

# O PODER NORMATIVO DA JUSTIÇA DO TRABALHO: CONSIDERAÇÕES APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/04

**Rubens Fernando Clamer dos Santos Júnior\***

## 1 – RESUMO

**A** Justiça do Trabalho possui competência para dirimir os conflitos coletivos de trabalho, cabendo aos sindicatos a defesa dos interesses individuais e coletivos da categoria, inclusive em questões judiciais, conforme art. 8º, inciso III, da CF.

Esta competência é atribuída expressamente no Texto Constitucional, mesmo após a EC nº 45/04. Desse modo, o poder normativo da Justiça do Trabalho permanece inalterado, por continuar expresso no art. 114, § 2º, da CF.

No entanto, também por se tratar de atividade jurisdicional, a solução dos conflitos coletivos de trabalho, através do julgamento do processo de dissídio coletivo, mostra-se abusiva e inconstitucional a exigência do comum acordo entre as partes em conflito para a instauração do referido dissídio, por colidir esse requisito expressamente com o direito fundamental à tutela jurisdicional, consagrado no art. 5º, XXXV, da CF.

## 2 – INTRODUÇÃO

O poder normativo da Justiça do Trabalho sempre esteve presente em nosso sistema jurídico, desde o surgimento da própria Justiça do Trabalho, antes mesmo desta pertencer ao Poder Judiciário, reconhecido como um poder anômalo, conferido de forma expressa desde a Constituição Federal de 1946, e mantido com o advento da Constituição de 1988.

---

\* Juiz do Trabalho do TRT da 4ª Região, Titular da Vara de Frederico Westphalen; especialista em Direito e Processo do Trabalho; mestrando em Direito pela PUCRS; professor de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho.

A Emenda Constitucional nº 45, de 2004, alterou a redação do art. 114, § 2º, da CF, atinente ao processo de dissídio coletivo de natureza econômica. Em sua nova redação, passou a exigir o comum acordo das partes para o ajuizamento do dissídio coletivo. A referida exigência, obviamente, provocou inúmeras discussões acerca da sua natureza jurídica, da sua constitucionalidade, sendo sustentando por parte da doutrina que a citada Emenda Constitucional acarretou o fim do poder normativo da Justiça do Trabalho.

Pretendemos neste ensaio examinar se efetivamente a nova redação do art. 114, § 2º, da CF redundou na extinção do poder normativo da Justiça do Trabalho, devendo ficar claro que a verdadeira intenção deste estudo não é examinar se o poder normativo deveria ou não ser extinto, mas sim se foi ou não extinto pela Emenda Constitucional nº 45/04.

Uma recapitulação das fontes do Direito do Trabalho e dos princípios basilares do direito coletivo, ainda que de maneira incipiente, é necessária para uma maior compreensão deste instituto. Do mesmo modo, é importante situarmos no contexto histórico a origem da legislação trabalhista no Brasil e, por conseguinte, do próprio poder normativo.

Desse modo, a partir dessas premissas procuraremos demonstrar a manutenção do poder normativo da Justiça do Trabalho, mesmo após o advento da Emenda Constitucional nº 45/04. Por meio do estudo do instituto da jurisdição, suas modalidades e seus objetivos, também pretendemos expor a abusividade e a inconstitucionalidade da exigência do comum acordo para instauração do processo de dissídio coletivo, tendo em vista a natureza jurisdicional dessa atividade, por assim colidir frontalmente com o direito fundamental à tutela jurisdicional, prevista no art. 5º, XXX, da Constituição Federal.

### 3 – NOÇÕES GERAIS

Para se ingressar no exame do poder normativo da Justiça do Trabalho, faz-se mister uma breve recapitulação das fontes do Direito do Trabalho, a fim de que possamos compreender este instituto, próprio deste ramo especializado do direito.

As fontes do Direito do Trabalho são classificadas pela doutrina em fontes materiais e fontes formais. As fontes materiais resultam de fatos históricos, culturais, políticos e econômicos. Isto é, decorrem de um conjunto de fatores que gravitam em torno do legislador. No caso do Direito do Trabalho, a sua fonte material se expressa no conflito entre o capital e o trabalho. As

fontes formais resultam da ação do Estado, sensível às pressões, ou da autodisciplina das relações sociais, destinadas a nortear a conduta humana. No Direito do Trabalho somam-se à lei e ao costume as normas estabelecidas no plano das relações coletivas de trabalho. Essas fontes formais são classificadas em: fontes supranacionais, heterônomas e autônomas. As fontes supranacionais são os tratados e as convenções internacionais, normalmente advindas da Organização Internacional do Trabalho (OIT). As fontes heterônomas são fruto da atividade do Estado – a lei em sentido amplo e também as sentenças normativas. E as fontes autônomas são de origem não-estatal, nascem da autodisciplina dos próprios destinatários, através dos contratos, das convenções e dos acordos coletivos de trabalho<sup>1</sup>.

Para boa compreensão do tema, é importante também nos lembrarmos do princípio da autodeterminação coletiva. Em síntese, este princípio próprio do Direito Coletivo do Trabalho preconiza que as relações coletivas não envolvem diretamente indivíduos, mas coletividades abstratas, as chamadas categorias profissionais de empregados e econômicas de empregadores, representadas nas relações entre si, pelos respectivos sindicatos. A autorregulamentação provinda dos contratos coletivos é vinculativa para os contratos individuais. Integra o elenco do contrato mínimo (art. 444 da CLT), sendo irrenunciável. Os direitos obtidos no plano coletivo das relações de trabalho são reversíveis se a categoria assim entender, porque ela tem autonomia para deliberar. A cláusula *rebus sic stantibus* está implícita nos acordos e convenções coletivas, sem que tal implique ofensa aos princípios da irrenunciabilidade ou da inalterabilidade contratual, próprios às relações individuais e pessoais. Os direitos contemplados na negociação coletiva têm vigência limitada no tempo, não se incorporando definitivamente no contrato individual de trabalho<sup>2</sup>.

Já os dissídios coletivos discutem a criação de novas normas ou condições de trabalho para a categoria ou, ainda, a interpretação de determinada norma jurídica. O poder normativo da Justiça do Trabalho consiste na possibilidade de criação de novas condições de trabalho. Isto ocorre por meio das sentenças normativas, que poderão ser revistas conforme dispõe o art. 873 da CLT.

#### 4 – ORIGEM HISTÓRICA

Discute-se intensamente sobre a origem das normas trabalhistas no Brasil, a origem da CLT e, por conseguinte, as origens do chamado poder normativo,

1 Cf. CAMINO, Carmen. *Direito individual do trabalho*. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 66-67.

2 Cf. CAMINO, Carmen. *Direito individual do trabalho*. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 61-62.

decorrente de uma sentença proferida em um processo de dissídio coletivo. No que tange ao tópico em debate, boa parte da doutrina busca argumentos para a defesa da necessidade de extinção do poder normativo, em razão da sua alegada origem fascista, inspirada na *Carta del lavoro* italiana de 1927<sup>3</sup>.

Muito embora os argumentos que tentam interligar as normas trabalhistas no Brasil à *Carta del lavoro* sejam consistentes, tal assertiva está longe de restar pacificada na doutrina, sendo importante trazeremos os fundamentos em sentido contrário, a fim de bem compreendermos as origens do Direito do Trabalho no Brasil.

Arnaldo Süssekind, com a autoridade de ter sido um dos integrantes da comissão elaboradora da CLT, sustenta que a Consolidação das Leis do Trabalho não tem inspiração fascista, não tendo se inspirado na *Carta del lavoro*, de Mussolini. Afirma que enquanto a CLT tem mais de 900 artigos, a *Carta del lavoro* tem apenas onze princípios de Direito do Trabalho, sendo que nove desses princípios são meras repetições de instituições jurídicas que já existiam em vários outros países, a exemplo de Inglaterra e Alemanha. Sustenta que a Justiça do Trabalho não foi criada no Brasil a partir do artigo da *Carta del lavoro* que prevê a “magistratura del lavoro”, pois a Justiça do Trabalho está prevista inicialmente em muitos lugares e não apenas na referida *Carta del lavoro*. Aliás, a primeira Justiça do Trabalho foi criada em 1906, na Nova Zelândia, seguida por Austrália e México. A unidade sindical compulsória prevista na legislação do trabalho no Brasil de 1939, apesar de previsto no último dispositivo da *Carta del lavoro*, não tem inspiração na própria Carta. Trata-se da utilização de um princípio de Direito Sindical, bem ou mal, já previsto dez anos antes da Carta pela União Soviética, em 1917.

Sustenta Süssekind que essa tentativa de ligação das normas celetistas no Brasil à *Carta del lavoro* busca desmoralizar a CLT. Ressalta como interessante lembrar que os primeiros a criticá-la foram os comunistas da época por ter alegada inspiração fascista, sendo que atualmente alguns empregadores e neoliberais passaram também a criticá-la pelo mesmo fundamento. Afirma que a CLT teve como fontes importantes a *Rerum Novarum* e as Convenções da OIT, nunca a *Carta del lavoro*<sup>4</sup>.

---

3 GARCIA, Pedro Carlos Sampaio. O fim do poder normativo. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (Orgs.). *Justiça do trabalho: competência ampliada*. São Paulo: L Tr, 2005. p. 384.

4 SÜSSEKIND, Arnaldo. Um construtor do Direito do Trabalho. In: *Revista Anamatra*. Rio de Janeiro, n. 52, p. 7-11, jan. 2007. Entrevista.

Em sentido contrário, Evaristo de Moraes Filho sustenta que a CIT não foi criada espontaneamente por Getúlio Vargas, mas decorreu de pressões e greves sociais, bem como de grandes movimentos sociais a partir do final do século XIX e início do século XX. Preconiza que a CIE não era revolucionária para a época, referindo que Vargas, em um discurso em 1931, inclusive afirmou: “A minha legislação não é revolucionária, é conservadora”. Diz que Vargas não mentiu, pois sempre foi um positivista e nunca um comunista, a quem sempre perseguiu. Nesse sentido, informa que Lindolfo Collor, Ministro do Trabalho de Vargas, era altamente liberal, apesar de positivista. Por essas razões, sustenta que a CLT tem alguma inspiração fascista<sup>5</sup>.

Nessa controvérsia, entendemos como mais apropriadas as ideias defendidas por Süsserkind, na medida em que a CIE não tem inspiração fascista, sendo na verdade um produto da época, não apenas da obra de Getúlio Vargas, mas também dos movimentos ocorridos no país em tal período, como inclusive afirmou Evaristo de Moraes Filho. Conforme sustenta Jorge Souto Maior, normalmente se busca vincular o modelo jurídico da CLT ao regime fascista como forma de se buscar a flexibilização das leis trabalhistas, quando na verdade esse modelo criado pode e deve conviver com o regime democrático dos tempos atuais, acrescentando, na defesa dos direitos mínimos dos trabalhadores, que:

“Essa forma de apresentar o Direito do Trabalho brasileiro, no entanto, só pode ser entendida como consequência de uma completa abstinência de apetite histórico ou de uma vontade, deliberada, de gerar ineficácia às normas trabalhistas. Simplifica-se demais a história e com isto acaba-se cometendo sérios equívocos que nos impedem de melhor entender o Direito do Trabalho.”<sup>6</sup>

Jamais poderemos esquecer as raízes do Direito do Trabalho, cujos fundamentos são imprescindíveis para qualquer análise ligada à proteção dos direitos dos trabalhadores. Nesse sentido, o professor catedrático de Direito do Trabalho na Universidade Castilla – La Mancha, Antonio Baylos, ensina que o Direito do Trabalho é concebido como um direito especial dos trabalhadores subordinados, fruto da ação do Estado e da autotutela da própria classe operária, que surge para corrigir e remediar a real desigualdade socioeconômica e jurídica<sup>7</sup>.

5 MORAES FILHO, Evaristo de. *Revista Anamatra*, Rio de Janeiro, n. 53, p. 6-9, jul. 2007. Entrevista.

6 MAIOR, Jorge Luiz Souto. Breves considerações sobre a história do Direito do Trabalho no Brasil. In: CORREIA, Marcus Orione Gonçalves (Org.). *Curso de Direito do Trabalho: teoria geral do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2007. v. 1. p. 63.

7 BAYLOS, Antonio. *Direito do Trabalho: modelo para armar*. p. 69.

Portanto, entendemos como por demais simplificado o argumento em favor da extinção do poder normativo pela sua possível vinculação com o regime fascista de Mussolini. A análise deve ser bem mais ampla quando devemos buscar os objetivos e as finalidades do poder normativo<sup>8</sup>.

## 5 – O PODER NORMATIVO DA JUSTIÇA DO TRABALHO

O poder normativo da Justiça do Trabalho faz parte da história da concepção do próprio Direito do Trabalho no Brasil. Em 1939, quando a Justiça do Trabalho ainda era concebida como um órgão administrativo desvinculado do Poder Judiciário, o Decreto-Lei nº 1.237/1939, em seu art. 94, já estabelecia a possibilidade da decisão da Justiça do Trabalho se basear em um juízo de equidade. A Constituição de 1946 conferiu *status* constitucional ao poder normativo, ao estabelecê-lo em seu art. 123, sendo mantido na Constituição de 1967, com a Emenda nº 1 de 1969. A Constituição de 1988, em seu art. 114, § 2º, continua consagrando o poder normativo, prevendo este mecanismo como forma de solução dos conflitos coletivos de trabalho<sup>9</sup>. A discussão atinente à extinção do poder normativo surge com a Emenda Constitucional nº 45/04, que altera a redação do § 2º do art. 114 da CF, que passa a ter o seguinte texto:

“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.”

A alteração do Texto Constitucional acarretou inúmeras interpretações, muitas delas sustentando a extinção do poder normativo da Justiça do Trabalho. Grande parte dos defensores dessa tese busca razões históricas, políticas, econômicas e sociais para sustentar a extinção do poder normativo. Não nos parece ser esse o caminho mais indicado para o exame deste tema. Na verdade, não está em discussão se o poder normativo deve ser mantido ou se deve ser extinto; se ele é vantajoso ou desvantajoso para a ordem econômica; se redundou ou não em avanços e conquistas sociais.

---

8 Mauro Schiavi elenca diversos argumentos favoráveis e desfavoráveis à manutenção ou extinção do poder normativo. SCHIAVI, Mauro. *Manual de Direito Processual do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 957-959.

9 GARCIA, Pedro Carlos Sampaio. O fim do poder normativo. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (Orgs.). *Justiça do trabalho: competência ampliada*. São Paulo: LTr, 2005. p. 384-385.

Fato é que o poder normativo persiste em nosso sistema jurídico, inclusive após o advento da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, querendo ou não os juristas, economistas, políticos, trabalhadores e empregadores. Persiste porque continua disposto na CLT (arts. 856 e ss.), não tendo havido qualquer revogação ou derrogação desses dispositivos legais por normas posteriores, bem como porque mantido expressamente no já referido art. 1 14, § 2º, da Constituição Federal, continuando a ser tratado como uma competência constitucional atribuída à Justiça do Trabalho, como forma de *solução dos conflitos* (grifei) entre trabalhadores e empregadores. Se fosse a intenção do Legislativo, a extinção do poder normativo teria assim procedido, revogando as normas legais que estabelecem essa competência, não o mantendo no próprio dispositivo constitucional.

A discussão que sur ge é outra, que envolve a análise da cláusula de “comum acordo” estabelecida no § 2º do art. 1 14 da CF, que será objeto de análise no tópico seguinte. Todavia, desde já, podemos afirmar que não há como se sustentar a extinção do poder normativo a partir da referida cláusula de comum acordo. Inviável a análise dessa cláusula como sendo um mecanismo criado pelo legislador para a extinção do poder normativo, na medida em que não cabe buscarmos uma interpretação com base em uma provável, possível intenção velada do legislador. Além de não acreditarmos nessa possível intenção do legislador, pois se quisesse extinguir o poder normativo teria extinguido, de fato não o extinguiu ao mantê-lo na Constituição, criando apenas um obstáculo, talvez intransponível como analisaremos no item seguinte. Resta somente a análise sob o prisma legal-constitucional dessa cláusula de comum acordo, a partir da conclusão de que o poder normativo continua presente, inclusive em nível constitucional, no nosso sistema jurídico.

## 6 – O COMUM ACORDO COMO EXIGÊNCIA PARA A INSTAURAÇÃO DO DISSÍDIO COLETIVO

Partimos da conclusão de que o poder normativo permanece em nossa ordem jurídico-constitucional, inclusive após a Emenda Constitucional nº 45/04, não sendo objeto deste ensaio a análise se deveria ou não ter permanecido em nosso sistema jurídico, como já referido anteriormente.

Na verdade, a Emenda Constitucional nº 45/04, ao alterar a redação do § 2º do art. 114 da Constituição, apenas criou um pré-requisito para a instauração da instância, que é o chamado “comum acordo” entre as partes. Chamamos de pré-requisito para não ingressarmos neste momento nessa análise específica, se a exigência do comum acordo vem a ser um pressuposto processual, uma

condição da ação, ou algo novo, com natureza híbrida, criado pelo nosso legislador. Não ingressamos nesse exame porque entendemos que a discussão primeira e bem mais importante não é sobre a natureza jurídica da cláusula de “comum acordo” acrescentada na norma constitucional, mas principalmente sobre a constitucionalidade da referida exigência criada pelo legislador.

Inicialmente não podemos deixar de registrar a criatividade do legislador ao estabelecer, em outras palavras, que as partes que não chegaram a bom termo em uma negociação coletiva obviamente já travada, devem concordar, frisamos, devem estar de acordo, em “comum acordo” (desculpem pela redundância, mas aqui nos parece necessária a repetição, para bem frisarmos a excentricidade estabelecida pelo nosso legislador) a fim de que o conflito (a lide, o litígio) coletivo existente seja resolvido, solucionado pelo legislador

Efetivamente, estamos diante de uma barreira intransponível a ser superada, pois não é razoável de se imaginar que as partes em conflito em pontos centrais discutidos na negociação coletiva venham a assentir neste aspecto. Possíveis exceções a essa regra geral devem ser tratadas como verdadeiras exceções, que em momento algum irão desqualificar a regra.

Feitas estas considerações, passamos a discutir a constitucionalidade da referida exigência do “comum acordo”. O maior debate gira em torno do confronto desse requisito com o direito de ação constitucionalmente assegurado no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, ora transcrito: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Este dispositivo consagra o princípio da inafastabilidade da jurisdição, que garante a todos, sem exceção, o acesso ao Judiciário para apreciar lesão ou ameaça a direito.

São muitos os doutrinadores que entendem não haver qualquer inconstitucionalidade na exigência do “comum acordo” porque o Poder Judiciário não está nessa situação realizando típica atividade jurisdicional, mas apenas exercendo uma espécie de função legislativa<sup>10</sup>. Schiavi arrazoa que o art. 5º, XXXV, é dirigido à lesão individual do direito, não atritando com o § 2º do art. 114 da CF, em razão do dissídio coletivo de natureza econômica ter natureza dispositiva ou constitutiva, não tendo como objetivo a aplicação do direito vigente a uma lesão de direito<sup>11</sup>.

---

10 GARCIA, Pedro Carlos Sampaio. O fim do poder normativo. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (Orgs.). *Justiça do trabalho: competência ampliada*. São Paulo: LTr, 2005. p. 383.

11 SCHIAVI, Mauro. *Manual de Direito Processual do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 964.



Divergimos das posições acima referidas. O Estado, através do Poder Judiciário Trabalhista, está no exercício de função jurisdicional quando busca solucionar um conflito coletivo entre trabalhadores e empregadores através do julgamento do processo de dissídio coletivo instaurado, gerador da sentença normativa, em obediência à competência constitucional que lhe foi atribuída. Ao contrário do que sustenta Schiavi, o direito de ação consagrado no art. 5º, XXXV, da CF, não é dirigido para dirimir apenas lesão individual do direito, mas sim para toda e qualquer lesão ou ameaça ao direito posto, individual ou coletivo, sendo descabida qualquer interpretação restritiva acerca dessa norma, que consagra um direito fundamental, sendo reconhecida como um dos pilares da democracia e do Estado de Direito.

Pouco importa se essa função jurisdicional é típica ou atípica, mas sim que o Estado está, no exercício da competência constitucional que lhe foi atribuída, solucionando um conflito, que não pode ser solucionado por outras vias, tendo em vista ser vedada a autotutela. Athos Gusmão Carneiro, em sua célebre obra *Jurisdição e competência*, admite hipóteses de jurisdição anômala, exercida inclusive por órgãos alheios ao Poder Judiciário. Traz como exemplos os processos de *impeachment* e as decisões proferidas pelo Tribunal de Contas quando julga as contas dos administradores, no que concerne ao aspecto contábil, sobre a regularidade da própria conta, muito embora reconheça que as atribuições do Tribunal de Contas são de natureza administrativa<sup>12</sup>.

O argumento de que o Judiciário estaria no exercício de função legislativa quando do julgamento dos dissídios coletivos, não realizando típica atividade jurisdicional, nos parece também equivocada. Inicialmente, porque nessas situações não está sendo exercida típica atividade legislativa, mas apenas sendo solucionado o conflito, a lide com base no sistema jurídico constituído, no exercício da competência constitucional atribuída. Em segundo, porque o nosso sistema admite o exercício de função legislativa anômala pelo Judiciário e nem por isso deixa de estar o Judiciário no exercício da sua função jurisdicional. Em diversas situações há competência atribuída ao Judiciário para o exercício de alguma espécie de atividade legislativa. Athos Gusmão Carneiro traz como exemplos a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal (arts. 102 e 103, ambos da CF), sustentando com propriedade:

“Em duas hipóteses, todavia, a Constituição Federal atribui ao Poder Judiciário, mais especificamente ao Supremo Tribunal Federal e

---

12 CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 13-14.

aos Tribunais de Justiça, o exercício, embora sob *vestes jurisdicionais*, de uma atividade *legislativa*, porque não vinculada à aplicação do direito ao caso concreto.”<sup>13</sup>

Lembra Athos Gusmão Carneiro que, por vezes, as Constituições têm atribuído ao Judiciário, excepcionalmente, atividade legislativa através de normas regimentais. Especifica, por fim, a natureza jurisdicional da Justiça Trabalhista ao referir que:

“À *jurisdição trabalhista* cabe o julgamento dos dissídios (*lides*) individuais e *coletivos* entre empregados e empregadores, e, mediante lei, de outras controvérsias oriundas de relação de trabalho (CF, art. 114). *Esta jurisdição* poderá ser, em caráter de exceção, exercida por juízes de direito, nas comarcas onde não houver Junta de Conciliação e Julgamento (CF, art. 112, *in fine*).”<sup>14</sup> (grifei)

Portanto, a eventual característica legislativa da sentença normativa não descaracteriza a função jurisdicional prestada pelo Estado. Caso contrário, o que se dizer da função atribuída ao Judiciário no julgamento do mandado de injunção, cujo tema faz parte da ordem do dia da doutrina e da jurisprudência atual.

Três correntes a respeito do instituto são destacadas por Flávia Piovesan. A primeira delas sustenta que cabe ao Poder Judiciário elaborar a norma regulamentadora faltante, sendo suprida a omissão do legislador com a concessão do mandado de injunção. A segunda corrente preconiza que cabe ao Judiciário unicamente declarar inconstitucional a omissão e dar ciência ao órgão competente para a adoção das providências cabíveis para a realização da norma constitucional. Por último, a terceira corrente sustenta que cabe ao Judiciário tornar viável o exercício do direito, liberdade ou prerrogativa no caso concreto, com a concessão do mandado de injunção para atendimento do direito que está impedido em razão da inércia na elaboração da norma regulamentadora respectiva<sup>15</sup>. Dentre todas as construções teóricas, Flávia Piovesan defende a aplicação da terceira corrente, visualizando o mandado de injunção como instrumento eficaz de realização do princípio da aplicabilidade imediata das normas a respeito dos direitos e garantias fundamentais, acrescentando:

“Sob este prisma interpretativo, cabe ao Poder Judiciário, ao enfrentar as lacunas inconstitucionais, desvendar normas implícitas do

13 CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 16-17.

14 CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 22-23.

15 PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas*. p. 192.

sistema jurídico e recorrer às demais fontes do ordenamento (como a analogia, os princípios gerais do direito, os costumes e a equidade), a fim de criar normas jurídicas individuais válidas para o caso concreto, efetuando o preenchimento de lacunas.”<sup>16</sup>

Prossegue com clareza a autora:

“Ainda nesta perspectiva, no mandado de injunção surge o dever jurisdicional inescusável de tornar viável o exercício de direito, liberdade ou prerrogativa obstado por faltar à norma regulamentadora, em face do princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, conjugado com o princípio da proibição do *non liquet*, que impõe a obrigatoriedade da decisão. À luz do princípio da separação dos poderes, é necessário frisar que, no mandado de injunção, não há a transferência do encargo de legislar para o Poder Judiciário, posto que não cabe ao Judiciário elaborar normas gerais e abstratas, mas tão somente tornar viável o exercício de direitos e liberdades constitucionais no caso concreto. O Poder Judiciário assume, assim, embora em dimensões mais alargadas, sua função típica e própria, qual seja a função jurisdicional, respondendo satisfatoriamente ao caso concreto.”<sup>17</sup>

As recentes decisões do Supremo Tribunal Federal sinalizam a alteração da sua jurisprudência, no sentido de se buscar maior efetividade para o mandado de injunção, com a concretização do direito para o caso concreto, admitindo-se uma solução normativa para a decisão judicial proferida. Conforme Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Branco, percebe-se que o STF afastou-se da orientação inicialmente adotada, sem com isso assumir compromisso com o exercício de uma típica função legislativa. Referindo-se às decisões proferidas nos Mandados de Injunção ns. 283, 232 e 284, concluem arrazoando que tais decisões indicam que o STF aceitou a possibilidade de uma regulação provisória pelo próprio Poder Judiciário – uma espécie de sentença aditiva (valendo-se da denominação do direito italiano), admitindo-se uma solução “normativa” para a decisão judicial<sup>18</sup>.

Luís Roberto Barroso também defende que a melhor interpretação para o art. 5º, LXXI, da CF está em atribuir ao mandado de injunção um instrumento

16 Idem, p. 192-193.

17 Idem, p. 193.

18 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1.211-1.212.

de tutela efetiva de direitos que, por não terem sido suficiente ou adequadamente regulamentados, careçam de um tratamento excepcional, no sentido de que o Judiciário venha a suprir a falta de regulamentação, criando a norma para o caso concreto, com efeitos limitados às partes do processo<sup>19</sup>. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal caminha no sentido ora defendido. O Ministro Carlos Velloso, em seu voto no Mandado de Injunção nº 95-6, assim decidiu:

“Prosseguindo no julgamento, faço o que, segundo penso, a Constituição quer que eu faça: para o caso concreto elabora a norma a ser observada, nos seguintes termos: ‘O aviso prévio será de dez dias por ano de serviço ou fração superior a seis meses, observado o mínimo de trinta dias’ (CF, art. 7º, XXI).”<sup>20</sup>

Enfim, resta pacífico que o Judiciário, ao criar a norma ou ao revestir uma espécie de função ou característica legislativa da sua decisão, no cumprimento da competência constitucional que lhe foi atribuída, está no exercício da sua função jurisdicional. Esta tutela jurisdicional, com vistas à solução do conflito existente (pouco importa se individual ou coletivo) é assegurada pelo art. 5º, inciso XXXV, da CF, não cabendo a restrição<sup>21</sup> do constitucional exercício do direito de ação.

Não há, portanto, espaço para retirar do Estado a sua função jurisdicional de tutelar o conflito coletivo conflagrado. Se a própria Constituição, em seu art. 8º, inciso III, atribuiu ao sindicato a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas, não há como se preservar esse dever e esse direito dos sindicatos e dos cidadãos, retirando-se a possibilidade da busca da tutela jurisdicional ao se impor o requisito do “comum acordo” para a instauração do dissídio coletivo. O direito fundamental à tutela jurisdicional tem que ser garantido de forma ampla. A propósito, sustenta Marinoni não haver dúvidas de que a jurisdição, atualmente, tem a função de tutelar (ou proteger) os direitos, especialmente os direitos fundamentais, acrescentando:

“O Estado também tem o dever de tutelar *jurisdicionalmente* os direitos fundamentais, inclusive suprindo eventuais omissões de tutela

---

19 BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas* : limites e possibilidades da Constituição brasileira. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. p. 16.

20 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 95-6. Brasília, DF, 07 out. 1992. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/>>. Acesso em: 30 jul. 2009.

21 Aliás, não há nem mesmo que se falar em limitação, pois o requisito do “comum acordo” na verdade é muito mais do que uma simples limitação ou requisito a ser cumprido, sendo na verdade uma barreira intransponível criada pelo legislador.

*normativa*, além de ter o dever de dar tutela *jurisdicional* a toda e qualquer espécie de direito – em razão do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva (art. 5º, XXXV, CF).”<sup>22</sup>

A jurisprudência do TRT da 4ª Região, a nosso ver de maneira acertada, tem mostrado resistência à exigência do “comum acordo” para a instauração do dissídio coletivo, conforme se constata pelas decisões abaixo trazidas:

“PRELIMINARMENTE: AJUIZAMENTO DE DISSÍDIO COLETIVO. NECESSIDADE DE ‘COMUM ACORDO’. A expressão ‘comum acordo’, inserta no § 2º do art. 14 da Constituição Federal, com a redação introduzida pela Emenda Constitucional nº 45, de 08.12.04, trata-se de mera faculdade das partes em, consensualmente, ajuizarem ação coletiva, e não conflita com o direito de ação assegurado nos incisos XXXIV e XXXV do art. 5º, também da Constituição Federal. Preliminar de extinção do feito, sem resolução do mérito, rejeitada.” (Acórdão do Processo nº 04348-2008-000-04-00-0 [DC]; Redatora: Flávia Lorena Pacheco; Data: 22.06.2009; Origem: TRT da 4ª R.)

“DISSÍDIO COLETIVO. Deferimento parcial de algumas vantagens, em consonância com o poder normativo constitucionalmente conferido a esta justiça especializada. Indeferimento de outras, por reguladas em lei ou próprias para acordo. AUSÊNCIA DE ‘COMUM ACORDO’ PARA O AJUIZAMENTO DO DISSÍDIO COLETIVO. É entendimento desta Seção de Dissídios Coletivos de que a categoria ao se recusar a negociar o faz indevidamente, devendo se considerar a sua recusa abusiva, pois tem o intuito claro de tentar evitar exclusivamente o ajuizamento da demanda e impossibilitar qualquer chance que a categoria de trabalhadores possa ter de buscar suas conquistas tanto econômicas quanto sociais.”<sup>23</sup> (Acórdão do Processo nº 00628-2008-000-04-00-9 [DC]; Redatora: Berenice Messias Corrêa; Data: 01.12.08; Origem: TRT da 4ª R.)

Resta clara a abusividade na exigência da anuência das partes em litígio para o ajuizamento do processo de dissídio coletivo, na medida em que a tutela jurisdicional deve ser prestada pelo Estado em tal hipótese, face à competência

---

22 MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil*: teoria geral do processo. São Paulo: RT, 2006. v. 1. p. 135.

23 BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Disponível em: <<http://www.trt4.jus.br/>>. Acesso em: 18 set. 2009.

constitucional atribuída no art. 114, § 2º, da Constituição Federal. Desse modo, mostra-se abusiva e inconstitucional a exigência do “comum acordo” entre as partes em conflito, com vistas à instauração do processo de dissídio coletivo, por esbarrar no direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, consagrado no art. 5º, XXXV, da CF.

### 7 – CONCLUSÃO

A Emenda Constitucional nº 45, de 2004, causou perplexidade na comunidade jurídica, com a nova redação disposta ao art. 114, § 2º, da Constituição Federal. Precisamente, a inclusão da expressão “comum acordo” como requisito para a instauração do processo de dissídio coletivo de natureza econômica acarretou, no mínimo, certa estranheza. O que significa a necessidade do “comum acordo”? Qual a intenção do legislador ao incluir esta exigência? Qual a natureza jurídica deste requisito?

Se o legislador quisesse ter extinguido o poder normativo da Justiça do Trabalho, assim teria feito, revogando-o do nosso sistema jurídico. Todavia, não nos parece que assim procedeu, consoante podemos concluir da nova redação do art. 114, § 2º, da CF, ao manter expressamente a possibilidade da instauração do dissídio coletivo de natureza econômica. Mostra-se descabida a utilização de outros argumentos de natureza histórica, econômica ou social para se justificar o fim do poder normativo. Esta construção pode ser estabelecida, no máximo, no plano acadêmico, pelos defensores da extinção dessa competência, cuja corrente não nos filiamos. Todavia, se era desejo do legislador a revogação do poder normativo, este desejo não se concretizou na norma legislada, razão pela qual temos que trabalhar com o texto vigente, que manteve o poder normativo.

Portanto, o poder normativo constitui-se como um poder anômalo da Justiça do Trabalho, por força da competência constitucional conferida para dirimir os conflitos coletivos de trabalho. Por óbvio esta competência continua sendo atribuída até mesmo em razão dos deveres atribuídos aos sindicatos na própria Constituição, em seu art. 8º, inciso III, quando expressamente atribui o dever aos sindicatos de defenderem os interesses individuais e coletivos da categoria, inclusive no âmbito judicial.

Por fim, com base nas lições clássicas e contemporâneas de jurisdição, entendemos que atribuição constitucional conferida ao Poder Judiciário Trabalhista, de julgar os processos de dissídio coletivo interpostos, com vistas à solução do conflito de uma lide existente entre trabalhadores e empregadores,

por intermédio das suas respectivas categorias profissionais e econômicas, é jurisdicional. A possível característica legislativa atribuída à sentença normativa não desnatura a natureza jurisdicional da decisão proferida, na medida em que esta peculiaridade mostra-se inclusive corriqueira em diversas espécies de ações submetidas ao Judiciário, como por exemplo quando da apreciação da ação direta de inconstitucionalidade, da ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, ou quando da apreciação do mandado de injunção.

O requisito do “comum acordo” para o ajuizamento do dissídio coletivo acarreta um obstáculo praticamente intransponível, em regra geral, pois não é razoável e nem mesmo lógico de se pensar que as partes em litígio venham a concordar neste aspecto, com o ajuizamento conjunto da demanda.

Assim, em sendo jurisdicional esta atividade, mostra-se descabida a exigência do “comum acordo”, por ferir o art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, que consagra o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, configurando-se como abusiva e inconstitucional.

## 8 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*: limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BAYLOS, Antonio. *Direito do Trabalho*: modelo para armar. São Paulo: LTr, 1999.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MI 95-6*. Brasília, DF, 7 out. 1992. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/>>.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Disponível em: <<http://www.trt4.jus.br/>>. Acesso em: 18 set. 2009.

CAMINO, Carmen. *Direito individual do trabalho*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

GARCIA, Pedro Carlos Sampaio. O fim do poder normativo. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (Orgs.). *Justiça do trabalho*: competência ampliada. São Paulo: LTr, 2005.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. Breves considerações sobre a história do Direito do Trabalho no Brasil. In: CORREIA, Marcus Orione Gonçalves (Org.). *Curso de Direito do Trabalho*: teoria geral do Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2007. v. 1.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil*: teoria geral do processo. São Paulo: RT, 2006. v. 1.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES FILHO, Evaristo de. *Revista Anamatra*, Rio de Janeiro, n. 53, p. 6-09, jul. 2007. Entrevista.

## DOUTRINA

PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas* : ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. São Paulo: RT, 2003.

SCHIAVI, Mauro. *Manual de Direito Processual do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009.

SÜSSEKIND, Arnaldo. Um construtor do Direito do Trabalho. *Revista Anamatra*, Rio de Janeiro, n. 52, p. 7-11, jan. 2007.