1992). Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/publicacaodiversa/default.asp?argumentoPesquisa=2>>. Acesso em: 29 jan. 2013.

¹⁰⁸ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 171.

geral, caracterizam-se como infraconstitucionais para efeito do controle de constitucionalidade.

Sarlet¹⁰⁹ explica a diferenciação que passou a existir a partir da inserção por meio da EC 45/2004, do § 3º, no art. 5º da CF¹¹⁰, dispondo que “os tratados e convenções internacionais sobre os direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”:

É possível afirmar que as relações entre tratados internacionais e a ordem jurídica interna, no que diz respeito à hierarquia dos tratados em relação ao direito interno, uma vez ratificados, obedecem, no Brasil, às seguintes diretrizes: a) Os tratados em geral, possuem hierarquia de lei ordinária, prevalecendo a tese da paridade entre tratado e lei. b) Todavia, há hipóteses nas quais não se aplica a regra geral de paridade: 1 – Tratados internacionais em matéria tributária prevalecem sobre as leis, a teor do disposto no art. 98 do CTN, que é expresso nesse sentido. 2 – Os tratados em matéria de direitos humanos ratificados antes da EC 45 e/ou não aprovados pelo rito do art. 5º, § 3º, da CF, possuem de acordo com a atual orientação do STF, hierarquia supralegal. 3 – Os tratados em matéria de direitos humanos aprovados pelo rito qualificado estabelecido no art. 5º, § 3º, da CF, serão equivalentes às emendas constitucionais, de tal sorte que terão hierarquia de direito constitucional “derivado”, cabendo, no máximo, sua declaração de inconstitucionalidade por violação dos requisitos formais (procedimento do § 3º do art. 5º) ou eventualmente, a prevalecer tal entendimento, por via das “cláusulas pétreas” da Constituição Federal.

Merece menção, por fim, a inconstitucionalidade “por arrastamento”, consoante a ela faz menção Barroso¹¹¹:

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal desenvolveu, igualmente, o conceito de inconstitucionalidade por *arrastamento*. A expressão designa hipótese de declaração de inconstitucionalidade, em ação direta, de dispositivos que não foram impugnados no pedido

¹⁰⁹ SARLET, Ingo Wolfgang SARLET. In: Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 200.

¹¹⁰ Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+466343%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+466343%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ax2k326>>. Acesso em 22 mar. 2013.

¹¹¹ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 161.

original, mas que são logicamente afetados pela decisão que venha a ser proferida. É o que ocorre, por exemplo, em relação à norma que tenha teor análogo à que foi objeto da ação ou que venha a se tornar inaplicável em razão do acolhimento do pedido formulado. (destaque no original)

Pacífico pelo entendimento do Supremo Tribunal Federal que a Constituição, Lei Maior e posterior, revoga a lei anterior que com ela seja incompatível.

8.3. Do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República

Tendo em conta o que dispõe o § 1º do art. 103 da Constituição Federal, o Procurador-Geral da República deve ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal. Ele não é parte, mas uma espécie de “curador” da norma impugnada, com função de fiscalização, eminentemente defensiva.

De acordo com a inovação trazida pelo art. 103, § 3º, da Constituição Federal, quando da apreciação de inconstitucionalidade em tese de norma legal ou ato normativo pelo Supremo Tribunal Federal, o Advogado-Geral da União deve ser citado para a defesa do ato ou texto impugnado.

Independentemente da natureza federal ou estadual do ato normativo impugnado, o Advogado-Geral da União atua como curador especial do princípio da presunção de constitucionalidade de leis e atos normativos.

O art. 8º da Lei 9.868/99¹¹² determina a oitiva do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, os quais terão o prazo sucessivo de quinze dias para manifestação.

¹¹² Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868.htm>. Acesso em 22 mar. 2013.

8.4. Procedimento

O procedimento, outrora disciplinado pelo Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e pela Lei nº 4.337¹¹³, de 01.06.1964, é regido, atualmente, pela Lei 9.868/99.

A lei em vigor exige que a petição inicial, com cópia do ato, indique o dispositivo impugnado, os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações e o pedido com suas especificações.

Por se tratar de processo não inquisitivo, não pode ser iniciado “ex officio” pelo Supremo Tribunal Federal. Uma vez acionado, contudo, não fica ele adstrito à fundamentação jurídica avocada na ação, podendo examinar a constitucionalidade das normas atacadas em face de toda a Constituição Federal.

Nos comentários de Tavares¹¹⁴:

Vale a regra geral do processo objetivo no sentido de que o Supremo Tribunal Federal não fica restrito aos fundamentos específicos invocados pelo autor, podendo considerar que é o caso de inconstitucionalidade por força de outra argumentação (fundamentação).

Dispõe o art. 4º da Lei que petição inicial inepta, não fundamentada ou manifestamente improcedente pode ser liminarmente indeferida pelo relator, cabendo, todavia, agravo ao Plenário do Tribunal.

Com grande acuidade, Tavares¹¹⁵ critica parte do dispositivo, ao dizer que

Se se trata de improcedência, tem-se julgamento de mérito, e será necessário a manifestação do Tribunal, em definitivo, porque a competência para o julgamento é, conforme determina a Constituição Federal, do próprio Supremo Tribunal Federal, e não de um Ministro apenas.

¹¹³ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4337.htm>. Acesso em 22 mar. 2013.

¹¹⁴ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 273.

¹¹⁵ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 273.

Acaba o doutrinador por sustentar que há inconstitucionalidade, por ofensa ao disposto no art. 97 da Constituição Federal¹¹⁶ ao permitir que o relator indefira liminarmente a petição que julgar “manifestamente improcedente”.¹¹⁷

O art. 6º da norma exige a oitiva dos responsáveis pela emanção da lei ou ato normativo impugnado, que prestarão informações no prazo de 30 dias do recebimento do pedido.

O art. 7º, § 2º da Lei¹¹⁸ inovou o âmbito da Ação Direta (genérica) de Inconstitucionalidade ao positivizar a figura do “amicus curiae” no processo de controle de constitucionalidade.

A circunstância, que confere caráter pluralista ao processo objetivo de controle de constitucionalidade, permite ao relator admitir a manifestação de outros órgãos ou entidades, em face da relevância da matéria e representatividade dos postulantes.

Proposta a ação, não é admitida a desistência. Pela sua natureza, não são admitidos litisconsórcio, intervenção assistencial de terceiro concretamente interessado ou interposição de recurso por terceiro que se entenda prejudicado. Tampouco é passível de ação rescisória.

O § 1º do art. 9º da Lei, admite expressamente a possibilidade de esclarecimentos sobre circunstâncias de fato, como requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para emissão de parecer a respeito da questão, ouvir depoimentos de autoridades na matéria, etc.

Barroso¹¹⁹ doutrina que “supera-se, dessa forma, e em boa hora, a crença dominante de que a ação direta não comportaria fase probatória, devido a seu caráter estritamente objetivo”.

¹¹⁶ Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

¹¹⁷ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 275-276.

¹¹⁸ § 2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

¹¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 165.

Observa ele, ainda, que, por se tratar de processo objetivo, sem interesses subjetivos do Estado, não se aplica à ação o prazo em dobro dos representantes da Fazenda Pública para recorrer.¹²⁰

8.5. Medida cautelar

De acordo com o art. 102, I, *p*, da Constituição Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade admite medida cautelar. A medida encontra disciplina nos arts. 10 a 12 da Lei 9.868/99.

Salvo hipótese de excepcional urgência, a medida cautelar é concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal, após a audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato normativo impugnado, que deverão pronunciar-se no prazo de cinco dias.

Em se tratando de caso de excepcional urgência, a audiência desses órgãos pode ser dispensada, consoante o preconiza o § 3º do art. 10¹²¹.

Reputando indispensável, o Relator ouvirá o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República, no prazo de três dias.

No julgamento do pedido de medida cautelar faculta-se sustentação oral aos representantes judiciais do requerente e das autoridades ou órgãos responsáveis pela expedição do ato.

Dotada de eficácia contra todos, a medida cautelar é concedida com efeito *ex nunc*, salvo se o Tribunal entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa¹²².

¹²⁰ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 166.

¹²¹ § 3º Em caso de excepcional urgência, o Tribunal poderá deferir a medida cautelar sem a audiência dos órgãos ou das autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado.

¹²² Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade. 2. Constituição do Estado do Tocantins. Emenda Constitucional nº 16/2006, que criou a possibilidade de recurso, dotado de efeito suspensivo, para o Plenário da Assembléia Legislativa, das decisões tomadas pelo Tribunal de Contas do Estado com base em sua competência de julgamento de contas (§ 5o do art. 33) e atribuiu à Assembléia Legislativa a competência para sustar não apenas os contratos, mas também as licitações e eventuais casos de dispensa e inexigibilidade de licitação (art. 19, inciso XXVIII, e art. 33, inciso IX e § 1º). 3. A Constituição Federal é clara ao determinar, em seu art. 75, que as normas constitucionais que conformam o modelo federal de organização do

O indeferimento do pedido cautelar não tem efeito vinculante. A decisão que o concede, porém, dotada deste efeito, acarreta a necessidade de suspensão dos julgamentos que envolvam a aplicação ou não aplicação da lei objeto da medida. Veja-se, nessa linha, o Supremo Tribunal Federal na Reclamação 2256¹²³.

Havendo pedido de medida cautelar, pela relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e segurança jurídica, após a prestação das informações, no prazo de dez dias, e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias, o Relator poderá submeter o processo diretamente ao Tribunal.

O Tribunal terá, então, a faculdade de julgar definitivamente a ação.

Salvo expressa manifestação em sentido contrário, a concessão da medida cautelar tem efeito repristinatório, torna aplicável a legislação anterior acaso existente.

Tribunal de Contas da União são de observância compulsória pelas Constituições dos Estados-membros. Precedentes. 4. No âmbito das competências institucionais do Tribunal de Contas, o Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a clara distinção entre: 1) a competência para apreciar e emitir parecer prévio sobre as contas prestadas anualmente pelo Chefe do Poder Executivo, especificada no art. 71, inciso I, CF/88; 2) e a competência para julgar as contas dos demais administradores e responsáveis, definida no art. 71, inciso II, CF/88. Precedentes. 5. Na segunda hipótese, o exercício da competência de julgamento pelo Tribunal de Contas não fica subordinado ao crivo posterior do Poder Legislativo. Precedentes. 6. A Constituição Federal dispõe que apenas no caso de contratos o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional (art. 71, § 1º, CF/88). 7. As circunstâncias específicas do caso, assim como o curto período de vigência dos dispositivos constitucionais impugnados, justificam a concessão da liminar com eficácia ex tunc. 8. Medida cautelar deferida, por unanimidade de voto. (ADI-MC 3715 / TO – TOCANTINS - MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - Relator(a): Min. GILMAR MENDES - Julgamento: 24/05/2006 - Órgão Julgador: Tribunal Pleno - Publicação DJ 25-08-2006) Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/jurisp.asp>>. Acesso em: 29 jan. 2013.

¹²³ 1. Reclamação. 2. Garantia da autoridade de provimento cautelar na ADI 1.730/RN. 3. Decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte em Mandado de Segurança. Reenquadramento de servidor aposentado, com efeitos "ex nunc". Aposentadoria com proventos correspondentes à remuneração de classe imediatamente superior. 4. Decisão que restabelece dispositivo cuja vigência encontrava-se suspensa por decisão do Supremo Tribunal Federal, em sede de cautelar. 5. Eficácia "erga omnes" e efeito vinculante de decisão cautelar proferida em ação direta de inconstitucionalidade. 6. Reclamação julgada procedente." (Rcl 2256 / RN - RIO GRANDE DO NORTE - RECLAMAÇÃO - Relator(a): Min. GILMAR MENDES - Julgamento: 11/09/2003 - Órgão Julgador: Tribunal Pleno - Publicação DJ 30-04-2004) Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>>. Acesso em: 29 jan. 2013.

8.6. Decisão final

A Lei nº 9.868/99, nos arts. 22 a 28, disciplina de modo conjunto o procedimento de tomada de decisão em Ação Direta (genérica) de Inconstitucionalidade e em Ação Declaratória de Constitucionalidade.

Decisão sobre a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo somente será tomada se presentes na sessão pelo menos oito Ministros. Julgada a ação, é proclamada a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da disposição ou da norma impugnada, se em um ou em outro sentido tiverem se manifestado pelo menos seis Ministros.

Ausentes Ministros em número que possa influir na decisão, não alcançada a maioria necessária à declaração, o julgamento será suspenso para que se aguarde o comparecimento dos Ministros ausentes, até que se atinja o número necessário para prolação da decisão em um ou outro sentido.

Proclamada a constitucionalidade, julga-se improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade. O previsto no art. 24 da Lei acentua o caráter dúplice ou ambivalente da ação.

De acordo com o art. 25 da Lei, julgada a ação, far-se-á a comunicação à autoridade ou ao órgão responsável pela expedição do ato.

Irrecorrível é a decisão que declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em ação direta. Admite-se, contudo, a oposição de embargos declaratórios, pelo requerente ou requerido, não se admitindo a sua apresentação pelo Advogado-Geral da União ou terceiros.

8.7. Efeitos

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

A propósito, o parágrafo único do art. 28 da Lei 9.868/99.

Decisões de mérito definitivas, quer procedentes ou improcedentes, produzem eficácia contra todos e efeito vinculante, em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e Poder Executivo.

A eficácia vinculativa obsta que juízes e tribunais deixem de observar, aos processos que lhes sejam submetidos, a constitucionalidade ou inconstitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal Federal, tendo em vista a premissa lógica e necessária da coisa julgada.

Barroso¹²⁴ ensina que a declaração de inconstitucionalidade opera efeito sobre a própria lei ou ato normativo, que não mais poderá ser validamente aplicada, no entanto,

Parece totalmente inapropriado que se impeça o Supremo Tribunal Federal de reapreciar a constitucionalidade ou não de uma lei anteriormente considerada válida, à vista de novos argumentos, novos fatos, de mudanças formais ou informais no sentido da Constituição ou de transformações na realidade que modifiquem o impacto ou a percepção da lei [...] o que equivale dizer que, no caso de improcedência do pedido, a decisão proferida não se reveste da autoridade da coisa julgada material. Objetivamente, portanto, [...] a decisão que declara a inconstitucionalidade de uma lei em ação direta reveste-se de autoridade de *coisa julgada*, com sua eficácia vinculativa para todos os órgãos judiciais, inclusive o próprio Supremo Tribunal Federal. Mas a decisão que julga improcedente o pedido – e, conseqüentemente, declara a constitucionalidade da lei ou ato normativo – produz apenas efeito vinculante, subordinando todos os demais tribunais, mas não o próprio Supremo Tribunal Federal, que poderá revê-la se assim lhe aprouver.¹²⁵ (destaque no original)

A doutrina defende que no direito brasileiro não há como impedir que órgão legislativo, excluído do alcance das disposições do art. 102, § 2º da CF e art. 28 da Lei 9.868/99, volte a legislar sobre a matéria e, ao fazê-lo, incorra novamente em inconstitucionalidade de mesma natureza. Verificada a hipótese, haverá necessidade de manejo nova ação direta.

¹²⁴ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 176-177.

¹²⁵ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 180-181.

Barroso¹²⁶ debruça-se sobre o tema:

No direito brasileiro, a rigor técnico, não há como impedir que o órgão legislativo volte a prover acerca da matéria e ao fazê-lo, incorra em inconstitucionalidade da mesma natureza. Por tal razão, não haverá reclamação perante o Supremo Tribunal Federal na hipótese de edição de norma de conteúdo idêntico ou similar, por não estar o legislador vinculado à motivação do julgamento sobre a validade do diploma legal precedente. O caso será de ajuizamento de nova ação direta.

A atribuição de efeito vinculante à interpretação conforme a Constituição e à declaração parcial de inconstitucionalidade, sem redução de texto, dá a processos objetivos entendimento distinto do aplicado a processos subjetivos.

A estes, processos subjetivos, aplica-se a regra, prevista expressamente no art. 469, I, do CPC¹²⁷, que limita o efeito vinculante à parte dispositiva, não se estendendo à fundamentação.

Vem sendo denominado de *transcendência dos motivos determinantes* o entendimento de que juízes e tribunais devem acatamento à conclusão e às razões de decidir do julgado.

Barroso¹²⁸ comenta:

Em sucessivas decisões, o Supremo Tribunal Federal tem estendido os limites objetivos e subjetivos das decisões proferidas em sede de controle abstrato de constitucionalidade, com base em uma construção que vem denominando *transcendência dos motivos determinantes*. Por essa linha de entendimento, tem sido reconhecida eficácia vinculante não apenas à parte dispositiva do julgado, mas também aos próprios fundamentos que embasaram a decisão. Em outras palavras: juízes e tribunais devem acatamento não apenas à conclusão do acórdão, mas igualmente às razões de decidir. (destaque no original)

Consoante o art. 102, I, *l*, da Constituição Federal, da não observação do

¹²⁶ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 182-183.

¹²⁷ Art. 469. Não fazem coisa julgada: I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm>. Acesso em 22 mar. 2013.

¹²⁸ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 184.

efeito vinculante por Juiz ou Tribunal cabe reclamação.

A reclamação é admitida contra ato administrativo ou judicial que contrarie, mesmo que de forma oblíqua, a interpretação consagrada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade¹²⁹.

Desde que imprescindível para assegurar o efetivo respeito ao seu julgamento, o Supremo Tribunal Federal tem conferido a terceiros a legitimidade para essa reclamação¹³⁰.

¹²⁹ RECLAMAÇÃO. CABIMENTO. AFRONTA À DECISÃO PROFERIDA NA ADI 1662-SP. SEQÜESTRO DE VERBAS PÚBLICAS. PRECATÓRIO. VENCIMENTO DO PRAZO PARA PAGAMENTO. EMENDA CONSTITUCIONAL 30/00. PARÁGRAFO 2º DO ARTIGO 100 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. Preliminar. Cabimento. Admissibilidade da reclamação contra qualquer ato, administrativo ou judicial, que desafie a exegese constitucional consagrada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade, ainda que a ofensa se dê de forma oblíqua. 2. Ordem de seqüestro deferida em razão do vencimento do prazo para pagamento de precatório alimentar, com base nas modificações introduzidas pela Emenda Constitucional 30/2000. Decisão tida por violada - ADI 1662-SP, Maurício Corrêa, DJ de 19/09/2003: Prejudicialidade da ação rejeitada, tendo em vista que a superveniência da EC 30/00 não provocou alteração substancial na regra prevista no § 2º do artigo 100 da Constituição Federal. 3. Entendimento de que a única situação suficiente para motivar o seqüestro de verbas públicas destinadas à satisfação de dívidas judiciais alimentares é a relacionada à ocorrência de preterição da ordem de precedência, a essa não se equiparando o vencimento do prazo de pagamento ou a não-inclusão orçamentária. 4. Ausente a existência de preterição, que autorize o seqüestro, revela-se evidente a violação ao conteúdo essencial do acórdão proferido na mencionada ação direta, que possui eficácia erga omnes e efeito vinculante. A decisão do Tribunal, em substância, teve sua autoridade desrespeitada de forma a legitimar o uso do instituto da reclamação. Hipótese a justificar a transcendência sobre a parte dispositiva dos motivos que embasaram a decisão e dos princípios por ela consagrados, uma vez que os fundamentos resultantes da interpretação da Constituição devem ser observados por todos os tribunais e autoridades, contexto que contribui para a preservação e desenvolvimento da ordem constitucional [...] (Rcl 1987 / DF - DISTRITO FEDERAL RECLAMAÇÃO - Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA - Julgamento: 01/10/2003 Órgão Julgador: Tribunal Pleno - Publicação DJ 21-05-2004) Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>>. Acesso em: 29 jan. 2013.

¹³⁰ QUESTÃO DE ORDEM. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. JULGAMENTO DE MÉRITO. PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 28 DA LEI 9.868/99: CONSTITUCIONALIDADE. EFICÁCIA VINCULANTE DA DECISÃO. REFLEXOS. RECLAMAÇÃO. LEGITIMIDADE ATIVA. 1. É constitucional lei ordinária que define como de eficácia vinculante os julgamentos definitivos de mérito proferidos pelo Supremo Tribunal Federal em ação direta de inconstitucionalidade (Lei 9.868/99, artigo 28, parágrafo único). 2. Para efeito de controle abstrato de constitucionalidade de lei ou ato normativo, há similitude substancial de objetos nas ações declaratória de constitucionalidade e direta de inconstitucionalidade. Enquanto a primeira destina-se à aferição positiva de constitucionalidade (sic) a segunda traz pretensão negativa. Espécies de fiscalização objetiva que, em ambas, traduzem manifestação definitiva do Tribunal quanto à conformação da norma com a Constituição Federal. 3. A eficácia vinculante da ação declaratória de constitucionalidade, fixada pelo § 2º do artigo 102 da Carta da República, não se distingue, em essência, dos efeitos

Ao tratar do prazo para a propositura da ação direta, Clève¹³¹ consigna que o vício da inconstitucionalidade é imprescritível:

Inexiste, por outro lado, prazo para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade. Ela pode, a partir da publicação do ato impugnado, ser ajuizada a qualquer tempo. O vício da inconstitucionalidade é imprescritível.

Não obstante reconheça que não existe prazo para o ajuizamento da ação, Barroso¹³² defende que tal circunstância não lhe confere imprescritibilidade:

O fato de não haver norma dispendo especificamente acerca do prazo prescricional em determinada hipótese não confere a qualquer pretensão a nota de imprescritibilidade. Cabe ao intérprete buscar no sistema normativo, em regra, através da interpretação extensiva ou da analogia, o prazo aplicável.

No que concerne à repercussão da decisão da ação direta sobre situações já constituídas, nem sempre será possível, ou legítimo, a automática desconstituição das situações jurídicas que se formaram e consolidaram antes da manifestação por meio de controle concentrado.

Poderá haver casos em que o desfazimento de situações constituídas exija um devido processo legal, administrativo ou judicial, ante o princípio constitucional da segurança jurídica. Para esse fim, tem-se admitido o instrumento da ação rescisória.

das decisões de mérito proferidas nas ações diretas de inconstitucionalidade. 4. Reclamação. Reconhecimento de legitimidade ativa ad causam de todos que comprovem prejuízo oriundo de decisões dos órgãos do Poder Judiciário, bem como da Administração Pública de todos os níveis, contrárias ao julgado do Tribunal. Ampliação do conceito de parte interessada (Lei 8038/90, artigo 13). Reflexos processuais da eficácia vinculante do acórdão a ser preservado. 5. Apreciado o mérito da ADI 1662-SP (DJ de 30.08.01), está o Município legitimado para propor reclamação. Agravo regimental provido. (Rcl-AgR 1880 / SP - SÃO PAULO - AG.REG. NA RECLAMAÇÃO - Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA - Julgamento: 07/11/2002 - Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação DJ 19-03-2004) Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>>. Acesso em: 29 jan. 2013.

¹³¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: RT, 1995, p. 157.

¹³² BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 190.

Barroso¹³³ explica:

A decisão proferida em ação direta terá, como regra, eficácia contra todos, retroativa e vinculante. A declaração de inconstitucionalidade, assim, deverá alcançar os atos pretéritos, com base na lei ou ato normativo rejeitados, por sua inaptidão para produzir efeitos válidos. É bem de ver, no entanto, que nem sempre será possível, ou mesmo legítima, a automática desconsideração das situações jurídicas que se formaram e consolidaram anteriormente à manifestação judicial.

Parte majoritária da doutrina ainda entende que, salvo a ação penal, transcorrido o prazo decadencial de dois anos para a propositura da ação rescisória, mesmo quando constatada inconstitucionalidade, já não é possível desfazer o julgado.

Barroso¹³⁴ reconhece essa circunstância, destacando, no entanto, a tendência de redirecionamento desse posicionamento:

O entendimento que prevalece na doutrina é o de que, transcorrido o prazo decadencial de dois anos para a propositura da ação rescisória, já não será mais possível desfazer a decisão, ainda quando se constate posteriormente sua inconstitucionalidade, salvo em se tratando de ação penal. O tema vem sendo intensamente revisitado, [...], com forte tendência à flexibilização desse ponto de vista.

A Medida Provisória 2.180, de 27 de agosto de 2001 - objeto da ADIn 2418-3-, contudo, excepcionou a autoridade da coisa julgada, independente de prévio ajuizamento de ação rescisória, ao acrescentar parágrafo ao art. 741 do Código de Processo Civil.

O dispositivo considera “inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas como incompatíveis com a Constituição Federal”

¹³³ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 191.

¹³⁴ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 195.

Dita norma, conforme redação da Lei 11.232/2005¹³⁵, encontra-se, hoje, assim redigida:

Para efeito do disposto no inciso II do caput deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal.

8.7.1. Efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade

Apesar de existirem Constituições estabelecendo de forma expressa a sanção a ser cominada para ações de declaração de inconstitucionalidade, como a Carta de Portugal¹³⁶, a Constituição brasileira de 1988 não procede dessa forma.

Barroso¹³⁷ leciona que a questão da constitucionalidade das leis situa-se no plano da validade dos atos jurídicos. Lei inconstitucional é lei nula.

Dessa premissa teórica resultam duas conseqüências práticas importantes. A primeira é que a decisão que reconhece a inconstitucionalidade limita-se a constatar uma situação preexistente, estabelecendo acerca dela uma certeza jurídica. Sua natureza, portanto, é declaratória. A segunda, sendo o vício de inconstitucionalidade, como regra, congênito à lei, os efeitos da decisão que o pronuncia retroagem ao momento do seu ingresso no mundo jurídico, isto é, são *ex tunc*. (destaque no original)

¹³⁵ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11232.htm#art5>. Acesso em 22 mar. 2013

¹³⁶ Artigo 282.(Efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade)

1. A declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a repristinação das normas que ela, eventualmente, haja revogado.

2. Tratando-se, porém, de inconstitucionalidade ou de ilegalidade por infracção de norma constitucional ou legal posterior, a declaração só produz efeitos desde a entrada em vigor desta última.

3. Ficam ressalvados os casos julgados, salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao argüido.

4. Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos n.ºs 1 e 2. Disponível em: <http://www.parlamento.pt/const_leg/crp_port/index.html>. Acesso em: 22 mar. 2013.

¹³⁷ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 185.

O constitucionalista revela que não prevaleceu no Brasil a doutrina que atribuía à lei inconstitucional a condição de norma *anulável*, dando à decisão na matéria um caráter constitutivo. Enaltece, porém, que em vários precedentes o Supremo Tribunal Federal atenuou a posição radical da teoria da nulidade, admitindo que a decisão não produzisse efeitos retroativos.¹³⁸

Ferrari¹³⁹ integra corrente minoritária que sustenta que a decisão de inconstitucionalidade produz efeitos “ex nunc”, muito embora admita ser impossível não reconhecer os efeitos próprios das sentenças que podem retrotrair à data da propositura da ação.

Sustenta que o pronunciamento de nulidade de um ato normativo, embora não se opere de forma automática, depende de órgão competente encarregado de verificar a compatibilidade das normas em face da Constituição, de acordo com o que determina a própria ordem jurídica.

Antes do pronunciamento de decisão judicial de inconstitucionalidade, dessa forma, os atos jurídicos praticados com respaldo na lei inconstitucional são válidos e, por isso, capazes de produzir efeitos no universo jurídico.

Ancora sua posição no fundamento de que em não havendo prazo determinado para a argüição de inconstitucionalidade jamais se teria a certeza do direto,

Pois nunca estaríamos em condições de saber se um ato praticado validamente sob o império de uma lei seria assim considerado para todo o sempre. Pois haveria o perigo de que, uma vez argüida a inconstitucionalidade do preceito normativo que disciplinou sua realização, viesse a ser assim considerado pelo órgão competente, e a inconstitucionalidade declarada, operando *ex tunc*, alteraria toda uma vida social, retrotraindo indefinitivamente no tempo. Outro não pode ser o entendimento senão o que leva à aceitação de que a lei inconstitucional, enquanto não tenha sido como tal considerada, opera efeito e normalmente, como qualquer disposição normativa válida, já que o é até a decretação de sua inconstitucionalidade. Entretanto, não podemos ignorar que, se levarmos este raciocínio ao

¹³⁸ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 185.

¹³⁹ FERRARI, Regina Maria Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 4ª ed. São Paulo: RT, 2004, p. 161-162.

absoluto, estaríamos frente a colocação de Biscaretti di Ruffia, o qual pondera que, dessa forma, nem a própria parte que argúi a inconstitucionalidade pode dela beneficiar-se. Neste particular, não é possível deixar de reconhecer os efeitos próprios das sentenças que podem retrotrair à data da propositura da ação. (destaque no original)

Apregoa ela¹⁴⁰, ainda, que reconhecer que a norma inconstitucional é nula, e que os efeitos desse reconhecimento devem operar *ex tunc*, estendendo-os ao passado de forma absoluta, anulando tudo o que se verificou sob o seu império, é impedir a segurança jurídica a estabilidade do direito e a sua própria finalidade.

A Lei nº 9.868/99 introduziu dispositivo permitindo que, por quorum especial, o Supremo Tribunal Federal possa temperar os efeitos da decisão de inconstitucionalidade:

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 doutrina justifica a norma para o estabelecimento de limites aos efeitos a declaração de inconstitucionalidade afirmando que, inexistindo o instituto, não raro, os tribunais são obrigados a se absterem de emitir juízo de censura, declarando constitucionais leis manifestamente inconstitucionais.

Nesse sentido, o comentário de CARVALHO¹⁴¹:

A ausência de previsão de efeitos prospectivos da declaração de inconstitucionalidade acaba por levar os tribunais, segundo García Enterría, a se abster de emitir um juízo de censura, declarando constitucionais leis inconstitucionais, exatamente em razão das dificuldades de fazer frente ao dogma da nulidade da lei inconstitucional.

Porque o princípio da nulidade é a regra no direito brasileiro a sua não-

¹⁴⁰ FERRARI, Regina Maria Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 4ª ed. São Paulo: RT, 2004, p. 163.

¹⁴¹ CARVALHO, Kildare Gonçalves de. **Direito constitucional**. 14ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 455.

aplicação deve ser alicerçada em fundamento legal, não em política judiciária.

O legislador entendeu que, ao lado da ortodoxa declaração de nulidade, é possível ao Supremo Tribunal Federal, por decisão de maioria qualificada, estabelecer limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, com eficácia diversa da “ex tunc”.

Essa possibilidade é prevista para situações excepcionais, em que a declaração de nulidade se mostre inadequada ou em que a lacuna resultante da declaração de nulidade possa criar situação ainda mais afastada da vontade constitucional.

Barroso¹⁴² assevera: “trata-se, como se percebe claramente, da formalização de um mecanismo de ponderação de valores”.

Esclarece que não se coteja o princípio da supremacia da Constituição - fundamento do controle e uma de suas premissas lógicas - em face do segurança jurídica ou excepcional interesse social.

“O que o Supremo Tribunal Federal poderá fazer ao dosar os efeitos retroativos da decisão é uma ponderação entre a norma violada e as normas constitucionais que protegem os efeitos produzidos pela lei constitucional.”, conclui Barroso¹⁴³.

¹⁴² BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 187.

¹⁴³ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 187.

9. ADI Nº 2.139 E ADI Nº 2.160

Foram propostas perante o Supremo Tribunal Federal duas ações direta de inconstitucionalidade ao argumento de que o disposto no art. 625-D da CLT e seus parágrafos restringiriam direito público subjetivo do cidadão de submeter à apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito decorrente de relação de emprego.

O ingresso da ação trabalhista estaria condicionado à juntada da certidão do fracasso da tentativa conciliatória ou da impossibilidade de inobservância desse rito.

A ADI 2.139¹⁴⁴, ajuizada pelo Partido Comunista do Brasil – PC do B, Partido Socialista Brasileiro – PSB, Partido dos Trabalhadores – PT e Partido Democrático Trabalhista – PDT, foi distribuída ao Min. Octávio Gallotti, em 04.02.2000.

A ADI 2.160¹⁴⁵, por seu turno, ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores do Comércio - CNTC, foi distribuída ao Min. Marco Aurélio, em 02.03.2000.

Em Plenário de 06.04.2000, o Tribunal¹⁴⁶, apreciando questão de ordem levantada quanto à prevenção, presente a ADI nº 2.139-7, distribuída ao Ministro Octavio Gallotti, a ADI nº 2.160-5, distribuída ao Ministro Marco Aurélio e a ADI nº 2.148-6, distribuída ao Ministro Celso de Mello, observadas as datas das distribuições, assentou a prevenção da relatoria do Ministro Octavio Gallotti, apesar da identidade parcial de objeto.

¹⁴⁴ Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1804602>>. Acesso em 22 mar. 2013.

¹⁴⁵ Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1809852>>. Acesso em 22 mar. 2013.

¹⁴⁶ Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1804602>>. Acesso em 22 mar. 2013.

O Min. relator Octávio Gallotti¹⁴⁷ posicionou-se pelo indeferimento do pedido liminar, sustentando em seu voto:

Ingressando no exame da relevância jurídica da fundamentação jurídica oposta à constitucionalidade da Lei 9.958/2000, julgo que a garantia insculpida no item XXXV do art. 5º da Constituição não retira ao legislador ordinário a disciplina das condições processuais para o ajuizamento das ações, que tenham por finalidade a racionalização do procedimento – como é a hipótese dos autos – e não escopo de obstruir desarrazoadamente a via do Poder Judiciário. Na primeira dessas alternativas (a de racionalização) e não na última (a do arbítrio), se inscreve a edição aos pressupostos processuais contra que se insurgem os autores.

Em 26/06/2006, foram apensados aos autos da ADI 2.139 os autos da ADI 2.160¹⁴⁸.

Em Plenário de 13.05.2009, por maioria, o Tribunal¹⁴⁹, nos termos do posicionado pelo Ministro Marco Aurélio, deferiu parcialmente a cautelar para dar interpretação conforme a Constituição Federal relativamente ao art. 625-D, introduzido pelo art. 1º da Lei nº 9.958, de 12 de janeiro de 2000.

Constou do voto do Ministro Marco Aurélio¹⁵⁰, a quem coube redigir o acórdão:

Os dispositivos atacados não chegam, de forma clara, precisa, direta, a revelar, obrigatório esgotamento da fase administrativa. É certo, versam sobre a atividade a ser desenvolvida pela Comissão de Conciliação Prévia, aludindo até mesmo à juntada do documento que venha a ser elaborado, no caso de insucesso na tentativa de conciliação, à petição da ação trabalhista. Dispensável é esforço

¹⁴⁷ Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=604545>>. Acesso em 22 mar. 2013.

¹⁴⁸ Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1804602>>. Acesso em 22 mar. 2013.

¹⁴⁹ Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=604545>>. Acesso em 22 mar. 2013.

¹⁵⁰ Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=604547>>. Acesso em 22 mar. 2013.

maior para atribuir-se ao que se contém no novo artigo 625-D interpretação conforme o texto constitucional. Faço-o para assentar que as normas inseridas em nossa ordem jurídica pelo artigo 1º da Lei nº 9.958/2000, mais precisamente pelo novo preceito da Consolidação das Leis do Trabalho, dele decorrente – artigo 625-D, não encerram obrigatória a fase administrativa, continuando os titulares de direito substancial a terem o acesso imediato ao judiciário, desprezando a fase que é a revelada pela atuação da Comissão de Conciliação Prévia. Defiro a liminar em tais termos, ou seja, emprestando às regras do artigo 625-D, introduzido na Consolidação das Leis do Trabalho pelo artigo 1º da Lei 9.958/, de 12 de abril de 2000, interpretação conforme a Constituição Federal, no que assegurado, sob o ângulo dos dissídios individuais de trabalho, o livre acesso ao Judiciário.

O voto do Ministro Marco Aurélio foi acompanhado pelo Ministro Sepúlveda Pertence¹⁵¹, que, por sua vez, expôs em seu voto:

Não há, percebe-se, determinação expressa de que a sujeição da demanda à Comissão de Conciliação Prévia configure novo pressuposto processual do ajuizamento da reclamação trabalhista. Tal entendimento estaria evidenciado nos §§ 2º e 3º do art. 625-D, os quais exigem que sejam declarados na petição inicial de eventual ação perante a Justiça do Trabalho – respectivamente - a tentativa conciliatória frustrada ou o motivo relevante que teria impossibilitado a adoção do procedimento. Essa interpretação ganha força quando considerada a adjetivação ocorrida no próprio nome dessas comissões de conciliação: por óbvio, a anterioridade do procedimento não se refere ao acordo almejado, que é eventual ato conclusivo; mas, sim, ao exercício do direito de ação – reflexo subjetivo da garantia da prestação jurisdicional (CF, art. 5º, XXXV). Daí a possibilidade de entender-se compulsória a submissão da pretensão trabalhista à Comissão de Conciliação Prévia já constituída, sob pena de inadmissibilidade da ação proposta na Justiça do Trabalho. Contudo, assim como o Ministro Marco Aurélio, entendo que a eliminação na Constituição atual da previsão, existente na Carta decaída, da possibilidade de exigência de exaustão da instância administrativa, significa sua limitação às hipóteses que o legislador constituinte de 1988 enumerou (§ 1º do art. 217 e § 2º do art. 114 – certo que a alteração desta última norma pela EC 45/04 não prejudica o raciocínio desenvolvido). Nesse contexto, parece-me que a norma impugnada – e realço que o julgamento é do pedido cautelar – impede, ainda que de maneira velada, a opção do imediato acesso à Justiça do Trabalho do titular da pretensão substancial.

O Ministro Joaquim Barbosa¹⁵² consignou em seu voto:

¹⁵¹ Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=604547>>. Acesso em 22 mar. 2013.

¹⁵² Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=604547>>. Acesso em 22 mar. 2013.

A leitura dos dispositivos conduz à constatação de que para ajuizar a reclamação trabalhista, o empregado deverá, obrigatoriamente, submeter sua questão previamente a uma Comissão de Conciliação existente dentro da empresa em que trabalha ou dentro do sindicato da categoria a que pertence. Ou seja, a apreciação da demanda pelo Poder Judiciário somente será viável e possível se não houver acordo na esfera extrajudicial. Há, portanto, ao meu sentir, uma séria restrição ao direito de acesso à Justiça para os trabalhadores, o que implica ofensa ao art. 5º, XXXV, da Constituição.

Por fim, merece registro a manifestação do Ministro Cezar Peluso¹⁵³:

Acho que, com o devido respeito, a postura da Corte em restringir a possibilidade da tentativa obrigatória de conciliação está na contramão da história, porque em vários outros países, hoje, se consagra a obrigatoriedade do recurso às chamadas vias alternativas de resolução de conflitos, até porque o Poder Judiciário – e não é coisa restrita à experiência brasileira, mas fenômeno mais ou menos universal – não tem dado conta suficiente da carga de processos e com isso tem permitido a subsistência de litígios que são absolutamente contrários à paz social. Em segundo lugar, a mim parece-me também, com o devido respeito, que não há nenhum bloqueio nem impedimento, nem exclusão à universalidade da jurisdição. O que há é simplesmente tentativa preliminar de conciliar e de resolver pacificamente o conflito, com a vantagem de uma solução não ser imposta autoritariamente, que sempre cause contrafeição, constrangimentos, alguma forma de resistência às decisões do Poder Judiciário. As soluções consensuais são, em todas as medidas, as melhores do ponto de vista social. Em terceiro lugar, a conciliação, conquanto pelo Judiciário, tem sido feita. O Código de Processo Civil é expreso sobre a necessidade de tentativa de conciliação, em alguns casos logo na instauração do processo, noutros casos antes da decisão de saneamento, o que simplesmente altera o órgão que tenta a conciliação, mas não afasta o fato objetivo de que a conciliação é tentada sem prejuízo do recurso à jurisdição, se ela acaso se veja frustrada. Nesse sentido, peço vênias para indeferir a liminar.

Por maioria de votos, apreciando apenas a medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal¹⁵⁴ decidiu que as ações trabalhistas podem ser propostas diretamente, sem necessidade de passarem previamente por Comissão de Conciliação.

¹⁵³ Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=604547>>. Acesso em 22 mar. 2013.

¹⁵⁴ Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=604547>>. Acesso em 22 mar. 2013.

Merece registro, por derradeiro, que, no momento, as ADI. 2.160 e 2.139 encontram-se sob a relatoria da Min. Carmen Lúcia, já tendo havido manifestação da AGU e Ministério Público Federal¹⁵⁵.

¹⁵⁵ Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1804602>>.
Acesso em 22 mar. 2013.

10. COLETÂNEA DE JURISPRUDÊNCIA

10.1. Anterior ao Deferimento da Medida Cautelar

A jurisprudência a seguir transcrita tem o fito de trazer pequena amostra da dissonância dos tribunais a respeito do disposto no art. 625-D da CLT, antes do deferimento da medida cautelar em comento.

NÃO-APRECIÇÃO DA DEMANDA TRABALHISTA PELA COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA. CARÊNCIA DE AÇÃO. Com o advento da Lei nº 9.958, de 12 de janeiro de 2000, a Justiça do Trabalho passou a contar com o auxílio das Comissões de Conciliação Prévia, como uma forma de triagem natural das lides que são submetidas à sua apreciação. Entretanto, essa arbitragem é facultativa, mesmo sendo uma alternativa para a jurisdição, cumprindo importante papel no sentido de reduzir o número de processos trabalhistas. Em nenhum momento estabelece essa Lei qualquer sanção quando não cumprido o previsto no art. 625-d da CLT, ou ainda que a falta de tentativa de conciliação prévia configuraria carência de ação por parte do empregado. O seu valor jurídico advém da conciliação prévia, e não da ausência desta, visto que o que for nela acordado não poderá ser tema de discussão em reclamatória trabalhista.¹⁵⁶

COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA. PRESSUPOSTO DE CONSTITUIÇÃO E DE DESENVOLVIMENTO VÁLIDO E REGULAR DO PROCESSO. CARÊNCIA DE AÇÃO. Embora os sujeitos da relação jurídica do trabalho não estejam obrigados, por lei, a instituir a Comissão de Conciliação Prévia, nem tampouco aceitar a proposta de conciliação ofertada pela comissão mediadora, o legislador exige, obrigatoriamente, que, havendo a CCP no âmbito da empresa ou do sindicato da categoria, o trabalhador leve ao seu conhecimento, para fins de mediação, a demanda de natureza trabalhista, antes de intentar uma ação perante a Justiça do Trabalho ou, não fazendo, que declare, na inicial, o “motivo relevante” da impossibilidade de observância do procedimento legal. Trata-se de pré-requisito processual que deverá ser observado, sob pena de extinção do feito, por ausência de um dos pressupostos de

¹⁵⁶ Processo RO - V 8640/2001. Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. Des. Relator Dilnei Ângelo Biléssimo –Acórdão 7979/2002. Publicado no DJ/SC em 25-07-2002, p. 160.

Disponível em:

<http://www2.trt12.jus.br/juris/scripts/juris.asp?val=0&tex=n%E3o+aprecia%E7%E3o&cb_em=S&dt1_dia=25&dt1_mes=7&dt1_ano=2002&dt2_dia=&dt2_mes=&dt2_ano=&limpaDatas=on&cdjuiz=2034&cdlocal_julg=0&cla_esp=NAOESPECIFICAR&action=Pesquisar>. Acesso 17 jan. 2013.

constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo.¹⁵⁷
(destaque no original)

SUBMISSÃO À COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO DEPOIS DO AJUIZAMENTO DA AÇÃO. VALIDADE. São válidas as tentativas conciliatórias realizadas perante a Câmara de Conciliação Trabalhista, mesmo após o ajuizamento da ação, pois se enquadram perfeitamente à intenção do legislador de que a demanda seja analisada pela comissão de conciliação prévia. O art. 625-F da CLT não prevê penalidade para o trabalhador que não se apresenta à comissão e não afasta a garantia total de apreciação pelo Poder Judiciário.¹⁵⁸

COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA. SUBMISSÃO DA DEMANDA. PRESSUPOSTO PROCESSUAL SATISFEITO. A submissão da contenda à Comissão de Conciliação Prévia é pressuposto processual que permite ao empregado trazê-la para apreciação pela Justiça do Trabalho. Comprovado nos autos a satisfação de tal requisito, não há que se falar em extinção do processo sem julgamento do mérito, devendo o feito prosseguir regularmente, uma vez que possibilitado seu desenvolvimento válido e regular, neste aspecto.¹⁵⁹

COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA. ALTERNATIVA EXTRAJUDICIAL PARA SOLUÇÃO DO CONFLITO QUE NÃO PREJUDICA O LIVRE ACESSO AO JUDICIÁRIO. ARTIGO 5º, XXXV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. A possibilidade de submissão da controvérsia à Comissão de Conciliação Prévia não se sobrepõe ao direito constitucional da parte de pleitear o pronunciamento jurisdicional. Trata-se de alternativa extrajudicial para a solução dos conflitos e, assim, a procura pelo referido órgão não pode ser considerada como requisito ao aforamento de demanda judicial, pois configuraria restrição ao direito consagrado no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República. Tampouco se pode ignorar que, nos termos do artigo 114, inciso I, da Carta Política, é do Juiz do Trabalho a competência para conciliar os dissídios.¹⁶⁰

¹⁵⁷ Processo RO 01228-2003-001-05-00-7, Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região. Acórdão 4ª. Turma Nº 18.142/04. Publicado no D.O. TRT-05 em 29-07-2004. Relatora Juíza Graça Boness. Disponível em: <<http://www.trt5.jus.br/default.asp?pagina=jurisprudencia>>. Acesso em: 17 jan. 2013.

¹⁵⁸ Processo RO 00429-2001-005-09-00-9 (RO 11613/2003), Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, 5ª Turma, Publicado em 28-05-2004, Des. Relator: Dirceu Buyz Pinto Júnior. Disponível em: <<http://www.trt9.jus.br>>. Acesso em 22 jan.2013.

¹⁵⁹ TRT 10ª Região Processo: 01130-2003-005-10-00-8 RO. Acórdão 1ª Turma, 5ª Vara do Trabalho de Brasília/DF, Desembargador Relator Pedro Luis Vicentin Foltran, Disponível em: <<http://www.trt10.jus.br/index.php>>. Acesso em: 17 jan. 2013.

¹⁶⁰ Processo TRT-15ª Região Nº 0065800-64.2008.5.15.0094, TRT 15ª Região, Relator Edmundo Fraga Lopes. Disponível em: <<http://portal.trt15.jus.br/decisoes>>. Acesso 17 jan. 2013.

10.2. Posterior ao Deferimento da Medida Cautelar

Não obstante o Supremo Tribunal Federal não ter até o momento analisado o mérito das ações em apreço, os Tribunais do Trabalho, em geral, têm acatado os termos da decisão liminar, dotada de efeito vinculante, conforme depreende-se das ementas a seguir:

SUBMISSÃO DA DEMANDA À COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA - PRESSUPOSTO PROCESSUAL - EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. Pelo entendimento do STF, a submissão prévia da controvérsia à Comissão de Conciliação Prévia instituída pelo artigo 625-D da CLT não constitui premissa para o regular exercício do direito de ação. Logo, sua ausência não acarreta a extinção do processo sem julgamento do mérito, prevalecendo a interpretação dada pelo Supremo a respeito do princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, inciso XXXV da Carta Magna).¹⁶¹

O comparecimento perante a Comissão de Conciliação Prévia consiste em uma faculdade assegurada ao obreiro, não constituindo condição da ação, nem tampouco pressuposto processual, visto que a lei não pode erguer obstáculos ao exercício do direito de ação, princípio estatuído no art. 5º, XXXV, da Constituição da República. Ademais, o texto legal (Lei 9.958/00) não prevê a extinção do feito não submetido a Comissão de Conciliação Prévia, ao contrário do projeto de lei que visava à instituição desta, deixando de fixar qualquer penalidade de cunho processual nas hipóteses em que não haja a tentativa conciliatória prévia.¹⁶²

COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA - OBRIGATORIEDADE - STF, ADIN's 2139 E 2160. O STF, ao conceder liminar nas ADIN's 2139 e 2160, ementou as decisões no sentido de que "A Constituição Federal em vigor, ao contrário da pretérita, é exaustiva quanto às situações jurídicas passíveis de ensejar, antes do ingresso em juízo, o esgotamento da fase administrativa, alcançando, na jurisdição cível-trabalhista, apenas o dissídio coletivo" e deixou bem claro "que as normas inseridas em nossa ordem jurídica pelo artigo 1º da Lei nº 9.958/2000, mais precisamente pelo novo preceito da Consolidação das Leis do Trabalho, dele decorrente - artigo 625-D -, não encerram obrigatória a fase administrativa, continuando os titulares

¹⁶¹ Processo 19951-2007-008-09-00-9 (RO 17669/2009, Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, 1ª Turma, publicado em 19-01-2010, Des. Relator: Célio Horst Waldruff. Disponível em: <<http://www.trt9.jus.br>>. Acesso em 22 jan.2013.

¹⁶² Processo RO 00517-2009-025-09-00-2 (RO 3649/2011), Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, 2ª Turma, Publicado em 16-08-2011, Des. Relator: Márcio Dionísio Gapski. Disponível em: <<http://www.trt9.jus.br>>. Acesso em 22 jan.2013.

de direito substancial a terem acesso imediato ao Judiciário, desprezando a fase que é revelada pela atuação da Comissão de Conciliação Prévia. Não fosse isso suficiente, a cláusula convencional invocada pela Ré, no caso concreto, apenas consigna que "As partes resolvem manter em funcionamento a comissão de conciliação prévia instituída em 24 de janeiro de 2001". Sentença mantida.¹⁶³ (destaque no original)

COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA NÃO SUBMISSÃO DO CONFLITO. A submissão do conflito oriundo de relação de emprego à Comissão de Conciliação Prévia, prevista na CLT, na busca de uma solução extrajudicial, não se traduz em obrigatoriedade, mas mera faculdade. A sua ausência não impede o ajuizamento da ação e a regular constituição e desenvolvimento do processo. Recurso do reclamado a que se nega provimento, no particular.¹⁶⁴

¹⁶³ Processo 02907-2009-654-09-00-1 (RO 3351/2011) Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, 4ª Turma, Publicado em 01-07-2011, Des. Relator: Sueli Gil El-Rafihi. Disponível em: <<http://www.trt9.jus.br>>. Acesso em 22 jan.2013.

¹⁶⁴ Processo 11829-2010-003-09-00-8 (RO 18323/2012) Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, 7ª Turma, Publicado em 14-09-2012, Des. Relator: Benedito Xavier Da Silva. Disponível em: <<http://www.trt9.jus.br>>. Acesso em 22 jan.2013.

11. CONCLUSÃO

A Constituição é o alicerce no qual se encontra uma ordem inarredável de valores, núcleo básico e informador de todo um sistema jurídico-político. Sua supremacia decorre de sua elaboração pelo poder constituinte originário, da sua forma e da circunstância de abrigar normas garantidoras de sua rigidez.

O fenômeno da constitucionalidade emerge nos Estados Democráticos de Direito e representa um novo passo no sentido da concretização da Justiça Social.

Inconstitucionalidade é conceito de relação estabelecida entre a Constituição e um comportamento que não lhe está conforme, que com ela não é compatível.

Mecanismos de controle de constitucionalidade buscam assegurar que os atos executivos, legislativos e judiciais, estejam em conformidade com a Constituição.

Por recuperar liberdades democráticas e assegurar garantias à magistratura, a Constituição Federal de 1988 proporcionou uma ascensão institucional do Poder Judiciário.

A redemocratização do Brasil, na década de 80, incrementou a demanda por justiça, provocando a “judicialização” das relações políticas e sociais. Com a abertura política, as pessoas passaram a tomar consciência de seus direitos e a buscar respostas no Judiciário.

O instrumento do controle da constitucionalidade é importante garantia para concretização do efetivo respeito aos direitos humanos fundamentais, que impõem limites aos poderes do Estado, tornando possível o processo democrático em um Estado de direito.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade, prevista no art. 102, I, “a”, da Constituição Federal, encontra regulação na Lei nº 9.868/99.

No ordenamento jurídico brasileiro a regra é que a declaração de inconstitucionalidade gera efeitos retroativos plenos. Admite-se, contudo, o

afastamento do princípio da nulidade, mediante ponderação arrazoada no sentido de que a aplicação desse regramento pode sacrificar a segurança jurídica ou outro valor de natureza constitucional.

A modulação dos efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade exige prudência e profundo senso de razoabilidade do órgão julgador.

A Constituição Federal de 1988 assegurou no seu art. 5º, XXXV, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Entendido como o ingresso a uma ordem jurídica justa, o direito fundamental do acesso à justiça vem sendo reconhecido como o mais básico dentre todos os direitos, por imprescindível à satisfação de todos os demais direitos fundamentais encontrados na Constituição.

Pedra fundamental do Estado Democrático de Direito, o acesso à justiça é um dos componentes do núcleo da dignidade humana, vez que dele depende a efetividade dos direitos elencados no texto constitucional e por seu intermédio é que se assegura a satisfação dos direitos fundamentais, nos casos de não cumprimento voluntário dos deveres jurídicos e desrespeito aos direitos fundamentais, valores, princípios e garantias constitucionais.

Por se tratar de aspiração coletiva, o Estado tem o dever de promover a pacificação social por meio de uma ordem jurídica justa e célere.

No âmbito do Direito do Trabalho Internacional a conciliação voluntária vem sendo incentivada a partir da Recomendação nº 92 da Organização Internacional do Trabalho, de 1951.

Com esse objetivo, o Brasil instituiu, pela Lei n. 9.958/2000, as Comissões de Conciliação Prévia (CCP), instrumento de acesso à justiça.

A nova norma, contudo, trouxe muita celeuma nos meios jurídicos, no tocante à sua constitucionalidade, em especial, quanto ao conteúdo do art. 625-D da CLT.

A questão deu origem a duas ações diretas de inconstitucionalidade, ADI 2139, distribuída ao Min. Octávio Gallotti, em 04.02.2000, e ADI 2160, distribuída ao Min. Marco Aurélio, em 02.03.2000.

Apensada a ADI 2160 à ADI 2139, em Plenário de 13.05.2009, o

Supremo Tribunal Federal deferiu liminar, emprestando às regras do art. 625-D da CLT interpretação conforme a Constituição Federal, no que assegurado, sob o ângulo dos dissídios individuais de trabalho, o livre acesso ao Judiciário, encontrado na atual Carta Magna, na condição de cláusula pétrea.

O Excelso entendeu que as normas inseridas na ordem jurídica pelo art. 1º da Lei nº 9.958/2000, no que concerne ao art. 625-D da CLT, não determinam a obrigatoriedade da fase administrativa e, assim, continuam os titulares de direito substancial a terem o acesso imediato ao Judiciário, podendo desprezar a fase revelada pela atuação da Comissão de Conciliação Prévia.

Apreciando a medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal decidiu que as ações trabalhistas concernentes a dissídios individuais de trabalho, podem ser propostas diretamente, sem necessidade de passarem previamente por Comissão de Conciliação Prévia.

Depois do julgamento da referida medida cautelar - decisão paradigma emanada do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que o acesso do trabalhador ao Poder Judiciário, em dissídios individuais de trabalho, não pode ser impedido - assentou-se o entendimento de que é facultativa a submissão anterior da demanda trabalhista à Comissão de Conciliação Prévia.

Sedimentado dito entendimento na jurisprudência dos tribunais brasileiros, a discussão doutrinária a esse respeito também perdeu força.

O que se questiona agora é se as Comissões de Conciliação Prévia atendem à finalidade para a qual foram instituídas, qual seja, “desjudicializar” as demandas trabalhistas, pois o que se verifica é que os empregados têm preferido acionar diretamente o Poder Judiciário.

Muitos são os motivos que podem ser apontados para esse modo de agir, como desconfiança na imparcialidade da CCP, insegurança jurídica, vislumbre de possibilidade de fraude, falta de confiança no sindicato, etc.

Assim, regra geral, o trabalhador não tem se submetido às Comissões. Ele tem preferido propor a ação imediatamente perante a Justiça do Trabalho.

Essa realidade não contribui para a celeridade processual e duração razoável do processo, embora a Justiça do Trabalho seja apontada como exceção,

no tocante à boa prestação jurisdicional, ao primar pela qualidade da decisão, aliada à celeridade processual, resultado de muitas outras medidas bem sucedidas, implementadas com esse desiderato.

Salvo raríssimas exceções, no seu todo considerada, a realidade atual do acesso à justiça no Brasil, em muito destoa daquela objetivada e propagada na Carta Magna de 1988, refletindo na inoperância estatal no que tange à sua promoção. Apesar de todos os esforços empreendidos, a ordem jurídica não atende aos reclamos da população.

A superação dos obstáculos ao acesso efetivo à justiça é desafio que não pode ser postergado ou interrompido. A criação de novas possibilidades para solucionar conflitos sociais, com rapidez e eficácia, é imprescindível.

Deve-se continuar buscando novos mecanismos de acesso à justiça, soluções encontradas pelos interessados, que contribuam para a minimização das demandas judiciais, humanização do processo e para solução rápida dos conflitos sociais, como incessantemente tem feito a Justiça do Trabalho, pela arbitragem, mediação e outras medidas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1984.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988.

CARVALHO, Kildare Gonçalves de. **Direito constitucional**. 14ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

CESÁRIO, João Humberto. **Técnica processual e coletiva de interesses ambientais trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2012.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: RT, 1995.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Direito do trabalho contemporâneo: flexibilização e efetividade**. São Paulo: LTr, 2003.

FACHIN, Zulmar. **Teoria geral do direito constitucional**. Londrina: IDCC, 2006.

FERRARI, Regina Maria Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 4ª ed. São Paulo: RT, 2004.

FONSECA, Maíra S. Marques da. **Redução da jornada de trabalho**. São Paulo: LTr, 2012.

FONSECA, Ricardo Tadeu da. **O trabalho da pessoa com deficiência**. São Paulo: LTR, 2006.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

HACKRADT, Hermann de Araújo. Princípios da execução e o art. 620 do CPC. In: CASTRO, Maria do Perpétuo Socorro Wanderley de (coord). **Processo de execução**. São Paulo: LTr, 2002.

HOBBSAWM, Eric. **Era dos extremos**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. São Paulo: LTr, 2007.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito processual do trabalho**. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. A Justiça do Trabalho do Ano 2000: as Leis 9.756/1998, 9.957 e 9.958/2000, a Emenda Constitucional n. 24/1999 e a Reforma do judiciário. **Revista LTr**. São Paulo: LTr, fev. 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade: Aspectos jurídicos e políticos**. São Paulo: Saraiva, 1990.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. T. 2, 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 1988.

MOTA, Maurício. **Paradigma contemporâneo do Estado democrático de direito: pós-positivismo e judicialização da política**. In: MOTTA, Luis Eduardo e MOTA, Maurício (orgs). O estado Democrático de Direito em questão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. **A constituição europeia como signo: da superação dos dogmas do estado nacional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

PAROSKI, Mauro Vasni. **Direitos fundamentais e acesso à justiça na Constituição**. São Paulo: LTr, 2008.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. São Paulo: Editora Método, 2011.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional Internacional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

RAMOS, Elival da Silva. **A inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1994.

SAAD, Eduardo Gabriel; SAAD, José Eduardo Duarte. **CLT**. São Paulo: LTr, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 5ª ed. São Paulo: RT, 1989.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Comissões de conciliação prévia**. Síntese Trabalhista. ST 128, fev/2000. Porto Alegre-RS: Editora Síntese, 2000.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

PÁGINAS DA WEB CONSULTADAS

<<http://portal.trt15.jus.br/decisooes>>. Acesso 17 jan. 2013.

<<http://www.trt5.jus.br/default.asp?pagina=jurisprudencia>>. Acesso em: 17 jan. 2013.

<<http://www.trt10.jus.br/index.php>>. Acesso em: 17 jan. 2013.

<<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp> Acesso em: 29 jan.2013.

<http://www2.trt12.jus.br/juris/scripts/juris.asp?val=0&tex=n%E3o+aprecia%E7%E3o&cb_em=S&dt1_dia=25&dt1_mes=7&dt1_ano=2002&dt2_dia=&dt2_mes=&dt2_ano=&limpaDatas=on&cdjuiz=2034&cdlocal_julg=0&cla_esp=NAOESPECIFICAR&action=Pesquisar>. Acesso 17 jan. 2013.

<<http://www.trt9.jus.br>>. Acesso em 22 jan.2013.

<<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/publicacaodiversa/default.asp?argumentoPesquisa=2>>. Acesso em: 29 jan. 2013.

<http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312430:NO>. Acesso em: 22 mar. 2013.

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 mar. 2013.

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>. Acesso em: 22 mar. 2013.

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 22 mar. 2013.

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. Acesso em: 22 mar. 2013.

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+466343%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+466343%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ax2k326>>. Acesso em 22 mar. 2013.

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868.htm>. Acesso em 22 mar. 2013.

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4337.htm>. Acesso em 22 mar. 2013.

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11232.htm#art5>. Acesso em 22 mar. 2013

<http://www.parlamento.pt/const_leg/crp_port/index.html>. Acesso em: 22 mar. 2013.

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 22 mar. 2013.

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm>. Acesso em 22 mar. 2013.

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1804602>>. Acesso em 22 mar. 2013

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1809852>>. Acesso em 22 mar. 2013

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=604545>>. Acesso em 22 mar. 2013.

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=604547>>. Acesso em 22 mar. 2013.

<<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1960-1969/emendaconstitucional-16-26-novembro-1965-363609-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 22 mar. 2013.