

A EXIGÊNCIA DE COMUM ACORDO NO DISSÍDIO COLETIVO

Luciano Ricardo Cembranel

Juiz do Trabalho Substituto na 4ª Região

A Emenda Constitucional nº 45/04 trouxe significativa mudança no panorama geral da Justiça do Trabalho, mormente no que tange ao dissídio coletivo de natureza econômica ao estabelecer no artigo 114, § 2º, que, “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”.

O tema é palpitante porque, embora fomenta a autocomposição, justamente por ser a forma ideal de solução do embate coletivo de trabalho, comprometendo mais efetivamente os entes sindicais com a negociação coletiva, parte da doutrina entende que a exigência de comum acordo para a instauração da ação coletiva de natureza econômica não possui caráter imperativo e incontornável, sendo mera faculdade. Outros argumentam que a exigência da demonstração de prévio comum acordo para o ajuizamento do dissídio coletivo se constitui em verdadeiro pressuposto processual de admissibilidade da ação.

Pela complexidade existente na matéria, primeiramente, reputo necessária a abordagem de conceitos próprios do direito coletivo do trabalho, em especial as formas de solução dos conflitos coletivos e o poder normativo da Justiça do Trabalho, para depois perquirir acerca da questão do dissídio coletivo de comum acordo.

FORMAS DE SOLUÇÃO DOS CONFLITOS COLETIVOS DO TRABALHO

O vocábulo conflito provém do latim, designa posições antagônicas e tem o significado de combater, lutar.

Segundo Amauri Mascaro Nascimento, o conflito coletivo, ao contrário do individual, “não surge de um contrato de trabalho, individualmente considerado, nem é destinado a superar as controvérsias em torno dele. Alcança um grupo de trabalhadores e um ou vários empregadores e se refere a interesse gerais do grupo, ainda que possa surgir de questões sobre os contratos individuais de trabalho”¹.

Os conflitos coletivos do trabalho podem ser econômicos ou jurídicos. Para Sérgio Pinto Martins, “os conflitos econômicos são aqueles nos quais os trabalhadores reivindicam novas condições de trabalho ou melhores salários. Já os conflitos jurídicos

¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de Direito Sindical*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 291.

têm por objeto apenas a declaração da existência ou inexistência de relação jurídica controvertida, como ocorre na decisão em dissídio coletivo em que se declara a legalidade ou ilegalidade da greve”².

Seguindo nos ensinamentos de Nascimento, os conflitos são resolvidos mediante autocomposição, quando as próprias partes, diretamente, o solucionam, ou, por meio de heterocomposição, quando, não sendo resolvidos pelas partes, eles são solucionados por um órgão ou uma pessoa suprapartes³.

Os acordos e as convenções coletivas são exemplos de formas autocompositivas de solução de conflitos coletivos trabalhistas. Os primeiros são realizados entre o sindicato profissional e uma ou mais empresas, e os segundos entre o sindicato de trabalhadores e o de empregadores. Exemplos de heterocomposição são a jurisdição, a mediação e a arbitragem, apesar de Octávio Bueno Magano entender que as duas últimas são formas de autocomposição, pelo fato de que as próprias partes escolhem quem irá resolver o conflito⁴.

A mediação, na lição de João de Lima Teixeira Filho⁵, “é o processo dinâmico de convergência induzida ao entendimento”. É conduzida por um terceiro, estranho às tratativas interrompidas, e é despojada de efeito vinculante, ou seja, “a decisão é tomada de *moto próprio* pelos interessados”. Está prevista no artigo 616, § 1º, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

A arbitragem encontra-se positivada no artigo 114, § 1º, da Constituição da República Federativa do Brasil (CF) e ocorre, nas palavras de Sérgio Pinto Martins, quando “uma terceira pessoa ou órgão, escolhido pelas partes, vem a decidir a controvérsia, impondo a solução aos litigantes”⁶.

A jurisdição, de acordo com o referido autor, “é a forma de solucionar os conflitos por meio da interferência do Estado, gerando o processo judicial. O Estado diz o direito no caso concreto submetido ao Judiciário, impondo às partes a solução do conflito”⁷.

PODER NORMATIVO

A competência conferida à Justiça do Trabalho para decidir, interpretar, criar e modificar normas, em matéria de dissídios coletivos, é denominada de poder normativo⁸.

José Augusto Rodrigues Pinto define o poder normativo como sendo “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”⁹. É uma função atípica do Judiciário, já que não há propriamente uma lide (aplicação das normas preexistentes a um caso concreto com o escopo de solucionar o litígio).

² MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 761.

³ *Ibid.*, p. 293.

⁴ *Apud* MARTINS, *op. cit.* p. 762.

⁵ SÜSSEKIND, Arnaldo *et al.* *Instituições de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1999, p. 1195, v. 2.

⁶ *Ibid.*, p. 766.

⁷ *Ibid.*, p. 769.

⁸ RIPPER, Walter William. *Poder Normativo da Justiça do Trabalho: análise do antes, do agora e do possível depois*. Revista LTr, São Paulo: 69-07/848.

⁹ *Apud* RIPPER. *Ibid.*, p. 848-9.

Segundo Otávio Brito Lopes, o que se pretende da Justiça do Trabalho no dissídio coletivo "é a criação de novas condições de trabalho, ou seja, de normas que regerão os contratos individuais de trabalho dos empregados e empregadores representados pelas entidades sindicais e empresas suscitantes e suscitadas, respectivamente"¹⁰.

Inspirado no fascismo de Mussolini, o poder normativo é tão atípico que só existe no Brasil e, de forma análoga, na Austrália, Nova Zelândia, Peru e México¹¹. De acordo com Lopes, foi criado com o intuito de "impedir a luta de classe mediante a intervenção do Estado na elaboração de normas e condições de trabalho capazes de solucionar eventuais conflitos trabalhistas"¹².

Mencionado propósito é elucidado com propriedade por Ripper, ao citar Getúlio Vargas fundamentando a atividade legiferante do Estado¹³:

No Brasil, onde as classes trabalhadoras não possuem a poderosa estrutura associativa nem a combatividade do proletariado dos países industriais e onde as desinteligências entre o capital e o trabalho não apresentam, felizmente, o aspecto de beligerância, a falta, até bem pouco, de organizações e métodos sindicalistas determinou a falsa impressão de serem os sindicatos órgãos de luta, quando, realmente, o são de defesa e colaboração dos fatores capital e trabalho com o poder público.

Raimundo Simão de Melo observa que "o Estado nega o conflito, não que ele não exista, 'mas porque considerava nocivo aos interesses da produção, que deveria atuar livremente sem os incômodos decorrentes das reivindicações dos trabalhadores, mas se estas surgissem, caberia ao Estado, através da sua máquina, resolvê-las rapidamente e restabelecer a paz social'"¹⁴.

O poder normativo foi alvo de grandes debates jurídicos e ainda hoje o é. Ives Gandra Martins Filho relaciona as seguintes desvantagens da solução do conflito coletivo pela jurisdição: "enfraquecimento da liberdade negocial; desconhecimento real das condições do setor; demora nas decisões; generalização das condições de trabalho; incompatibilidade com a democracia pluralista e representativa; e maior índice de descumprimento da norma coletiva". E destaca como vantagem "a ausência de um sindicalismo forte no Brasil e a necessidade social de superar o impasse na ausência de autocomposição"¹⁵.

O fato é, consoante Ripper, que o "poder normativo da Justiça do Trabalho é muito criticado por revelar uma intervenção estatal nos conflitos coletivos de trabalho"¹⁶, devendo ser estimulada a negociação coletiva genuína, com a erradicação da solução jurisdicional compulsória dos conflitos, conforme já ventilado por Mozart Victor Russomano:

¹⁰ LOPES, Otávio Brito. *O Poder Normativo da Justiça do Trabalho após a Emenda Constitucional nº 45*. Revista LTr, São Paulo: 69-02/166.

¹¹ MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *Processo Coletivo do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1996, p. 33-4.

¹² *Ibid.*, p. 166.

¹³ *Apud* RIPPER. *Ibid.* p. 849.

¹⁴ *Apud* RIPPER, *Ibid.*, p. 849.

¹⁵ *Ibid.*, p. 35-9.

¹⁶ *Ibid.*, p. 853.

*"a negociação coletiva não encontrou, facilmente, no Brasil, um desenvolvimento histórico apreciável, porque, em lugar de ir à mesa de debates, as partes (os sindicatos operários, sobretudo) preferem ajuizar ações de dissídio coletivo, obtendo – de uma Justiça do Trabalho reconhecidamente generosa no uso de sua competência normativa – decisão com força de res iudicata, melhores condições de trabalho possíveis"*¹⁷.

DISSÍDIO COLETIVO APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/04

Os parágrafos do artigo 114 da Carta Maior, com as alterações da Emenda Constitucional nº 45/04, disciplinam a solução dos embates coletivos de trabalho e o dissídio coletivo, *verbis*:

"§ 1º Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros.

§ 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultada 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.

§ 3º 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."

De acordo com o Juiz do Trabalho Gustavo Filipe Barbosa Garcia, "em razão da manutenção do § 1º do art. 114 da Constituição, subsiste a arbitragem como um meio facultativo de solução do conflito coletivo de trabalho, se frustrada a negociação nesse âmbito"¹⁸, sem qualquer ofensa ao princípio constitucional do livre acesso ao Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, da CF/88), pois, no caso, a escolha da via arbitral fica a cargo das partes.

Doutrina e jurisprudência reconhecem que a alteração constitucional apenas regulou o dissídio coletivo de natureza econômica, não excluindo o de natureza jurídica, confirmando ainda que neste a tentativa de negociação coletiva não se coloca como condição ou pressuposto processual. A Orientação Jurisprudencial nº 06 da SDC do Tribunal Superior do Trabalho, que exigia para o dissídio coletivo de natureza jurídica a negociação prévia para buscar a solução, foi cancelada em 10 de agosto de 2000.

Apesar de a tentativa prévia de negociação coletiva continuar sendo uma condição específica do dissídio coletivo de natureza econômica, a grande inovação está na possibilidade de seu ajuizamento pelas partes desde que "de comum acordo". É exigido, portanto, o consenso entre os atores dotados de capacidade jurídica para firmar normas jurídicas trabalhistas para a instauração do referido dissídio.

Amauri Mascaro Nascimento vê a exigência de comum acordo como a questão processual mais importante dentre as que ultimamente têm surgido, "não só pelos reflexos econômicos e sociais do dissídio coletivo econômico nas relações de trabalho e

¹⁷ *Apud* LOPES. *Ibid.*, p. 169.

¹⁸ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Reforma do Poder Judiciário: O Dissídio Coletivo na Justiça do Trabalho após a Emenda Constitucional nº 45/04*. Revista LTr, São Paulo: 69-01/67.

na vida das empresas, como pelos singularíssimos aspectos técnicos que estão subjacentes às dimensões jurídicas”¹⁹. Refere que os Tribunais estão dispensando o mútuo consenso para a instauração do dissídio sob os seguintes fundamentos: “a desnecessidade de assinatura conjunta da petição inicial, a tácita concordância quando o suscitado participou das negociações coletivas, o princípio da inafastabilidade da jurisdição e a preservação, pela EC nº 45, do poder normativo da Justiça do Trabalho”. E justifica que:

“não tem nenhum sentido o processo judicial do dissídio coletivo, como tal, ajuizável somente quando as duas partes desejarem o processo, figura inexistente no direito processual contencioso. Se a natureza jurídica do dissídio coletivo é a de processo, condicioná-lo à autorização do réu, para que o processo possa ser movido, seria o mesmo que transferir o direito de ação do autor para o réu, portanto uma hipótese absurda e que contraria o princípio constitucional do direito de ação e a inafastabilidade da jurisdição, na medida em que é óbvio que ninguém autorizará outrem a processá-lo porque como contestante no processo, seria total a incompatibilidade entre o seu consentimento para que fosse demandado e a contestação que teria que fazer ao pleito para cuja propositura deu a sua aquiescência. [...]

Não é sustentável a afirmação de que no dissídio coletivo não há direitos mas, apenas interesses, para com esses pressupostos concluir-se que o princípio da inafastabilidade da jurisdição não foi violado. Dizer que no dissídio coletivo econômico não há um direito mas um interesse e por tal razão nenhum direito teria sido violado é deslocar a discussão do seu núcleo. Não se discute o direito material pretendido. O que se verifica é se foi afetado o direito processual. É que a premissa é equivocada. Há um direito violado, sim: o direito de ação”²⁰.

Diametralmente oposta é a posição de Gustavo Filipe Barbosa Garcia ao asseverar que a exigência de comum acordo dos entes sindicais, “conduz a uma peculiar exceção a certos aspectos do princípio da inevitabilidade da jurisdição”²¹. Isso porque,

“nos conflitos coletivos de natureza econômica, o que se observa é a pretensão de fixação de novas condições de trabalho, a serem criadas para aplicação a todos os integrantes da categoria, ou aos empregados da(s) empresa(s) envolvida(s). Em outras palavras, nos conflitos coletivos de trabalho não se visualiza simples lesão ou ameaça a direito propriamente, mas contraposição de interesses sobre a constituição de normas e condições a serem aplicadas, normalmente com efeitos futuros, nas relações de trabalho. Tanto assim que a chamada sentença normativa é verdadeira fonte formal do direito do trabalho, ao estabelecer, de forma genérica e abstrata, disposições sobre condições de trabalho”²².

Compartilho de tal entendimento, porquanto o prévio acordo para o uso do poder normativo, como pressuposto de procedibilidade do ajuizamento do dissídio coletivo não pode ser traduzido em ofensa ao artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição, visto

¹⁹ A questão do dissídio coletivo de “comum acordo”. Revista LTr, São Paulo: 70-06/647.

²⁰ Ibid., p. 651.

²¹ Ibid., p. 68.

²² Ibid., p. 68.

que esta ação, de natureza coletiva, não se insere no âmbito da garantia individual que o legislador constituinte quis proteger²³. O mencionado dispositivo constitucional estabelece que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”. É o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, segundo o qual, como a própria denominação indica, fica assegurado a todo aquele que se sentir lesado ou ameaçado em seus direitos o acesso aos órgãos judiciais, não podendo a lei vedar esse acesso. Tal princípio, “tem como corolário o direito, por ele assegurado, à tutela jurisdicional adequada, devendo ser considerada inconstitucional qualquer norma que impeça o Judiciário de tutelar de forma efetiva os direitos lesados ou ameaçados que a ele são levados em busca de proteção”²⁴. Sucede que no conflito coletivo de trabalho de natureza econômica não há qualquer lesão ou ameaça de direito, pois o que se visa é justamente a criação deste, conforme já declinado.

A ausência de violação do direito constitucional de ação é corroborada pelo parecer do Procurador-Geral da República na ADIn nº 3.432/600-DF:

“O poder normativo da Justiça do Trabalho, por não ser atividade substancialmente jurisdicional, não está abrangido pelo âmbito normativo do art. 5º, 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”²⁵.

Ademais, há que considerar que a própria previsão do dissídio coletivo, como forma de solução do conflito coletivo de trabalho, hodiernamente, é pouco encontrada no direito estrangeiro, sendo patente que o poder normativo é fator de inibição à própria negociação coletiva. Conseqüência disso, é a admissão da ausência da jurisdição como forma estatal de solução de conflitos coletivos de trabalho, e a mera existência de restrições à sua aplicabilidade não pode ser considerada como violação à garantia constitucional do acesso à justiça.

Tenho que a inovação introduzida pela Emenda Constitucional nº 45/04 efetivamente objetiva reduzir a atuação do poder normativo da Justiça do Trabalho, forçando os atores do conflito coletivo a entabular a negociação coletiva, em flagrante fomento a autocomposição, justamente por ser a forma ideal de solução do conflito coletivo de trabalho. E não é outro o espírito da reforma constitucional, como se pode depreender do discurso do Deputado Ricardo Berzoini por ocasião da votação da referida emenda:

“Sr. Presidente, quero esclarecer que uma das teses mais caras ao Partido dos Trabalhadores é a luta contra o poder normativo da Justiça do Trabalho. Acreditamos que a negociação coletiva se constrói pela vontade das partes a garantia da exaustão dos argumentos, da busca do conflito e da sua negociação, vai acontecer o que vemos em muitos movimentos hoje, particularmente em São Paulo, como o recente caso dos metroviários, em que a empresa recorre

²³ MEIRELLES, Davi Furtado. *Poder Normativo: Momento de Transição*. Revista LTr, São Paulo: 69-06/697.

²⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, v. 1, p. 49.

²⁵ Apud NASCIMENTO. *Ibid.*, p. 648.

*ao poder normativo antes de esgotada a capacidade de negociação. Portanto, na nossa avaliação, manter a expressão 'de comum acordo' é uma forma de garantir que haja exaustão do processo de negociação coletiva. O Partido dos Trabalhadores vota pela manutenção da expressão, combatendo o poder normativo da Justiça do Trabalho, que hoje é um elemento de obstáculo à livre negociação coletiva"*²⁶

Neste diapasão, Júlio Bernardo do Carmo ressalta que:

*"a intenção do legislador constituinte foi acabar radicalmente com o vizo das partes se mostrarem pouco dispostas à negociação coletiva preferindo comodamente aninhar-se no seio protetor do paternalismo estatal, expediente que sem dúvida só contribui para enfraquecer ainda mais os sindicatos dos trabalhadores, que indolentemente destituindo-se de sua missão precípua de pacificar o conflito social pela via conciliatória, deixam cada vez mais dormentes os instrumentos de barganha e de pressão que poderiam ser utilizados contra o patronato, tornando-se extremamente subservientes ao intervencionismo estatal. É preciso acabar de vez com o vizo da preguiça e nada melhor para isto do que espicaçar as classes trabalhadoras, por meio de seus sindicatos, com a obrigatoriedade de se valerem de forma incontornável da negociação coletiva, porque sem ela a categoria profissional não teria como alcançar melhores condições de trabalho. O lema agora é o sindicato munir-se de predicamentos que o tornem apto para negociar com a contraparte, aprendendo assim a caminhar com as próprias pernas, sem a escora do paternalismo estatal"*²⁷.

Sem olvidar que a questão merece acurado estudo, reputo que a exigência de comum acordo se constitui requisito de procedibilidade para a instauração do dissídio coletivo de natureza econômica, e se configura verdadeiro incentivo à negociação coletiva, mormente porque retira os sindicatos da comodidade proporcionada pela famigerada contribuição sindical, impondo-lhes a luta, o inconformismo e, conseqüentemente, a tão almejada representatividade.

²⁶ Apud CARMO, Júlio Bernardo do. *Do Mútuo Consenso como Condição de Procedibilidade do Dissídio Coletivo de Natureza Econômica*. Revista LTr, São Paulo: 69-05/594.

²⁷ *Ibid.*, p. 594.