

CONSTITUCIONALIDADE DA EXIGÊNCIA DO COMUM ACORDO PARA INSTAURAÇÃO DO DISSÍDIO COLETIVO

José de Anchieta Martins dos Santos*

RESUMO

A presente explanação visa verificar se a exigência constitucional do comum acordo entre as partes, para ajuizamento de dissídio coletivo de natureza econômica, encontrada no § 2º, "ab initio", art. 114 da Constituição Federal, com a redação que lhe foi dada pela EC n. 45/2004 (reforma do judiciário), fere o princípio da inafastabilidade da jurisdição decorrente da norma constitucional editada pelo constituinte originário, em 1988, no sentido de que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" (art. 5º, XXXV).

Palavras-chave: Dissídio coletivo. Comum acordo. Inafastabilidade da Jurisdição. Garantia fundamental. Constitucionalidade

1 INTRODUÇÃO

Com o advento da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, a qual introduziu a chamada "reforma do judiciário" em nosso meio, surgiu a exigência constitucional do comum acordo entre as partes, para ajuizamento de dissídio coletivo de natureza econômica, reclamada pelo § 2º, "ab initio", art. 114 da Constituição Federal, norma esta que tem suscitado a indagação sobre a compatibilidade de seu texto com Constituição Federal em vigor, ou seja, se seu conteúdo fere o princípio da inafastabilidade da jurisdição decorrente da previsão, elevada à categoria de garantia fundamental pelo constituinte originário em 1988, uma vez que se encontra incluído no Título II da magna carta, no sentido de que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" (art. 5º, XXXV).

* Técnico Judiciário, Assistente do Gabinete do Desembargador Vulmar de Araújo Coêlho Junior, Pós-graduado, "lato sensu", em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes- UCAM e pela Universidade para Desenvolvimento da Região do Pantanal- UNIDERP.

2 EXIGÊNCIA DO COMUM ACORDO PARA INTERPOSIÇÃO DE DISSÍDIO COLETIVO (§ 2º, ART. 114, CF). EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45. CORRENTE PELA INCONSTITUCIONALIDADE

Restou redigida assim a norma cuja compatibilidade com a constituição ora é perquirida (§ 2º, art. 114, CF):

Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesma, 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.

Como é sabido, no sistema jurídico pátrio as Emendas Constitucionais provenientes do poder constituinte derivado reformador, sofrem as limitações a ele impostas pelo constituinte originário, de se subsumir às restrições formais, circunstanciais e materiais do texto proclamado em 1988 (art. 60 da CRFB), em consonância com a natureza da nossa Constituição Federal, a qual chega a ser denominada por Alexandre de Moraes como sendo super-rígida, por veicular conteúdo imutável, as chamadas *Cláusulas Pétreas*, ao lado de outra parte que é alterável desde que submetida a processo legislativo diferenciado do ordinário:

Ressalte-se que a Constituição Federal de 1988 pode ser considerada como super-rígida, uma vez que em regra poderá ser alterada por um processo legislativo diferenciado, mas, excepcionalmente, em alguns pontos é imutável (CF, art. 60, § 4º - cláusulas pétreas). (MORAIS, 1999, p. 37).¹

Destarte, teoricamente possível o advento de Emenda Constitucional maculada de inconstitucionalidade sob o aspecto da matéria que trata, se é daquelas reservadas pelo constituinte de 1988 como imutável dentro da ordem constitucional vigente.

Nesse passo, uma primeira corrente aponta a inconstitucionalidade da exigência do “comum acordo”, prevista no art. 114, § 2º, da Constituição Federal, por força da EC 45, eis que o seu advento infringiria a garantia constitucional da inafastabilidade do direito de ação, prevista no art. 5º, XXXV, já que esta última norma levada a efeito pelo constituinte originário trata-se da *cláusula*

1 MORAIS, Alexandre. **Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

pétrea a que alude o supracitado art. 60, § 4º, IV da CF. A propósito da problemática em análise, trazemos a lume a *cláusula constitucional intangível* imputada como desrespeitada. *In verbis*: Art. 60. [...] § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] IV – os direitos e garantias individuais

Aponta os defensores da inconstitucionalidade da cláusula do “comum acordo”, que a não sintonia com o texto constitucional (art. 5º, XXXV) reside no fato de que tal exigência importa em verdadeira barreira objetiva de acesso ao Poder Judiciário, a despeito da possibilidade de se estabelecer pressupostos processuais e condições de ação pelo legislador pós-constituente originário, desde que não tenha esse condão obstativo do pronunciamento judicial, como seria o caso em apreciação, já que dificilmente haverá consenso de trabalhadores e empregadores para a interposição conjunta do Dissídio Coletivo, momento em que o antagonismo foi ainda mais exacerbado pela não-superação da fase negocial e pela recusa à arbitragem. Nesse sentido as manifestações de doutrinadores que ora se traz à colação:

Nessa linha de compreensão, impende considerar que a doutrina sufraga a tese de inconstitucionalidade de lei obstativa de acesso ao Poder Judiciário, não quando simplesmente fixa a norma processual condição da ação a ser atendida, ou mesmo pressuposto processual, como ocorreu com a Lei da Arbitragem ao prever a cláusula compromissória. “De modo incontestável, convergem os doutrinadores para o entendimento da incompatibilidade vertical da lei com o princípio do direito de ação quando se demonstra a existência de barreira objetiva de acesso ao Poder Judiciário. [...] Inegavelmente condicionar o ajuizamento de dissídio coletivo econômico ao comum acordo entre sindicatos de categoria profissional e econômica é o mesmo que impedir seja o tema conduzido à apreciação do Tribunal do Trabalho, pois o antagonismo comprovado na superação da fase negocial e da recusa à arbitragem – que, de resto, neste último caso, raramente foi aplicada no contexto do direito coletivo do trabalho no Brasil – natural e inexoravelmente obstará ao atendimento da exigência. Se o acordo não foi atingido no instante da solução negociada, que motivo fará com que os sindicatos em litígio remetam consensualmente a solução à Justiça do Trabalho? [...] (SILVA NETO, 2007, p. 55-56).²

A propositura da ação em comum acordo acaba por transferir o direito de ação ao réu, pois o autor só

2 SILVA NETO, Manuel Jorge e. **Constituição e Processo do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2007.

pode ter sua ação tramitando se o réu assim o quiser. Não existe no ordenamento jurídico qualquer ação que tenha como pressuposto que a parte contrária deva concordar que a ação seja movida contra ela (NASCIMENTO, 2006, p. 656).³

Estaria surgindo no ordenamento, assim, uma figura atípica, uma ação que exige concordância do réu para que possa ser recebida ou julgada.

Dentre os defensores dessa posição, Arnaldo Süssekind entende que o inalienável direito de acesso ao Judiciário justifica a instauração unilateral do dissídio coletivo, para que não se conclua o absurdo de que a Constituição objetiva estimular a deflagração de greve. Deve, assim, ser possível o ajuizamento por uma das partes, para que não seja imposto o apelo à greve aos trabalhadores, para forçar o empregador a consentir com o ajuizamento do dissídio (SÜSSEKIND, 2005, p. 1031).⁴

De outro giro, sustenta-se que o poder normativo da justiça do trabalho pela sua evolução histórica, sem importar em “excrecência” em relação à divisão harmônica entre poderes, trata-se, “a priori”, de verdadeiro ato de jurisdição, consoante opinião seguinte:

O poder normativo foi erigido como atribuição, apenas de um único órgão de função jurisdicional, a Justiça Especializada do Trabalho, erguida historicamente como instrumento do ideário corporativista, mas cuja manutenção (inclusive nas Constituições democráticas como as de 1946 e 1988), vem apropriada pelo ideário distributivista e social-reformador (tal como o Estado de bem-estar social).

Assim, a princípio, a sentença normativa, que encerra poder normativo é ato de jurisdição – função típica do órgão jurisdicional (Poder Judiciário). Mas apenas de um dos seus ramos, a Justiça do Trabalho, que o detém em decorrência do poder constituinte soberano e ilimitado. [...]

Além disso, a separação de poderes tem como finalidade a preservação da independência entre os órgãos de poder (administrativo, legislativo e jurisdicional). Para tanto, a doutrina clássica vem sendo reformulada para aditar a cada órgão funções atípicas que visem conceder-lhes maior autonomia (GARCIA, 2007, p. 580).⁵

3 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. A questão do dissídio coletivo “de comum acordo”. **Revista LTr**, São Paulo, v. 70, n. 6, p. 647-656, jun. 2006.

4 SÜSSEKIND, Arnaldo. Do ajuizamento dos dissídios coletivos. **Revista LTr**, São Paulo, v. 69, n. 9, p. 1031-1032, set. 2005.

5 GARCIA, Ivan Simões. Poder normativo: implicações constitucionais pós EC 45/2004. **Revista LTr**, São Paulo, v. 71, n. 5, p. 580, maio. 2007.

3 COMPATIBILIDADE COM A CONSTITUIÇÃO EM VIGOR DA EXIGÊNCIA DO COMUM ACORDO EM DISSÍDIO COLETIVO (§ 2º, ART. 114, CF), ADVINDA COM A EC 45.

Em que pese as argumentações anteriores, entendemos que o Poder Normativo exercitável pela Justiça do Trabalho trata-se de função claramente atípica, atribuída em caráter excepcional pelo constituinte originário, porquanto encerra exercício de atividade legislativa por esse ramo especializado do Poder Judiciário, no momento em que, diante do dissídio coletivo de natureza econômica, a sentença normativa decorrente cria normas e condições de trabalho, abstratas e de caráter geral, a serem aplicadas a partir de sua vinda ao mundo jurídico. Nessa direção também encontramos farto posicionamento doutrinário:

Ao conferir poder normativo à Justiça do Trabalho, o constituinte atribuiu-lhe, de forma excepcional à tradicional divisão republicana de poderes, pequena competência legislativa concorrente e não excludente do Poder Legislativo. Assim, quando a Justiça do Trabalho exerce o poder normativo, ela se afasta da atividade típica de Poder Judiciário e cria, mediante sentença normativa, normas e condições de trabalho como se fosse o próprio Poder Legislativo. Porquanto, a sentença normativa é formalmente uma sentença e materialmente uma lei. [...] (SILVA, 2005).⁶

Por outro lado, o livre acesso do jurisdicionado ao Poder Judiciário, elevado ao “status” de garantia fundamental do cidadão (art. 5º, XXXV, CF), diz respeito à sua atividade típica de Poder da República de resolver as lides aplicando direito pré-existente ao ingresso das partes em juízo. Veja-se a propósito o que diz, mais uma vez, a pré-falada norma constitucional: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (Sem grifo no original). Desta forma, o Poder Normativo da Justiça do Trabalho, por não ser atividade substancialmente jurisdicional, não está abrangido pelo âmbito normativo do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição da República, eis que não envolve uma lide propriamente dita, porque a pretensão deduzida em juízo não visa a evitar lesão ou reparar lesão a direito previamente reconhecido pelo

6 SILVA, Edson Braz da. Aspectos processuais e materiais do Dissídio Coletivo frente à Emenda Constitucional n. 45/2004. **Revista LTr**, São Paulo, v. 69, n. 9, p. 1042-3, set. 2005. Palestra proferida no 13º Congresso de Direito e Processo do Trabalho, Goiânia, em 17 de junho de 2005.

ordenamento jurídico, mas pelo contrário, a sentença normativa, resultante dessa atividade atípica, tem por característica incorporar a esse mesmo ordenamento jurídico normas gerais e abstratas, embora que aplicáveis ordinariamente apenas às categorias profissionais e econômicas em dissídio.

Nesse sentido, a apropriada distinção que faz a doutrina trabalhista entre a decisão normativa e as demais sentenças judiciais:

Distingue-se, entretanto, a sentença normativa da sentença clássica, no que tange à sua substância, seu conteúdo. É que ela não traduz aplicação de norma jurídica existente sobre relação fático-jurídica configurada (como verificado nas sentenças clássicas); não é, por isso, rigorosamente, exercício de poder jurisdicional. Ela, na verdade, expressa, ao contrário, a própria criação de regras jurídicas gerais, abstratas, impessoais, obrigatórias, para incidência sobre relações *ad futurum*. Por essa razão, a sentença normativa, do ponto de vista material (isto é, substantivamente, sob a ótica de seu conteúdo), equipara-se à lei em sentido material (DELGADO, 2006, p. 1296)⁷

Destarte, compreendemos não haver inconstitucionalidade na exigência de “comum acordo” entre as partes para interposição de Dissídio Coletivo de natureza econômica, como faz o art. 114, § 2º, da Constituição Federal, com a redação que lhe foi dada pela EC 45, uma vez que o acesso ao Poder Normativo, atividade atípica do Poder Judiciário Especializado (legiferante), não se encontra abrangido, como já dito, na garantia estabelecida pelo art. 5º, XXXV, da Carta Magna que, por sua vez, diz respeito à atividade judicante, ou seja, a inafastabilidade de acesso a pronunciamento judicial no tocante à lesão ou ameaça de lesão a direito pré-existente. Referida posição encontra-se em consonância com corrente doutrinária que ganha corpo de majoritária:

Uma das mais importantes indagações a respeito é se este dispositivo ofende o disposto no inciso XXXV do art. 5º da Constituição, que assegura o livre acesso do jurisdicionado ao Poder Judiciário, nos termos seguintes (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”). Entendo que não. O princípio da inafastabilidade jurisdicional aplica-se, como estabelece explicitamente referido dispositivo, às ofensas ou ameaças a direitos. Não é o caso do Dissídio Coletivo econômico, através do qual, o que se discute são meros interesses das ca-

7 DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2006.

tegorias, especialmente das categorias profissionais, consubstanciados em reivindicações econômicas e sociais, que visam à melhoria das condições de trabalho dos respectivos membros (MELO, 2006, p. 402).⁸

Nessa linha de raciocínio, Edson Braz da Silva, citado por Melo, estabelece a diferença entre direitos e interesses jurídicos, estes últimos objeto do dissídio de natureza econômica:

Interesse corresponde a uma vantagem ou benefício pretendido para a satisfação de um desejo ou necessidade, sem que haja uma norma garantidora dessa satisfação. Por sua vez, direito corresponde a um bem garantido ao indivíduo por uma norma jurídica (Lei ou contrato). Por isso, o direito seria passível de ser violado ou sofrer a ameaça de violação, enquanto o interesse não teria essa capacidade, podendo exclusivamente ser contrariado (MELO, 2006, p. 402).⁹

Registre-se que interpostas Ações de Declaração de Inconstitucionalidade (ADINs) acerca da expressão “comum acordo”, por entidades sindicais, onde se argumenta justamente a violação do inciso XXXV, art. 5º da Constituição da República embora ainda não tenha havido manifestação do Supremo Tribunal Federal, o então Procurador-Geral da República no bojo de tais processos emitiu parecer pugnando pela improcedência das aludidas ADINs e, por conseguinte, reconheceu a compatibilidade da atual redação do §2º, art. 114, da Constituição Federal com o texto originário proclamado pelo Constituinte Originário, cuja ementa restou assim redigida:

Ação direta de inconstitucionalidade em face do § 2º do art. 114 da Constituição, com a redação dada pelo art. 1º da Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004. O poder normativo da Justiça do Trabalho, por não ser atividade substancialmente jurisdicional, não está abrangido pelo âmbito normativo do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição da República. Assim sendo, sua restrição pode ser levada a efeito por meio de reforma constitucional, sem que seja violada a cláusula pétrea que estabelece o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário (MELO, 2006, p. 403).¹⁰

8 MELO, Raimundo Simão de. Ajuizamento de Dissídio Coletivo de Comum Acordo. **Revista LTr**, São Paulo, v. 70, n. 4, p. 402, abr. 2006.

9 Ibidem.

10 MELO, Raimundo Simão de. Ajuizamento de Dissídio Coletivo de Comum Acordo. **Revista LTr**, São Paulo, v. 70, n. 4, p. 403, abr. 2006.

4 CONSTITUCIONALIDADE DA EXIGÊNCIA DO COMUM ACORDO EM DISSÍDIO COLETIVO (§ 2º, ART. 114, CF) FRENTE A INAFSTABILIDADE DA JURISDIÇÃO (ART. 5º, XXXV, CF), SOB ASPECTO HISTÓRICO DO SURGIMENTO DO PODER NORMATIVO

É importante também notar que a própria evolução histórica dos direitos do homem revela que o Poder Normativo não se inclui na garantia fundamental da inafastabilidade do direito a um pronunciamento jurisdicional, acolhida no pré-falado inciso XXXV, art. 5º da Constituição Federal de 1988.

Nesse desiderato, é sabido que o século XVIII assistiu à declaração dos direitos naturais do homem - as chamadas liberdades públicas - direitos fundamentais que se garantem ao cidadão frente ao Estado, exigindo deste uma atitude de não-interferência quanto aos direitos individuais mais ordinários, tais como a direito de ir e vir, liberdade política e religiosa, livre iniciativa, etc... No curso do século XIX e início do século XX, desenvolveu-se a crítica, mormente socialista, segundo a qual esses direitos seriam, para a maioria do povo, meramente "formais", uma vez que o baixo nível das condições econômicos-sociais impedia a maioria de usufruir deles. Formulou-se, então, a tese de que os direitos do homem não seriam apenas as liberdades públicas, mas também todo um outro rol de direitos de conteúdo econômico-social, que importariam nas condições adequadas de vida para todos.

Esta segunda geração dos direitos fundamentais, a dos direitos econômico-sociais, ou simplesmente direitos "sociais", foi pela primeira vez editada, de modo significativo, pela Constituição alemã de 11 de agosto de 1919, a famosa Constituição de Weimar. Já se fala hoje numa terceira geração de direitos fundamentais, a dos direitos de "solidariedade", que tem reflexos na atual Constituição (v.g., o direito ao meio ambiente, art. 225).

Atento a isso, resta claro que a garantia do livre acesso do jurisdicionado ao Poder Judiciário (Art. 5º, XXXV, CF/88), encontra-se vinculada ao advento do reconhecimento das liberdades públicas pela ordem jurídica no curso do século XVIII, especialmente com a Revolução Francesa, correspondente aos denominados direitos de primeira geração, os quais encarnam uma prestação negativa do Estado (liberdade negativa), no caso, a de não obstar através de textos legais o direito do cidadão a um pronunciamento jurisdicional. Assim, tais direitos fundamentais, onde se incluem também o direito de liberdade, igualdade e etc., cumprem, no dizer de Canotilho, citado por MORAES:

A função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (a) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (b) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa) (MORAES, 2003, p. 55).¹¹

O Poder Normativo como instituto jurídico, pelo contrário, foi concebido na esteira da evolução dos direitos do homem, quando já se encontravam positivados os denominados direitos sociais (liberdade positiva), cujo advento deu-se no final do século XIX e início do século XX, decorrente da opção política de intervenção do Estado na gestão coletiva dos conflitos trabalhistas, que se mostrou restrita, contudo, "a países cujas ordens justaltrabalhistas tiveram formação doutrinária e legal autoritárias, de inspiração organicista ou corporativista, como próprio às experiências autocráticas de natureza fascista de primeira metade do século XX, na Europa" (DELGADO, 2006, p.1295).¹² No Brasil, o debatido Poder Normativo surgiu no autoritarismo das décadas de 1930 e 1940, tendo sido encampado expressamente, contudo, por Constituições Pátrias promulgadas em períodos de maior exercício democrático, tais como as de 1946 e 1988, esta última atualmente em vigor.

Assim, embora o constituinte originário de 1988 tenha optado pela manutenção do Poder Normativo da Justiça do Trabalho, previsto na Constituição de 1946 e nas legislações anteriores, não o fez, entretanto, na condição de *cláusula constitucional intangível*. Caso vislumbrasse tal intento atribuiria o "status" de direito e garantia individual, a que alude a *cláusula pétrea* retratada no art. 60, § 4º, IV, da Constituição. Com efeito, de posse da soberania e ilimitação de poderes próprios dos feitores da nova ordem constitucional (constituintes originários), teria feito incluir a faculdade dos atores sociais de exigir a composição heterônoma judicial dos conflitos coletivos de trabalho, dentre os Direitos Sociais previstos no Capítulo II, do Título da II, da Carta Política, tal como ali se encontra previsto o reconhecimento das convenções e acordos coletivos (art. 7º, XXVI, CF).

11 MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

12 DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2006.

Dito isso, verifica-se que o poder constituinte derivado ao implantar a exigência do “comum acordo” das partes para interposição de Dissídio Coletivo junto à Justiça do Trabalho, consoante a redação conferida pela EC 45 ao § 2º, art. 114 da Constituição Federal, não excedeu a sua atribuição reformadora constitucional, porque o instituto do Poder Normativo da Justiça do Trabalho não detém natureza de cláusula constitucional imutável, de forma que não houve ruptura constitucional por desrespeito a cláusula elevada à condição de intangível pelo constituinte originário, cujo rol encontra-se expresso no art. 60, § 4º, e seus incisos, da Constituição Federal de 1988.

De mais a mais, conforme já exposto anteriormente, a concepção da canalização à Justiça do Trabalho da solução dos conflitos coletivos trabalhista, através do Dissídio Coletivo, teve como objetivo atender ao desejo político de gestão estatal dos conflitos sociais, restrita a experiências ocorridas em alguns países, a exemplo da Alemanha e Itália, mas que atualmente sobrevive apenas no Brasil, de forma que, pela sua própria origem, o Poder Normativo, porque surgiu de uma demanda do próprio Estado, não pode ser taxado como Direito Social do Trabalho e, desta forma, se convalar em limite material implícito ao poder de reforma constitucional (Expressão registrada por Sarlet (2001, p.354)¹³ ou mesmo em garantia e direito fundamental do cidadão disperso no texto constitucional, por força da enunciação meramente exemplificativa do art. 5º, e seus incisos, da Constituição Federal, proclamada no § 2º da mesma norma constitucional.

Veja-se que, do ponto de vista prático, o texto da própria EC 45 sinaliza que a não-superação do antagonismo entre as categorias profissionais e econômica, nas fases da prévia negociação e do “comum acordo” para impetração do Dissídio Coletivo, deverá desembocar necessariamente no direito ao exercício da autotutela (greve), com a importante ressalva de que, uma vez importando a respectiva paralisação de atividade essencial em lesão ao interesse público, o recurso ao Poder Normativo da Justiça do Trabalho para solução do conflito poderá ser exercitado pelo Ministério Público do Trabalho, conforme se infere também do mesmo art. 114, em seu § 3º, da Constituição da República. “*In verbis*”:

Em caso de greve em atividade essencial, com possibilidade de lesão do interesse público, o Ministério Público do Trabalho poderá ajuizar dissídio coletivo, competindo à Justiça do Trabalho decidir o conflito.

13 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

A falta de força e organicidade do sindicato representativo da categoria profissional respectiva para realização da trajetória vislumbrada (negociação coletiva, greve, composição (ou ausência desta) e dissídio coletivo), – situação que ostenta a grande maioria, infelizmente – não invalida contudo a atividade legítima do Poder Constituinte Derivado Reformador de implantar a exigência do “comum acordo” para instauração da instância junto ao Poder Normativo da Justiça do Trabalho, do ponto de vista técnico, como aqui exaustivamente foi demonstrado, eis que a ausência de representatividade dos sindicatos trata-se de questão externa ao ordenamento constitucional atualmente em vigor, a qual deve ser tratada no âmbito político-social acompanhada das medidas legislativas reclamadas, consubstanciadas na denominada “reforma sindical”.

Sobre a matéria vale transcrever artigo do eminente Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho (2005, p. 36):¹⁴

Com a promulgação da Emenda Constitucional n. 45/2004, verifica-se que o Poder Normativo atribuído à Justiça do Trabalho restou quantitativamente reduzido e qualitativamente alterado, na medida em que: apenas de comum acordo, o dissídio coletivo poderá ser ajuizado, o que faz das Cortes Trabalhistas verdadeiras Cortes de Arbitragem, pois a característica própria da arbitragem é a livre eleição das partes [...]; os únicos dissídios coletivos genuínos serão aqueles propostos pelo Ministério Público, no caso de greve em serviços essenciais, que comprometam o interesse público. A alteração constitucional parece salutar, na medida em que se promove dentro do contexto de valorização da composição dos conflitos coletivos, de preferência diretamente pelas partes envolvidas, que são mas que melhor conhecem as condições de trabalho e a situação por que passa o setor produtivo em questão.

Sem embargo da atual pendência de pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, em sede das ADINS que ali tramitam, o Tribunal Superior do Trabalho referendou a constitucionalidade da exigência do “comum acordo” entre as partes em sede de Dissídio Coletivo de natureza econômica, tal como previsto na redação atual do § 2º, art. 114 da Constituição Federal, com a redação que lhe foi dada pela EC 45, ao extinguir Dissídio Coletivo, sem resolução do mérito, no qual emergiu a não-convergência da parte demandada (categoria econômica) em encaminhar a solução do impas-

14 MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. A Reforma do Poder Judiciário e Seus desdobramentos na Justiça do Trabalho. **Revista LTr**, São Paulo, v. 69, n.1, p. 36, jan. 2005.

se àquela mais alta corte trabalhista, sinalizando que se trata a restrição de válida condição da ação, cujas ementas dos julgados restaram redigidas da seguinte forma:

DISSÍDIO COLETIVO DE NATUREZA ECONÔMICA. EXIGÊNCIA DE COMUM ACORDO. MANIFESTAÇÃO CONTRÁRIA.

1. O art. 114, § 2º, da Constituição Federal, com a redação dada pela EC nº 45/2004, dispõe que, recusada a negociação coletiva ou a arbitragem, faculta-se às partes, de comum acordo, o ajuizamento de dissídio coletivo de natureza econômica.

2. Tal dispositivo não padece de inconstitucionalidade frente ao art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, pois referido dispositivo, a) ao impedir que se vede o acesso ao Poder Judiciário, diz respeito às lesões a direitos subjetivos decorrentes de normas jurídicas pre-existentes, situação muito diversa do Dissídio Coletivo, em que a pretensão dirige-se à criação de normas jurídicas e, b) de todo o modo, não consagra direito irrestrito e incondicionado de mero acesso ao Poder Judiciário, podendo a lei prevê requisitos, condições e pressupostos para tanto, tal como se dá, por exemplo, com o exaurimento da negociação coletiva prévia no dissídio coletivo (CLT, art. 616, § 4º).

3. Presente a manifestação expressa da categoria econômica no sentido da discordância com o ajuizamento de Dissídio Coletivo, em momento anterior à defesa, mantém a decisão regional que decreta a extinção do processo, sem exame do mérito (CPC, art. 267, inciso VI).

4. Recurso Ordinário interposto pelo Sindicato Profissional Suscitante a que se nega provimento. PROC RODC 287/2005-000-11-00.0 – TST – João Oreste Dalazen – Ministro Relator. DJU 10/08/2007 – (DT – Outubro/2007 – vol. 159, p. 186). DISSÍDIO COLETIVO. PARÁGRAFO 2º DO ART. 114 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. EXIGIBILIDADE DA ANUÊNCIA PRÉVIA. Não demonstrado o comum acordo, exigido para o ajuizamento do Dissídio Coletivo, consoante a diretriz constitucional, evidencia-se a inviabilidade do exame do mérito da questão controvertida, por ausência de condição da ação, devendo-se extinguir o processo, sem resolução do mérito, à luz do art. 267, inciso VI, do CPC. Preliminar que se acolhe (PROC. DC 165049/2005.000.00.00.4, TST, SDC, Rel. Min. Carlos Alberto Reis de Paula, Pub. DJ em 29.09.2006).

5 CONCLUSÃO

Verificamos, assim, que não há incompatibilidade entre a exigência do “comum acordo” (§ 2º, art. 114, CF) entre as categorias econômica e profissional, para a instauração de Dissídio Coletivo de natureza econômica (§2º, 114, CF), com a garantia fundamental da inafastabilidade da jurisdição (5º, XXXVI, CF), elevada à condição de “clausula pétrea” pela vigente ordem constitucional, porquanto esta norma tem por expresso objetivo resguardar o direito do cidadão a um pronunciamento estatal quanto a eventual lesão ou ameaça de lesão a direito pré-existente, enquanto que o Poder Normativo da Justiça do Trabalho, cujo acesso foi restrito pela necessidade em tela de convergência na provocação, tem por escopo estabelecer novas normas e condições de trabalho, de ordem geral e natureza abstrata, a serem aplicadas no futuro, tal como as leis em geral.

A não-abrangência do Poder Normativo pelo direito fundamental de ação, também resta patente quando verificada dentro da evolução histórica dos direitos do homem, já que a inafastabilidade da jurisdição, consagrada pelas democracias ocidentais, nasceu como reclamo de garantia do cidadão contra Estado, impondo-o uma obrigação negativa de não obstar, por meio de lei, o acesso de todo cidadão a um pronunciamento judicial, dentro da onda de reivindicações que desembocou nos chamados direito de primeira geração, ainda no século XVIII, ao contrário daquela atividade legiferante atribuída em caráter excepcional ao Poder Judiciário Trabalhista (Poder Normativo), cuja concepção, já no século XX, visou atender a ideologias governamentais de índole autoritária e corporativista, restritas a alguns países, de interferência estatal na gestão coletiva dos direitos sociais, denominados de segunda geração.