



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

CAMILLA CATUNDA ARRUDA

**ANÁLISE CONSTITUCIONAL DO REQUISITO DO COMUM ACORDO PARA A
PROPOSITURA DE DISSÍDIO COLETIVO ECONÔMICO**

FORTALEZA

2016

CAMILLA CATUNDA ARRUDA

ANÁLISE CONSTITUCIONAL DO REQUISITO DO COMUM ACORDO PARA A
PROPOSITURA DE DISSÍDIO COLETIVO ECONÔMICO

Monografia apresentada à Coordenação do
Curso de Direito da Universidade Federal do
Ceará, como requisito para a obtenção do título
de Bacharel em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Beatriz Rêgo Xavier

FORTALEZA

2016

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Universitária

Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

- A817a Arruda, Camilla Catunda.
Análise constitucional do requisito do comum acordo para a propositura de dissídio coletivo econômico / Camilla Catunda Arruda. – 2016.
60 f.
- Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2016.
Orientação: Profa. Dra. Beatriz Rêgo Xavier.

1. Comum acordo . 2. Inconstitucionalidade. 3. Acesso à justiça. I. Título.

CDD 340

CAMILLA CATUNDA ARRUDA

ANÁLISE CONSTITUCIONAL DO REQUISITO DO COMUM ACORDO PARA A
PROPOSITURA DE DISSÍDIO COLETIVO ECONÔMICO

Monografia apresentada à Coordenação do
Curso de Direito da Universidade Federal do
Ceará, como requisito para a obtenção do título
de Bacharel em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Beatriz Rêgo Xavier

Aprovada em: ___/___/_____.

BANCA EXAMINADORA

Profa. Dra. Beatriz Rêgo Xavier (Orientadora)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dr. William Paiva Marques Júnior
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Mestranda Letícia Torquato de Menezes
Universidade Federal do Ceará (UFC)

A Deus, por sua infinita bondade.

Ao meu pai e à minha madrinha, *in memoriam*.

À minha mãe, por tanta doação. A todos que
carecem de consolo e esperam por justiça, por
me darem razão para lutar por um mundo
melhor.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por sua infinita bondade e misericórdia, por todas as bênçãos concedidas e por todas as dificuldades que me proporcionaram o aprendizado necessário para me tornar uma pessoa melhor.

Aos meus pais, Lúcia e Carlos, pelos sacrifícios de uma vida inteira que tornaram esse momento possível. Aos meus irmãos, Patrícia e Carlos Avner, pela fraternidade, pelo ombro amigo e pelas vivências compartilhadas. Aos meus familiares, por sempre acreditarem em mim e me apoiarem, especialmente, ao meu tio Tony sempre tão preocupado com minha família; ao tio Antônio pelos conselhos e por sua fibra moral; ao meu tio e padrinho Fábio por quem tenho imensa gratidão, respeito e admiração. Às minhas tias Marta, Silvana e Virgínia que muito influenciaram na minha educação. E aos meus queridos avós: vó Tereza, vó Núbia e vô Roque. E todos os meus primos, que são os primeiro amigos que temos na vida.

A todas as pessoas dos ambientes em que estagiei: Banco do Nordeste, Fórum Autran Nunes e Ministério Público do Trabalho (MPT). Neste último, especialmente, a Procuradora do Trabalho Dra. Juliana Sombra, minha chefe, por sua doçura, compreensão, disposição em ajudar e pelos ensinamentos; às meninas da biblioteca, que não mediam esforços para fornecer os melhores materiais acadêmicos; à dona Sula da copa, pelos cuidados de uma verdadeira mãe; aos meninos da administração, sempre solícitos e, todos que fazem aquela linda instituição. Todos contribuíram para meu crescimento profissional.

A todas as pessoas que me ofereceram carona durante a faculdade, pela gentileza, pelo prazer da companhia e por aliviar o cansaço da rotina.

A todos os queridos professores que tive durante a graduação, pelo conhecimento compartilhado, exemplo e incentivo. E demais servidores e terceirizados que compõem a FD.

A todos os grupos de pesquisa e extensão que participei, pelas experiências ímpares que complementaram minha formação teórica. Aos colegas de turma.

Aos melhores amigos que eu poderia ter: Mayara, Victor, Marília, Sara e Jeritza. Juntos do primeiro ao último dia de aula na graduação. Em especial, à May por seu carinho imenso. Ao Felipe, pelo companheirismo, amizade e carinho.

À querida professora e orientadora Beatriz, com quem tive o primeiro contato com o Direito do Trabalho – área jurídica que me proporcionou tantas realizações. Por todo o auxílio na elaboração deste trabalho; pelo apoio, contribuição e incentivo na minha vida acadêmica.

Aos estimados avaliadores, Letícia que prontamente atendeu ao convite de participar deste momento inesquecível de minha vida estudantil. Professor William Marques, um dos docentes que mais marcou em minha graduação, e que compartilha comigo mais um importante momento nesta jornada.

“Não podemos ser justos se não formos humanos.”

Luc de Clapiers Marquis de Vauvernagues

RESUMO

Analisou-se a constitucionalidade do requisito do comum acordo para a propositura de dissídio coletivo de natureza econômica trazido pela Emenda Constitucional n. 45 de 2004. Além disso, avaliaram-se as repercussões da EC n. 45/2004 no exercício do poder normativo da Justiça do Trabalho. O estudo foi desenvolvido por meio de metodologia teórico-bibliográfica. A necessidade de pesquisar a questão é justificada por seus impactos sociais, haja vista que a exigência do comum acordo acarreta, muitas vezes, a impossibilidade de recorrer ao Poder Judiciário para resolver o litígio. Neste caso, o Estado não poderá exercer uma de suas atribuições mais caras à sociedade: a jurisdição cuja função é restabelecer a paz social. Ao término da pesquisa, concluiu-se que os Tribunais Trabalhistas, por não poderem ignorar a vontade do legislador derivado, concebem o comum acordo como pressuposto processual, conquanto o interpretam de modo flexível, a fim possibilitar o acesso à justiça e a pacificação social. Concluiu-se, também, que a exigência do comum acordo para a instauração de dissídio coletivo econômico representa uma limitação irrazoável ao direito fundamental de inafastabilidade da jurisdição, sendo, portanto, inconstitucional.

Palavras-chave: Comum Acordo. Inconstitucionalidade. Acesso à justiça.

ABSTRACT

This work intends to verify the constitutionality of the requirement of common agreement for the proposal of collective bargaining of economic nature brought by the Constitutional Amendment n. 45 of 2004. Furthermore, it analyzes the repercussions of said amendment on the normative power of the Labor Justice. This study was developed using the theoretical-bibliographic methodology. The need for researching the matter is justified by its social impacts, as the requirement of common agreement frequently leads to the impossibility of appealing to the Judiciary to solve the litigation. In such a case, the State cannot exercise one of its most needed attributions to society: the jurisdiction which role is to reestablish the social peace. At the end of the research, it concludes that the Labor Courts, that cannot ignore the will of the derivative legislator, conceive the common agreement as a procedural presupposition, though interpreted in a flexible manner, in order to enable the access to justice and social pacification. It also concludes that the demand for the common agreement to the establishment of collective bargaining represents an unreasonable limitation to the fundamental right of irremovable jurisdiction, therefore being unconstitutional.

Keywords: Common Agreement. Unconstitutionality. Access to justice.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	12
2. NEGOCIAÇÃO COLETIVA E SUA INTERFACE COM O DISSÍDIO COLETIVO ECONÔMICO	15
2.1 Aspectos essenciais da negociação coletiva: o comum acordo a estimula?.....	15
2.2 Diplomas negociais coletivos	20
2.2.1 <i>Conceitos e distinções</i>	20
2.2.2 <i>Legitimação</i>	22
2.2.3 <i>Conteúdo e forma</i>	22
2.3 Vigência	23
2.4 Conflito entre ACT e CCT	25
2.5 Limites à negociação coletiva	26
2.6 Liberdade sindical: o sindicato como participante indispensável à negociação coletiva	27
3. MEIOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS COLETIVOS TRABALHISTAS: O COMUM ACORDO CRIOU A ARBITRAGEM JUDICIAL?	29
3.1 Autotutela, autocomposição e heterocomposição	30
3.2 Mediação e conciliação	31
3.3 Arbitragem: o comum acordo criou a arbitragem judicial?	32
3.4 Dissídios coletivos	35
4. O COMUM ACORDO PARA PROPOSITURA DE DISSÍDIO COLETIVO ECONÔMICO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	38
4.1 Os reflexos do comum acordo e da EC 45/2004 no poder normativo	38
4.2 Comum acordo <i>versus</i> inafastabilidade de jurisdição	46
4.2.1 <i>A natureza jurídica do comum acordo e a hermenêutica dos Tribunais do Trabalho</i>	51
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	55
REFERÊNCIAS	58

1 INTRODUÇÃO

O dissídio coletivo de natureza econômica é uma ação especial de jurisdição constitucional, que envolve um conflito econômico. Ele é resolvido por um juízo de equidade, criando normas abstratas materializadas na sentença normativa. Esta decorre, portanto, de atividade normativa exercida pelo Poder Judiciário Trabalhista com o escopo de integrar o ordenamento jurídico, visando à pacificação social e a efetivar direitos contidos, mormente, em princípios.

Deste modo, o dissídio coletivo econômico é de considerável valor à sociedade, visto que as relações trabalhistas possuem intenso dinamismo social, em que seus agentes sofrem diretamente impactos sociais e econômicos decorrentes das oscilações do mercado. Além disso, empregados e empregadores possuem, do ponto de vista financeiro, interesses diametralmente opostos de caráter permanente.

Assim, as relações empregatícias são campos férteis para a eclosão de conflitos coletivos de trabalho cujas consequências estão para além dos limites da relação de emprego, alcançando toda a sociedade.

Nesta senda, com o advento da Emenda Constitucional n.45 de 2004, foi alterada a redação do art. 114, § 2º da Constituição Federal de 1988. O novo texto passou a exigir o requisito do comum acordo para a propositura de dissídio coletivo de natureza econômica. A literalidade do dispositivo, após a EC, acarretou consideráveis divergências doutrinárias acerca de suas consequências no exercício do poder normativo da Justiça Trabalhista.

Posto isto, é imperativo ressaltar que para que seja possível o ajuizamento do dissídio coletivo econômico, além do requisito do comum acordo, é necessário que tenha restado frustrada tentativa de negociação coletiva, a fim de priorizar a resolução do conflito pela vontade das partes. Ainda que sem êxito a negociação coletiva, as partes podem optar, também, pela arbitragem facultativa, como mais uma opção de resolver o litígio, antes de buscarem o Poder Judiciário.

Neste diapasão, devido às alterações constitucionais, as principais correntes relacionadas à temática das implicações no poder normativo que foram verificadas neste trabalho são as seguintes: “o comum acordo trouxe o fim do poder normativo, pois esta exigência transformou o exercício do poder normativo nos dissídios coletivos econômicos em

arbitragem judicial”; “o poder normativo foi extinto do ordenamento jurídico por ser incompatível com o Estado democrático de direito, tendo em vista sua origem fascista”; “o comum acordo tem como objetivo evitar a intervenção do Estado nas relações trabalhistas, fomentando a negociação coletiva”; dentre outras.

Todos esses segmentos foram cuidadosamente analisados, com vistas a interpretar as reais mudanças trazidas pela EC n. 45/2004 no que se refere ao exercício do poder normativo.

Quanto ao requisito do comum acordo para a propositura de dissídio econômico, emergiu uma das mais relevantes questões processualista da área trabalhista desde então: a compatibilidade do requisito do comum acordo com a garantia constitucional de inafastabilidade de jurisdição.

Desde a EC n. 45/2004, é discutida a constitucionalidade da exigência, pois a mesma perfaz uma limitação a um direito fundamental. Os Tribunais Trabalhistas tiveram importante papel na interpretação da forma de aplicar o dispositivo, de modo a tentar compatibilizar o direito constitucional de indeclinabilidade da jurisdição com a redação do art. 114, § 2º da CF/88.

Neste contexto, foram ajuizadas algumas ações diretas de inconstitucionalidade com o escopo de declarar a inconstitucionalidade do requisito do comum acordo, por maltrato ao acesso à justiça. Diante da relevância da questão, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral da matéria que aguarda julgamento.

Ante essas considerações, justifica-se o estudo do comum acordo e sua compatibilidade com a inafastabilidade da jurisdição pela eminente importância social de suas consequências. Considerando que as partes já se submeteram à negociação coletiva, a qual resultou infrutífera, e que tinham a possibilidade de resolver o litígio por arbitragem facultativa e, ainda assim, o conflito persiste. Se o Estado, caso não preenchida a exigência, não prestar jurisdição, não efetivará uma de suas funções mais caras à sociedade: a pacificação social.

Diante disto, não sendo resolvido o conflito, ele se perpetuará e possivelmente se agravará, podendo trazer consequências irreparáveis para toda a sociedade.

Deste modo, o presente estudo tem como objetivo analisar as inovações trazidas

pela EC n. 45/2004 para o poder normativo e verificar a constitucionalidade da exigência do comum acordo para a propositura de dissídio coletivo econômico à luz da inafastabilidade da jurisdição.

Ademais, o estudo foi desenvolvido com base em uma metodologia teórico-bibliográfica, tomando-se como referencial teórico as principais produções acadêmicas acerca da matéria, mediante pesquisa em doutrinas, dispositivos legais, jurisprudências, dentre outras fontes literárias.

2 NEGOCIAÇÃO COLETIVA E SUA INTERFACE COM O DISSÍDIO COLETIVO ECONÔMICO

A negociação coletiva diretamente se relaciona com o dissídio coletivo econômico, pois para a propositura do dissídio é necessário que tenha acontecido tentativa de negociação. Ou seja, é preciso que as partes tenham buscado resolver o conflito pela autonomia de suas vontades. Assim, apenas se não for possível a pacificação mediante negociação coletiva que os litigantes poderão ajuizar o dissídio coletivo econômico.

Nestes termos, faz-se indispensável para uma compreensão holística das questões a serem analisadas a verificação das características essenciais da negociação coletiva, bem como a maneira que ela se comunica com o dissídio coletivo econômico.

2.1 Aspectos essenciais da negociação coletiva: o comum acordo a estimula?

Com o advento da Emenda Constitucional n. 45 de 2004 (EC 45/2004) Constituição Federal de 1988, no art. 114, § 2º¹, estabeleceu, como requisito à propositura de Dissídio Coletivo Econômico (DCE), o comum acordo, após a tentativa de negociação coletiva prévia, senão vejamos:

Art. 114, § 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. (grifou-se)

Conforme o dispositivo, para a propositura do DCE, é necessário o cumprimento cumulativo de dois requisitos: tentativa de negociação prévia e o comum acordo para o ajuizamento da ação. Essas condições para o ajuizamento do DCE têm como finalidade restringir o exercício do Poder Normativo da Justiça Trabalhista por se tratar de uma função atípica.

¹. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988, atualizada até a Emenda Constitucional nº 91 de 18 de Fevereiro de 2016. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 03 set. 2016.

Neste enfoque, muitos doutrinadores² defendem a exigência do comum acordo como meio de estimular que os próprios envolvidos, no conflito, busquem por si mesmos uma solução, mediante a negociação coletiva. Isto visando a valorizar as atribuições constitucionais dos sindicatos, tais como a autonomia sindical e a não interferência do Estado nas instituições sindicais³. Assim, o Poder Judiciário só interferiria se as partes desejassem, por meio do comum acordo.

De fato, a negociação coletiva é um importante instrumento para concretização de indispensáveis funções do Direito Coletivo do Trabalho. Por meio da negociação coletiva são criadas normas coletivas que vinculam as partes que as criaram – manifestação do Princípio da Autonomia Coletiva⁴ ou Princípio da Criatividade Jurídica da Negociação Coletiva⁵ - sendo, portanto, uma fonte formal autônoma⁶ do Direito do Trabalho.

Neste contexto, a negociação coletiva, além de ser um meio pelo qual é possível conquistar melhores condições de trabalho para os empregados, é um dos métodos de solução de conflitos mais democráticos – autocomposição -, porque há a primazia da autonomia da vontade das partes, sendo, pois, mais apto a efetivar a pacificação social nas relações de emprego e na sociedade de modo geral.⁷

Por estas características, a autocomposição é a forma de resolução de conflitos que melhor se coaduna com os basilares de um Estado democrático de direito. Sendo assim, deve ser estimulado.

Some-se a isto, o argumento, sustentado por Conrado di Mambro Oliveira⁸, de que a reforma no Poder Judiciário, materializado pela Emenda Constitucional n. 45 de 2004 (EC 45/2004), teve como um de seus objetivos reduzir o poder normativo da Justiça do Trabalho,

² OLIVEIRA, Conrado di Mambro. Ainda Sobre a Necessidade do Comum Acordo no Ajuizamento de Dissídio Coletivo de Natureza Econômica. **Revista Ltr**, São Paulo, v. 75, n. 01, p.46-54, jan. 2011. Mensal.

PRAGMÁCIO FILHO, Eduardo. Reflexões Sobre o Dissídio Coletivo na Justiça do Trabalho Após a Emenda Constitucional n. 45 de 2004. **Revista Ltr**, São Paulo, v. 74, n. 1, p.89-95, jan. 2010. Mensal.

³ OLIVEIRA, Conrado di Mambro. Ainda Sobre a Necessidade do Comum Acordo no Ajuizamento de Dissídio Coletivo de Natureza Econômica. **Revista Ltr**, São Paulo, v. 75, n. 01, p.46-54, jan. 2011. Mensal

⁴ É a denominação que Vólia Bomfim dá a essa característica das negociações coletivas. CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: Método, 2015, p.1231.

⁵ É a nomenclatura que Maurício Godinho atribui ao Princípio da Autonomia Coletiva. DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15. ed. São Paulo: Ltr, 2016, p.1462.

⁶ Maurício Godinho aduz que fontes formais são os meios de revelação e transparência da norma jurídica, podendo ser heterônomas e autônomas. Normas autônomas são aquelas cuja principal característica é a participação imediata dos destinatários da norma em sua produção. *Ibid.*, p. 142-144

^{7 7} NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 6. ed. São Paulo: Método, 2014, p. 5.

⁸ OLIVEIRA, Conrado di Mambro. Ainda Sobre a Necessidade do Comum Acordo no Ajuizamento de Dissídio Coletivo de Natureza Econômica. **Revista Ltr**, São Paulo, v. 75, n. 01, p.46-54, jan. 2011. Mensal.

ao estabelecer o requisito do comum acordo para a propositura de DCE, inviabilizando a propositura de modo unilateral, sob a justificativa de estimular a negociação coletiva, fortalecer as atribuições constitucionais dos sindicatos e evitar a interferência do Estado nas organizações sindicais.

De acordo com esta linha de argumentação, o DCE só poderá ser ajuizado se esta for a vontade de ambas as partes, para que, então, o Poder Judiciário possa exercer o poder normativo, proferindo sentença normativa.

Nesse sentido, o magistério de Conrado di Mambro Oliveira⁹ enuncia:

(...) o legislador constituinte, de fato, delegou aos sindicatos a missão de representação da respectiva categoria e defesa dos interesses e direitos dos representados, inclusive com participação imprescindível nas negociações coletivas, enfatizando a autonomia da vontade das partes envolvidas e fazendo da via negocial a forma de solução dos conflitos coletivos de trabalho por excelência.

Não merecem prevalecer os argumentos acima elencados. Embora, sem dúvidas, a negociação coletiva seja um dos meios de resolução de conflitos mais democráticos, não se pode afastar outras possibilidades de solucionar os entraves, como a jurisdição.

Isto porque nem sempre será viável pacificar um conflito pela vontade das próprias partes, pois para que um problema seja neutralizado mediante autocomposição no Direito Coletivo do Trabalho, é imprescindível que as partes façam concessões recíprocas.¹⁰

A pacificação poderá não ser alcançada, devido ao extremado conflito de interesses: de um lado, os trabalhadores lutando por melhores condições de trabalho, implicando – na maioria das vezes – aumento dos custos da relação de emprego e, do outro, o empregador, em regra, buscando incrementar seus lucros.

Nesta toada, se a autocomposição não for suficiente para solucionar a lide, não se pode afastar o direito constitucional de ingressar no judiciário, a fim de que se tenha a apreciação das pretensões em juízo, ao argumento de que as partes têm que negociar.

⁹ OLIVEIRA, Conrado di Mambro. Ainda Sobre a Necessidade do Comum Acordo no Ajuizamento de Dissídio Coletivo de Natureza Econômica. **Revista Ltr**, São Paulo, v. 75, n. 01, p.47, jan. 2011. Mensal.

¹⁰ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15. ed. São Paulo: Ltr, 2016.

Tampouco é razoável subordinar a pretensão de uma das partes ao consentimento da outra, para que ela possa ajuizar o DCE, pois se trata de frontal maltrato à inafastabilidade da jurisdição, que é um direito fundamental expressamente estabelecido pela CF/88, art. 5º, XXXV – “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”¹¹.

Nesta senda, se os empregadores não quiserem fazer concessões mediante a negociação coletiva, a fim de elastecer as melhorias nas condições de trabalho dos empregados, por não ser interessante do ponto de vista financeiro – devido ao extremo conflito de interesses típico das relações trabalhistas -, já que vai de encontro ao ideal empresarial de aumentar o lucro, as saídas que terão os trabalhadores para conseguir fazer pressão nos empregadores para que consigam alcançar suas pretensões serão: instaurar o DCE ou deflagrar estado de greve.

Como, atualmente, é necessário o comum acordo para a propositura de DCE, os trabalhadores, que não conseguiram obter seus anseios mediante a negociação coletiva, estarão subordinados – novamente – à vontade dos empregadores, cujos interesses econômicos são colidentes aos dos trabalhadores, para que possam ter suas pretensões apreciadas em juízo.

Em coerência com a defesa dos interesses empresariais, se os empregadores não cedem às demandas dos trabalhadores na negociação coletiva, a fim de preservarem seus lucros, por que eles iriam concordar com a propositura do DCE e arriscarem ter seus objetivos sucumbidos aos dos empregados na Justiça do Trabalho?

Nesse sentido, a exigência do comum acordo diminui as possibilidades dos obreiros de efetivarem seus pleitos, restando a eles recorrer ao direito constitucional de greve, para que por meio dele se force os empregadores a fazerem concessões. Ou ajuizar um DCE incidentalmente, em caso de propositura de dissídio coletivo de greve.

Nestas hipóteses, caso a categoria não tenha relevante força, ela poderá permanecer em greve por tempo indeterminado.

Segue esta linha, o escólio de Mauro Schiavi¹², senão vejamos:

¹¹ Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm > Acesso em 10. 10. 2016

¹² SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: Ltr, 2016, p. 1334-1335.

Em geral, quem está em vantagem não negocia e quem se recusa a negociar também não dá a cabeça a prêmio num processo judicial. A greve não interessa à sociedade, e a indiferença do mais forte gera injustiça. Logo, parece-nos que a solução do constituinte derivado não se harmoniza com a finalidade da Justiça, que é manter e restabelecer a paz social. Partindo-se da premissa de necessidade do comum acordo, se houver discordância do suscitado, o Tribunal não poderá julgar o dissídio coletivo de natureza econômica. **O ordenamento jurídico trabalhista não prevê mecanismos de solução deste impasse.** O conflito prolongado pode gerar litigiosidade contida e desembocar em greve sem precedentes. (grifou-se)

Conforme exposto, não é racional exigir o comum acordo para a instauração do DCE, isto porque o Estado – representado pela atuação legislativa – estaria indiretamente estimulando a greve e não a negociação coletiva como foi argumentado.

Neste contexto, é indispensável destacar que a greve é uma forma de autotutela¹³ autorizada pela ordem constitucional. Nada obstante, em regra, a autotutela é vedada pelo ordenamento jurídico, apenas casos excepcionais são permitidos.

Isto ocorre porque esta forma de resolução de conflitos é pautada no emprego de força – seja política, econômica, física, etc. -, sendo, portanto, a que menos se coaduna com o Estado democrático de direito, ao passo que a autocomposição é a que mais se compatibiliza.¹⁴ Deve-se, pois, estimular os meios de autocomposição em detrimento dos de autotutela. E a exigência do comum acordo, embora se utilize como argumento incentivar a negociação coletiva, segundo o demonstrado, tem efeito contrário, estimulando a greve.

Ademais disso, o Estado estaria, também, abstendo-se de uma de suas funções sociais mais caras à sociedade: a pacificação social mediante o exercício da jurisdição, representando, pois, uma grave violação à garantia constitucional de inafastabilidade da jurisdição. Isto porque, na medida em que o Estado concedeu aos cidadãos o direito de acesso ao Poder Judiciário, criou para si o dever de prestar a jurisdição.¹⁵

Destarte, não merece prevalecer o argumento de que o comum acordo visa a estimular a negociação coletiva, uma vez que a exigência do requisito representa um cerceamento de direito fundamental.

¹³ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15. ed. São Paulo: Ltr, 2016.

¹⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 6. ed. São Paulo: Método, 2014, p. 5.

¹⁵ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p 127.

Deste modo, a negociação coletiva diretamente se comunica com o DCE, sendo, portanto, indispensável compreender os institutos básicos da negociação coletiva para melhor entendimento de suas implicações no DCE.

Assim, demonstrada a pertinência temática, faz-se necessário adentrar em alguns atributos da negociação coletiva, uma vez que a fase negocial é a fase anterior à propositura do DCE.

2.2 Diplomas negociais coletivos

Os institutos da negociação coletiva adotados pelo ordenamento jurídico brasileiro são o Acordo Coletivo de Trabalho e a Convenção Coletiva de Trabalho. Quanto ao Contrato Coletivo de Trabalho, adotaremos a doutrina¹⁶ que leciona não haver a regulamentação necessária e não ser o referido instrumento coletivo compatível com o modelo sindical adotado no país.

Neste passo, serão tratados alguns elementos essenciais do Acordo Coletivo e da Convenção Coletiva de Trabalho.

2.2.1 Conceitos e distinções

Os conceitos de Convenção Coletiva de Trabalho (CCT) e Acordo Coletivo de Trabalho (ACT) estão expressamente estabelecidos na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). O art. 611 *caput*¹⁷ determina o que é Convenção Coletiva, senão vejamos:

Art. 611 - **Convenção Coletiva** de Trabalho é o acordo de caráter normativo, pelo qual dois ou mais **Sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais** estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais de trabalho. (grifou-se)

¹⁶ Conquanto haja grande celeuma sobre a existência do contrato coletivo de trabalho no ordenamento jurídico brasileiro, será adotado o posicionamento de Maurício Godinho Delgado, que assevera que a expressão contrato coletivo foi empregada equivocadamente na Consolidação das Leis do Trabalho como sinônimo de Acordo e Convenção Coletiva. Embora tenha havido previsão legal do referido instrumento coletivo nas leis 8.542/92 e 8.630/93, ambas não definiram, nem caracterizaram o instituto, permanecendo, pois, a lacuna normativa. Godinho aduz, também, que se trata de ato negocial voltado à fixação de normas mais abrangentes – que o Acordo e a Convenção Coletiva - cujos destinatários vão além de uma categoria específica. E que, de acordo com o atual sistema sindical brasileiro, não é viável o desenvolvimento do contrato coletivo no Brasil. DELGADO, *op. cit.*, p. 168-169.

¹⁷ BRASIL. CLT: Decreto-lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm> Acesso em 04 set. 2016.

A partir do enunciado supra, verifica-se que uma CCT resulta da negociação entre sindicatos – sendo evidente sua natureza coletiva - da categoria profissional e da categoria econômica. Trata-se de fonte formal autônoma originando normas jurídicas, sendo, ao mesmo tempo, conforme leciona Maurício Godinho Delgado, contratos sociais privados que, contudo, produzem regra jurídica e não somente cláusulas obrigacionais¹⁸.

Quanto ao Acordo Coletivo, sua definição é elencada no §1º, art. 611 da CLT ¹⁹, observe-se:

Art. 611 - § 1º É facultado aos **Sindicatos representativos de categorias profissionais** celebrar Acordos Coletivos com **uma ou mais empresas** da correspondente categoria econômica, que estipulem condições de trabalho, aplicáveis no âmbito da empresa ou das acordantes respectivas relações de trabalho. (grifou-se)

Diante do exposto, evidencia-se que o Acordo Coletivo se efetua entre o sindicato da categoria profissional e uma ou mais empresa, tendo, conseqüentemente, um âmbito de incidência bem menor se comparado à Convenção Coletiva – que abrange ambas as categorias, profissional e econômica, observada a limitação territorial de representação dos entes sindicais -, abrangendo apenas as empresas que participaram e os seus empregados pertencentes à categoria profissional representada pelo sindicato da respectiva categoria que firmou o acordo.

Neste contexto, as principais diferenças entre ACT e CCT residem quanto aos sujeitos e à abrangência dos institutos. Enquanto a CCT ocorre entre sindicatos, o ACT se efetiva entre sindicato profissional e empresa²⁰, acarretando uma maior abrangência da CCT em relação ao ACT.

2.2.2 Legitimação

¹⁸ DELGADO, *op cit.*, p. 1521-1522.

¹⁹ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm> Acesso em 04 set. 2016.

²⁰ O art. 8º, VI, da CF/88 determina ser obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho, entretanto é pacífico o entendimento de que a norma constitucional se refere aos sindicatos das categorias profissionais e não das econômicas, haja vista que o empregador por sua própria natureza é um ser coletivo. *Ibid.*, p. 1522.

O ordenamento jurídico legitimou para negociação coletiva, quanto aos empregados, o sindicato da categoria profissional; quanto aos empregadores, as próprias empresas e os sindicatos da categoria econômica.

No caso de categorias profissionais inorganizadas em sindicatos, serão legitimados, sucessivamente, as federações e, na falta destas, as confederações, conforme estabelece o art. 611, § 2º da CLT ²¹:

Art. 611 - § 2º As Federações e, na falta desta, as Confederações representativas de categorias econômicas ou profissionais poderão celebrar convenções coletivas de trabalho para reger as relações das categorias a elas vinculadas, inorganizadas em Sindicatos, no âmbito de suas representações.

Embora a literalidade do dispositivo se refira apenas à CCT, a regra também se estende ao ACT, pois se trata de diretriz do princípio da liberdade sindical que, segundo Maurício Godinho Delgado “assegura a empregados o direito de terem sua entidade sindical representativa, e de participarem, por meio dela, do processo negocial coletivo.” ²²

2.2.3 Conteúdo e Forma

Quanto ao conteúdo, há dois tipos de cláusulas que compõem os diplomas coletivos: as obrigacionais e as normativas. As primeiras são cláusulas tão somente contratuais, enquanto as últimas são dotadas de relevante conteúdo jurídico, originando regras jurídicas.

Acerca das cláusulas normativas, Amauri Mascaro Nascimento assevera “são as mais expressivas, são dirigidas aos empregados e empresas e aos seus respectivos contratos individuais sobre os quais se projetarão.” ²³

Endossando essa ideia, Maurício Godinho Delgado ²⁴ aduz:

²¹ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm> Acesso em 08 set. 2016.

²² DELGADO, *op. cit.*, p. 1528.

²³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Compêndio de Direito Sindical**. 8. ed. São Paulo: Ltr, 2015. p. 430.

²⁴ DELGADO, Maurício Godinho. *Op.cit.* p. 1530.

(...) são aquelas que geram direitos e obrigações que irão se integrar aos contratos individuais de trabalho das respectivas bases representadas. Consubstanciam a razão de ser da negociação coletiva, enquanto mecanismo criador de fontes normativas autônomas do Direito do Trabalho.

As cláusulas normativas são, portanto, as mais importantes e em maior número nos contratos negociais coletivos.

Uma vez que um ACT ou uma CCT criam norma jurídica, é necessário que observem determinados ritos procedimentais, sendo, destarte, quanto à forma, um ato solene. O documento deve ser escrito sem rabiscos ou rasuras, pois a forma é requisito substancial do ato jurídico.²⁵

2.3 Vigência

O Art. 614, § 3º da CLT ²⁶ estabelece que o prazo máximo de duração de CCT ou ACT será de dois anos. Reforçando esta determinação, a Orientação Jurisprudencial (OJ) nº 322 da Subseção Especializada em Dissídios Individuais I (SBDI - I)²⁷ proíbe a realização de termo aditivo à negociação coletiva que vise a prorrogar por prazo indeterminado sua vigência.

Em princípio, a estipulação de um prazo de vigência tinha como objetivo fomentar a negociação coletiva periódica, tendo em vista se tratar de normas temporárias que tinham como uma de suas funções adequar as condições de trabalho às necessidades de produção e diminuição do desemprego²⁸.

Todavia, o entendimento do Superior Tribunal do Trabalho (TST) é no sentido de que as normas continuarão vigendo até que outra, mediante negociação coletiva, revogue-a expressa ou tacitamente. Verifique-se, pois, o teor da Súmula 277:

²⁵ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: Ltr, 2013. p. 1002

²⁶ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De15452.htm> Acesso em 10 set. 2016.

²⁷ **322. ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. CLÁUSULA DE TERMO ADITIVO PRORROGANDO O ACORDO PARA PRAZO INDETERMINADO. INVÁLIDA (DJ 09.12.2003)** Nos termos do art. 614, § 3º, da CLT, é de 2 anos o prazo máximo de vigência dos acordos e das convenções coletivas. Assim sendo, é inválida, naquilo que ultrapassa o prazo total de 2 anos, a cláusula de termo aditivo que prorroga a vigência do instrumento coletivo originário por prazo indeterminado. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_1/n_s1_321.htm#TEMA322> Acesso em 10 set. 2016.

²⁸ CARRION, Valentin; CARRION, Eduardo. **Comentários à CLT**. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 572.

Súmula nº 277 do TST - CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO OU ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. EFICÁCIA. ULTRATIVIDADE (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012
 As cláusulas normativas dos acordos coletivos ou convenções coletivas integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser modificadas ou suprimidas mediante negociação coletiva de trabalho.²⁹

A esta vertente Maurício Godinho Delgado chama de “Teoria da Aderência Limitada por Revogação (ultratividade relativa)”. Vejamos algumas considerações do autor³⁰ acerca desta corrente:

(...) mais harmônica aos objetivos do Direito Coletivo do Trabalho, que são buscar a paz social, aperfeiçoar as condições laborativas e promover a adequação setorial justralhista. Ora, a provisoriedade conspira contra esses objetivos, ao passo que o critério da aderência por revogação instaura natural incentivo à negociação coletiva.

Conquanto o entendimento sumulado do TST e a doutrina supra, o Supremo Tribunal Federal concedeu medida cautelar, suspendendo todos os processos e efeitos de decisões no âmbito da Justiça do Trabalho que discutem a aplicação da ultratividade de normas de acordos e de convenções coletivas. A decisão foi proferida na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 323,³¹ que alega que a Súmula 277 do TST afronta a separação dos poderes e o princípio da legalidade.

Na concessão da liminar, o Ministro Gilmar Mendes alegou que a súmula não possui base legal ou constitucional que a suporte, pois a ultratividade de normas coletivas está condicionada à lei, não podendo decorrer diretamente do texto constitucional. Ademais disso, alega que a ultratividade protege apenas o empregado e desconsidera a onerosidade gerada ao empregador.³²

²⁹ Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-277> Acesso em 10 set. 2016.

³⁰ DELGADO, *op. cit.*, p. 1543.

³¹ Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=270646&caixaBusca=N>> Acesso em 26 out. 2016.

³² Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=327394>>. Acesso em 26 out. 2016.

Conforme posicionamento do Ministro Gilmar Mendes, por ora, os efeitos da Súmula 277 do TST estão suspensos até que seja proferida decisão definitiva no âmbito da ADPF 323. No entanto, emerge a possibilidade de declínio do teor da súmula, considerando que o contexto socioeconômico de crise que o país enfrenta, poderá interferir na decisão. Já que, em situação de arrocho econômico, há uma tendência em restringir direitos trabalhistas, a fim de que sejam preservados interesses empresariais.

2.4 Conflito entre ACT e CCT

Quanto à resolução de conflito entre ACT e CCT, o art. 620 da CLT aduz que as normas da CCT prevalecem às normas do ACT quando mais favoráveis ao empregado. Isto porque, segundo Maurício Godinho Delgado “interessa ao Direito Coletivo valorizar os diplomas negociais mais amplos (como as convenções coletivas), pelo suposto que contêm maiores garantias aos trabalhadores.”³³

O entendimento dos Tribunais Trabalhistas,³⁴ entretanto, é no sentido de que deve prevalecer a norma mais favorável, podendo ser o ACT ou a CCT. Logo, se o ACT for mais favorável ao trabalhador, ele deverá ser aplicado ao caso em detrimento do CCT, sem que haja

³³ DELGADO, *op. cit.*, p. 1541.

³⁴ CONFLITO ENTRE NORMAS COLETIVAS. ACT VERSUS CCT. INSTRUMENTO PREVALECENTE. ARTIGO 620 DA CLT. O artigo 620 DA CLT é muito claro ao dispor sobre a solução para o aparente conflito de normas autônomas, verbis: "As condições estabelecidas em Convenção, quando mais favoráveis, prevalecerão sobre as estipuladas em Acordo". Assim, não se aplica ao caso a diretriz jurídica *specialis derogat generalis*, como pretende a empregadora, mas, sim, o princípio da norma mais benéfica, subproduto do princípio da proteção, que é o norte para o qual aponta a bússola do Direito do Trabalho. (TRT 3ª Região - RO 00367201407403007 0000367-02.2014.5.03.0074, Relatora: Paula Oliveira Cantelli, Turma Recursal de Juiz de Fora, Data de publicação: 10.9.2015). TRT-PR-02-09-2011 CONCOMITÂNCIA DE CCT E ACT - CONFLITO DE NORMAS COLETIVAS - PREVALÊNCIA DO ACT - PRINCÍPIO DO CONGLOBAMENTO - PRINCÍPIO DA AUTONOMIA NEGOCIAL COLETIVA - AUSÊNCIA DE AFRONTA AO ARTIGO 620 DA CLT: Concomitantes CCT e ACT, devem prevalecer as disposições constantes do Acordo Coletivo, por mais específicas, já que firmadas levando em conta a dinâmica fática da relação, as reais possibilidades do empregador e os anseios dos trabalhadores. A comparação entre as normas existentes em cada instrumento deve ser feita de forma global, não cláusula a cláusula, analisando-se, inclusive os motivos que levaram a se entabular o ajuste direto com o empregador, de sorte a se afastar a norma coletiva que abrange toda a categoria. Logo, eventual ausência de condições mais favoráveis, em uma ou outra cláusula, está presumivelmente compensada pela conquista de vantagens em outras disposições, de modo que aplicável, o instrumento, na integralidade, não havendo, aqui, qualquer afronta ao artigo 620 da CLT. Conclusão com lastro não somente na teoria do conglobamento e do princípio constitucional da autonomia negocial coletiva (art. 7º, XXVI), bem assim, da consideração de que o Sindicato Profissional, que já pactuou Convenção Coletiva com o sindicato da categoria econômica, bem cumprindo seu papel institucional, somente firmaria Acordo Coletivo com uma empresa individualmente se suas previsões fossem ser mais benéficas aos trabalhadores. Sentença mantida. (TRT-9 3462201022907 PR 3462-2010-22-9-0-7, Relatora: Sueli Gil El-Rafih, 4ª TURMA, Data de Publicação: 02/09/2011) Disponível em: <[http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=CONFLITO+\(ACT+e+CCT\)>](http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=CONFLITO+(ACT+e+CCT)>). Acesso em 10 set. 2016.

malferimento ao art. 620, tendo em vista que o dispositivo estabeleceu como critério o da norma mais favorável.

Quanto ao critério para designar a norma mais favorável, deve-se aplicar a teoria do conglobamento, segundo Vólia Bomfim³⁵ “o intérprete deverá optar pela fonte mais benéfica no todo ao trabalhador. A finalidade desta teoria é a unidade do texto, respeitando o sistema em que foi constituído e que integra como um universo.”

2.5 Limites à negociação coletiva

A discursão acerca das restrições e da abrangência do poder criativo nas negociações coletivas é pautada em critérios objetivos, conforme assevera Sérgio Pinto Martins³⁶:

(...) a fonte de validade da autonomia privada está nas normas estatais que especificam e delimitam o espaço de sua atuação. O Estado determina negativamente o conteúdo das normas extra-estatais, deixando certas matérias reservadas para sua própria atividade normativa.

Observa-se, portanto, como limitação da negociação, as normas cogentes – de observância obrigatória –, que integram o campo de direitos indisponíveis do trabalhador, e tem o fim de lhe assegurar o mínimo necessário para se prover dignamente. Neste caso, o conteúdo da norma só poderá ser restringido por negociação coletiva, se o texto da própria norma autorizar³⁷.

Nada obstante, em se tratando de vantagem acima do que determina a norma de ordem pública, serão válidos os termos da negociação.

³⁵ CASSAR, *op cit*, p. 92.

³⁶ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 784-785

³⁷ Como é o caso do art. 7º, VI, da CF/88; que prevê a possibilidade de redução do salário. Art. 7º, VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo; Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm> . Acesso em 12 set. 2016

2.6 Liberdade sindical: o sindicato como participante indispensável à negociação coletiva

A liberdade sindical é um direito subjetivo público que veda a intervenção do Estado na criação, organização, administração e funcionamento da entidade sindical, assegurado em nível constitucional, conforme dicção do art. 8º, I.³⁸ Trata-se de uma garantia indispensável aos trabalhadores em um Estado Democrático de Direito.³⁹

As diretrizes de liberdade sindical foram estabelecidas na Convenção 87 da Convenção Internacional do Trabalho (OIT).⁴⁰ A este respeito, o art. 2º faz as seguintes considerações. Observe-se:

Art. 2º - Os trabalhadores e os empregadores, sem distinção de qualquer espécie, terão direito de constituir, sem autorização prévia, organizações de sua escolha, bem como o direito de se filiar a essas organizações, sob a única condição de se conformar com os estatutos das mesmas.

Nada obstante a importância do legislado nesta Convenção, o Brasil não a ratificou, pois a ordem constitucional brasileira consagrou a unicidade sindical, no art. 8º, II, da CF/88,⁴¹ e a Convenção estabelece a pluralidade sindical. Sendo assim, é válida a crítica de que, no Brasil, a liberdade sindical ainda carece de incentivo, estando, de acordo com o demonstrado, em patamar abaixo do estabelecido pela OIT.

Neste tocante, a liberdade sindical é uma importante condição para a efetivação dos objetivos do Direito Coletivo do Trabalho, dentre eles a elaboração de normas jurídicas mediante a negociação coletiva.

Deste modo, a CF/88 estabelece no art. 8º, VI: “é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho”. Isto se procede porque a natureza coletiva das entidades sindicais afasta a fragilidade dos trabalhadores concebidos individualmente.

³⁸ Art. 8º, I – “a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical;

³⁹ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: Método, 2015, p.1229.

⁴⁰ Disponível em < <http://www.oitbrasil.org.br/content/liberdade-sindical-e-prote%C3%A7%C3%A3o-ao-direito-de-sindicaliza%C3%A7%C3%A3o> > . Acesso em 26 out. 2016.

⁴¹ Art. 8º, II - “é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município”

Assim, é possível que se alcancem melhores condições de trabalho e se efetivem mais direitos.

Portanto, para que sejam concretizadas as finalidades sociais do Direito Coletivo do Trabalho - como o fortalecimento dos entes sindicais para obter maior alcance de direitos trabalhistas mediante a negociação coletiva – é necessário que seja ampliada a liberdade sindical.

No tocante à negociação coletiva, justificada a necessidade de estabelecer conceitos e demonstrar quais as correntes adotadas nos pontos de divergência; para que sirvam de embasamento teórico aos capítulos subsequentes, em sequência, serão verificados os meios extrajudiciais de solução de conflitos coletivos trabalhistas, com o propósito de que sejam demonstradas as alternativas de pacificação social na seara extrajudicial e, a partir disto, aquilatarmos o papel do judiciário trabalhista nos conflitos coletivos de natureza econômica.

3 MEIOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS COLETIVOS TRABALHISTAS: O COMUM ACORDO CRIOU A ARBITRAGEM JUDICIAL?

O estudo dos meios extrajudiciais de resolução de conflitos coletivos trabalhistas é de eminente necessidade neste trabalho, uma vez que serão demonstradas as principais possibilidades que as partes possuem para tentar solucionar o litígio sem que tenham de ingressar no judiciário.

Nesta senda, será analisado o alcance que a eficácia dos meios extrajudiciais possui na pacificação de conflitos coletivos trabalhistas, para, a partir disso, aferir a importância do Poder Judiciário na resolução das lides desta natureza.

Introduzindo o assunto, é mister mencionar o que leciona Mauro Schiavi⁴² acerca dos conflitos na área laboral, *in litteris*:

O direito do trabalho, como é marcado por grande eletrividade social, uma vez que está por demais arraigado na vida das pessoas e sofre de forma direta os impactos das mudanças sociais e da economia, é um local fértil para eclosão dos mais variados conflitos de interesse.

Consoante ao exposto, esses conflitos de interesses podem ser classificados como jurídicos ou econômicos. Estes versam sobre condições de trabalho, aqueles, interpretar e aplicar normas jurídicas.⁴³

Segundo Maurício Godinho Delgado⁴⁴, as formas de resolução de conflitos no mundo ocidental contemporâneo se classificam em três grandes grupos: autotutela, autocomposição e heterocomposição. Eles se diferenciam pelos sujeitos envolvidos e pela sistemática operacional em que se desenvolve o processo de resolução. Em continuidade, estudaremos os referidos grupos.

⁴² SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: Ltr, 2016, p. 36.

⁴³ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: Método, 2015, p. 1244-1245.

⁴⁴ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15. ed. São Paulo: Ltr, 2016, p. 1587.

3.1 Autotutela, autocomposição e heterocomposição

A *autotutela* é o meio mais primitivo de resolução de conflitos. Mauro Schiavi⁴⁵ a denominou de vingança privada. Caracteriza-se pela imposição da vontade de uma das partes, de modo unilateral, sobre a outra, mediante força. Daniel Amorim Assumpção Neves⁴⁶ ensina que “uma solução de conflitos resultante do exercício da força não é a forma de resolução de conflitos que se procura prestigiar em um Estado Democrático de Direito”. Ela só é admitida excepcionalmente no ordenamento jurídico.

No âmbito trabalhista, a greve é classificada como autotutela, muito embora ela não seja um meio de solução de conflito, mas uma forma de pressionar para que se alcancem resultados mais favoráveis no processo negocial⁴⁷.

Quanto à *autocomposição*, ela é pautada na vontade das partes para solucionar o conflito. É a modalidade que melhor se coaduna com os preceitos de um Estado Democrático de Direito, além de ser um eficiente meio de pacificação social, pois se valoriza a autonomia da vontade das partes⁴⁸.

A autocomposição é gênero do qual transação, renúncia e submissão são espécies⁴⁹. A transação ocorre quando o conflito é resolvido mediante concessões recíprocas; a renúncia, quando uma parte abdica seu direito a fim de solucionar o impasse e, a submissão, quando uma parte reconhece o direito da outra e age em consonância com isso. É válido destacar que no âmbito do Direito Coletivo Trabalhista as negociações coletivas devem ser processadas pela transação.⁵⁰

Na seara laboral, o mais clássico exemplo de autocomposição são as negociações trabalhistas, fortemente estimuladas pela ordem constitucional, com basilares na autonomia e liberdade sindicais e não intervenção do Estado nas organizações sindicais.

Por fim, a *heterocomposição* é um método em que o conflito é resolvido por um terceiro sem interesse no litígio e sua decisão será imposta às partes⁵¹, por exemplo, a

⁴⁵ SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: Ltr, 2016, p. 38.

⁴⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 6. ed. São Paulo: Método, 2014, p. 5.

⁴⁷ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15. ed. São Paulo: Ltr, 2016, p. 1588.

⁴⁸ NEVES, *op. cit.*, p. 6.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 6

⁵⁰ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15. ed. São Paulo: Ltr, 2016.

⁵¹ SCHIAVI, *op.cit.*, p. 39

jurisdição e a arbitragem. A jurisdição, segundo Mauro Schiavi⁵², “(...) o meio, por excelência, de resolução do conflito trabalhista, pois o Brasil, de cultura romano-germânica, não tem tradição de resolução dos conflitos pela via da negociação nem da arbitragem.”

3.2 Mediação e conciliação

Ambos os institutos têm grande importância como formas de resolução de conflitos trabalhistas. Eles possuem características comuns, porém há peculiaridades que os diferenciam. Na doutrina de Ada Pellegrini⁵³, ela aduz:

A mediação assemelha-se à conciliação: os interessados utilizam a intermediação de um terceiro, particular, para chegarem à pacificação de seu conflito. Distingue-se dela somente porque a conciliação busca sobretudo o acordo entre as partes, enquanto a mediação objetiva trabalha o conflito, surgindo o acordo como mera consequência. Trata-se mais de uma diferença de método, mas o resultado acaba sendo o mesmo.

Nesta toada, o conciliador atua mais ativamente, propondo soluções para a pacificação do conflito. Na mediação, o terceiro tem como objetivo possibilitar o diálogo entre as partes para que elas mesmas cheguem a um entendimento.

A legislação trabalhista estimula a conciliação, determinando que o juiz a proponha em pelo menos duas vezes: antes de receber a contestação, art.846 da CLT⁵⁴, e depois das razões finais, art. 850 da CLT⁵⁵, sob pena de nulidade do processo.

Colocar a conciliação neste patamar é reconhecer a eficácia deste método na pacificação do conflito trabalhista, conforme o escólio de Mauro Schiavi⁵⁶ que segue:

Sem dúvida, a conciliação é a melhor forma de resolução do conflito trabalhista, pois é solução oriunda das próprias partes que sabem a real dimensão do conflito, suas necessidades e possibilidades para melhor solução. Muitas vezes, a sentença desagrada a uma das partes e até mesmo às duas partes.

⁵² *Ibdi.*, p. 39.

⁵³ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 34.

⁵⁴ Art. 846 – “Aberta a audiência, o juiz ou presidente propondrá a conciliação.”

⁵⁵ Art. 850 – “Terminada a instrução, poderão as partes aduzir razões finais, em prazo não excedente de 10 (dez) minutos para cada uma. Em seguida, o juiz ou presidente renovará a proposta de conciliação, e não se realizando esta, será proferida a decisão.”

⁵⁶ SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: Ltr, 2016, p. 43.

Quanto à mediação, ela adquire especial relevo em se tratando de conflitos coletivos, uma vez que o art. 616, § 1º, da CLT⁵⁷ previa uma convocação compulsória para mediação no Ministério do Trabalho. Conquanto, a compulsoriedade trazida neste dispositivo não foi recepcionada pela CF/88, remanescendo a possibilidade de mediação voluntária tanto pelo Ministério do Trabalho, quanto pelo Ministério Público do Trabalho e, ainda, por profissionais civis.

3.3 Arbitragem: o comum acordo criou a arbitragem judicial?

A arbitragem, também, foi colocada em posição prestigiada no que se refere à resolução de litígios trabalhistas coletivos. A Lei Maior estabelece, no art. 114, § 1º, que “Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros.”⁵⁸

Some-se a isto, que a arbitragem diretamente se comunica com o DCE, tendo em vista que o art. 114, § 2º⁵⁹ vaticina a possibilidade de arbitragem antes do ajuizamento de comum acordo do DCE.

Além disso, existe o argumento favorável ao comum acordo para a propositura do DCE, à justificativa de que a atuação do Poder Judiciário Trabalhista no DCE – exercendo o Poder Normativo – seria um caso de arbitragem judicial, porém será demonstrado porque este argumento não se sustenta, considerando as inconsistências técnicas dessa ideia, por meio da exposição das características essenciais da arbitragem em paralelo com as da jurisdição.

Neste sentido, faz-se indispensável tratar dos fundamentos da arbitragem cujo conceito é definido por Maurício Godinho Delgado:⁶⁰

⁵⁷Art. 616 - § 1º Verificando-se recusa à negociação coletiva, cabe aos Sindicatos ou empresas interessadas dar ciência do fato, conforme o caso, ao Departamento Nacional do Trabalho ou aos órgãos regionais do Ministério do Trabalho e Previdência Social, para convocação compulsória dos Sindicatos ou empresas recalcitrantes.

⁵⁸ Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> . Acesso em 19 set. 2016.

⁵⁹ Art. 114, § 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.”

⁶⁰ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15. ed. São Paulo: Ltr, 2016, p. 1593.

Arbitragem é, desse modo, o tipo procedimental de solução de conflitos mediante o qual a decisão, lançada em um *laudo arbitral*, efetiva-se por um terceiro *árbitro*, estranho à relação entre os sujeitos em controvérsia e, em geral, por eles escolhido.

A arbitragem é instaurada, pela vontade das partes, mediante o negócio jurídico denominado convenção de arbitragem,⁶¹ que abrange a cláusula compromissória que é o negócio jurídico em que as partes se comprometem submeter à arbitragem um eventual futuro litígio, conforme previsto no art. 4º da Lei 9.307/96⁶²; e o compromisso arbitral, art. 9º da Lei 9.307/96⁶³, em que as partes submetem um litígio já existente à arbitragem.

É necessário, entretanto, destacar que apenas litígios acerca de direitos patrimoniais disponíveis podem ser apreciados mediante arbitragem, nos termos do art. 1º da Lei n. 9.307/96⁶⁴.

No seio do Direito Coletivo Trabalhista, a deliberação pela arbitragem ocorre no âmbito da negociação coletiva⁶⁵.

Quanto ao árbitro, que é escolhido pelas partes. Em regra, trata-se de um terceiro imparcial e *expert* no assunto⁶⁶. Entretanto, Mauro Schiavi⁶⁷ faz algumas considerações acerca da realidade social do Brasil em relação à arbitragem, observe-se:

Em verdade, existe no Brasil falta de tradição em solução dos conflitos pela via arbitral, acreditando-se que os árbitros não estão preparados para resolver os litígios com imparcialidade e justiça. Na esfera trabalhista, acredita-se que a via arbitral sempre atende aos interesses do empregador, lesando os interesses do empregado.

Além desse pensamento que dificulta a aplicação da arbitragem como meio de solução de conflito, o Brasil é um país de cultura jurídica romano-germânica⁶⁸ em que há preferência pela jurisdição como forma de resolução de conflito.

⁶¹ SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: Ltr, 2016, p. 57.

⁶² Art. 4º “A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.”

⁶³ Art. 9º “O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial.”

⁶⁴ Art. 1º “As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.”

⁶⁵ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15. ed. São Paulo: Ltr, 2016, p. 1601.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 1593.

⁶⁷ SCHIAVI, *op. cit.*, p. 60.

Na arbitragem, as partes podem escolher o árbitro, o modelo de arbitragem (se de direito ou de equidade), podem estabelecer se haverá substituição do árbitro, se haverá ou não revisão da decisão mediante a interposição de recurso, dentre outros poderes que as partes detêm na arbitragem.⁶⁹ Essas são algumas das principais características da arbitragem.

Quando do advento da Emenda Constitucional n. 45 de 2004 (EC n. 45/04), passou-se a exigir o comum acordo para a propositura de Dissídio Coletivo Econômico e, a partir de então, alguns doutrinadores afirmam que o comum acordo tornaria a atuação do Judiciário em DCE um juízo arbitral, como Ives Gandra da Silva Martins Filho⁷⁰, senão vejamos:

Assim, os dissídios coletivos de natureza econômica poderiam continuar a ser apreciados pela Justiça do Trabalho, mas apenas em duas hipóteses: dissídio coletivo de greve, quando afetado o interesse público, pela falta de atendimento às necessidades inadiáveis da população quanto aos serviços essenciais definidos em lei, facultando-se a propositura do dissídio não apenas ao Ministério Público, mas também às partes em litígio; e dissídio coletivo de mútuo acordo, quando ambas as partes concordam em submeter à Justiça do Trabalho a solução da questão, caso em que o Judiciário Laboral atuaria como juízo arbitral.

Nesse sentido, Flávio Benites⁷¹ propõe ser aconselhável tornar a atividade do Judiciário Trabalhista, ao julgar dissídios coletivos de natureza econômica, uma arbitragem voluntária passível de frustração à tentativa de acordo entre as partes.

Porém, é recomendável que não deva prevalecer este entendimento. Conforme demonstrado, na arbitragem, as partes possuem bastantes possibilidades em relação à forma de arbitragem, à escolha do árbitro, interposição ou não de recurso, etc.; enquanto, em se tratando de jurisdição, no dissídio coletivo, ainda que mediante o comum acordo, o único poder de decisão das partes se refere à submissão ou não do litígio ao Judiciário. Uma vez levado o conflito ao Poder Judiciário, o processo correrá em consonância com a lei.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 39.

⁶⁹ PISCO, Cláudia de Abreu Lima. **Dissídios Coletivos: Aspectos Controvertidos e Atuais**. São Paulo: Ltr, 2010, p. 49.

⁷⁰ *Apud* PISCO, Cláudia de Abreu Lima. **Dissídios Coletivos: Aspectos Controvertidos e Atuais**. São Paulo: Ltr, 2010, p. 48-49.

⁷¹ *Apud* PISCO, Cláudia de Abreu Lima. **Dissídios Coletivos: Aspectos Controvertidos e Atuais**. São Paulo: Ltr, 2010, p. 49.

Endossando esta linhagem de pensamento, Cláudia de Abreu Lima Pisco⁷² se manifesta acerca, *in verbis*:

O fato de se reconhecer autonomia às partes envolvidas no conflito para submeterem ou não a causa ao Judiciário não transforma a atuação judicial em atividade arbitral, Não é esse o elemento de identificação dessa forma de solução de conflitos. Por essas razões não se pode confundir a atuação do Judiciário Trabalhista na solução de conflitos coletivos de trabalho com o exercício da arbitragem.

Corroborando esta ideia, há o entendimento de Mauro Schiavi⁷³ que aduz que o legislador não aboliu o poder normativo, nem o transformou em arbitragem, pois disciplinou expressamente a arbitragem facultativa nos parágrafos do artigo 114 da CF/88.

3.4 Dissídio coletivo

Trata-se de uma ação coletiva proposta perante o Judiciário Trabalhista cujo objetivo é resolver um conflito trabalhista coletivo. Vejamos o que Amauri Mascaro Nascimento⁷⁴ leciona acerca de dissídio coletivo:

Dissídio coletivo é um processo judicial de solução dos conflitos coletivos econômicos e jurídicos que no Brasil ganhou a máxima expressão como um importante mecanismo de criação de normas e condições de trabalho por meio dos tribunais trabalhistas, que proferem sentenças denominadas normativas quando as partes que não se compuseram na negociação coletiva acionam o judiciário.

Consoante o exposto, afere-se que é uma ação especial, sendo, pois, um meio de resolução de conflitos mediante o exercício da função jurisdicional do Estado. A respeito da jurisdição, Ada Pellegrini Grinover⁷⁵ aduz “(...) é uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça.”

⁷² PISCO, Cláudia de Abreu Lima. **Dissídios Coletivos: Aspectos Controvertidos e Atuais**. São Paulo: Ltr, 2010, p. 50.

⁷³ SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: Ltr, 2016.

⁷⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 769.

⁷⁵ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 147.

Assim, pode-se dizer que a jurisdição tem como uma de suas principais características o caráter substitutivo, em que há substituição da vontade das partes pela decisão que lhes seja imposta pelo exercício da jurisdição.

É mister ressaltar, ainda, que o Brasil, ao adotar o modelo de jurisdição una, estabeleceu o direito garantia fundamental de inafastabilidade da jurisdição, expressamente previsto no art. 5º, XXXV, da CF/88 que diciona “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Feitas as devidas considerações no tocante à jurisdição, retoma-se o conceito de dissídio coletivo de Amauri Mascaro anteriormente mencionado. Essa ação especial tem como um de seus objetivos dirimir conflitos econômicos e jurídicos. Consoante a doutrina de Mauro Schiavi,⁷⁶ conflitos jurídicos são aqueles solucionáveis mediante a aplicação do direito objetivo ao caso concreto; quanto ao econômico, visam à criação de novas condições de trabalho, por meio da sentença normativa fruto do poder normativo.

Ainda com fulcro no escólio do referido autor,⁷⁷ de acordo com o conflito coletivo envolvido no caso concreto, surgirão as espécies de dissídio coletivo. Dissídio coletivo jurídico é o que há um conflito jurídico; dissídio coletivo econômico, conflito econômico; e, no caso do dissídio de greve, haverá um conflito jurídico cujo objetivo é a declaração da abusividade da greve e poderá haver, também, conflito econômico.

Quanto ao aspecto de ser uma ação coletiva, pode-se afirmar que é aquela cujo teor se relaciona a um interesse coletivo. Mauro Schiavi⁷⁸ delimita interesse coletivo da seguinte maneira:

(...) o que transcende o aspecto individual para irradiar efeitos sobre um grupo ou categoria de pessoas, sendo uma espécie de soma de direitos individuais, mas também um direito próprio do grupo, cujos titulares são indeterminados, mas que podem ser determinados, ligados entre si (ou com a parte contrária) por uma relação jurídica base. Em razão disso, no Direito do Trabalho, cada categoria pode defender o próprio interesse e também, por meio de negociação coletiva, criar normas a vigor no âmbito da categoria.

⁷⁶ SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: Ltr, 2016, p. 1311.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 1311.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 1312.

Neste contexto, os dissídios coletivos possuem eminente importância na tutela dos interesses coletivos trabalhista. Mauro Schiavi⁷⁹ defende, inclusive, a existência o devido processo legal coletivo como meio de acesso à jurisdição coletiva, sendo um desdobramento da garantia constitucional de inafastabilidade da jurisdição.

Com base nisto, emergem as calorosas discussões no tocante à constitucionalidade do requisito do comum acordo para a propositura de dissídio coletivo econômico, estabelecido no art. 114, § 2º, da CF/88, ao argumento de que a exigência do comum acordo perfaz maltrato à garantia fundamental de inafastabilidade de jurisdição.

Ante o exposto, faz-se necessária uma análise pormenorizada dos fatores envolvidos no dissídio coletivo econômico, a fim de verificar, à luz da Constituição Federal, mormente, no que se refere à inafastabilidade da jurisdição; as consequências do polêmico comum acordo.

⁷⁹ SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: Ltr, 2016, p. 1312.

4 O COMUM ACORDO PARA PROPOSITURA DE DISSÍDIO COLETIVO ECONÔMICO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Com o advento da Emenda Constitucional n. 45 de 2004, passou-se a exigir comum acordo para a propositura de dissídio coletivo econômico. O requisito do comum acordo trouxe à tona relevante discussão acerca de suas consequências sobre o poder normativo: o comum acordo representa o fim do poder normativo? O comum acordo transformou a atuação do Judiciário Trabalhista em arbitragem judicial no dissídio coletivo econômico? Todas essas questões serão enfrentadas.

Outra grande controvérsia gira em torno da constitucionalidade do comum acordo, haja vista que sua exigência se apresenta como um obstáculo ao acesso à jurisdição, que é uma garantia constitucional expressamente prevista na Carta Magna.

Ante essa situação, foram ajuizadas algumas ações diretas de inconstitucionalidade, que visam à declaração de inconstitucionalidade da expressão comum acordo por afronta ao direito fundamental de inafastabilidade da jurisdição.

Esta temática é de eminente importância devido às implicações práticas do comum acordo, pois se uma das partes se recusar à propositura do dissídio coletivo econômico ele será extinto sem resolução de mérito e o conflito social se perpetuará. Ainda nesta hipótese, o Estado não estaria exercendo uma de suas funções mais caras à sociedade: a pacificação social pelo exercício da jurisdição.

4.1 Os reflexos do comum acordo e da EC n. 45/04 no poder normativo

A partir das interpretações dadas ao art. 114, § 2º da CF/88, após o advento da EC n. 45 de 2004, várias controvérsias surgiram em torno do poder normativo, tais como: “o comum acordo extinguiu o poder normativo e o transformou em arbitragem judicial?”, “o poder normativo foi restringido?”, dentre outras.

Antes de enfrentarmos esses importantes questionamentos, é necessário que sejam feitas algumas considerações sobre o poder normativo na Justiça Laboral, haja vista existirem inúmeras controvérsias no tocante às próprias características deste instituto.

Nesta toada, é imprescindível que seja definido o conceito de poder normativo, a fim de que sejam delimitadas suas propriedades essenciais. Assim, vejamos o que Mauro Schiavi⁸⁰ aduz acerca do poder normativo:

Trata-se de uma competência anômala conferida à Justiça do Trabalho para, uma vez solucionado o conflito de interesse, criar normas que irão regular as relações entre as categorias profissional e econômica. Não se trata apenas de aplicar o direito preexistente, mas de criar, dentro de determinados parâmetros, normas jurídicas. Por isso, se diz que o poder normativo da Justiça do Trabalho atua no vazio da lei, ou seja: quando não há lei dispondo sobre a questão. Em razão disso, a Justiça do Trabalho detém a competência constitucional para criar normas por meio da chamada sentença normativa.

Para Amauri Mascaro Nascimento⁸¹, o poder normativo é compreendido da seguinte maneira: “é a competência constitucional dos Tribunais do Trabalho para proferir decisões nos processos de dissídios econômicos, criando condições de trabalho com força obrigatória.”

No entendimento de José Augusto Rodrigues Pinto⁸², o poder normativo é:

(...) é a competência determinada a órgão do poder judiciário para, em processo no qual são discutidos interesses gerais e abstratos, criar norma jurídica destinada a submeter à sua autoridade as relações jurídicas de interesse individual concreto na área da matéria legislativa.

A partir dos conceitos supra, pode-se aferir que é por meio do poder normativo que a Justiça do Trabalho decide dissídios coletivos de natureza econômica, criando normas – materializadas na sentença normativa -, no vazio da lei, a serem, obrigatoriamente, aplicadas às partes. Portanto, não se trata da mera aplicação da lei ao caso concreto, como geralmente ocorre o exercício da função jurisdicional.

⁸⁰ SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: Ltr, 2016, p. 1313.

⁸¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 633-634.

⁸² *Apud* SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: Ltr, 2016, p. 1314.

Ante esta peculiaridade do poder normativo, alguns doutrinadores⁸³ defendem se tratar de delegação legislativa à Justiça do Trabalho para solucionar conflitos coletivos econômicos.

Não merece prosperar este entendimento, haja vista que função normativa e função legislativa não se confundem. A função normativa diz respeito à criação de normas de conceitos abstratos, não sendo, porém, exclusividade do Poder Legislativo, sendo utilizada, também, por órgãos do Poder Judiciário com o fulcro de integrar o ordenamento jurídico, revelando direitos a partir de normas de valor já existentes de forma fluida.⁸⁴

Corroborando esta ideia, leciona Cláudia Abreu Lima Pisco⁸⁵, vejamos:

(...) pode-se afirmar, sem afrontar o princípio da separação dos poderes, que a função normativa desempenhada pelo Judiciário, implementando e efetivando direitos não legislados, não se confunde com a função legislativa, desde que **direcionada à integração e realização do ordenamento jurídico**. (grifou-se)

Diante do exposto, dando seguimento a esta linha de raciocínio, a função normativa é uma forma de o Poder Judiciário efetivar seu papel de resguardar e implementar direitos e garantias fundamentais.

Nada obstante, o poder normativo perfaz uma forma de intervenção do Estado nas relações de trabalho – no aspecto sociológico, na luta de classes que compreende força de trabalho *versus* capital -, sendo, pois, bastante criticado por muitos doutrinadores⁸⁶, que alegam que por ter nascido no seio do fascismo italiano, com inspiração na *Carta del Lavoro* de viés corporativista, o poder normativo tem enraizado na sua origem a tentativa de controlar a luta de classe. E implantado, no Brasil, durante o governo autoritário de Getúlio Vargas no Estado Novo. Os mesmos argumentos se referem à Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

Com base nestas informações, este segmento doutrinário defende o fim do poder normativo, ao argumento de que sua gênese ditatorial é incompatível com o regime democrático de direito adotado no Brasil.

⁸³ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: Método, 2015, p. 1286.

⁸⁴ PISCO, Cláudia de Abreu Lima. **Dissídios Coletivos: Aspectos Controvertidos e Atuais**. São Paulo: Ltr, 2010, p. 109.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 110.

⁸⁶ PRAGMÁCIO FILHO, Eduardo. Reflexões Sobre o Dissídio Coletivo na Justiça do Trabalho Após a Emenda Constitucional n. 45 de 2004. **Revista Ltr**, São Paulo, v. 74, n. 1, p.89-95, jan. 2010. Mensal.

Estes argumentos são equivocados, segundo Evaristo de Moraes Filho,⁸⁷ pois tanto o poder normativo, quanto a CLT, resultam dos fatos sociais, tais como greves, pressões dos trabalhadores e os diversos movimentos sociais que ocorreram no final do século XIX e início do século XX, sendo, pois, um produto social da luta de classe do período, que representou grande conquista para o patrimônio jurídico dos trabalhadores, uma vez que está umbilicalmente relacionado à tutela de direitos trabalhistas.

Ademais, de acordo com os ensinamentos de Mauro Schiavi,⁸⁸ as normas devem ser interpretadas conforme a realidade social do momento em que elas estão sendo aplicadas, é mister ressaltar que depois de editada a lei ela se desvincula do seu criador e passa a ter vida própria.

Em verdade, busca-se flexibilizar as normas protetivas aos trabalhadores, sob a justificativa de que os dispositivos têm inspiração fascista. No entanto, eles estão em plena sintonia com o regime Democrático de Direito preconizado pela *Charta Magna*.

Superada a celeuma da suposta origem fascista do poder normativo e da CLT, faz-se imponente demonstrar que, no Brasil, desde 1907 existia órgão especializado para julgamento de questões trabalhistas, antes da edição da *Carta del Lavoro* em 1927, restando evidente que a verificação da necessidade de que as causas trabalhistas sejam julgadas por juízes especializados.⁸⁹

Quanto ao poder normativo, ele se relaciona diretamente com o surgimento do Direito do Trabalho no Brasil. Em 1939, a Justiça do Trabalho não era sequer vinculada ao Poder Judiciário. Tratava-se de órgão administrativo em que o Decreto-lei n. 1.237/39, no art. 94, § 2º;⁹⁰ já trazia a possibilidade de decisão pautada em um juízo de equidade pela Justiça do Trabalho.

⁸⁷ *Apud* SANTOS JÚNIOR, Rubens Clamer dos. O Poder Normativo da Justiça do Trabalho: considerações após a Emenda Constitucional n. 45. *Revista Ltr*, São Paulo, v. 74, n. 6, p.711-717, jun. 2010. Mensal.

⁸⁸ SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: Ltr, 2016, p. 1316.

⁸⁹ PISCO, Cláudia de Abreu Lima. **Dissídios Coletivos: Aspectos Controvertidos e Atuais**. São Paulo: Ltr, 2010, p. 68

⁹⁰ Art 94, § 2º - "Tratando-se de conflito sobre questões de salário, serão estabelecidas condições que, assegurando justo salário aos trabalhadores, permitam, também, justa retribuição às empresas interessadas." Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1237.htm > . Acesso em 17 out. 16.

O poder normativo ganhou *status* constitucional na Constituição Federal de 1946, art. 123, § 2º,⁹¹ e foi mantido nas Constituições posteriores de 1967 com a Emenda Constitucional n. 01 de 1969, art. 142, § 1º.⁹²

No texto original da Constituição Federal de 1988, o poder normativo veio estabelecido no art. 114, § 2º, senão vejamos:

Art. 114, § 2º - Recusando-se qualquer das partes à negociação ou à arbitragem, é facultado aos respectivos sindicatos ajuizar dissídio coletivo, podendo a Justiça do Trabalho **estabelecer normas e condições**, respeitadas as **disposições convencionais e legais mínimas de proteção ao trabalho**. (grifou-se)

Com o advento da Emenda Constitucional n. 45 de 2004, entretanto, houve considerável alteração na redação do dispositivo supra, observe-se:

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**. (grifou-se)

De acordo com o exposto, é possível perceber que houve a mudança das seguintes expressões: “estabelecer normas e condições” por “decidir o conflito”; foi acrescido o termo “comum acordo” para ajuizar dissídio coletivo e; respeitadas as “disposições convencionais e legais mínimas de proteção ao trabalho” por “disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.”

A partir destas alterações de texto, surgiram algumas teorias acerca das repercussões na existência e no exercício do poder normativo. A substituição da expressão “estabelecer normas e condições” por “decidir o conflito” fez emergir, para alguns

⁹¹ Art. 123, § 2º - “A lei especificará os casos em que as decisões, nos dissídios coletivos, poderão estabelecer normas e condições de trabalho.” Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm > . Acesso em 17 out. 16.

⁹² Art. 142, § 1º - “A lei especificará as hipóteses em que as decisões, nos dissídios coletivos, poderão estabelecer normas e condições de trabalho.” Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm > . Acesso em 17 out. 16.

doutrinadores,⁹³ a ideia que o poder normativo havia sido abolido do ordenamento jurídico por ausência de previsão, ao argumento de que o termo “decidir o conflito” remete ao exercício regular da jurisdição, e não ao do poder normativo.

Aliado a este argumento, a necessidade de comum acordo para a propositura do dissídio coletivo econômico fez surgir a interpretação equivocada que, nessa hipótese, a atuação do Poder Judiciário Trabalhista teria a natureza de arbitragem judicial.

Este argumento já foi abordado, em capítulo próprio, e restou demonstrado seu equívoco. Vale a retrospectiva: na arbitragem, as partes possuem bastantes possibilidades em relação à forma de arbitragem, à escolha do árbitro, à interposição ou não de recurso, dentre outros poderes.

Enquanto, em se tratando de jurisdição, no dissídio coletivo, ainda que mediante o comum acordo, o único poder de decisão das partes se refere à submissão ou não do litígio ao Judiciário. Uma vez levado o conflito ao Poder Judiciário, o processo correrá em consonância com a lei.

Endossando esta linha, conceder às partes autonomia para submeter ou não o conflito ao judiciário não é o elemento caracterizador da arbitragem.⁹⁴ Além disso, o legislador regulou as possibilidades de arbitragem facultativa, não havendo, pois, que falar em fim do poder normativo ou arbitragem judicial.⁹⁵

Superada esta corrente, outra que surgiu, em decorrência das alterações de texto, foi a que estabelece que a exigência do comum acordo para a propositura de dissídio coletivo econômico é inconstitucional por afronta à garantia constitucional de inafastabilidade de jurisdição. É a esta corrente ora adotada, todavia as questões relacionadas a esta controvérsia serão enfrentadas no tópico seguinte.

Além das controvérsias sobre a existência ou não do poder normativo, houve, também, grande questionamento em torno dos limites do exercício do poder normativo. A esse respeito, o entendimento jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho e o

⁹³ PRAGMÁCIO FILHO, Eduardo. Reflexões Sobre o Dissídio Coletivo na Justiça do Trabalho Após a Emenda Constitucional n. 45 de 2004. **Revista Ltr**, São Paulo, v. 74, n. 1, p.89-95, jan. 2010. Mensal.

⁹⁴ PISCO, Cláudia de Abreu Lima. **Dissídios Coletivos: Aspectos Controvertidos e Atuais**. São Paulo: Ltr, 2010, p. 50.

⁹⁵ SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: Ltr, 2016.

posicionamento do Supremo Tribunal Federal foram importantes norteadores para a interpretação do dispositivo.

Essas divergências eclodiram devido à substituição do termo “respeitadas as disposições convencionais e legais mínimas de proteção ao trabalho” por “respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente”. Passou-se a perguntar, então, o que seriam as disposições convencionadas anteriormente? Em quais circunstâncias os tribunais poderiam exercer o poder normativo?

Algumas possíveis respostas a estas indagações vieram com a edição da Súmula 190 do TST⁹⁶ com a seguinte redação:

PODER NORMATIVO DO TST. CONDIÇÕES DE TRABALHO. INCONSTITUCIONALIDADE. DECISÕES CONTRÁRIAS AO STF (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003 Ao julgar ou homologar ação coletiva ou acordo nela havido, o Tribunal Superior do Trabalho exerce o poder normativo constitucional, não podendo criar ou homologar condições de trabalho que o Supremo Tribunal Federal julgue iterativamente inconstitucionais.

Consoante vaticina o enunciado acima, os tribunais trabalhistas devem observar, ao exercerem o poder normativo, as decisões de inconstitucionalidade do STF cujo objeto seja condições de trabalho. Assim, não podem criar ou homologar situações laborais que a Suprema Corte tenha entendido ser inconstitucional.

Em continuidade à análise dos aspectos delineadores do poder normativo, o STF,⁹⁷ em reclamação constitucional, limitou a amplitude do poder normativo com a seguinte decisão:

(...) pode criar obrigações para as partes envolvidas nos dissídios desde que atue no vazio deixado pelo legislador e não se sobreponha ou contrarie a legislação em vigor, sendo-lhe vedado estabelecer normas e condições vedadas pela Constituição ao domínio da lei formal.

⁹⁶ Disponível em < http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_151_200.html#SUM-190 > . Acesso em 18 out. 16.

⁹⁷ STF. Reclamação Constitucional n. 197.911. Relator Ministro Octavio Gallotti. DJU 7.11.1997.

Deste modo, o poder normativo só poderá ser exercido na ausência de lei, de maneira a complementar o ordenamento jurídico, sendo vedado, também, criar normas reservadas à lei.

Nestes termos, é possível adaptar algumas normas a peculiaridades regionais, empresariais, profissionais e compatibilizá-las a determinadas conjunturas, a métodos de trabalho, às inovações tecnológicas. É imperioso destacar que o Brasil é um país de dimensões continentais, em que existem consideráveis desníveis socioeconômicos. Por meio da intervenção estatal, considerando as especificidades de cada caso, é possível estabelecer condições que possam assegurar condições dignas ao trabalhador.⁹⁸

As argumentações acima aludem às possibilidades de atuação dos tribunais no exercício do poder normativo. Não obstante, faz-se indispensável verificarmos quais os limites mínimo e máximo do poder normativo em dissídio coletivo econômico.

Nesta toada, com o advento da EC n. 45 de 2004, à redação do art. 114, § 2º foi acrescida a seguinte expressão “respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.” Houve grande discussão sobre a que se referia a expressão “convencionadas anteriormente”.

Para Vólia Bomfim,⁹⁹ essa resposta veio com a jurisprudência do TST, no sentido de que as disposições convencionadas anteriormente se referem às cláusulas preexistentes, sendo compreendidas como patamar mínimo que deve ser respeitado pela sentença normativa são os acordos ou as convenções coletivas e as sentenças normativas anteriores.

A autora defende, entretanto, que para a manutenção das cláusulas preexistentes é necessário o preenchimento de um requisito, qual seja: a permanência das mesmas condições econômicas que as fundamentaram. Essa exigência tem o escopo de evitar a excessiva onerosidade para o empregador, bem como a inadequação das normas em determinados setores, visando à primazia da realidade.

Esse posicionamento do TST, estabelece uma importante limitação ao patamar máximo do poder normativo. É válido ressaltar, ainda, que a sentença normativa, além de ter que observar as disposições convencionadas anteriormente, não pode criar situações

⁹⁸ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: Método, 2015, p. 1287.

⁹⁹ *Ibid.* p. 1287.

contrárias ao que determina a legislação. Isto pode ser chamado de limite jurídico, conquanto há, também, o limite econômico ao patamar máximo de atuação do poder normativo.

No tocante ao limite econômico, Ives Gandra faz as seguintes considerações, veja-se:

(...) além dos limites jurídicos, existem também os econômicos, pelos quais não se podem conceber cláusulas ou um conjunto de condições que comprometam a viabilidade econômica da empresa. Ressalte-se que o referido preceito consolidado fala em “justa retribuição” ao capital, o que supõe não apenas respeitar a capacidade econômica da empresa, mas assegurar a ela o lucro devido.

Conforme demonstrado, o poder normativo encontrou limites jurídicos e econômicos com o fim de estabelecer um patamar mínimo e máximo para sua atuação e adequar seu exercício ao fim maior da jurisdição: a pacificação social.

4.2 Comum acordo *versus* inafastabilidade de jurisdição

A EC n. 45/2004 trouxe o requisito do comum acordo para a propositura de dissídio coletivo econômico. Inovação bastante questionada quanto à sua constitucionalidade. A favor da inconstitucionalidade há o argumento de que condicionar o ingresso no judiciário ao consentimento da parte contrária causa violação à garantia constitucional de inafastabilidade da jurisdição.

Nessa órbita, o Supremo Tribunal Federal reconheceu repercussão geral da matéria no Recurso Extraordinário com Agravo 679.137 em que o relator ministro Marco Aurélio aduziu que o assunto “reclama o crivo do STF”, pois em muitas situações os sindicatos estariam impedidos de ajuizar o dissídio por ausência do comum acordo. Alegou, ainda, que o Tribunal deve analisar a situação considerando o disposto no art. 5º, XXXV.¹⁰⁰

Deste modo, em decisão monocrática publicada em 28.08.2012,¹⁰¹ foi determinado pelo Ministro Marco Aurélio o sobrestamento do processo para que se aguarde o

¹⁰⁰ Disponível em < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298769> > . Acesso em 21 out. 16.

¹⁰¹ Disponível em < <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=679137&classe=ARE&origem=AP&r> >

juízo das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 3392, 3423, 3431, 3432 e 3520, sob relatoria do Ministro Gilmar Mendes, cujos objetos são a análise do comum acordo frente à inafastabilidade da jurisdição.

Isto porque existe o entendimento que o abuso de direito de uma das partes – mormente dos empregadores – em não querer negociar, pode levar ao cerceamento do direito de acesso ao judiciário.

Todavia, há corrente contrária que defende não haver lesão à referida garantia, pois o conflito não é jurídico, mas apenas econômico. Outro argumento que se soma a este segmento doutrinário é o de que o judiciário exerceria função atípica e não jurisdicional, não havendo, pois, que falar em violação à inafastabilidade da jurisdição.

Estes argumentos não merecem prosperar, pois partem de premissas equivocadas como será demonstrado a seguir.

Antes de enfrentarmos estas questões, no entanto, é mister ressaltar a incorreção do termo comum acordo, pois incorre em redundância, uma vez que todo acordo se pressupõe comum. Logo, é preferível o termo mútuo consentimento ao termo comum acordo.¹⁰²

Feitas estas considerações, em manifestação da Procuradoria Geral da República, nos autos do Recurso Extraordinário em Agravo 679.137, em 07.06.2016,¹⁰³ a PGR se manifestou no sentido de o comum acordo ser uma condição de procedibilidade e que não há prejuízo à inafastabilidade da jurisdição, porque a sentença normativa – proferida pelo exercício do poder normativo em dissídio coletivo econômico – não se trata de função jurisdicional típica, mas de atividade legiferante.

Entende-se sem razão a PGR. A ideia de que o Poder Judiciário somente exerce o poder normativo para efetivar direito já existente é incompatível com a nova ordem constitucional, o neoconstitucionalismo, em que os princípios constitucionais possuem força normativa, sendo, pois, de natureza cogente. Nos dissídios coletivos econômicos, pode-se

curso=0&tipoJulgamento=M> . Acesso em 21 out. 16.

¹⁰² PISCO, Cláudia de Abreu Lima. **Dissídios Coletivos: Aspectos Controvertidos e Atuais**. São Paulo: Ltr, 2010, p. 42.

¹⁰³

Disponível em <
<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=679137&classe=ARE&origem=AP&recurs=0&tipoJulgamento=M>> . Acesso em 21 out. 16.

estar diante de pretensões que visam a efetivar interesses jurídicos, malgrado não legislados, derivam de normas de princípios.¹⁰⁴

Acrescido a este argumento, há o de que os dissídios coletivos econômicos tratam de interesses meramente econômicos. Este argumento está equivocado. Só seria interesse meramente econômico, caso não houvesse nenhuma norma jurídica que pudesse fundamentar a questão, seja lei, contrato de trabalho, acordo ou convenção coletiva ou até um princípio constitucional.¹⁰⁵

Assim, a atividade normativa exercida pelo Poder Judiciário será atividade jurisdicional – e não legiferante –, desde que ela ocorra em um processo de integração do ordenamento jurídico destinado à pacificação social e/ou à efetivação de direitos.

Logo, um interesse que é desdobramento de uma norma de princípio, ainda que antecedente da atividade legislativa infraconstitucional, não pode ser considerado mero interesse econômico, pois se trata da efetivação de direitos, já que os princípios possuem força normativa.¹⁰⁶

Corroborando esta linha de entendimento, Cláudia Abreu Lima Pisco¹⁰⁷ faz as seguintes considerações, *in litteris*:

“Todavia, nos tempos atuais, ao se reconhecer força normativa aos princípios constitucionais, considera-se que a atividade de reconhecer proteção jurídica a interesses não pode depender da atuação do legislador ordinário. Somente haverá meros interesses de fato quando o interesse em jogo for estranho a qualquer norma abstrata fluida contida no ordenamento jurídico. A nova estrutura do direito constitucional brasileiro, inspirado nas doutrinas alemã e norte-americana, reconheceu o caráter normativo de normas principiológicas inseridas no corpo da Carta Constitucional, que passaram a ser consideradas verdadeiras normas de direitos, mesmo que não positivados.

”

Conforme exposto, o Poder Judiciário Trabalhista deve atuar, nos dissídios coletivos econômicos, mediante um juízo de equidade, criando normas abstratas, com o fito de promover a pacificação social.¹⁰⁸

¹⁰⁴ PISCO, Cláudia de Abreu Lima. **Dissídios Coletivos: Aspectos Controvertidos e Atuais**. São Paulo: Ltr, 2010, p. 51.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 51.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 51-52.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 52.

É válido ressaltar, todavia, que os Tribunais só poderão criar normas abstratas se os pedidos envolverem norma jurídica, sendo as normas abstratas criadas uma mera consequência do reconhecimento de um direito do ordenamento jurídico, pois, se assim não o for, estar-se-á diante, de fato, de uma situação excepcional em que há apenas interesse meramente econômico.

Destarte, não merece prosperar o argumento que não há prejuízo à inafastabilidade de jurisdição por não haver exercício de jurisdição e sim de atividade legislativa.

Consoante exposto, quando o Poder Judiciário exerce o poder normativo, no dissídio coletivo econômico, e cria normas abstratas que decorrem de normas de princípios – ou normas jurídicas em geral - , ele está integrando o ordenamento jurídico com fulcro na pacificação social e, portanto, ocorre atividade jurisdicional.¹⁰⁹

Deste modo, o comum acordo para a propositura do dissídio coletivo econômico representa uma afronta à garantia constitucional de inafastabilidade da jurisdição, pois o abuso de direito de uma das partes em se recusar a negociar e, possivelmente, à instauração do dissídio compromete cabalmente a acessibilidade da outra parte ao Poder Judiciário.

Além disso, é explicitamente incoerente, sob o prisma jurídico-processual, requerer como requisito o comum acordo para a propositura de um dissídio, haja vista que este pressupõe lide, que é um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida. Se há resistência à pretensão, como será possível que a parte resistente aceite o ajuizamento do dissídio e corra o risco de ter a pretensão efetivada contra a sua vontade?¹¹⁰

Nesta linha, não é razoável exigir mútuo consentimento para propositura de um dissídio, se este em seu conceito pressupõe dissenso. Segundo Fredie Didier Júnior,¹¹¹ direitos fundamentais, como a inafastabilidade da jurisdição, podem sofrer limitação, desde que haja justificativa razoável. Em algumas situações excepcionais, a busca pela jurisdição está condicionada ao esgotamento da via administrativa, como é o caso de causas desportivas.

¹⁰⁸ PISCO, Cláudia de Abreu Lima. **Dissídios Coletivos: Aspectos Controvertidos e Atuais**. São Paulo: Ltr, 2010, p. 51-52.

¹⁰⁹ *Ibid.* p. 52.

¹¹⁰ SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: Ltr, 2016, p.1320.

¹¹¹ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 128.

Isto ocorre porque, nestas hipóteses, a busca pelo Poder Judiciário, antes de esgotadas as possibilidades de resolução administrativa, configura abuso de direito, já que é desnecessária a provocação da atividade jurisdicional, que deve ser encarada como *ultima ratio*.¹¹²

Diante do exposto, é válido ressaltar que para a propositura de dissídio coletivo econômico é necessário que tenha sido frustrada negociação coletiva. Ou seja, é necessário que tenha havido tentativa de resolução do conflito pela via extrajudicial e que ela não tenha sido exitosa.

Ademais, ainda é viabilizada às partes a arbitragem facultativa antes de ingressar no Poder Judiciário, caso tenha restado frustrada a negociação coletiva.

Ante todos esses condicionantes e todas essas possibilidades de resolução do conflito, caso o litígio ainda permaneça, não é razoável restringir o direito de ação ao requisito do mútuo consentimento, tendo em vista que já foram esgotadas as oportunidades de solucionar o dissídio pela via extrajudicial e ele ainda existe.

Além disso, é totalmente incoerente exigir mútuo consentimento para a propositura de um dissídio, visto que, por definição, dissídio envolve uma pretensão resistida, havendo, portanto, dissenso. Como será viável, então, condicionar a instauração de um dissídio ao mútuo consentimento, se àquele é inerente o dissenso entre as partes?¹¹³

Com base nestes argumentos, resta clara a ausência de razoabilidade na restrição do direito fundamental de acesso à jurisdição mediante a exigência do mútuo consentimento, sendo, portanto, inconstitucional. A inafastabilidade de jurisdição passou a ser consagrada no ordenamento jurídico como direito fundamental, no momento em que o Estado assumiu o monopólio da jurisdição, proibindo a autotutela. Ao surgir o direito fundamental de ação, estabeleceu-se, concomitantemente, o dever para o Estado de prestar jurisdição.¹¹⁴

Se as partes tentaram resolver um conflito mediante negociação coletiva e não conseguiram, e elas buscam o Poder Judiciário, a fim de resolver a questão e a jurisdição não é prestada, o entrave não será pacificado.

¹¹² DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p 128.

¹¹³ SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: Ltr, 2016, p. 1320.

¹¹⁴ DIDIER JÚNIOR, *op.cit.*, p. 127.

Nesse contexto, o conflito se perpetuará. Esta situação é de considerável gravidade, uma vez que as relações empregatícias são de grande potencial conflituoso; pois existe frontal choque de interesses entre empregados e empregadores de cunho socioeconômico permanente. Assim, se o conflito não for solucionado, ele se agravará podendo levar à ruptura da ordem social e econômica.¹¹⁵

Portanto, é imprescindível que, caso as partes não consigam resolver o entrave mediante negociação, seja assegurada a possibilidade de recorrer ao Poder Judiciário para dissolver o dissídio, tendo em vista que as consequências dele repercutem para além dos envolvidos na relação de emprego, comprometendo toda a sociedade.

E, ainda, condicionar o exercício da atividade jurisdicional à exigência de um requisito irrazoável fere o direito constitucional de inafastabilidade da jurisdição, sendo, portanto, o requisito inconstitucional.

4.2.1 Natureza jurídica do comum acordo e a hermenêutica dos Tribunais do Trabalho

Ressalta-se que se considera o requisito inconstitucional por prejuízo à garantia fundamental de acesso à jurisdição. Porém, até que o STF julgue as ações diretas de inconstitucionalidade e declare a inconstitucionalidade da exigência do mútuo consentimento, ele não pode ser desconsiderado, surgindo, conseqüentemente, várias correntes para justificar sua existência e regular sua aplicação.

Neste diapasão, houve grande discussão se o mútuo consentimento seria uma condição da ação ou um pressuposto processual de validade, existência e desenvolvimento regular do processo. Mauro Schiavi¹¹⁶ fala sobre a diferença jurídica da classificação, observe-se:

Em sendo um pressuposto processual, o requisito do “comum acordo” deve estar presente já no ingresso do dissídio, sob consequência de nulidade do processo, uma vez que os pressupostos processuais são requisitos de existência, regularidade de desenvolvimento da relação jurídico-processual.

¹¹⁵ PISCO, Cláudia de Abreu Lima. **Dissídios Coletivos: Aspectos Controvertidos e Atuais**. São Paulo: Ltr, 2010, p. 23.

¹¹⁶ SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: Ltr, 2016, p.1323.

Agora, vejamos o que ele¹¹⁷ fala no tocante de ser uma condição da ação:

(...) interpretando-se tal requisito como sendo uma condição da ação, esta pode ser preenchida no curso do processo. Segundo *Liebman*, as condições da ação, ainda que não presentes quando da propositura da ação, podem ser preenchidas até o julgamento.

A partir do exposto, é possível aferir que o que diferencia uma condição da ação de um pressuposto processual, segundo Mauro Schiavi, é o momento em que o requisito deve estar presente: se uma condição da ação, poderá ser preenchida até o julgamento; se pressuposto processual, deverá estar presente quando do ajuizamento da ação.

Amauri Mascaro Nascimento¹¹⁸ defende não ser o comum acordo uma condição da ação pelas seguintes razões, *in verbis*:

Não se deve ignorar que no direito processual civil não existe tipo de processo no qual o autor, para com o mesmo ingressar, depende de autorização do réu. **Não pode ser condição da ação aquela que retira do autor a possibilidade de movê-la, transferindo esse poder exatamente para a parte contra a qual a ação deve ser movida, pois nesse caso, o autor não teria como, se obstado pelo réu, movimentar a jurisdição, ficando impossibilitado de fazê-lo.** A concordância das duas partes para a solução do conflito por um órgão suprapartes é exigência própria da composição da disputa por meio de arbitragem facultativa, mas não do exercício da jurisdição estatal e nem mesmo de arbitragem compulsória, de modo que é de todo inusitado o texto da lei. (grifou-se)

Feitas estas considerações, o Tribunal Superior do Trabalho entendeu¹¹⁹ que o termo “comum acordo” é um pressuposto processual, senão vejamos:

RECURSOS ORDINÁRIOS. DISSÍDIO COLETIVO DE NATUREZA ECONÔMICA. AUSÊNCIA DE COMUM ACORDO. PRESSUPOSTO PROCESSUAL NÃO OBSERVADO. EXTINÇÃO DO PROCESSO, SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. Pacífico o entendimento desta Corte segundo o qual a exigência do comum acordo consiste em pressuposto específico de constituição e

¹¹⁷ SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: Ltr, 2016, p.1323.

¹¹⁸ *Apud* PISCO, Cláudia de Abreu Lima. **Dissídios Coletivos: Aspectos Controvertidos e Atuais**. São Paulo: Ltr, 2010, p. 56.

¹¹⁹ TST – RODC 205416720135040000; Relatora Ministra Maria de Assis Calsing. Julg. 14.03.2016. SDC, DEJT 22.03.2016. Disponível em < <http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/322788876/recurso-ordinario-trabalhista-ro-205416720135040000> > . Acesso em 23 out. 2016.

desenvolvimento válido e regular do processo coletivo de natureza econômica e, por tal razão, a sua inobservância acarreta forçosamente a extinção do processo, sem resolução de mérito.(...)

Além deste entendimento de se tratar de pressuposto processual, também, ficou assente pelo TST¹²⁰ que o comum acordo não precisa ser demonstrado, necessariamente, mediante petição conjunta, havendo flexibilidade neste aspecto, senão vejamos:

“RECURSO ORDINÁRIO. DISSÍDIO COLETIVO DE NATUREZA ECONÔMICA. AUSÊNCIA DE COMUM ACORDO. ART. 114, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. EXTINÇÃO DO PROCESSO, SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. O entendimento pacífico nesta Corte é o de que o comum acordo, exigência trazida pelo art. 114, § 2º, da Constituição Federal para o ajuizamento do dissídio coletivo de natureza econômica, é pressuposto de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo e de que, embora idealmente devesse ser materializado na forma de petição conjunta da representação, é interpretado de maneira mais flexível, no sentido de se admitir a concordância tácita na instauração da instância, desde que não haja a oposição expressa do suscitado, na contestação.(...)”

Além da prescindibilidade de petição conjunta, há, também, o entendimento de que o comum acordo pode ser tácito, devendo o suscitado manifestar-se expressamente acerca da recusa de instauração do dissídio, em sede de defesa, sob pena de preclusão, não podendo, pois, o Tribunal declarar de ofício a falta do comum acordo. Este é o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho,¹²¹ observe-se:

“RECURSO ORDINÁRIO EM DISSÍDIO COLETIVO. AUSÊNCIA DE COMUM ACORDO. PRELIMINAR ACOLHIDA DE OFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. Para que reúna condições de acolhimento, é ônus da parte suscitada arguir a preliminar de falta de comum acordo até a fase de defesa, sob pena de **preclusão** e configuração do comum acordo tácito. Com efeito, a Seção Especializada em Dissídios Coletivos do TST firmou posicionamento no sentido de que o -comum acordo- exigido para o ajuizamento de dissídio coletivo pode dar-se de forma **tácita**, ou seja, no silêncio da parte suscitada. Toma-se em conta que, **diante do insucesso na negociação coletiva, ao suscitado também interessa o exercício do poder normativo como forma de pacificar o conflito**. Assim, por se tratar de pressuposto processual

¹²⁰ TST – RODC 200-61.2014.5.12.0000; Relatora Ministra Dora Maria da Costa. Julg. 19.10.2015. SDC, DEJT 29.10.2015. Disponível em < <http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/250391504/recurso-ordinario-trabalhista-ro-2006120145120000> > . Acesso em 23 out. 16.

¹²¹ TST – RODC 855-38.2011.5.12.0000; Relator Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro. Julg. 15.10.2013. SDC, DEJT 25.10.2013. Disponível em < <http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24347210/recurso-ordinario-ro-8553820115120000-855-3820115120000-tst> > . Acesso em 23 out. 16.

atípico, não se analisa o -comum acordo- sob o mesmo enfoque das condições da ação. Decorre desta premissa que **o -comum acordo- não comporta arguição de ofício**. Precedentes. Se não suscitada na contestação, força é prover o recurso para reformar o acórdão regional e determinar o retorno dos autos à origem para que prossiga no exame do dissídio coletivo, afastada a falta de comum acordo.”(grifou-se)

Com base na análise jurisprudencial supra, pode-se aferir que, devido à imposição da EC 45/2004, o TST pacificou o entendimento no sentido do requisito do comum acordo ser um pressuposto processual.

Não obstante, as interpretações acerca do pressuposto são consideravelmente flexíveis, como se verifica nos seguintes posicionamentos: não se exige o ajuizamento de petição conjunta; tem sido admitido o comum acordo tácito, a parte suscitada deve alegar a preliminar quando da apresentação da defesa, sob pena de preclusão; o comum acordo não pode ser arguido de ofício pelo Tribunal.

Todos estes posicionamentos são voltados à flexibilização do pressuposto, a fim de que seja oportunizada a possibilidade de pacificação social do conflito mediante o exercício do poder normativo, numa tentativa clara de garantir o acesso à jurisdição, apesar do requisito explicitamente inconstitucional, e não negar aos cidadãos uma das funções mais caras do Estado à sociedade: a pacificação social fruto do exercício do direito fundamental de acesso à jurisdição.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O requisito do comum acordo para a propositura de dissídio coletivo econômico não fomenta a negociação coletiva, embora um dos argumentos que justificam sua existência é o de que ele é necessário para estimular a negociação coletiva como forma de resolução de conflitos.

Isto porque, para que o conflito seja resolvido mediante negociação coletiva, é necessário que sejam feitas concessões mútuas. Considerando que as relações empregatícias são marcadas pelo intenso e permanente conflito de interesses, o dissenso entre as partes poderá ser tão intenso ao ponto de elas não conseguirem por elas mesmas solucionar o entrave.

Ainda assim, a Constituição Federal de 1988 oportuniza a possibilidade de recorrer à arbitragem facultativa para findar o conflito. Se mesmo com todas essas possibilidades de dirimir o litígio as partes não conseguirem resolvê-lo, deve-se assegurar a busca de uma das partes pelo Judiciário para pacificar o problema. Pois a jurisdição não pode ser negada sob a justificativa que as partes têm que solucionar o problema pela negociação coletiva, haja vista que nem sempre será possível pacificar o conflito por este meio.

Pois a recusa abusiva de uma das partes em negociar acarreta malferimento ao direito constitucional de indeclinabilidade de jurisdição à outra. Já que, segundo a doutrina de Mauro Schiavi, quem está em vantagem se recusa a negociar, e quem se recusa a negociar não se arriscará à possibilidade ter suas pretensões sucumbidas no Judiciário, possivelmente se recusando à continuidade do feito, não podendo os Tribunais julgar a ação.

De acordo com a situação em tela, o ordenamento jurídico não prevê uma forma de restabelecer a paz social, em caso de recusa de uma das partes ao prosseguimento da ação. Esta circunstância é totalmente incompatível com a função do Poder Judiciário de pacificação social. E, também, não atende aos preceitos do Estado Democrático de Direito, uma vez que ocorre uma limitação irrazoável, acarretando o cerceamento de direito fundamental. Deste modo, o conflito se prolongará se tornando cada vez mais complexo e gravoso, não apenas às partes envolvidas, mas a toda sociedade.

Além disso, pode-se concluir que o comum acordo não transformou a atuação do poder normativo em dissídio coletivo em arbitragem judicial, pois a única autonomia que as partes têm com o comum acordo é a possibilidade de decidir submeter o litígio ao Poder Judiciário. Enquanto na arbitragem, os litigantes possuem várias outras possibilidades acerca dos procedimentos da arbitragem.

Quanto ao poder normativo, é assente o entendimento de que ele não foi extinto pela EC n. 45/2004. Também, foi demonstrado que é equivocado aferir que o poder normativo é de origem fascista, tendo em vista que ele é o produto da luta de trabalhadores e tem como objetivo efetivar e garantir direitos trabalhistas.

No que se refere à análise do comum acordo à luz da inafastabilidade da jurisdição, restou demonstrado que o requisito fere a garantia constitucional. Embora seja possível a limitação de direito fundamental, deve haver uma justificativa razoável para tanto. Deste modo, não é razoável exigir comum acordo para a propositura de um dissídio, se este, por definição, envolve a resistência a uma pretensão e, portanto, dissenso entre as partes.

Neste diapasão, não é razoável requerer mútuo consentimento para a resolução de uma situação que pressupõe dissenso. Assim, a restrição do comum acordo ao direito constitucional de inafastabilidade de jurisdição, por não ser razoável, está eivada de inconstitucionalidade.

No tocante ao entendimento dos Tribunais Trabalhistas em relação ao comum acordo, em que pesem todos os argumentos contra ele por prejuízo à inafastabilidade da jurisdição, os Tribunais não poderiam ignorar a vontade do legislador derivado, quando ele estabeleceu a necessidade do comum acordo para a propositura do dissídio coletivo econômico. E passaram a considerar o requisito como um pressuposto processual de validade, existência e desenvolvimento regular do processo.

A fim de minimizar as consequências do pressuposto no acesso à justiça, no entanto, a hermenêutica dos Tribunais em relação ao comum acordo tem sido bastante flexível. Tendo sido pacificado entendimento de que não é necessária petição conjunta para caracterizar o comum acordo; que ele pode ser tácito; que a ausência do comum acordo deve ser alegada pelo suscitado até a contestação sob pena de preclusão; que não pode ser arguida de ofício; dentre outras disposições.

Todas as medidas visam a assegurar o acesso à justiça e a proporcionar à sociedade o restabelecimento da paz social.

Por fim, resta evidente a inconstitucionalidade do comum acordo por prejuízo à garantia constitucional de inafastabilidade da jurisdição, recomendando, pois, quando do julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade o Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade do comum acordo.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: Ltr, 2013.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Decreto-Lei nº 5.442, de 01.mai.1943. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De15452.htm >. Último acesso em 26 out. 16.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Atualizada até a Emenda Constitucional 91 de 2016. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm >. Último acesso em: 26 out. 16.

BRASIL. **Lei nº 9.307**, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre arbitragem. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm >. Acesso em 19 set. 16.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**. Processo n. ADPF 323. Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgamento pendente. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=323&classe=ADPA&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M> >. Acesso em 26 out. 16.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação Constitucional** n. 197.911. Relator Ministro Octavio Gallotti. Julgamento 07.11.1997. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28LIMITES+DO+P+PODE+NORMATIVO+DA+JUSTI%C7A+DO+TRABALHO%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/jbq9hzn> >. Acesso em 26 out. 16.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo**. Processo n. ARE 679.137. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgamento em 27/08/2015. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28679137%2ENUM+E%2E+OU+679137%2EPRCR%2E%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/z5s9k92> >. Acesso em 21 out. 16.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso Ordinário em Dissídio Coletivo Econômico**. Processo n. RODC 855-38.2011.5.12.0000. Relator Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro. Julgamento em 15.10.2013. Disponível em < <http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24347210/recurso-ordinario-ro-8553820115120000-855-3820115120000-tst> >. Acesso em 23 out. 16.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso Ordinário em Dissídio Coletivo Econômico**. Processo n. RODC 200-61.2014.5.12.0000. Relatora Ministra Dora Maria da Costa. Julgamento 19.10.2015. Disponível em < <http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/250391504/recurso-ordinario-trabalhista-ro-2006120145120000> >. Acesso em 23 out. 16.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso Ordinário em Dissídio Coletivo Econômico**. Processo n. RODC 205416720135040000. Relatora Ministra Maria de Assis Calsing. Julgamento 14.03.2016. Disponível em < <http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/322788876/recurso-ordinario-trabalhista-ro-205416720135040000> >. Acesso em 23 out. 16.

CARRION, Valentin; CARRION, Eduardo. **Comentários à CLT**. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: Método, 2015.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

CORREIA, Henrique. **Direito do Trabalho**. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15. ed. São Paulo: Ltr, 2016.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

GENEBRA. **Convenção 87 da OIT**, de 17 de junho de 1948. Dispõe sobre Liberdade Sindical e Proteção ao Direito de Sindicalização. Disponível em < <http://www.oitbrasil.org.br/content/liberdade-sindical-e-prote%C3%A7%C3%A3o-ao-direito-de-sindicaliza%C3%A7%C3%A3o> >. Acesso em 26 out. 16.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva; THOMAZINI, Francini de Castro. O Poder Normativo da Justiça do Trabalho e Seus Desdobramentos Após a Emenda Constitucional n. 45/04. **Revista Ltr**, São Paulo, v. 75, n. 06, p.647-655, jun. 2011. Mensal.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MIESSA, Élisson. **Processo do Trabalho**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

MORE: **Mecanismo online para referências**, versão 2.0. Florianópolis: UFSC Rexlab, 2013. Disponível em: < <http://www.more.ufsc.br/> > . Último acesso em: 26 out. 16.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Compêndio de Direito Sindical**. 8. ed. São Paulo: Ltr, 2015.

_____. **Curso de Direito do Trabalho**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 6. ed. São Paulo: Método, 2014.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Método, 2014.

OLIVEIRA, Conrado di Mambro. Ainda Sobre a Necessidade do Comum Acordo no Ajuizamento de Dissídio Coletivo de Natureza Econômica. **Revista Ltr**, São Paulo, v. 75, n. 01, p.46-54, jan. 2011. Mensal.

PISCO, Cláudia de Abreu Lima. **Dissídios Coletivos: Aspectos Controvertidos e Atuais**. São Paulo: Ltr, 2010.

PRAGMÁCIO FILHO, Eduardo. Reflexões Sobre o Dissídio Coletivo na Justiça do Trabalho Após a Emenda Constitucional n. 45 de 2004. **Revista Ltr**, São Paulo, v. 74, n. 1, p.89-95, jan. 2010. Mensal.

SANTOS JÚNIOR, Rubens Clamer dos. O Poder Normativo da Justiça do Trabalho: considerações após a Emenda Constitucional N 45. **Revista Ltr**, São Paulo, v. 74, n. 6, p.711-717, jun. 2010. Mensal.

SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: Ltr, 2016.

TONIAL, Maira Angélica dal Conte. **Dissídio Coletivo: O Mútuo Consentimento como Requisito**. Curitiba: Juruá, 2009.