

O requisito do mútuo consentimento e a inconstitucionalidade do parágrafo segundo do artigo 114 da Constituição Federal

Henrique de Almeida Santos

Pós-Graduando em Advocacia Empresarial, Previdenciária e Previdência Privada pela Escola Brasileira de Direito. Bacharel em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Sócio no escritório Santos & Braga Advogados Associados. Residente e domiciliado à Rua Vereador João Sardinha, nº 140, apto 201, Palmares, Belo Horizonte/MG, CEP 31.160-610.

Matheus Oliveira Araújo

Graduando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica e monitor de Processo Penal I e II. Residente e domiciliado à Rua Ministro Ivan Lins, nº 140, apto 201, Dona Clara, Belo Horizonte/MG, CEP 31.260-020.

Resumo: Este artigo tem por objetivo analisar a inconstitucionalidade do parágrafo segundo do artigo 114, da Constituição Federal em razão da violação ao artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, tendo em vista que o mútuo consentimento como condição da ação viola o livre acesso a jurisdição. Construída esta base, verifica-se que a Emenda Constitucional não poderia abolir direito individual ou coletivo, conforme artigo 60, §4º, da Constituição Federal, e o critério hierárquico para solução de antinomias. O presente estudo foi desenvolvido com metodologia jurídico-teórica e raciocínio descritivo e explicativo, com técnicas de pesquisa bibliográfica, documental e estudo de caso. Concluiu-se pela inconstitucionalidade do §2º do artigo 114, §2º, da Constituição Federal.

Palavras-chave: Dissídio. Inconstitucionalidade. Cláusula pétrea. Consentimento.

Sumário: Introdução – **1** O poder normativo da Justiça do Trabalho – **2** Aspectos do dissídio coletivo – **3** O livre acesso à jurisdição e o direito de ação – **4** Da inconstitucionalidade do artigo 114, §2º, da Constituição Federal – **5** A jurisprudência em relação ao dissídio coletivo – Conclusão – Referências

Introdução

O dissídio coletivo é uma ação que tem por finalidade dirimir eventuais conflitos coletivos de trabalho. A partir de pronunciamentos judiciais, fixam-se resoluções sobre conflitos decorrentes da relação trabalhista, o que amplia o poder normativo da Justiça do Trabalho, ou seja, há intervenção estatal pelo Poder Judiciário com a finalidade de criar novos direitos e condições no âmbito das relações de trabalho.

Após a promulgação da Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, houve uma reformulação no Poder Judiciário e, especificamente, nos requisitos do dissídio coletivo. Nesse sentido, passou-se a exigir para a propositura do dissídio coletivo que houvesse mútuo consentimento das partes envolvidas. Contudo, passou-se a questionar a constitucionalidade do requisito tendo em vista que poderia ser interpretado como uma violação ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

Dessa maneira, houve embates judiciais e doutrinários questionando a legalidade do requisito de mútuo consentimento para a propositura do dissídio coletivo. Por outro lado, há aqueles que defendam a constitucionalidade do requisito, sustentando que não há violação ao princípio da inafastabilidade da jurisdição.

O Tribunal Superior do Trabalho firmou o entendimento de que é possível a concordância tácita com o ajuizamento do dissídio coletivo desde que a parte contrária não tenha apresentado oposição expressa no momento adequado. No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal também entendeu pela constitucionalidade do referido dispositivo.

Não obstante, diante das discussões doutrinárias e jurisprudenciais acerca do tema, indaga-se se o requisito de mútuo consentimento para a propositura do dissídio coletivo, previsto no artigo 114, §2º, da Constituição Federal, viola o princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

Partiu-se da hipótese de que se tratando de cláusula pética, o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, não poderia ser abolida mediante Proposta de Emenda à Constituição. Ademais, por exigir o mútuo consentimento como condição da ação, restaria violado o previsto no artigo supracitado.

Necessário demonstrar a inconstitucionalidade do mútuo consentimento previsto no §2º do artigo 114 da Constituição Federal como condição para propositura do dissídio coletivo, demonstrando a sua incompatibilidade com o texto constitucional. Demonstrando ainda a posição jurisprudencial a respeito do tema.

O presente estudo se justifica pela importância do dissídio coletivo para fixação, pelo Poder Judiciário, de condições adequadas no ambiente de trabalho e direitos dos trabalhadores, tendo em vista que não fora possível fazê-lo mediante negociação coletiva ou arbitragem. Além disso, por se tratar de emenda constitucional que viola direitos individuais e coletivos, patente sua inconstitucionalidade, devendo ser reformada.

Quanto à metodologia de pesquisa, esclarece-se que, quanto à abordagem do problema, a presente pesquisa classifica-se como qualitativa. Quanto ao método

de abordagem, classifica-se como indutivo. Em relação aos objetivos, a presente pesquisa se caracteriza como descritiva e explicativa. No que tange as técnicas de coleta será utilizada pesquisa documental, tais como leis e acórdãos, pesquisas bibliográficas, como livros e artigos científicos. Por fim, apresentação da posição do Superior Tribunal Federal a respeito do tema.

No decorrer do presente estudo serão apresentadas as definições do poder normativo da Justiça do Trabalho, do dissídio coletivo e suas formas, bem como dos requisitos para sua propositura antes e depois da Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Além disso, será apresentada a definição da inafastabilidade da jurisdição presente no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, bem como as formas de solução de conflito de normas aplicáveis ao caso concreto. Por fim, apresentação do entendimento do Tribunal Superior do Trabalho e do Supremo Tribunal Federal.

Concluir-se-á que o requisito imposto pela emenda constitucional viola o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, por se tratar de cláusula pétrea, que não pode ser abolida por emenda constitucional. Todavia, a matéria ainda está pendente de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal.

1 O poder normativo da Justiça do Trabalho

A Justiça do Trabalho é um dos ramos especializados que compõem o Poder Judiciário brasileiro, sendo responsável pelo julgamento de questões relativas às relações de trabalho. Trata-se de Justiça especializada, uma vez que sua competência específica para julgar as relações jurídicas decorrentes do trabalho está fixada na Constituição Federal, afastando, assim, a competência de outros ramos do Poder Judiciário para julgar questões atinentes à relação de trabalho.

Nos termos do artigo 111¹ da Constituição Federal, a Justiça do Trabalho é composta por três órgãos, quais sejam, o Tribunal Superior do Trabalho, os Tribunais Regionais do Trabalho e pelos Juízes do Trabalho. Dessa forma, a competência da Justiça do Trabalho e de seus órgãos está prevista no artigo 114 da Constituição Federal:

¹ Art. 111. São órgãos da Justiça do Trabalho:

- I - o Tribunal Superior do Trabalho;
- II - os Tribunais Regionais do Trabalho;
- III - Juízes do Trabalho.

Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

I as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

II as ações que envolvam exercício do direito de greve;

III as ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores;

IV os mandados de segurança, habeas corpus e habeas data, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição;

V os conflitos de competência entre órgãos com jurisdição trabalhista, ressalvado o disposto no art. 102, I, o;

VI as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho;

VII as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho;

VIII a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, a, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir;

IX outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei.

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

§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.

§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. (BRASIL, 1988).

Dentre as diversas competências atribuídas a Justiça do Trabalho pela Constituição Federal, destaca-se sua competência normativa, também conhecida como poder normativo da Justiça do Trabalho. Tal competência decorre do artigo 114, §2º, da Constituição Federal e está associada aos dissídios coletivos, cuja definição será abordada com mais detalhes nos próximos capítulos. Nesse sentido, destaca-se a lição de Martins (2018, p. 179-180):

A competência normativa é o poder que a Justiça do Trabalho tem de estabelecer regras e condições de trabalho. É o poder outorgado

à Justiça do Trabalho pela Constituição Federal para julgar dissídios coletivos, nos quais são estabelecidas novas condições ou regras de trabalho, respeitando-se as disposições mínimas legais de proteção do trabalho, bem como as convencionadas anteriormente (parte final do §2º do art. 114 da Lei Maior). A competência normativa é, portanto, exercida nas ações de competência originária dos tribunais, no caso, os dissídios coletivos.

Cumprido destacar, ainda, que:

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. (SCHIAVI, 2019, p. 1432)

Verifica-se, portanto, que o legislador constituinte optou por atribuir uma competência exclusiva à Justiça do Trabalho, na qual este ramo específico do Poder Judiciário poderá, no âmbito de um dissídio coletivo, criar regras e condições de trabalho para as partes envolvidas no conflito em questão. Trata-se de uma verdadeira intervenção estatal no âmbito das relações de trabalho, por meio do Poder Judiciário, onde o tribunal competente impõe às partes determinadas condições que deverão ser obedecidas.

Segundo Martins (2018, p. 180), o poder normativo da Justiça do Trabalho não é absoluto, tampouco é amplo e ilimitado, uma vez que sofre limitações da própria Constituição e demais leis infraconstitucionais. Ademais, constata-se que a criação de normas somente se dará quando não houver lei específica sobre a questão discutida no dissídio coletivo, não sendo possível criar normas quando não houver lacunas na lei. “Por isso, se diz que o poder normativo da Justiça do Trabalho atua no vazio da lei, ou seja: quando não há lei disposta sobre a questão” (SCHIAVI, 2019, p. 1432).

É que o poder normativo da Justiça do Trabalho não pode ser utilizado sem a observância das demais normas constitucionais, de tal forma que a interpretação sistemática se mostra necessária no exercício dessa competência, a fim de preservar “a consonância com os princípios da democracia (art. 1º), da separação dos poderes (art. 2º, 49, XI) e da legalidade (art. 5º, II)” (MARTINS, 2018, p. 180).

Em que pese existirem críticas ao poder normativo da Justiça do Trabalho, sendo que a principal delas aponta para uma “interferência indevida do Poder

Judiciário já atividade legislativa;” (SCHIAVI, 2019, p. 1434), verifica-se que esse poder específico constitui um meio alternativo e eficaz para solucionar as demandas trabalhistas, bem como uma “garantia de equilíbrio na solução do conflito coletivo, máxime quando uma das categorias é fraca” (SCHIAVI, 2019, p. 1433).

Sendo assim, sempre que a negociação coletiva se mostrar insuficiente e as partes não forem capazes de chegar a um consenso, o dissídio coletivo poderá ser ajuizado, a fim de que o órgão competente da Justiça do Trabalho exerça seu poder normativo, de modo a “criar novos direitos no âmbito das categorias profissional e econômica [...]” (SCHIAVI, 2019, p. 1436). Trata-se de um verdadeiro instrumento no qual a Justiça do Trabalho poderá utilizar com o objetivo de reduzir os litígios e promover um consenso entre os grupos sindicais e econômicos.

2 Aspectos do dissídio coletivo

2.1 Conceito

O dissídio coletivo é uma ação cuja finalidade é dirimir eventuais conflitos coletivos de trabalho. A partir de pronunciamentos judiciais, fixam-se resoluções sobre conflitos decorrentes da relação trabalhista.

Por óbvio, o dissídio coletivo está relacionado ao direito coletivo de trabalho. Possui previsão no artigo 114 da Constituição Federal e nos artigos 856 a 875 da Consolidação das Leis do Trabalho.

O Doutrinador Georgeton de Souza Franco Filho, assim define o dissídio coletivo:

Trata-se de uma ação típica do Direito Coletivo do Trabalho e deve ser ajuizado perante a Justiça do Trabalho, nos Tribunais Regionais ou no Tribunal Superior, caso a questão envolva mais de uma região trabalhista. Possuem legitimidade para ajuizar dissídio coletivo: as entidades sindicais patronais e de trabalhadores; as empresas; e o Ministério Público do Trabalho. (FRANCO FILHO, 2019)

No mesmo sentido se manifesta Carlos Henrique Bezerra Leite:

o dissídio coletivo é uma espécie de ação coletiva conferida a determinados entes coletivos, geralmente os sindicatos, para a defesa de interesses cujos titulares materiais não são pessoas individualmente consideradas, mas sim grupos ou categorias econômicas, profissionais ou diferenciadas, visando à criação,

interpretação de normas que irão incidir no âmbito dessas mesmas categorias. (BEZERRA LEITE, 2007, p. 1030)

Ademais, os dissídios coletivos são classificados em cinco categorias, sendo elas de natureza econômica, jurídica, originários, de revisão e de declaração. A classificação está disposta no artigo 241 do Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho:

Art. 241. Os dissídios coletivos podem ser:

I - de natureza econômica, para a instituição de normas e condições de trabalho;

II - de natureza jurídica, para interpretação de cláusulas de sentenças normativas, de instrumentos de negociação coletiva, acordos e convenções coletivas, de disposições legais particulares de categoria profissional ou econômica e de atos normativos;

III - originários, quando inexistentes ou em vigor normas e condições especiais de trabalho, decretadas em sentença normativa;

IV - de revisão, quando destinados a reavaliar normas e condições coletivas de trabalho preexistentes que se tornarem injustas ou ineficazes pela modificação das circunstâncias que as ditaram;

V - de declaração sobre a paralisação do trabalho decorrente de greve.

Em relação aos dissídios de natureza econômica, incumbe ao tribunal atuar como legislador, instituindo normas, direitos e condições de trabalho. De acordo com Georgenor de Souza Franco Filho, o principal objetivo do dissídio é a:

Criação de normas e a obtenção de melhores condições de trabalho, incluindo salários, meio ambiente de trabalho, flexibilização de jornada, condições de gozo de vantagens, participação na vida sindical, dentre outras, dependendo, sempre, da concordância de demandante e demandado para que possa tramitar. (FRANCO FILHO, 2019, p. 539)

O dissídio coletivo de natureza jurídica é de natureza interpretativa. Incumbe ao tribunal fixar interpretação acerca de dispositivos advindos das relações de trabalho em que haja divergência interpretativa. De acordo com Georgenor de Souza Franco Filho (2019, p. 539) “negociada uma norma coletiva, e havendo dúvida sobre sua aplicação e seu alcance, qualquer das partes pode ajuizar este tipo de

dissídio coletivo pedindo que o Tribunal interprete a cláusula. É uma espécie de ação declaratória”.

Os dissídios coletivos originários decorrem da inexistência de normas e condições especiais que foram decretadas em sentença normativa. Seu procedimento está disposto no artigo 867 da Consolidação das Leis do Trabalho:

Art. 867 - Da decisão do Tribunal serão notificadas as partes, ou seus representantes, em registrado postal, com franquia, fazendo-se, outrossim, a sua publicação no jornal oficial, para ciência dos demais interessados.

Parágrafo único - A sentença normativa vigorará:

- a) a partir da data de sua publicação, quando ajuizado o dissídio após o prazo do art. 616, §3º, ou, quando não existir acordo, convenção ou sentença normativa em vigor, da data do ajuizamento;
- b) a partir do dia imediato ao termo final de vigência do acordo, convenção ou sentença normativa, quando ajuizado o dissídio no prazo do art. 616, §3º.

Noutro giro, o dissídio coletivo de revisão possui caráter revisional e visa rever condições de trabalho preexistentes que se tornarem injustas ou ineficazes pela modificação das circunstâncias. Tem por fundamento o artigo 873 da CLT que garante a revisão das decisões que fixarem condições de trabalho em razão de terem se tornado injustas ou inaplicáveis: “Art. 873. Decorrido mais de 1 (um) ano de sua vigência, caberá revisão das decisões que fixarem condições de trabalho, quando se tiverem modificado as circunstâncias que as ditaram, de modo que tais condições se hajam tornado injustas ou inaplicáveis.”

Por fim, o dissídio coletivo de declaração está vinculado ao direito constitucional de greve e a paralisação de atividades de natureza essencial. De acordo com a doutrina, seu principal objetivo é “resguardar os direitos da sociedade, dos trabalhadores e das empresas, sem, contudo, impedir que o movimento paredista se realize, a fim de, pela via autônoma, ser obtido o instrumento negociado da composição do conflito” (FRANCO FILHO, 2019, P. 540).

A CLT aponta, ainda, a existência do dissídio coletivo de extensão, para aplicar uma sentença a outros trabalhadores, decorrentes do dissídio coletivo originário, desde que o tribunal julgue justo e competente. A extensão das decisões está prevista nos artigos 868 e 869 do diploma normativo:

Art. 868. Em caso de dissídio coletivo que tenha por motivo novas condições de trabalho e no qual figure como parte apenas uma fração

de empregados de uma empresa, poderá o Tribunal competente, na própria decisão, estender tais condições de trabalho, se julgar justo e conveniente, aos demais empregados da empresa que forem da mesma profissão dos dissidentes.

Parágrafo único - O Tribunal fixará a data em que a decisão deve entrar em execução, bem como o prazo de sua vigência, o qual não poderá ser superior a 4 (quatro) anos.

Art. 869. A decisão sobre novas condições de trabalho poderá também ser estendida a todos os empregados da mesma categoria profissional compreendida na jurisdição do Tribunal:

- a) por solicitação de 1 (um) ou mais empregadores, ou de qualquer sindicato destes;
- b) por solicitação de 1 (um) ou mais sindicatos de empregados;
- c) *ex officio*, pelo Tribunal que houver proferido a decisão;
- d) por solicitação da Procuradoria da Justiça do Trabalho.

A partir do disposto, verifica-se que o dissídio coletivo envolve direito coletivo e encontra-se fundamentado no poder normativo da justiça do trabalho. Ademais, tem como requisito a ausência de concordância entre as partes sobre determinada matéria trabalhista.

2.2 Dissídio coletivo antes da Emenda Constitucional nº 45/2004

O dissídio coletivo foi positivado no ordenamento jurídico desde a promulgação do Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, que aprovou a Consolidação das Leis do Trabalho. Assim, embora seja anterior à Constituição Federal de 1988, os dispositivos normativos foram devidamente recepcionados quando da promulgação da Carta Magna.

Ademais, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu no artigo 114, *caput* e §2º, os requisitos para o ajuizamento de dissídio coletivo:

Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União, e, na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, bem como os litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas.

§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.

Portanto, de acordo com o dispositivo constitucional já revogado, para propositura do dissídio, era necessária, apenas, a recusa das partes em promover a negociação ou a arbitragem. Ademais, a Justiça do Trabalho poderia estabelecer normas e condições para a propositura do dissídio.

Noutro giro, a Consolidação das Leis do Trabalho prevê o dissídio coletivo nos artigos 856 a 859. Não obstante a promulgação da Constituição Federal de 1988, não houve alterações substanciais no texto legal.

Em suma, a CLT dispõe que o dissídio poderá ser instaurado mediante representação das associações sindicais, na falta destas, pelas federações correspondentes e, na falta destas, pelas confederações respectivas, no âmbito de sua representação. Poderá ainda ser instaurado pela iniciativa do presidente do Tribunal, ou, ainda, a requerimento da Procuradoria da Justiça do Trabalho, sempre que ocorrer suspensão do trabalho.

Desta feita, percebe-se que, de acordo com a Constituição Federal, caberia a instauração do dissídio coletivo para estabelecer normas e condições de acordo com as disposições convencionais e legais mínimas de proteção ao trabalho, não existindo, ainda, a figura do dissídio coletivo de natureza econômica. Outrossim, trata-se de faculdade de qualquer sindicato envolvido, desde que houvesse recusa à negociação ou arbitragem.

Contudo, com o advento da Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, o procedimento para ajuizamento do dissídio coletivo foi alterado significativamente. Conforme será explanado alhures, houve alteração do §2º do artigo 114 da Constituição Federal e o acréscimo de um novo requisito para ajuizamento.

2.3 Emenda Constitucional nº 45/2004

A Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, alterou dispositivos dos artigos. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescentou os artigos. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e deu outras providências. Teve por objetivo modificar o sistema jurídico nacional.

2.3.1 Do artigo 114 da Constituição Federal

A Emenda Constitucional nº 45 de 2004, dentre outras modificações, alterou o artigo 114 da Constituição Federal, modificando a competência da Justiça do Trabalho. De forma geral, a Emenda Constitucional nº 45 de 2004 alterou a competência e a estrutura da justiça do trabalho.

Destarte, a Emenda Constitucional modificou o parágrafo segundo do artigo 114, alterando o procedimento do dissídio coletivo. Além disso, acrescentou o parágrafo terceiro, positivando o dissídio coletivo decorrente do direito de greve:

Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: [...]

§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.

§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.

Assim, constata-se que a partir da Emenda Constitucional nº 45 de 2004 houve alteração no procedimento do dissídio coletivo. A partir da vigência da norma, surgiu o dissídio coletivo de natureza econômica.

Além disso, exigiu-se que, com a frustração da negociação coletiva ou arbitragem, as partes envolvidas poderiam ajuizar o dissídio coletivo, desde que houvesse comum acordo. Portanto, surgiu um novo pressuposto processual para propositura do dissídio coletivo.

Outrossim, diante da exigência de comum acordo, houve redução do poder normativo da Justiça do Trabalho, uma vez que as partes deviam anuir com a atuação do Poder Judiciário. Como se manifesta Ives Gandra Filho:

Se, a partir da nova redação do §2º do art. 114 da CF, o comum acordo entre as partes em litígio passou a ser condição para o exercício do direito de ação coletiva, a Justiça do Trabalho transformou-se em instância de eleição das partes para composição do conflito coletivo de trabalho. E a natureza jurídica do foro de eleição é, inegavelmente, a de juízo arbitral. (GANDRA FILHO, 2008)

Nas palavras de Evandro Luis Urnau (2011), a alteração do parágrafo segundo significava que “o conflito social somente deveria ser resolvido pelo Estado quando as partes assim o decidissem”. Dessa forma, a parte não poderia ajuizar o dissídio coletivo caso a parte contrária não concordasse com a propositura.

Noutro giro, com o acréscimo do parágrafo terceiro do artigo 114 na Constituição Federal, positivou-se o dissídio coletivo decorrente do direito de greve de atividades essenciais. Ademais, concedeu-se ao Ministério Público do Trabalho a legitimidade para propositura do dissídio coletivo de greve, em razão do interesse público.

2.3.2 Requisitos do dissídio coletivo após a EC nº 45/2004

Conforme explanado alhures, a Emenda Constitucional nº 45 de 2004 trouxe expressivas alterações no procedimento do dissídio coletivo. Assim, houve alteração dos requisitos para propositura do dissídio.

Primeiramente, destaca-se a necessidade de mútuo consentimento previsto no parágrafo segundo do artigo 114 da Constituição Federal:

Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

§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.

Assim, pela leitura do artigo 114, §2º, além da necessidade de comum acordo, é possível extrair os demais requisitos para a propositura do dissídio coletivo. Percebe-se que também é necessária a recusa à negociação coletiva ou arbitragem e, ainda, o respeito às disposições mínimas legais de proteção ao trabalho e as convencionadas anteriormente.

Cumprido ressaltar que, de acordo com o texto constitucional, os requisitos acima seriam para propositura do dissídio coletivo de natureza econômica. Contudo, são aplicáveis às demais espécies.

Noutro giro, o parágrafo terceiro do artigo 114 dispõe acerca dos requisitos para propositura do dissídio coletivo de greve, nos casos de atividades essenciais:

Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

§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.

Assim, constata-se que nos casos de greve de atividades essenciais, os requisitos são: a greve deve ser em atividade essencial, há de se ter possibilidade de lesão do interesse público. Por fim, a legitimidade para ajuizamento do dissídio de greve nos casos de atividades essenciais é do Ministério Público do Trabalho.

3 O livre acesso à jurisdição e o direito de ação

O princípio do acesso à jurisdição está previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; [...].

Trata-se de uma garantia assegurada a todo o indivíduo de que qualquer lesão ou ameaça aos seus direitos esteja sujeita a tutela por parte do Poder Judiciário. “Tem-se aqui, pois, de forma clara e inequívoca, a consagração da tutela judicial efetiva, que garante a proteção judicial contra lesão ou ameaça a direito” (MENDES; BRANCO, 2018, p. 596).

Dentre as consequências desse dispositivo constitucional, tem-se o direito de ação, que pode ser compreendido como “direito público subjetivo incondicionado” (MARTINS, 2018, p. 957). Assim, o direito de ação é

decorrente do direito de petição, autônomo do direito material, sendo um direito público subjetivo da parte invocar a tutela jurisdicional que é prestada pelo Estado e não pelo particular, como ocorreria na arbitragem ou na mediação. A própria Constituição assegura o direito de livre acesso ao Judiciário, não excluindo da apreciação deste a lesão ou ameaça de qualquer direito (art. 5º, XXXV). É direito subjetivo, pois se trata de faculdade de agir, de ajuizar a ação e não de obrigação legal. (MARTINS, 2018, p. 332)

Verifica-se, portanto, que o texto constitucional procurou tornar a jurisdição inafastável diante de qualquer lesão ou até mesmo ameaça, de tal forma que o

indivíduo cujo direito estiver sob ameaça ou que a ameaça já tenha se concretizado em uma lesão, poderá, por meio do exercício do direito de ação, levar tal situação para ser apreciada pelo Poder Judiciário, sendo que este não poderá deixar de se manifestar acerca do que foi postulado pela parte, sob pena de violação direta a Constituição Federal. Nesse sentido:

Importante, igualmente, salientar que o Poder Judiciário, desde que haja plausibilidade da ameaça ao direito, é obrigado a efetivar o pedido de prestação judicial requerido pela parte de forma regular, pois a indeclinabilidade da prestação judicial é princípio básico que rege a jurisdição, uma vez que a toda violação de um direito responde uma ação correlativa, independentemente de lei especial que a outorgue. (MORAES, 2017, p. 159)

O acesso à jurisdição é, portanto, uma “garantia de resolução legítima – como negação da autotutela – dos conflitos existentes entre particulares ou entre estes e o Estado.” (FERNANDES, 2011, p. 349). Dessa forma, percebe-se que um dos fundamentos da referida garantia é justamente evitar o exercício da autotutela pelas partes, de modo a propor a apreciação das lesões ou ameaças decorrentes das relações jurídicas por um poder autônomo, técnico e imparcial, a fim de assegurar que tal apreciação se dê com os respeitos as garantias e direitos fundamentais, bem como observando o contraditório e a ampla defesa ao longo do processo.

Além disso, tal garantia é fruto da necessidade de assegurar que todos os indivíduos, sem exceções, possam postular suas questões de direito no âmbito do Poder Judiciário, independentemente de suas condições sociais ou econômicas. Trata-se de uma verdadeira garantia cujo objetivo é assegurar a igualdade entre as partes no momento de solucionar um determinado conflito decorrente de uma lesão ou ameaça ao direito, uma vez que é inegável que em determinadas relações jurídicas existe um desequilíbrio financeiro ou social entre os sujeitos que a compõem.

Vale ressaltar que o Poder Judiciário não pode agir de ofício na resolução dos conflitos, devendo ser provocado para poder agir, de tal forma que é necessário que uma das partes exerça seu direito fundamental de ação, a fim de haja a devida apreciação por parte do referido Poder, sendo que, uma vez preenchidos os requisitos e condições da ação, o Poder Judiciário não poderá se ocultar acerca do que foi postulado pela parte, devendo, assim, exercer a prestação jurisdicional nos termos da Constituição Federal e demais leis processuais.

3.1 Do acesso à justiça como direito fundamental

Inicialmente, vale ressaltar a diferença entre direitos e garantias fundamentais:

A distinção entre direitos e garantias fundamentais, no direito brasileiro, remonta a Rui Barbosa, ao separar as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os direitos; estas, as garantias; ocorrendo não raro juntar-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia com a declaração do direito. (MORAES, 2017, p. 94)

Assim, “os direitos seriam disposições declaratórias (para alguns: bens da vida explicitados)” enquanto “as garantias, seriam disposições assecuratórias (para alguns: instrumentos para a defesa, fruição ou realização dos direitos)” (FERNANDES, 2017, p. 344).

A partir dessa distinção, verifica-se que as garantias assumem um caráter instrumental em relação aos direitos, de modo que a garantia é um instrumento para assegurar a efetivação do direito, já que este constitui uma declaração em relação a pessoa envolvendo um determinado bem jurídico. “Os direitos representam só por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias acessórias e, muitas delas, adjectivas [...]” (MORAES, 2017, p. 95).

Logo, é possível encontrar uma norma que constitua um direito e uma garantia simultaneamente, uma vez que a garantia servirá como meio de efetivação e proteção desse direito fundamental. É o caso do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

Por se encontrar inserido no rol do referido dispositivo constitucional, é possível afirmar que o livre acesso à jurisdição é uma garantia fundamental assegurada a todas as pessoas e, por tal motivo, trata-se de cláusula pétrea da Carta Magna, não sendo possível sua abolição nem mesmo por meio de Proposta de Emenda à Constituição, nos termos do artigo 60, §4º,² da Constituição Federal. Além disso,

² Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...]

§4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais. [...]

tem-se o direito de ação, que é um direito fundamental pelo qual uma pessoa, ao exercê-lo, pode levar determinada pretensão para ser apreciada pelo Poder Judiciário.

Assim, o acesso à jurisdição é o instrumento pelo qual se garante o exercício do direito de ação, a fim de que toda e qualquer pretensão decorrente de lesão ou ameaça a direito seja, necessariamente, submetida a apreciação por parte do Poder Judiciário. Trata-se, portanto, de um direito e de uma garantia fundamental.

Dentre as diversas características que possuem os direitos fundamentais, destacam-se a universalidade, a inalienabilidade, a irrenunciabilidade e a constitucionalização. No que tange a universalidade dos direitos fundamentais, “não é impróprio afirmar que todas as pessoas são titulares de direitos fundamentais e que a qualidade de ser humano constitui condição suficiente para a titularidade de tanto desses direitos” (MENDES; BRANCO, 2018, p. 209).

Com relação à inalienabilidade e à irrenunciabilidade dos direitos fundamentais, tem-se que a primeira consiste no fato de que, em relação aos direitos fundamentais, “estão excluídos quaisquer atos de disposição, quer jurídica – renúncia, compra e venda, doação –, quer material – destruição material do bem”, já a segunda estabelece que “[...] em regra, direitos fundamentais não podem ser objeto de renúncia por seu titular (na medida em que seu titular não poderia dispor desses direitos, embora possa deixar de exercê-los)” (FERNANDES, 2017, p. 343).

Por fim, a constitucionalização atribui aos direitos fundamentais a característica de “direitos constitucionais” (MENDES; BRANCO, 2018, p. 216). Dessa forma, a positivação desses direitos no âmbito do texto constitucional lhes confere uma hierarquia em relação as normas infraconstitucionais e as constitucionais decorrentes de PECs, de tal forma que “as normas que os abrigam impõem-se a todos os poderes constituídos, até ao poder de reforma da Constituição” (MENDES; BRANCO, 2018, p. 216).

Em que pese os direitos fundamentais não serem absolutos³ e, por conseguinte, inexistir um direito que se sobreponha aos demais, é certo dizer que, em regra, o fato de os direitos fundamentais serem considerados cláusulas pétreas da Constituição faz com que eles ocupem uma posição hierárquica superior às normas constitucionais oriundas de PECs e as demais normas infraconstitucionais. Assim, em eventual conflito de normas envolvendo um direito fundamental e uma norma infraconstitucional ou até mesmo constitucional, a tendência é que o direito

³ Os direitos e garantias individuais não têm caráter absoluto. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto (STF, Rel. Min. Celso de Mello, 2000). (MS 23452/RJ, Pleno, Relator Ministro Celso de Mello, DJ: 12/05/2000. STF, 1999).

fundamental prevaleça sobre aquelas. Evidente que existem exceções, todavia deve ser levado em conta o caso concreto, a fim de definir qual norma prevalecerá, especialmente quando se estiver diante de um conflito de normas constitucionais ou até mesmo entre direitos fundamentais.

Destarte, os direitos e garantias previstos no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, pertencem a todas as pessoas, não sendo possível a alienação desses direitos, tampouco sua renúncia, todavia é possível que o titular deixe de exercer o direito de ação. No mais, tal norma assume uma posição hierárquica em relação às demais normas legais, em razão de estar positivada no âmbito da Constituição e ser considerada uma cláusula pétreia.

De outro lado, vale destacar as dimensões subjetivas e objetivas dos direitos fundamentais:

Nesses termos, os direitos fundamentais seriam vistos não só como direitos de defesa (garantias negativas), ligados a um dever de omissão, (um não fazer ou não interferir do Estado no universo privado dos cidadãos), e direitos de prestações (garantias positivas) para o exercício das liberdades (e aqui, entendidos como obrigações de fazer ou de realizar) por parte do Estado, mas, além disso, nos termos objetivos, eles, como a base do ordenamento, seriam um “vetor” a ser seguido (pelos Poderes Públicos e particulares) para interpretação e aplicação de todas as normas constitucionais e infraconstitucionais. Daí que, a dimensão objetiva (indo além das funções de cunho subjetivo tradicionalmente consagradas aos direitos fundamentais e não sendo apenas um “reverso da medalha” da dimensão subjetiva) se apresentaria como um verdadeiro “reforço de juridicidade” das normas de direitos fundamentais, bem como da “sistemática” de concretização e densificação dessas normas. (GONÇALVES, 2017, p. 323)

Verifica-se, portanto, que a norma prevista no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, contém direitos e garantias fundamentais, quais sejam, o direito de ação e o acesso a jurisdição, de tal forma que o referido dispositivo constitui uma imposição ao Estado, que deverá agir, por meio do Poder Judiciário, na apreciação da pretensão apresentada por qualquer pessoa no exercício do direito de ação, bem como deve ser visto a partir de “um verdadeiro “norte” de “eficácia irradiante” que fundamenta todo o ordenamento jurídico” (GONÇALVES, 2017, p. 322).

Assim, a partir da análise das dimensões subjetiva e objetiva do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, verifica-se que a referida norma impõe o dever

de agir ao Estado no que tange a apreciação de conflitos decorrentes de lesão ou ameaça ao direito de qualquer titular, além de servir como uma das bases do ordenamento jurídico no que diz respeito à atuação estatal.

A norma contida no inciso XXXV é um direito fundamental e, por conseguinte, deve servir como uma orientação ao Estado na sua forma de interpretar e aplicar o ordenamento jurídico, impondo limites e obrigações na atuação estatal ao mesmo tempo que assegura os direitos e garantias daquele que esteja diante de uma ameaça ou que já tenha sofrido a lesão em seu direito.

4 Da inconstitucionalidade do artigo 114, §2º, da Constituição Federal

4.1 Das emendas constitucionais

A Constituição Federal de 1988 é considerada uma constituição rígida. Assim, para que possa ser alterada, é necessário um procedimento específico, através de uma proposta de emenda à constituição.

O artigo 60, incisos I a III e parágrafos 1º a 3º, da Constituição, disciplinam a emenda constitucional:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

II - do Presidente da República;

III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

§1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

§2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

§3º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.

Dessa forma, percebe-se que, para alteração da constituição é necessário que a proposta seja feita pela Câmara dos Deputados, Presidente da República e Assembleias Legislativas das unidades da Federação. Além disso, deverá ser votada

em cada casa do Congresso Nacional em dois turnos sendo necessários três quintos dos votos dos membros.

Além disso, a proposta de emenda constitucional deve respeitar ainda a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais. Tal matéria está positivada no artigo 60, §4º, da Constituição Federal:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...]

§4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

Portanto, constata-se que a Constituição Federal, para que possa ser emendada, deve se atentar a requisitos constitucionais. Assim, caso a proposta de emenda à constituição tenda a abolir alguma das matérias dispostas no parágrafo quarto do artigo 60 da Constituição Federal, será considerada inconstitucional.

Tais matérias são as consideradas cláusulas pétreas, como se manifesta a doutrina:

Tais matérias formam o núcleo intangível da Constituição Federal, denominado tradicionalmente por “cláusulas pétreas”. Lembremos, ainda, que a grande novidade do referido art. 60 está na inclusão, entre as limitações ao poder de reforma da Constituição, dos direitos inerentes ao exercício da democracia representativa e dos direitos e garantias individuais, que por não se encontrarem restritos ao rol do art. 5º, resguardam um conjunto mais amplo de direitos constitucionais de caráter individual dispersos no texto da Carta Magna. (MORAES, 2002, p. 442)

Portanto, para que a constituição seja emendada, além de ser necessária a manutenção da origem constitucional, é imprescindível que se respeite as cláusulas pétreas. Assim, como já exposto, caso a emenda viole os direitos e garantias individuais, não poderá ser acrescida à carta magna diante do disposto no artigo 60 da Constituição Federal.

4.2 Do conflito de normas constitucionais

O conflito de normas, conhecido como antinomia, é comum no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, como forma de solucioná-los, são três os critérios a serem observados: o hierárquico, o cronológico e o da especialidade.

Acerca dos critérios, José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva assim se manifesta:

A doutrina menciona três critérios clássicos para a solução da antinomia (de 1º grau): 1º) o cronológico, inscrito na regra *lex posterior derogat priori*; 2º) o da especialidade, presente no aforismo *lex specialis derogat generalis*; e 3º) o hierárquico, consubstanciado na regra *lex superior derogat inferiori*. (SILVA, 2017)

Portanto, nos casos de conflitos de normas, dever-se-á observar os critérios de solução de antinomias. Contudo, no âmbito da Constituição Federal, é necessário se atentar aos critérios apresentados.

De início, cumpre ressaltar a impossibilidade de se declarar a inconstitucionalidade das normas constitucionais proclamadas pelo poder constituinte originário, tendo em vista que não há contradição em seus dizeres. Ademais, uma vez que não há hierarquia entre normas constitucionais, não é possível a aplicação, em regra, do critério hierárquico.

Contudo, a exceção à regra são as emendas constitucionais quando verificadas com normas constitucionais qualificadas como cláusulas pétreas. A respeito disso, assim se manifesta a doutrina:

A distinção se justifica porque, em se cuidando de normas constitucionais proclamadas pelo poder constituinte originário, não existem contradições entre seus dizeres, sendo de rigor interpretar o dispositivo constitucional de modo a lhe atribuir a máxima eficácia normativa preservando-se, concomitantemente, a coesão do texto constitucional em seu conjunto. Não por acaso, apesar de existirem normas constitucionais mais relevantes que outras sob a perspectiva axiológica ou mesmo sistemática, não existe hierarquia formal entre elas. (JANNUCCI, 2014)

Portanto, verifica-se que, tratando-se de cláusulas pétreas, é possível aplicação do critério hierárquico quando comparados com as cláusulas pétreas. Outrossim, o critério cronológico não poderá ser aplicável quando as normas posteriores ofenderem cláusulas pétreas, conforme se manifesta o autor:

Já no que tange ao critério cronológico, ressalte-se, nesse contexto, recomendar a boa técnica legislativa a expressa digressão quanto à eventual revogação de preceitos legais, a independer de se tratar de duas ou mais normas constitucionais ou de duas ou mais normas infraconstitucionais. Nessa linha, o critério cronológico é reconhecido para solver antinomias entre normas constitucionais originárias e normas derivadas, sejam as produzidas pelo poder constituinte reformador ou mesmo aquelas aprovadas em diferentes momentos. (JANNUCCI, 2014).

Desta feita, caso a norma posterior conflite com cláusula pétrea, deverá ser declarada nula em razão de sua inconstitucionalidade.

No tocante ao critério da especialidade, será aplicável quando uma norma contiver os elementos de uma norma geral, acrescentando critérios específicos. No tocante à especialidade, assim se manifesta Jannucci:

No entanto, não é menos certo, por outro lado, que o critério da especialidade somente poderá ser utilizado para a solução de antinomias jurídicas quando houver, entre as normas em tensão, relação adstrita a gênero-espécie. Portanto, parece quase intuitivo que, por esse critério, aflorará situação em que o âmbito de incidência da norma especial estiver integralmente contido no da norma geral, embora discipline determinado assunto de modo específico, divergindo dos parâmetros gerais. (JANNUCCI, 2014)

Portanto, verifica-se que, tratando-se da Constituição Federal, os critérios de solução de antinomia são aplicáveis. Contudo, necessário se atentar às cláusulas pétreas no momento da aplicação destes.

4.3 Contrariedade ao artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal

Conforme anteriormente citado, o parágrafo segundo do artigo 114 da Constituição Federal foi incluído ao texto mediante a Emenda Constitucional nº 45 de 2004. Assim, para que fosse considerado compatível a Constituição Federal, dever-se-ia observar as normas previstas no artigo 60 da Magna Carta.

Contudo, verifica-se que, embora o parágrafo tenha sido incluído, ele viola o disposto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, que prevê:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

Nesse sentido, é cediço que os dissídios coletivos dispõem sobre diferentes tipos de lesões aos direitos trabalhistas que não foram solucionadas mediante negociações coletivas e arbitragem. Dessa forma, ao passo que discutem lesões ao direito dos trabalhadores, não poderia haver a exclusão da apreciação pelo Poder Judiciário.

Contudo, tendo em vista que com a inclusão do parágrafo segundo no texto do artigo 114 exigiu-se o comum acordo para ajuizamento da ação, percebe-se a exclusão da apreciação da lesão a direito pelo Poder Judiciário. Portanto, patente a violação ao inciso XXXV do artigo 5º.

Este é, inclusive, o pensamento de parte da doutrina nacional:

Não andou bem a EC n. 45/2004 quando fez constar, no §2º do art. 144, CF, que as partes têm a faculdade, 'de comum acordo', de ajuizarem dissídio coletivo. Houve um condicionamento para o ajuizamento da ação: ambas as partes têm de concordar com isso. Ora, levando em conta a cultura laboral brasileira, especialmente a empresária, o dispositivo inviabiliza o acesso à Justiça (art. 5º, XXXV, CF); fragiliza as categorias profissionais, que dependerão da aquiescência empresarial para promover a ação; e estimula o indesejável movimento grevista, uma vez que a greve é o único outro caso autorizador da instauração da instância coletiva, o que vai contra o princípio da paz social. Além de afrontar o princípio da razoabilidade, a disposição constitucional fere a inquebrantável cláusula pétrea do acesso à Justiça (art. 60, §4º, IV, CF). Tudo isso torna inconstitucional a nova disposição, que pode ser combatida tanto pela via concentrada, quanto pela via do controle difuso, incidentalmente em cada dissídio coletivo promovido nos Tribunais do Trabalho (TRTs e TST). (LIMA, 2005, p. 143)

No mais, a exigência de comum acordo como condição para o ajuizamento do dissídio coletivo “fere um direito: o direito de ação. Ninguém pode se subordinar à concordância de outrem para o ajuizamento de ação, sob pena de violar o direito constitucional de ação” (MARTINS, 2018, p. 956).

Dessa forma, tendo em vista que o inciso XXXV do artigo 5º da Constituição dispõe sobre matéria prevista no artigo 60 do mesmo diploma constitucional, é considerado cláusula pétrea. Assim, não poderia ser abolida por texto de emenda constitucional.

Outrossim, utilizando-se dos critérios de solução de antinomias, prevalece o disposto no artigo quinto. Em relação ao critério hierárquico, prevaleceria a cláusula pétrea, pelo critério cronológico, também prevaleceria o artigo quinto. Por fim, não seria aplicável ao caso o critério da especialidade.

Assim sendo, constata-se que a inclusão do parágrafo segundo ao artigo 114 da Constituição Federal mediante emenda constitucional viola cláusula pétrea de direito e garantia fundamental. Portanto, com fundamento no artigo 60 da própria constituição, evidencia-se a inconstitucionalidade do parágrafo incluído.

5 A jurisprudência em relação ao dissídio coletivo

5.1 O entendimento do Tribunal Superior do Trabalho

O Tribunal Superior do Trabalho, divergindo do que é defendido no presente artigo, entende pela necessidade de comum acordo para ajuizamento de dissídio coletivo de natureza econômica. Dessa forma, o TST “fixou jurisprudência no sentido de que a expressão comum acordo, configura pressuposto processual, mas não há necessidade de que este requisito seja preenchido quando ao ingresso da ação, podendo ser preenchido no curso do processo” (SCHIAVI, 2019, p. 1444).

Nesse sentido, destacam-se alguns julgados do Tribunal Superior do Trabalho:

DISSÍDIO COLETIVO DE NATUREZA ECONÔMICA. AUSÊNCIA DE COMUM ACORDO. PRESSUPOSTO PROCESSUAL. EXTINÇÃO DO PROCESSO. Conforme a jurisprudência firmada pela SDC do TST, a partir da exigência trazida pela Emenda Constitucional nº 45/05 ao art. 114, §2º, da Constituição Federal, o comum acordo constitui pressuposto processual para o ajuizamento do dissídio coletivo de natureza econômica. No caso concreto, verifica-se que o não preenchimento desse requisito, ora renovado em preliminar, foi expressamente indicado pelo suscitado desde a contestação, o que implica óbice ao chamamento desta Justiça Especializada para exercício de seu Poder Normativo. Assim, reformando a decisão do Tribunal Regional que rejeitou a preliminar de ausência de comum acordo, julga-se, em relação ao suscitado, extinto o processo sem resolução de mérito, a teor do art. 267, IV, do CPC, ressalvadas as situações fáticas já constituídas, nos termos do art. 6º, §3º, da Lei nº 4.725/65. Recurso ordinário conhecido e provido. recurso

ordinário interposto pelo SINDHOSP. COMUM ACORDO. INOVAÇÃO RECURSAL. CONCORDÂNCIA TÁCITA. Ao interpretar o art. 114, §2º, da Constituição da República, esta Corte Superior tem admitido a hipótese de concordância tácita com o ajuizamento do dissídio coletivo, consubstanciada na inexistência de oposição expressa do suscitado à instauração da instância no momento oportuno, e a qual não se desconstitui mediante a arguição tardia e inovatória em sede de recurso ordinário. ADICIONAL NOTURNO. PATAMAR LEGAL. MAJORAÇÃO. NECESSIDADE DE ELEMENTO DISTINTIVO DA CATEGORIA. Em face do adicional noturno mínimo de 20% estabelecido no art. 73 da CLT, a jurisprudência desta Corte rejeita a majoração do benefício por meio de sentença normativa, por entender que a majoração depende de condições específicas que diferenciem a categoria dos demais profissionais que recebem com base no patamar legal. AVISO PRÉVIO PROPORCIONAL. AMPLIAÇÃO DO PERÍODO MÍNIMO LEGAL. PREVISÃO EM SENTENÇA NORMATIVA. IMPOSSIBILIDADE. negociação coletiva autônoma. Prevalece na SDC o entendimento de que escapa ao exercício do poder normativo da Justiça do Trabalho, previsto no art. 114, §2º, da Constituição Federal, regulamentar o princípio da proporcionalidade do aviso prévio, de que trata o art. 7º, XXI, da Carta Magna, sob o fundamento de que, em face do que dispõem os arts. 487 a 491 da CLT, a ampliação do período mínimo de trinta dias, mesmo em função do tempo de serviço, envolve interesse mútuo e dependeria de livre negociação coletiva. Recurso ordinário conhecido e parcialmente provido. recurso ordinário interposto pelo SUSCITANTE. manutenção das cláusulas preexistentes. dissídio coletivo revisional. sentença normativa. inviabilidade . A teor do entendimento pacífico desta Seção Especializada, a manutenção das condições de trabalho anteriormente convencionadas, de que trata a parte final do §2º do art. 114 da Constituição da República, depende da vigência de norma coletiva autônoma no período imediatamente anterior e não se mostra viável na hipótese dos autos, em que havia sido proferida sentença normativa. Recurso ordinário conhecido e parcialmente provido (RODC-197300-55.2005.5.15.0000, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Relator Ministro Walmir oliveira da costa, DEJT 29/05/2009).

RECURSO ORDINÁRIO DA FEDERAÇÃO DOS TRABALHADORES EM TRANSPORTES RODOVIÁRIOS DO ESTADO DO PARANÁ - FETROPAR. PROCESSO ANTERIOR À LEI 13.467/2017 . DISSÍDIO COLETIVO DE NATUREZA ECONÔMICA. COMUM ACORDO. NOVA REDAÇÃO DO §2º DO ARTIGO 114 DA CONSTITUIÇÃO ATUAL APÓS A PROMULGAÇÃO DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/2004. CONCORDÂNCIA TÁCITA. DIREITO DISPONÍVEL DAS PARTES. A Seção Especializada em Dissídios Coletivos deste Tribunal Superior do Trabalho firmou jurisprudência no sentido de que a nova redação do §2º do artigo 114 da Constituição Federal estabeleceu o pressuposto processual intransponível do

mútuo consenso das partes para o ajuizamento do dissídio coletivo de natureza econômica. A EC nº 45/2004, incorporando críticas a esse processo especial coletivo, por traduzir excessiva intervenção estatal em matéria própria à criação de normas, o que seria inadequado ao efetivo Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição (de modo a preservar com os sindicatos, pela via da negociação coletiva, a geração de novos institutos e regras trabalhistas, e não com o Judiciário), fixou o pressuposto processual restritivo do §2º do art. 114, em sua nova redação. Nesse novo quadro jurídico, apenas havendo “mútuo acordo” ou em casos de greve, é que o dissídio de natureza econômica pode ser tramitado na Justiça do Trabalho. Na hipótese dos autos, o Sindicato Nacional da Indústria de Produtos para a Saúde Animal - SIDAN não alegou, em defesa, a ausência de comum acordo para ajuizamento do dissídio coletivo. Assim, diante da ausência de insurgência expressa do Sindicato Suscitado quanto à propositura deste dissídio e por se tratar de direito disponível das partes houve concordância tácita quanto à atuação estatal. Julgados da SDC. Recurso ordinário conhecido e provido (RO-276-64.2017.5.09.0000, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado, DEJT 06/03/2020).

É possível afirmar, portanto, que a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho é pacífica no sentido de que a exigência de comum acordo para ajuizamento de dissídio coletivo constitui pressuposto processual instituído pela própria Constituição Federal, de modo que o artigo 114, §2º, da Lei Maior, não viola a norma contida no artigo 5º, inciso XXXV, do mesmo diploma constitucional, sob a fundamentação de que se trata de condição para o exercício da ação, bem como não há lesão ou ameaça a direito configurada no âmbito de dissídios coletivos econômicos.

Verifica-se, ainda, que o Tribunal Superior do Trabalho firmou o entendimento de que é possível a concordância tácita com o ajuizamento do dissídio coletivo desde que a parte contrária não tenha apresentado oposição expressa no momento adequado. Logo, não há a necessidade de concordância prévia e expressa para o ajuizamento do dissídio coletivo.

5.2 O Supremo Tribunal Federal e o artigo 114, §2º, da Constituição Federal

Em 29.05.2020, o Supremo Tribunal Federal proferiu acórdão, no âmbito do julgamento das ADINs nº 3.392, 3.423, 3.431, 3.432 e 3.520, reconhecendo a

constitucionalidade da exigência de mútuo acordo para ajuizamento de dissídio coletivo. O acórdão em questão recebeu a seguinte ementa:

Ação Direta de Inconstitucionalidade. 2. Art. 1º, da Emenda Constitucional nº 45/2004, na parte em que deu nova redação ao art. 114, §§2º e 3º, da Constituição Federal. 3. Necessidade de “mutuo acordo” para ajuizamento do dissídio coletivo. 4. Legitimidade do MPT para ajuizar dissídio coletivo em caso de greve em atividade essencial. 5. Ofensa aos artigos 5º, XXXV, LV e LXXVIII, e 60, §4º, IV, da Constituição Federal. Inocorrência. 6. Condição da ação estabelecida pela Constituição. Estímulo às formas alternativas de resolução de conflito. 7. Limitação do poder normativo da justiça do trabalho. Violação aos artigos 7º, XXVI, e 8º, III, e ao princípio da razoabilidade. Inexistência. 8. Recomendação do Comitê de Liberdade Sindical da Organização Internacional do Trabalho. Indevida intervenção do Estado nas relações coletivas do trabalho.

Dissídio coletivo não impositivo. Reforma do Poder Judiciário (EC 45) que visa dar celeridade processual e privilegiar a autocomposição. 9. Importância dos acordos coletivos como instrumento de negociação dos conflitos. Mútuo consentimento. Precedentes. 10. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente. (ADIN 3.392/DF, Plenário, Relator Ministro Gilmar Mendes, DJe: 18.06.2020. STF, 2020)

Conforme relatado no acórdão, as ADINs foram propostas, sob a fundamentação de que:

Em síntese, os autores das ações diretas em julgamento alegam que o 2º do art. 114, ao condicionar o ajuizamento de dissídio coletivo à anuência do empregador, viola os princípios da autodeterminação, da inafastabilidade do Poder Judiciário, da razoabilidade e da liberdade individual, uma vez que coage as partes a resolverem os conflitos entre si ou por meio de árbitro, privando, ainda, uma das partes em negociação coletiva do direito de, unilateralmente, acionar o judiciário para a solução das divergências surgidas. (BRASIL, ADIN 3392/DF, 2020)

Todavia, divergindo do que foi sustentado nas ADINs e se aproximando da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, o Relator Ministro Gilmar Mendes apresentou a seguinte argumentação para declarar a constitucionalidade da norma questionada:

Em relação à exigência de “mútuo acordo” entre os litigantes para o ajuizamento do dissídio coletivo, tal previsão consubstancia-se em norma de procedimento, condição da ação, e não em barreira a afastar a atuação da jurisdição. [...]

De fato, um dos objetivos da Reforma do Poder Judiciário (EC 45) foi, efetivamente, diminuir o poder normativo da Justiça do Trabalho e privilegiar a autocomposição. O próprio debate parlamentar durante o processo de aprovação da PEC assim o demonstra. Transcrevo a seguinte passagem do debate realizado, destacando a manifestação do representante do Partido dos Trabalhadores – PT, partido político reconhecido nacionalmente pela sua defesa dos trabalhadores empregados: [...]. (BRASIL, ADIN 3392/DF, 2020)

Assim, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, julgou improcedente o pedido formulado nas ações, “nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Edson Fachin, Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e Rosa Weber. Não participou deste julgamento, por motivo de licença médica, o Ministro Dias Toffoli (Presidente)” (BRASIL, ADIN 3392/DF, 2020).

Verifica-se, portanto, que a Corte Suprema fixou entendimento, por 6 votos a 4, semelhante aquele apresentado pelo Tribunal Superior do Trabalho, de tal forma que restou entendido pela constitucionalidade do artigo 114, §2º, da Constituição da República.

Conclusão

No início da presente pesquisa foi apresentado o problema objeto de análise deste artigo. Assim, buscou-se verificar se o artigo 114, §2º, da Constituição Federal viola a norma contida no artigo 5º, inciso XXXV do mesmo diploma.

Inicialmente, analisou-se o poder normativo da Justiça do Trabalho, a fim de compreender sua função e os limites impostos a ele, uma vez que se trata de competência anômala e exclusiva da Justiça do Trabalho, diante da possibilidade de criar condições de trabalho no âmbito dos conflitos trabalhistas. Configurando, assim, uma verdadeira intervenção estatal nas relações de trabalho.

Em seguida, foram abordados os aspectos jurídicos, legislativos e constitucionais do dissídio coletivo. Nesse sentido, procurou-se entender seus aspectos mais relevantes, bem como os tipos de dissídios coletivos existentes e os requisitos necessários para seu ajuizamento. Também foi feita uma comparação do instituto antes do advento da Emenda Constitucional nº 45/2004 e após a sua inserção no âmbito da Constituição Federal.

Verificou-se que após a Emenda Constitucional nº 45/2004, o artigo 114, §2º, da Constituição Federal passou a exigir o comum acordo entre as partes para ajuizamento do dissídio coletivo, de tal forma que restou evidenciado um conflito entre o referido dispositivo e o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

Posteriormente, foi feita uma análise do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, com o intuito de compreender a inafastabilidade da jurisdição e o direito de ação como garantia e direito fundamental pertencentes a qualquer pessoa. Assim, evidenciou-se a importância de tal norma perante o ordenamento jurídico, especialmente em relação às normas infraconstitucionais, bem como a normas constitucionais oriundas de propostas de emenda à constituição.

Entendeu-se que, por se tratar de cláusula pétrea e constituir um direito fundamental, a norma contida no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal adquire uma relevância dentro do próprio texto constitucional em relação às normas advindas de emendas constitucionais.

Dando continuidade ao problema objeto do presente artigo, discutiu-se a respeito da (in)constitucionalidade do artigo 114, §2º, da Constituição Federal, uma vez que há evidente conflito com outro artigo da Constituição, qual seja, o artigo 5º em seu inciso XXXV. Dessa forma, analisaram-se os possíveis critérios de solução de conflitos de antinomias, de modo que o critério hierárquico se mostrou como possível solução ao caso por se tratar de conflito envolvendo norma decorrente de emenda constitucional (artigo 114, §2º) e cláusula pétrea (artigo 5º, inciso XXXV).

Logo, constatou-se que o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, prevalece sobre o §2º do artigo 114, de modo que a norma fruto da Emenda Constitucional nº 45/2004 é inconstitucional por violar o acesso ao Poder Judiciário, bem como o direito de ação, uma vez que impõe limites à cláusula pétrea representante de um direito fundamental.

Por fim, foi feita uma breve exposição do entendimento do Tribunal Superior do Trabalho sobre o tema, que, conforme analisado, já se encontra pacificado no âmbito da corte superior responsável pelos conflitos decorrentes das relações de trabalho, vez que restou entendido que o referido dispositivo constitui uma condição da ação e não viola o inciso XXXV do artigo 5º, sob a fundamentação de que não há ameaça ou lesão a direito no que tange aos dissídios coletivos de natureza econômica. Acompanhando tal entendimento, constatou-se que o Supremo Tribunal Federal também entendeu pela constitucionalidade do dispositivo constitucional em questão, o que contraria o posicionamento defendido no presente artigo.

The Mutual Consent Requirement and the Unconstitutionality of Paragraph Two of the Federal Constitution Article 114

Abstract: This article aims to analyze the unconstitutionality of the Federal Constitution (FC) article 114, paragraph two, due to violation to FC article 5, item XXXV, since mutual consent as condition to action violates free access to jurisdiction. From this point, it is seen that a Constitutional Amendment could not abolish individual nor collective rights, according to FC article 60, paragraph 4, and the hierarchy criteria to solve antinomies. This study was developed with legal-theoretical methodology and descriptive and explanatory reasoning. Bibliographic research and documental techniques were used, as well as case study. It was concluded by the unconstitutionality of FC article 114, paragraph 2.

Keywords: Agreement. Unconstitutionality. Entrenchment clause. Consent.

Referências

BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2007.

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. *Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3423*. Rel. Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 18 de junho de 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2267506>. Acesso em: 19 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. *Mandado de Segurança nº 23.452/RJ*. Impetrante: Luiz Carlos Barreti Júnior. Impetrado: Presidente da Comissão parlamentar de Inquérito. Rel. Min. Celso de Mello. Brasília, 12 de maio de 2000. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85966>. Acesso em: 18 maio 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Resolução Administrativa nº 1937, de 20 de novembro de 2017. *Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho*. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/documents/10157/2374827/Novo+Regimento+Interno.pdf/40430142-bcd9-cecd-8d28-571d94a966ea>

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Seção Especializada em Dissídios Coletivos. *Recurso Ordinário em Dissídio Coletivo nº 197300-55.2005.5.15.0000*. Rel. Min. Walmir Oliveira da Costa. Brasília, 29 de maio de 2015. Disponível em: <https://jurisprudencia.tst.jus.br/>. Acesso em: 27 maio 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Seção Especializada em Dissídios Coletivos. *Recurso Ordinário em Dissídio Coletivo nº 197300-55.2005.5.15.0000*. Rel. Min. Maurício Godinho Delgado. Brasília, 06 de março de 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.tst.jus.br/>. Acesso em: 27 maio 2020.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

FILHO, Georgenor Franco de Souza. *Curso de Direito do Trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2019.

FILHO, Ives Gandra. O Dissídio Coletivo à luz da Emenda Constitucional Nº 45/04. *Editores JC*, 2008. Disponível em: <https://www.editorajc.com.br/o-dissidio-coletivo-a-luz-da-emenda-constitucional-no-4504/>. Acesso em: 16 abr. 2020.

FILHO, Manoel Antônio Teixeira. *Curso de Direito Processual do Trabalho: Processo de Execução, Processo Cautelar, Procedimentos Especiais*. São Paulo: LTR, 2011, v. III

JANNUCCI, Alessander. Critérios Clássicos de resolução de antinomias jurídicas. *Conteúdo jurídico*, 2017. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/42563/criterios-classicos-de-resolucao-de-antinomias-juridicas>.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. *Lineamentos de Direito Processual do Trabalho*. São Paulo: Malheiros, 2005.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito Processual do Trabalho*. 40. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

SCHIAVI, Mauro. *Manual de Direito Processual do Trabalho: de acordo com o novo CPC, reforma trabalhista - Lei n. 13.467/2017 e a IN. n. 41/2028 do TST*. 15. ed. São Paulo: LTr, 2019.

SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. *Magistratura e Temas Fundamentais do Direito: reforma trabalhista e direito intertemporal*. São Paulo: LTr, 2017.

URNAU, Evandro Luis. A correta interpretação da exigência do comum acordo para ajuizamento do dissídio coletivo. *Jus.com.br*, 2011. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/18581/a-correta-interpretacao-da-exigencia-do-comum-acordo-para-o-ajuizamento-do-dissidio-coletivo>. Acesso em: 16 abr. 2020.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SANTOS, Henrique de Almeida; ARAÚJO, Matheus Oliveira. O requisito do mútuo consentimento e a inconstitucionalidade do parágrafo segundo do artigo 114 da Constituição Federal. *Revista Fórum Trabalhista – RFT*, Belo Horizonte, ano 9, n. 39, p. 49-78, out./dez. 2020.
