

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**CAROLINA PEREIRA LINS MESQUITA**

**APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROGRESSIVIDADE  
E DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DO RETROCESSO ÀS  
CONVENÇÕES E AOS ACORDOS COLETIVOS DE TRABALHO  
PROPOSIÇÃO À LUZ DA TEORIA GERAL DO DIREITO DO TRABALHO**

Belo Horizonte  
2011

**CAROLINA PEREIRA LINS MESQUITA**

**APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROGRESSIVIDADE  
E DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DO RETROCESSO ÀS  
CONVENÇÕES E AOS ACORDOS COLETIVOS DE TRABALHO  
PROPOSIÇÃO À LUZ DA TEORIA GERAL DO DIREITO DO TRABALHO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da UFMG, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Direito do Trabalho.

Orientadora: Professora Doutora Daniela Muradas Reis.

*[Pesquisa desenvolvida com financiamento da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES)].*

Belo Horizonte  
Faculdade de Direito da UFMG  
2011

Mesquita, Carolina Pereira Lins

Aplicação do princípio da progressividade e do princípio da vedação do retrocesso às convenções e aos acordos coletivos de trabalho [manuscrito]: proposição à luz da teoria geral do direito de trabalho / Carolina Pereira Lins Mesquita. – 2011.

247 f.

Orientadora: Daniela Muradas Reis

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito.

1. Direito - Teses. 2. Direito do trabalho- Teses 3. Convenção. coletiva de trabalho. I. Reis, Daniela Muradas. II. Universidade Federal de Minas Gerais. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU: 331.116.3

**Universidade Federal de Minas Gerais**  
**Faculdade de Direito**  
**Programa de Pós-Graduação em Direito**

Dissertação intitulada “*Aplicação do princípio da progressividade e do princípio da vedação do retrocesso às convenções e aos acordos coletivos de trabalho – proposição à luz da teoria geral do direito do trabalho*”, de autoria da mestranda **Carolina Pereira Lins Mesquita**, avaliada pela banca examinadora constituída pelos seguintes professores:

---

Professora Doutora Daniela Muradas Reis – Orientadora

---

Prof. Dr.

---

Prof. Dr.

Belo Horizonte, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2011.

*A Maria Lúcia Pereira e Antônio  
Augusto Lins Mesquita, pelo  
ensinamento - exemplo - de que o  
conhecimento liberta e fornece asas.*

*Àqueles a quem conheço principalmente  
por livros, mas por quem nutro uma  
profunda admiração (e sentimento de  
proximidade): ARTHUR  
SCHOPENHAUER, NORBERTO  
BOBBIO, PINHO PEDREIRA, PLÁ  
RODRIGUEZ, SOUTO MAIOR e  
GABRIELA NEVES, que têm me  
acompanhado nesses anos de mestrado,  
dividido a inquietação de refletir e  
escrever sobre o Direito do Trabalho.*

## AGRADECIMENTOS

À Professora Daniela Muradas Reis, que, em louvável ato de confiança cega, abriu-me as portas do instigante universo da Universidade Federal de Minas Gerais. Agradeço, ainda, a orientação nesta pesquisa, que, de forma livre, não tolheu em momento algum minha liberdade de pensamento.

Ao Professor Carlos Augusto Junqueira Henrique, guia e exemplo, por ensinar-me a ética do bem pensar, refletir e ensinar independentes e dignos; e por abrir-me as portas da pesquisa jurídica, fazendo-me descobrir em mim o amor pelo Direito do Trabalho e o encontro de uma profissão.

Ao Professor Antônio Álvares da Silva, por ser meu exemplo de mestre: crítico e inteligente, e, em meus momentos de angústia intelectual solitária, meu interlocutor imaginário.

Ao Professor Márcio Túlio Viana, por descortinar um Direito do Trabalho e uma realidade social poéticos, ainda que, por vezes, concretamente fétidos e paradoxais.

Ao Professor Maurício Godinho Delgado, por conduzir-me tão sabiamente às mãos da orientadora deste trabalho e por ter-me recebido tão prontamente no fraterno e cativante universo da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

À Professora Alessandra Parreiras, por encaminhar-me amorosamente à docência. Quem acompanharia tão gentilmente, em sábado matutino, aluna-monitora em sua primeira experiência como docente, partilhando o próprio ganha pão?

Ao Professor Marcelo Lamego Pertence, por ensinar-me que é possível ter ideal com Direito.

Ao Professor José Luiz Borges Horta, que afetuosamente recebeu-me nas suas aulas do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

Ao Professor Joaquim Carlos Salgado, por ter me propiciado (e incentivado) a primeira experiência como expositora oral em plenária em congresso internacional.

À Maria Lúcia Pereira, pesquisadora; à Lúcia Serra, poetiza; à Lúcia, mãe afetuosamente de filhos, cães e flores. Quem, em um só corpo de afeto e presença, auxilia-me e respalda todo o meu caminhar.

Ao Antônio Augusto Lins Mesquita, etérea (e saudosa) presença do bem amar e do bem ensinar.

Ao Pedro Lins Mesquita, querido irmão, que tem tanto a compartilhar diante de coração tão amoroso e generoso.

Ao James Campos Machado, por ensinar-me que é possível a convivência de valores diversos quando se há amor e aceitação.

À Silvia Machado Lage, que tanto me estimulou no difícil e lento processo de ingresso no mestrado. Tantos vinhos e tantas conversas até a redação final do projeto, o ingresso no Programa e a escrita da dissertação de mestrado. Pela amizade, certamente, eterna!

À Luciene Santana, por ajudar-me em diversos momentos e fases da minha vida e por apresentar-me a angústia acadêmica de *Robert Elias*.

Aos amigos Carolina Cabral Rezende, Mariana Lima Abreu, Vanessa Lima, Antônio Queiroz, Cláudio Zanotti, Professor Antônio Fabrício Matos e Adriano Cardoso, muito obrigada por toda a ajuda.

Ao Afonso Celso Gomes, pela criteriosa revisão de texto e pela compreensão.

À Hilda Gonçalves, pela judiciosa normatização e pela paciência.

Àqueles que, de alguma forma, me auxiliaram: ora emprestando um livro, ora tecendo uma palavra de afeto, ora impondo um obstáculo.



## RESUMO

Esta pesquisa tem por objetivo propor a aplicação dos princípios da progressividade e da vedação do retrocesso às convenções e aos acordos coletivos de trabalho, de forma a fixar-lhes limites materiais e a restringir a autonomia privada coletiva, mormente com vistas à progressão sóciojurídica do trabalhador e à promoção da dignidade humana. Para tanto, adotam-se, como substratos deste estudo aspectos atávicos à Teoria Geral do Direito, sejam inerentes ao ordenamento jurídico sejam às normas jurídicas, com base, especialmente, na doutrina de Norberto Bobbio e Miguel Reale. O contributo desta pesquisa consiste na busca de uma abrangente formatação dos instrumentos decorrentes da negociação coletiva de trabalho, considerando-os sob dois ângulos complementares e interdependentes: como parte componente do ordenamento jurídico laboral; e como fonte de norma jurídica, que deverá atender aos critérios gerais de eficácia, validade e justiça, notadamente a social. Nesse sentido, e por via reflexa, reafirmam-se a dogmática e a principiologia do Direito do Trabalho, na tentativa de recuperar a gênese finalística essencial do ramo juslaboral: a tutela do trabalhador direcionada a imprimir-lhe uma melhoria progressiva (ininterrupta e sem retrocessos) das condições de contratação, econômica e social.

**Palavras-Chave:** Direito do Trabalho. Teoria Geral do Direito do Trabalho. Ordenamento jurídico laboral. Normas jurídicas (validade, eficácia e justiça). Convenções e acordos coletivos de trabalho. Princípio da vedação do retrocesso. Princípio da progressividade.

## ABSTRACT

The objective of this study was to apply the principles of progression and non-regression to collective labor agreements and conventions in order to determine their material limits and restrict collective private autonomy, especially in view of workers' socio-legal advances and the promotion of human dignity. The study was founded on elements derived from the general theory of law, whether inherent in the legal system or in legal rules, interpreted mainly in light of the doctrine of Norberto Bobbio and Miguel Reale. The study attempts to provide a comprehensive standardization of the instruments pertaining to collective labor negotiation, both in the interdependent and complementary perspective: as a component of labor legislation and as source of legal rules expected to meet the general criteria of efficacy, validity and justice—especially social justice. In this context, the dogmatics and principles of Labor Law are indirectly reaffirmed in an attempt to restore the essential finalistic genesis of Labor Law: the protection of the worker in order to foster progressive improvement (uninterrupted and non-regressive) of the terms of social and economic contracts.

**Keywords:** Labor law; general theory of Labor Law. Labor legislation. Legal rules (validity, efficacy and justice). Collective labor agreements and conventions. Principle of progression. Principle of non-regression.

## LISTA DE SIGLAS

ACT	Acordo Coletivo de Trabalho
CCB/02	Código Civil Brasileiro de 2002
CCT	Convenção Coletiva de Trabalho
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CPC	Código de Processo Civil
CTPS	Carteira de Trabalho e Previdência Social
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
FGTS	Fundo de Garantia por Tempo de Serviço
INSS	Instituto Nacional de Seguridade Social
LICC	Lei de Introdução ao Código Civil
LINDB	Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro
MP	Medida Provisória
OIT	Organização Internacional do Trabalho
ONU	Organização das Nações Unidas
TRT	Tribunal Regional do Trabalho
TST	Tribunal Superior do Trabalho
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	<b>12</b>
<b>2 A UNIDADE DO DIREITO DO TRABALHO</b> .....	<b>19</b>
<b>2.1 Direito do Trabalho: caracterização unificadora, por intermédio da teoria geral do direito do trabalho</b> .....	<b>19</b>
<b>2.2 O Direito do Trabalho no universo da ciência jurídica</b> .....	<b>21</b>
2.2.1 Natureza jurídica do Direito do Trabalho.....	29
<b>2.3 O Direito do Trabalho na sociedade: funções histórico-teleológicas</b> .....	<b>40</b>
2.3.1 O princípio da proteção .....	40
2.3.2 O princípio da norma mínima .....	46
2.3.3 As funções e os paradoxos do Direito do Trabalho.....	49
<b>2.4 Direito do Trabalho: particularidades caracterizadoras</b> .....	<b>57</b>
2.4.1 Denominações da disciplina jurídica.....	58
2.4.2 Conteúdo do Direito do Trabalho.....	60
2.4.3 Definição do Direito do Trabalho .....	62
2.4.4 Características do Direito do Trabalho.....	63
<b>2.5 Princípios do direito do trabalho: relevância, conceito, funções e proposta de sistematização</b> .....	<b>66</b>
2.5.1 Relevância da temática.....	66
2.5.2 Significados e conceito.....	67
2.5.3 As funções dos princípios .....	72
2.5.4 Sistematização: proposta de tipologia classificatória.....	75
<b>3 O PROBLEMA DAS FONTES DO DIREITO DO TRABALHO: PARTICULAR FORMA DE HIERARQUIZAÇÃO?</b> .....	<b>81</b>
3.1 A complexidade e a unidade do ordenamento jurídico.....	81
3.2 Conceito de fontes do direito: superação de uma tradicional tipologia classificatória .....	88
<b>3.3 Fontes do Direito do Trabalho</b> .....	<b>93</b>
3.3.1 As fontes autônomas e heterônomas do Direito do Trabalho.....	99
<b>3.4 A coerência do ordenamento jurídico: as antinomias e a concorrência normativa</b> .....	<b>105</b>
<b>3.5 O princípio da norma mais favorável: critério de hierarquia normativa?</b> .....	<b>111</b>
3.5.1 Alguns efeitos do princípio da norma mais favorável.....	119
<b>4 A (IN)COMPLETUDE DO ORDENAMENTO JURÍDICO LABORAL: AS LACUNAS NORMATIVAS E OS RECURSOS À INTEGRAÇÃO E À INTERPRETAÇÃO JURÍDICAS</b> .....	<b>123</b>
4.1 A (in)completude do ordenamento jurídico .....	123
4.2 As lacunas normativas .....	129
4.3 A integração do direito .....	131
4.4 A interpretação jurídica .....	137
4.5 O princípio <i>in dubio pro operario</i> : a diretriz interpretativa jurídico-trabalhista .....	142
<b>5 A PLURALIDADE DE ORDENAMENTOS JURÍDICOS: A INTER-RELAÇÃO ENTRE O ORDENAMENTO JURÍDICO LABORAL PÁTRIO E O INTERNACIONAL</b> .....	<b>150</b>
5.1 O universalismo e o pluralismo jurídicos .....	150
5.2 As relações entre o ordenamento jurídico nacional e o internacional e consectários .....	153
<b>5.3 As normas de Direito Internacional do Trabalho</b> .....	<b>162</b>
5.3.1 O princípio da progressividade e o princípio da vedação do retrocesso no Direito Internacional do Trabalho .....	168

<b>6 AS NORMAS DO DIREITO DO TRABALHO: DETIDO ENFOQUE NAS PROVENIENTES DOS INSTRUMENTOS DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA DE TRABALHO.....</b>	<b>172</b>
<b>6.1 As normas jurídico-trabalhistas: a imperatividade e o princípio da irrenunciabilidade.....</b>	<b>172</b>
<b>6.2 A tríade valorativa das normas jurídicas – justiça, validade e eficácia – consoante Bobbio e Reale .....</b>	<b>184</b>
<b>6.3 A justiça das normas oriundas dos instrumentos decorrentes da negociação coletiva.....</b>	<b>186</b>
<b>6.4 A validade e a vigência das normas oriundas dos instrumentos de negociação coletiva .....</b>	<b>196</b>
<b>6.4.1 A validade material e a validade formal das normas jurídicas.....</b>	<b>196</b>
<b>6.4.2 A validade formal das convenções e dos acordos coletivos de trabalho.....</b>	<b>197</b>
<b>6.4.2.1 A legitimidade subjetiva para a celebração de convenções e de acordos coletivos de trabalho .....</b>	<b>198</b>
<b>6.4.2.2 Os procedimentos para a celebração de convenções e de acordos coletivos de trabalho.....</b>	<b>203</b>
<b>6.4.3 A validade material das convenções e dos acordos coletivos de trabalho: proposta de aplicação do princípio da progressividade e do princípio da vedação do retrocesso .....</b>	<b>207</b>
<b>6.4.3.1 Hipóteses excetivas e provisórias autorizadoras de retrocesso por intermédio das convenções e dos acordos coletivos de trabalho.....</b>	<b>214</b>
<b>6.4.4 A vigência das convenções e dos acordos coletivos de trabalho.....</b>	<b>217</b>
<b>6.5 A eficácia das normas oriundas dos instrumentos decorrentes da negociação coletiva .....</b>	<b>226</b>
<b>7 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>237</b>
<b>8 PERSPECTIVAS DE NOVAS PESQUISAS .....</b>	<b>238</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>239</b>

# 1 INTRODUÇÃO

*“Nunca fui homem de uma nota só  
embrenhado num único problema  
amo a integralidade dos assuntos  
o horizonte tomado em seu conjunto.”*  
(Miguel Reale, “Confissão”<sup>1</sup>)

A pesquisa ora apresentada tem por objetivo geral propor a aplicação dos princípios da progressividade e da vedação do retrocesso sociojurídico do trabalhador às convenções e aos acordos coletivos de trabalho, de forma a fixar-lhes limites materiais e restringir a autonomia privada coletiva. Para tanto, adotam-se como substratos deste estudo aspectos atávicos à Teoria Geral do Direito<sup>2</sup>, sejam inerentes ao ordenamento jurídico sejam às normas jurídicas, por dois principais motivos.

O primeiro reside na necessidade de aclarar conceitos basilares à elucidação do problema central da pesquisa, de forma a alicerçar as justificativas para se aplicar o princípio da vedação do retrocesso como limite material das convenções e dos acordos coletivos de trabalho (proposição da pesquisa).

Desta forma, antes de consubstanciar o intento de perpassar ou revisar, de forma cabal, conceitos da Teoria Geral do Direito, limitar-se-á à apreciação de aspectos essenciais desta teoria, indispensáveis à compreensão mais ampla das convenções e dos acordos coletivos do trabalho, enquanto fontes de normas jurídicas<sup>3</sup> e componentes de um universo maior, o ordenamento jurídico laboral.

---

<sup>1</sup> LAFER, *Miguel Reale (1910-2006)*...

<sup>2</sup> Segundo REALE, a Teoria Geral do Direito “representa a parte geral comum a todas as formas de conhecimento positivo do Direito, aquela na qual se fixam os princípios ou diretrizes capazes de elucidar-nos sobre a estrutura das regras jurídicas e sua concatenação lógica, bem como sobre os motivos que governam os distintos campos da experiência jurídica.” REALE, *Lições preliminares de Direito*, p. 18. Afirma, ainda, o autor que ela “é tão positiva como o Direito Positivo, isto é, não alimenta qualquer preocupação de indagar das condições ou pressupostos últimos e transcendentais da experiência jurídica, como faz a Filosofia. A Teoria Geral do Direito tem por fim, como se vê, a determinação das *estruturas lógicas da experiência jurídica em geral* [...]”. Cf. REALE, *Lições preliminares de Direito*, p. 333. Desta forma, pode-se dizer que à Teoria Geral do Direito incumbe a determinação de conceitos básicos da experiência jurídica, considerada em sua unidade.

<sup>3</sup> Esclareça-se que se adota nesta pesquisa o entendimento de que a natureza jurídica das convenções e acordos coletivos de trabalho é de *fonte jurídica*, entendida como “toda manifestação de vontade normativa, seja ela do Estado ou de grupo de pessoas ou até de pessoas individualmente consideradas, constitui uma regra jurídica e é fonte de Direito, porque exterioriza uma vontade que se manifesta e reflete no ordenamento jurídico”. Cf. ÁLVARES DA SILVA, *Direito Coletivo do Trabalho*, p. 201. Inobstante o posicionamento teórico adotado, não se nega a semelhança das convenções e acordos coletivos de trabalho a duas *outras* fontes jurídicas: aos contratos (quanto ao aspecto formal, por decorrer do mútuo consentimento das partes convenientes) e às leis (quanto ao aspecto material e efeitos ultracontraentes e para futuro), todavia, sem lhes atribuir natureza jurídica

Registre-se que, ao percorrer este caminho metodológico – da Teoria Geral do Direito aos instrumentos normativos decorrentes da negociação coletiva – concomitantemente, estar-se-á estabelecendo um paralelo (paralelo de complementaridade) entre o Direito do Trabalho e o Direito como um todo, em sua unidade.

O segundo motivo, de maior transcendência, consiste no imperativo contemporâneo de se reafirmar aspectos dogmáticos e principiológicos do Direito do Trabalho, em especial, como forma de insurgência contra as propostas de flexibilização e desregulamentação da ordem jurídico-trabalhista, dotadas de nítida direção regressiva e precarizadora das garantias trabalhistas mínimas.

Nas palavras de Viana, “ou ajudamos a demolir o direito, ou lutamos para reconstruí-lo [...]”.<sup>4</sup> E, como assevera NEVES DELGADO,

[...] somente através da afirmação e reconstrução do Direito do Trabalho, por meio da ênfase à nova função dada aos princípios, é que se poderá solidificar um dos instrumentos civilizatórios centrais para a correção do escorregadio rumo ideológico que ora tende a predominar no mundo do trabalho e do emprego.<sup>5</sup>

Então, almeja-se também com esta pesquisa a (re)afirmação do Direito do Trabalho, por intermédio da adoção de duas diretivas centrais.

De um lado, valendo-se do estudo da Teoria Geral do Direito do Trabalho (enquanto elo unificador dos segmentos Individual, Coletivo e Internacional do ramo juslaboral), acredita-se ser possível melhor caracterizar o Direito do Trabalho, fixando de forma precisa suas diretrizes axiológicas, seu valor finalístico e seus contornos específicos, como um todo orgânico, como uma unidade.

De outro lado, lançando mão da indicação pontual da aplicação prática de seus princípios *normativo-estruturantes*<sup>6</sup>, almeja-se recuperar a gênese finalística essencial do ramo juslaboral (a sua função central), qual seja: a tutela do trabalhador direcionada a

---

mista tal como sugerido por Carnelutti e propagado doutrinariamente através da sua celebre frase “corpo de contrato e alma de lei”.

<sup>4</sup> VIANA, A proteção social do... In: PIMENTA, *et al Direito do Trabalho...*, p. 182.

<sup>5</sup> DELGADO, As relações de trabalho... In: HENRIQUE; DELGADO, *Terceirização no...*, p. 46.

<sup>6</sup> Nesta dissertação propõe-se uma tipologia classificatória dos princípios do Direito do Trabalho. Assim, entende-se por *princípios normativo-estruturantes do Direito do Trabalho* aqueles que, ao versarem sobre a estrutura do ordenamento jurídico do trabalho – estabelecendo as diretrizes para a própria construção, interpretação, integração, harmonização (normas como o todo e entre si) e aplicação das normas -, fixam o contorno próprio e unitário da Dogmática do Trabalho, em contraponto com ao universo jurídico em geral. Por outro lado, são aqueles princípios comuns aos diversos segmentos do Direito do Trabalho (Individual, Coletivo e Internacional) que também operam como elo unificador desse ramo jurídico.

imprimir-lhe uma melhoria progressiva (ininterrupta e sem retrocessos) das condições de contratação, econômica e social.

É de registrar que contemporaneamente a doutrina pós-positiva atribui grande relevo aos princípios jurídicos, considerando-os espécies de normas jurídicas que, de um lado atribuem conteúdo axiológico ao ordenamento jurídico, fundamentando-o, de outro, são adotados de força normativa vinculante e coercitiva.

Dessa forma, é imperioso tratar também a questão dos princípios, sobremaneira mediante a investigação do papel contemporâneo que lhes reconhece o pós-positivismo jurídico, a fim de compreender o alcance, o significado e o campo de aplicação dos princípios específicos do Direito do Trabalho.

Com efeito, em linhas gerais, o objeto da Teoria Geral do Direito consiste na apreciação de duas teorias: a *teoria do ordenamento jurídico* (estudo do conjunto ou complexo de diversas normas que o compõem e suas inter-relações); e a *teoria da norma jurídica* (estudo da norma jurídica propriamente dita).

A teoria do ordenamento jurídico tem um desenvolvimento mais recente pela Ciência Jurídica e, portanto, menos sistematizada, sobretudo pelo entendimento tradicionalista de que a teoria da norma jurídica bastava-se em si mesma, na medida em que tratava do “elemento primeiro”<sup>7</sup> da realidade jurídica.

BOBBIO atribui evidência aos teóricos da instituição, considerados os pioneiros a aclamarem atenção para a realidade do ordenamento jurídico<sup>8</sup> – especialmente o expoente Santi Romano (*O ordenamento jurídico* – 1917<sup>9</sup>) –, não obstante terem-na teorizado em substituição à teoria da norma jurídica. Segundo BOBBIO, os teóricos da instituição possuem “o grande mérito de pôr em relevo o fato de que se pode falar de Direito somente onde haja um complexo de normas formando um ordenamento, e que, portanto, o Direito não é norma, mas um conjunto coordenado de normas [...]”.<sup>10</sup>

<sup>7</sup> Terminologia adotada por Norberto Bobbio in BOBBIO, *Teoria do ordenamento...*, p. 20.

<sup>8</sup> Salienta-se que aos teóricos da instituição outra importância lhes é atribuída, além de terem aclamado atenção para o ordenamento jurídico, consistente no contraponto feito à concepção estadista do direito (surgida com a formação dos Estados modernos e que teve como máxima consagração teórica a filosofia do direito de Hegel, ou seja, ao entendimento de que só há direito fruto do Estado), abrindo espaço para a possibilidade de co-existência de pluralidade de centros de positividade jurídica.

<sup>9</sup> Segundo NASCIMENTO, para o autor italiano, a expressão ‘direito’, em sentido objetivo, significa “um ordenamento na sua completude e unidade, isto é, uma instituição e um preceito ou complexo de preceitos, sejam normas ou disposições particulares, diversamente reagrupadas ou sistematizadas, de caráter jurídico”. ROMANO, Santi. *L’Ordinamento Giuridico*. Firenze: Sansoni, 1918, *Apud* NASCIMENTO, *Iniciação ao Direito...*, p. 77.

<sup>10</sup> Terminologia adotada por Norberto Bobbio in BOBBIO, *Teoria do ordenamento...*, p. 21.



O estudo sistematizado da Teoria Geral do Direito – entendido como aquele por meio do qual se individualizam suas partes (duas vertentes principais de problematização: a norma e o ordenamento) e, posteriormente, as integra – é atribuído ao positivista KELSEN (*Teoria Geral do Direito e do Estado* – 1961), ao tratar das chamadas “nomostática” e “nomodinâmica”, respectivamente, cuidando das normas e do ordenamento jurídico.

Todavia, BOBBIO<sup>11</sup> apresenta, a partir das problemáticas lançadas por KELSEN, uma nova visão da Teoria Geral do Direito, sobretudo por transmutar a perspectiva de apreciação de algumas questões jurídicas, como a da sanção e a da eficácia, não mais limitadas e inerentes às normas jurídicas, mas ao ordenamento como um todo. Pode-se citar, ainda, a forma como o autor aprecia a tese de ser ou não uma norma consuetudinária considerada como jurídica, a partir da forma como o ordenamento a qualifica. Menciona-se a título exemplificativo o entendimento de que a coerência do ordenamento jurídico apresenta-se como um princípio deste, e não como um “fato constatado”, além da compreensão de permanente possibilidade de integração do ordenamento jurídico, que não é, em si mesmo, completo.<sup>12</sup>

Ao assim proceder, o autor modifica a própria visão do Direito: “o que comumente chamamos de Direito é mais uma característica de certos ordenamentos normativos que de certas normas<sup>13</sup>” e “o termo ‘direito’, na mais comum acepção de direito objetivo, indica um tipo de sistema normativo, não um tipo de norma”.<sup>14</sup>

Portanto, a opção metodológica adotada nesta pesquisa é por utilizar em primeiro plano conceitos relativos ao ordenamento jurídico e, somente em um segundo momento, os relativos à norma jurídica; ou seja, percorrendo um caminho do todo para a parte. Referida opção deve-se à atribuição de uma posição proeminente ao ordenamento jurídico e ao entendimento de que normas só são jurídicas desde que integrantes e entendidas como tais por um ordenamento jurídico.

Assim, este trabalho pautou-se pelo entendimento de BOBBIO, valendo-se como bibliografia primária específica: *Teoria da Norma Jurídica* (2001), *Teoria do Ordenamento Jurídico* (1995) e *O Positivismo Jurídico*, lições de filosofia do Direito (2006). Entretanto, a utilização da bibliografia primária não excluiu o emprego de bibliografias secundárias, conforme colacionadas e elencadas ao longo do texto.

---

<sup>11</sup> Segundo Ferraz Júnior, Bobbio pertence a uma corrente jusfilosófica denominada *Escola Analítica* ou *Positivismo Analítico*. O doutrinador italiano, com o mote de reformular os estudos da Ciência Jurídica e com o fito de superar a dicotomia entre o jusnaturalismo e positivismo jurídico, tenta, “nas pegadas de Kelsen, mas desvinculando-se dos pressupostos neokantianos, reelaborar um conceito de Ciência Jurídica”, de forma a conferir-lhe um estatuto próprio. Tércio Sampaio Ferraz Júnior, apresentação, in BOBBIO, *Teoria do ordenamento...*, p. 7.

<sup>12</sup> Cf. Alaôr Caffé Alves, apresentação in BOBBIO, *Teoria da norma...*, p. 11-2.

<sup>13</sup> BOBBIO, *Teoria do ordenamento...*, p. 28.

Nesse passo, parte-se de duas premissas (e pressupostos) corporificadas nos seguintes entendimentos: o Direito pode ser compreendido como ordenamento jurídico; e o ordenamento jurídico é composto de um conjunto de normas jurídicas. Dessa forma, valendo-se de raciocínio lógico, conclui-se que a pluralidade normativa é inerente ao ordenamento jurídico e ao próprio Direito.<sup>15</sup>

Da pluralidade de normas (e suas inter-relações) decorrem quatro problematizações centrais e conexas à existência de um ordenamento jurídico. Referidas questões são levantadas (e abordadas) com maestria por BOBBIO em *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Daí a opção de tratá-las, de certa maneira, na ordem tal como os coloca o autor. Salienta-se, no entanto, sem desvirtuar do mote de quais deles e em que medida são relevantes para a apreciação do ordenamento jurídico laboral e, notadamente, das convenções e acordos coletivos do trabalho.

Preleciona BOBBIO:

Em primeiro lugar se trata de saber se essas normas constituem uma *unidade*, e de que modo a constituem. O problema fundamental que deve ser discutido a esse propósito é o da *hierarquia* das normas. [...]

Em segundo lugar trata-se de saber se o ordenamento jurídico constitui, além da unidade, também um *sistema*. O problema fundamental que é colocado em discussão a este respeito é o das *antinomias jurídicas*. [...]

Todo ordenamento jurídico, unitário e tendencialmente (se não efetivamente) sistemático, pretende também ser *completo*. O problema fundamental que aqui é discutido é o das assim chamadas *lacunas* do Direito. [...]

Finalmente, não existe entre os homens um só ordenamento, mas muitos e de diversos tipos. Têm relações entre si os vários ordenamentos? E de que gênero são tais relações? O problema fundamental que aqui deverá ser examinado é o do reenvio de um ordenamento a outro.<sup>16</sup>

A partir dessa forma de escalonamento e de colocação dos problemas, a divisão metodológica e o posicionamento dos capítulos deste trabalho foram estruturados da maneira abaixo descrita.

No segundo capítulo, “A unidade do Direito do Trabalho”, o ramo juslaboral é analisado sob três enfoques complementares: primeiro, em contraponto ao universo da Ciência Jurídica, inclusive, discorrendo sobre a controvertida temática de sua natureza jurídica; segundo, sob o prisma dos impactos e funções histórico-teleológicas que desempenha na sociedade, sendo apreciados o princípio da proteção e o princípio da norma mínima, bem

<sup>14</sup> BOBBIO, *Teoria do ordenamento...*, p. 31.

<sup>15</sup> A hipótese de um ordenamento jurídico composto de uma ou duas normas é avaliado academicamente e posteriormente afastado por Bobbio. Cf. BOBBIO, *Teoria do ordenamento...*, p. 31-4.

<sup>16</sup> BOBBIO, *Teoria do ordenamento...*, p. 34-5.

como os seus paradoxos; e terceiro, de um enfoque mais detido – nele próprio – com o fim de delinear suas particularidades caracterizadoras (denominação, conteúdo, definição e características) e de especificar seus princípios (sobretudo, ressaltando-lhes a importância e as funções que desempenha).

No terceiro capítulo, “O problema das fontes do Direito do Trabalho: particular forma de hierarquização?”, são analisados os atributos da complexidade, unidade e coerência do ordenamento jurídico, considerando as fontes do Direito do Trabalho, inclusive, sustentando a superação de doutrinária tipologia classificatória (fontes formais e fontes materiais). Em seguida, o princípio da norma mais favorável é analisado, especialmente no que concerne a seu significado e alcance.

No quarto capítulo, “A (in)completude do ordenamento jurídico: as lacunas normativas e os recursos à integração e à interpretação jurídicas”, como o título sugere, são discorridas e constatadas a incompletude do ordenamento jurídico e as lacunas normativas. Isso feito, são analisados os recursos jurídicos da integração e interpretação. Por fim, é sugerida a atribuição de maior alcance ao princípio do *in dubio pro operario*, compreendido como verdadeira diretriz interpretativa específica da dogmática juslaboral.

No quinto capítulo, “A pluralidade de ordenamentos jurídicos: a inter-relação entre o ordenamento jurídico laboral pátrio e o internacional”, são contrapostas as teorias jurídicas universalista e pluralista e, em seguida, expostos os efeitos dessas teorias no que se referem às relações entre o ordenamento jurídico nacional e o internacional e seus consectários, com o fim de verificar em que medida as normas internas pátrias são influenciadas pelas normas internacionais que versam sobre o Direito do Trabalho. Nesse caminhar, discorre-se sobre os princípios da progressividade e da vedação do retrocesso (esclareça-se, não os limitando aos domínios do Direito Internacional do Trabalho).

No que concerne ao estudo da norma jurídica – a que se dedica o último capítulo e o cerne desta dissertação –, BOBBIO se propõe a investigá-la no seu aspecto formal.<sup>17</sup> Melhor dizendo, estrutural, uma vez que opta por analisá-la em sua estrutura lógico-linguística, não se atendo ao exame do seu conteúdo. Todavia, ressalta o autor, sua opção não exclui outros modos de apreciar a norma jurídica, por exemplo, com base no enfoque na oportunidade, na

---

<sup>17</sup> Convém dizer que o ponto de vista formal que parte o autor, não coincide com o formalismo ético, com o formalismo jurídico nem com o formalismo científico. Vide distinção in BOBBIO, *Teoria da norma...*, p. 60-2. Salienta-se que a tese sustentada por BOBBIO consiste no entendimento de “as normas jurídicas pertencem à categoria geral das proposições prescritivas”: *proposição*, posto que “é um conjunto de palavras que têm um significado”; *prescritiva*, por ser a função própria da linguagem normativa que consiste em dar comandos,

conveniência e na justiça da norma ou, ainda, em sua eficácia social.<sup>18</sup> Ademais, o autor analisa também os três distintos critérios de investigação da norma jurídica: sua validade, sua eficácia e sua justiça.

REALE, por seu turno, com algumas particularidades, igualmente aprecia essa tríade valorativa das normas jurídicas, sob o enfoque do seu entendimento tridimensional, que, inquestionavelmente, atribui base mais ética e axiológica ao Direito:

[...] sobretudo quando tantos juristas se deixam dominar pelas recentes investigações lógico-formais ou lógico-linguísticas, com elas se contentando, por considerá-las a última palavra da Ciência do Direito, creio que não será demais insistir que uma teoria jurídica, que não se abra para a problemática social e política, e não tome conhecimento das exigências histórico-axiológicas, fica a meio do caminho, por mais que seja válida e essencial a contribuição haurida naqueles novos campos da ciência.<sup>19</sup>

Preconiza, ainda, REALE:

Num país como o nosso, então, onde se avoluma a pressão violenta das carências sociais e econômicas, parece-me inadmissível uma Ciência Jurídica que não leve em conta toda a dramaticidade da vida comunitária e dos imperativos de seu desenvolvimento.<sup>20</sup>

Com efeito, não obstante as diferenças teóricas entre os dois autores, almeja-se atribuir às normas oriundas das convenções e dos acordos coletivos de trabalho a análise dos critérios de eficácia, justiça e validade, pautada no entendimento complementar de ambos.

Por conseguinte, no último capítulo da dissertação, “As normas do direito do trabalho: detido enfoque nas provenientes dos instrumentos da negociação coletiva de trabalho”, destinado à compreensão das normas jurídicas decorrentes da negociação coletiva, além de se apreciarem as referidas normas sob os critérios de justiça, eficácia e validade, é proposta a aplicação do princípio da vedação do retrocesso como limite material das convenções e dos acordos coletivos de trabalho.

Enfim, o contributo desta pesquisa consiste na ampla formatação das convenções e dos acordos coletivos de trabalho, sob dois ângulos complementares e interdependentes: como parte componente do ordenamento jurídico laboral; e como fonte de norma jurídica, que deverá atender aos critérios gerais de eficácia, validade e justiça, notadamente a social.

---

conselhos, recomendações, advertências, enfim, influenciar o comportamento alheio e modificá-lo. BOBBIO, *Teoria da norma...*, p. 70;74;78.

<sup>18</sup> BOBBIO, *Teoria da norma...*, p. 69-0.

<sup>19</sup> REALE, *Fontes e modelos do Direito...*, p. XVI.

<sup>20</sup> REALE, *Fontes e modelos do Direito...*, p. XVII.

## 2 A UNIDADE DO DIREITO DO TRABALHO

### 2.1 Direito do Trabalho: caracterização unificadora, por intermédio da teoria geral do direito do trabalho

Alguns doutrinadores apreciam determinados aspectos inerentes à Teoria Geral do Direito do Trabalho como estudo propedêutico do Direito individual do Trabalho; ou seja, como se essa análise fosse intrínseca ao seu segmento individual e apartada do seu segmento coletivo (Direito Coletivo do Trabalho).<sup>21</sup> Outros autores não lhe atribuem o indispensável relevo, ao conjugá-la a outras temáticas nem tanto afins.<sup>22</sup>

Não obstante, vislumbra-se outra forma de compreensão do Direito material do Trabalho<sup>23</sup>: por intermédio do enfoque da Teoria Geral do Direito do Trabalho, com vistas à tentativa de estabelecer a unidade caracterizadora da normatividade juslaboral, que reúne todas as normas e o ordenamento em um sistema único.

Como discorrido alhures, a problemática da Teoria Geral do Direito, em linhas gerais, consiste na apreciação do ordenamento jurídico e das normas jurídicas, além de suas inter-relações.

Assim, pensa-se que o objeto da Teoria Geral do Direito do Trabalho deve versar sobre o ordenamento jurídico laboral, o conjunto normativo que o compõem e suas inter-relações, incluindo as seguintes análises pontuais e interdependentes: o problema das fontes do Direito do Trabalho, já que decorre da complexidade, da unidade e da necessidade de

---

<sup>21</sup> Nesse sentido, DELGADO manifesta-se expressamente: “o Direito Individual do Trabalho é composto de *Parte Geral*, que se subdivide em Introdução e Teoria Geral do Direito do Trabalho, e *Parte Especial*, que, por sua vez, subdivide-se em contrato de trabalho e situações empregatícias especiais (trabalho da mulher, do menor, contratos especiais de trabalho etc.)”. Para o autor, ao lado do segmento individual figuraria o coletivo, sem subdivisões. Cf. DELGADO, *Curso de Direito...*, 9. ed., p. 60-1. À semelhança, BARROS insere temáticas inerentes à Teoria Geral do Direito (*e.g.* fontes, interpretação, integração, princípios) na Parte I do seu *Curso*, local destinado à apreciação do Direito Individual do Trabalho, sem, contudo, manifestar-se expressamente e não obstante não adotar a terminologia Teoria Geral do Direito do Trabalho. Cf. BARROS, *Curso de Direito do...*, p. 85.

<sup>22</sup> NASCIMENTO agrupa a apreciação da História Direito do Trabalho (geral e no Brasil) e de alguns temas da Teoria Geral sob a denominação “Suportes Históricos e Dogmáticos do Direito do Trabalho”. Contudo, quando discorre sobre as “disciplinas do curso”, afirma: “A introdução ao direito do trabalho dedica-se aos aspectos gerais da nossa disciplina. É uma teoria geral do direito do trabalho. Nela são examinadas noções básicas para a compreensão do direito do trabalho, sua definição, sua natureza, os tipos de normas, suas fontes, aplicação e os princípios que a regem”. Cf. NASCIMENTO, *Iniciação ao Direito...*, p. 65.

coerência do ordenamento jurídico (objeto do capítulo 3 deste estudo); os recursos à integração e à interpretação jurídicas, visto que se originam da constatação das lacunas normativas e, por consectário, da incompletude do ordenamento jurídico laboral (objeto do capítulo 4 deste estudo); a questão da interrelação entre o ordenamento jurídico laboral pátrio e o internacional, porquanto diante da necessidade de harmonização de normas juslaborais nacionais e internacionais (objeto do capítulo 5 deste estudo); e o problema das normas jurídico-laborais, especificamente os aspectos da justiça, validade e eficácia (objeto do capítulo 6 deste estudo).

É de esclarecer que quando se trata da apreciação do conjunto normativo que compõe o Direito do Trabalho, está-se referindo: às normas legais; às normas oriundas do contrato de trabalho, ainda que imperativamente impostas por norma estatal (objeto do estudo do Direito Individual do Trabalho); às normas oriundas das convenções e dos acordos coletivos do trabalho (objeto de estudo do Direito Coletivo do Trabalho); às normas decorrentes das convenções internacionais do trabalho (objeto de estudo do Direito Internacional do Trabalho); e a suas outras fontes.<sup>24</sup>

Desta maneira, ao atribuir à Teoria Geral do Direito do Trabalho a função de elo unificador dos diversos segmentos do Direito do Trabalho (Individual, Coletivo e Internacional<sup>25</sup>), principalmente via análise conjugada do ordenamento jurídico laboral e das diversas normas que o compõe, os contornos e as características deste ramo jurídico especializado afloram com maior nitidez. As diretrizes interpretativas e principiológicas apresentam-se mais fortes, dotadas de pontuada e inquestionável aplicabilidade normativa (como se verá ao longo deste estudo), consubstanciando o “eixo de orientação e diretriz motora do Direito do Trabalho”.<sup>26</sup> E a unidade jurídico-tutelar<sup>27</sup> do homem trabalhador resplandece com chances de se tornar mais eficaz, sobremaneira por meio de sua adequação a novas (e nem tão novas) exigências sócio-humanas.

---

<sup>23</sup> Aqui se adota a terminologia *Direito material do Trabalho* para especificar o objeto da análise deste estudo, em contraponto ao Direito processual do Trabalho. Contudo, doravante passa-se a referir àquele apenas por *Direito do Trabalho*.

<sup>24</sup> Temática que será retomada no capítulo 3 deste estudo.

<sup>25</sup> É de reconhecer que o Direito Internacional do Trabalho mantém laços umbilicais com o Direito Internacional Público, sobremaneira para aqueles autores que não lhe reconhece a autonomia (como Sussekind, Monzon e Racciatti) e, ao contrário, sustentam a dependência daquele para com este. Cf. RACCIATTI, Tratado internacional... In: RODRIGUEZ, *Estudos sobre...*, p. 96-7.

<sup>26</sup> DELGADO, As relações de trabalho... In: HENRIQUE; DELGADO, *Terceirização no...*, p. 45.

<sup>27</sup> Aqui, embora correlacionem intimamente com o ramo juslaboral, não se incluem o Direito Processual do Trabalho, o Direito Previdenciário (e Acidentário do Trabalho), o Direito Administrativo do Trabalho e o Direito Penal do Trabalho, sobremaneira porque nestes a intervenção estatal ocorre de modo diverso, inclusive, com

Além disso, ao se compreender, por meio do estudo da Teoria Geral do Direito do Trabalho, o ponto de interseção entre os segmentos Individual, Coletivo e Internacional, é possível melhor caracterizar o Direito do Trabalho, fixando de forma precisa suas diretrizes axiológicas, seu valor finalístico e seus contornos específicos, como um todo orgânico, como uma unidade.

## 2.2 O Direito do Trabalho no universo da ciência jurídica

Agora, é possível dizer o Direito do Trabalho consiste em um ramo *autônomo* do Direito, que se subdivide em segmentos: Direito Coletivo; Direito Individual e Direito Internacional do Trabalho. Contudo, reitera-se: sem deixar de apresentar-se como uma unidade.

Convém aqui explicitar o que significa e o que representa a qualificação de “autônomo”, quando cunhada a determinado ramo jurídico.

Segundo DELGADO, “autonomia (do grego *auto*, próprio, e *nomé*, regra), no Direito, traduz a qualidade atingida por determinado ramo jurídico de ter enfoques, princípios, regras, teorias e condutas metodológicas próprias de estruturação e dinâmica”.<sup>28</sup>

Com base nesse entendimento da autonomia, DELGADO explicita os requisitos apresentados pela doutrina (sobremaneira os sistematizados por ROCCO<sup>29</sup>), hábeis a conferir essa qualificação a uma disciplina jurídica: campo temático vasto e específico, teorias próprias e metodologia própria.<sup>30</sup>

Hodiernamente, inquestionável a autonomia do Direito do Trabalho, que, ao adquirir feições peculiares e atributos típicos, e que, pouco a pouco, distinguiu-se da célula jurídica na qual foi gestado (Direito Civil), desgarrou-se dela alcançando independência.

---

participação direta nas relações jurídicas, fato que implica nuances distintas no modo de se pensar e se compreender essas disciplinas jurídicas em comparação ao Direito do Trabalho.

<sup>28</sup> DELGADO, *Curso de Direito...*, 9. ed., p. 63.

<sup>29</sup> ROCCO, *Corso di Diritto...*, p. 76 *apud* DELGADO, *Curso de Direito...*, 9. ed., p. 64.

<sup>30</sup> Segundo DELGADO, haveria um quarto requisito à autonomia de um ramo jurídico, qual seja, possuir perspectivas e questionamentos específicos e próprios, o qual deveria ser somado à tríade de requisitos apresentados pelo jurista italiano Alfredo Rocco. O autor cita como exemplo de perspectiva e questionamento próprio, no caso do Direito do Trabalho, a proteção ao credor empregado, e não como ocorre no Direito Civil e no Direito Comercial. DELGADO, *Curso de Direito...*, 9. ed., p. 64. Todavia, pode-se pensar que este quarto requisito pode ser vislumbrado por meio do primeiro requisito lançado por ROCCO (campo temático específico).

O Direito do Trabalho edificou-se a partir de uma específica relação contratual que, na origem de sua formação histórico-social, foi primeiramente objeto da regulação civil (antigas locações de serviços, *locatio operarum*, “como se a pessoa humana, da qual é indissociável a energia de trabalho, pudesse se equiparada às coisas e constituir objeto de locação”<sup>31</sup>).

Foi instituindo os pilares de sua estrutura e dinâmica (próprios e particularizados), levando-se em conta a tutela do homem trabalhador, seja individualmente considerado, seja coletivamente agrupado, e não tomando como base a premissa de igualdade entre as partes contratantes, tal como pugnado tradicionalmente pelo seu ramo jurídico originário.

A partir dessa específica relação jurídica, o Direito do Trabalho foi construindo regras (*e.g.* sobre duração do trabalho, salário e férias), reconhecendo institutos e instituições (*e.g.* sindicatos, greves e negociação coletiva), estabelecendo princípios específicos (*e.g.* princípio da proteção ao hipossuficiente trabalhador, princípio da norma mais favorável e princípio *in dubio pro operario*).

Fez-se necessário, então, instituir teorias específicas (*e.g.* o próprio critério de aplicação das normas), inclusive, diante de uma particular metodologia de criação de normas jurídicas, a partir da sociedade civil, e não proveniente do Estado (isto é, por intermédio da negociação coletiva de trabalho).<sup>32</sup>

Desta forma, o Direito do Trabalho foi inventando sua identidade<sup>33</sup>, a partir das diferenças em relação aos demais ramos do Direito, sobremaneira o Civil, e da necessidade de tutelar aquele que tem sua força de trabalho (perversamente) explorada para a satisfação de interesse de outrem.

A nova disciplina jurídica desenvolveu-se do ponto de vista normativo, doutrinário, científico, didático e jurisdicional com, até mesmo, o estabelecimento de um

---

<sup>31</sup> PEDREIRA DA SILVA, *Principiologia do Direito...*, 2. ed., p. 28. No mesmo sentido, ÁLVARES DA SILVA, ao discorrer sobre a compreensão da relação de trabalho como uma locação de serviços, isto é “do mesmo modo que se concebia uma locação de coisa, apenas com uma diferença: o objeto da locação não seria um objeto mas as forças do próprio homem. Como um coisa pode ser locada, dando vantagens ao locatário que as explora e ao locador que as cede para tal fim, também o ser humano poderia ser assimilado às coisas neste aspecto. Ele cederia sua força a outrem que, utilizando-se dela para fins úteis, o recompensaria também em termos econômicos”. ÁLVARES DA SILVA, *Direito Coletivo do Trabalho*, p. 186.

<sup>32</sup> De acordo com DELGADO, a negociação coletiva trabalhista é modalidade de autocomposição e ocorre quando as partes coletivas contrapostas ajustam suas divergências de modo autônomo, diretamente, por força e atuação próprias, celebrando documento pacificatório, que é o diploma coletivo negociado. DELGADO, *Direito Coletivo...*, p. 34.

<sup>33</sup> MARTINS, *Direito do Trabalho*, p. 20.



órgão específico do Poder Judiciário<sup>34</sup> para apreciar os litígios que decorrem do descumprimento de suas normas.

Pelo exposto, falar que um ramo jurídico é dotado de autonomia significa dizer que ele possui uma identidade, particular e distintiva dos demais ramos do saber jurídico, alcançada graças a seu amadurecimento normativo, teórico e metodológico, e que pode ser expressa por intermédio de sua capacidade de autorregulação.

É de reconhecer, não obstante esse “amadurecimento” do Direito do Trabalho, que lhe propiciou alcançar a autonomia, conforme ponderado por RENAULT, ele “é jovem e ainda tem muita contribuição para dar na busca de uma sociedade mais justa e minimamente fraterna”.<sup>35</sup> Ou seja: muito há ainda a ser agregado ao Direito do Trabalho pátrio no que concerne a contribuições teórico-interpretativas e normativas propriamente ditas<sup>36</sup>, a fim de propiciar uma vida social mais justa, mais igualitária e mais inclusiva.

Esclarecido o significado de autonomia, resta saber o que ela representa. Melhor dizendo: ela reflete a total independência da disciplina jurídica? Ou, em outro questionamento: a autonomia de um saber jurídico é absoluta?

As respostas devem ser negativas, uma vez que há uma interdependência entre os diversos campos do saber jurídico, com conexões e interações indissolúveis. Ora, os diversos setores jurídicos não podem ser compreendidos apenas de forma estanque, isolada dos demais setores, mormente da Teoria Geral do Direito e do Direito Constitucional, que consubstanciam o ‘tronco comum’ do Direito.<sup>37</sup> A autonomia, então, deve ser entendida como uma independência relativa.<sup>38</sup>

<sup>34</sup> A Justiça do Trabalho integra o Poder Judiciário desde a Constituição de 1946.

<sup>35</sup> RENAULT, O que é isto... In: PIMENTA, *Direito do Trabalho...*, p. 65.

<sup>36</sup> Cita-se: a atribuição de plena eficácia normativo-social à proteção à dispensa arbitrária (art. 7º, I, da CRFB); ao salário mínimo digno e justo capaz de atender as necessidades vitais básicas do trabalhador e sua família (art. 7º, III, da CRFB); à participação do trabalhador na gestão da empresa, “cogestão” (art. 7º, XI, CRFB); à real limitação da jornada de trabalho, inclusive no sentido de abolir práticas de horas extras ordinárias e habituais que comprovadamente afetam a saúde do trabalhador (art. 7º, XIII, XIV, XV, XVI, CRFB); e ao aviso prévio efetivamente *proporcional* ao tempo de serviço (art. 7º, XXI, CRFB), dentre outras.

<sup>37</sup> A expressão empregada de que “são autônomos os ramos que partem do tronco comum” é de DEVEALI, Mario. *Lineamientos de Derecho del Trabajo*. 1948, p. 15 *apud* SÜSSEKIND *et al. Instituições de Direito...*, p. 131. Contudo, salienta SÜSSEKIND: “É inegável que manifestações de cada um dos ramos da ciência jurídica recebem a influência das tendências gerais do Direito; mas, comumente, é um desses ramos que, esteado nas novas concepções da economia, da sociologia e da moral, rompe com certos princípios tradicionais do Direito, influenciando, com isto, na revisão de toda ordem jurídica”. SÜSSEKIND *et al. Instituições de Direito...*, v. 1, p. 132.

<sup>38</sup> “O conceito de autonomia dos diversos ramos do Direito é relativo, porquanto os diferentes setores da ciência jurídica estão relacionados entre si, estabelecendo um nexo de interdependência que, igualmente, se configuram no círculo maior das ciências sociais”. SÜSSEKIND *et al. Instituições de Direito...*, v. 1, p. 131.

Aliás, esse tronco comum do Direito (representado pela Teoria Geral do Direito e pelo Direito Constitucional) é que estabelece o aporte de integração e de harmonização do universo jurídico, inclusive nele inserindo a disciplina juslaboral.<sup>39</sup>

O Direito do Trabalho, todavia, não se relaciona apenas com esse matiz comum, mas também com o Direito Civil<sup>40</sup> (sua matriz originária), o Previdenciário<sup>41</sup> (com quem possui laços históricos), o Administrativo<sup>42</sup>, o Penal<sup>43</sup>, os Direitos Humanos<sup>44</sup> e outros. E, é claro, mantém vínculos com outras ciências afins, como Sociologia, Medicina, Psicologia, Filosofia e Economia. Daí o fato de elas agregarem a seus epítetos a expressão “do Trabalho” (Sociologia do Trabalho, Medicina do Trabalho e assim por diante) para designar parte de seus conhecimentos destinados a tratar de questões relativas ao trabalho humano.

A essas relações – que estabelecem os pontos de intercessão entre o ramo juslaboral e os diversos campos do saber – denomina-se “interdisciplinariedade do Direito do Trabalho”, as quais atuam como fator contribuinte relevante para maior aprofundamento, desenvolvimento e complementaridade dos conhecimentos teórico-práticos relativos ao trabalho do homem.

Entre o Direito Constitucional e o Direito do Trabalho, verifica-se uma íntima relação, sobretudo a partir do processo que se costuma denominar “constitucionalização do

---

<sup>39</sup> Como se verá com maior detalhamento no próximo capítulo, a Constituição de um país é que atribui teor de juridicidade às normas.

<sup>40</sup> O Direito do Trabalho mantém conexões com o Direito Civil, como dito, sua matriz originária, sobremaneira o direito das obrigações, inclusive sendo este fonte subsidiária ou integrativa daquele em situações de lacunas. Dispõe o parágrafo único do art. 8º da CLT: “O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste”. Deste dispositivo transcrito emerge o entendimento de que o Direito Civil será fonte subsidiária, desde que haja lacuna (em linhas gerais, entendida como omissão normativa) e o dispositivo civil seja compatível aos princípios caracterizadores do Direito do Trabalho.

<sup>41</sup> Em linhas gerais, pode-se dizer que o Direito do Trabalho mantém também vínculos históricos com o Direito Previdenciário, que “praticamente nasceram do mesmo processo de intervenção do Estado no mercado de trabalho”. Menciona-se, ainda, o fato de que a base de cálculo para o recolhimento previdenciário por parte do empregado incide sobre as verbas salariais por ele recebidas e a por parte do empregador incide, respeitadas outras bases de cálculo (receita, faturamento, lucro), sobre a folha de salário e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados (cf. art. 195, I, “a”, CRFB). Cf. DELGADO, *Curso de Direito...*, 9. ed., p. 75.

<sup>42</sup> Os vínculos do Direito do Trabalho com o Administrativo referem-se principalmente ao controle do cumprimento das normas trabalhistas (fiscalização exercida pelo Ministério do Trabalho e Emprego, via Delegacias Regionais do Trabalho e auditores fiscais do trabalho) e ao servidor público celetista (vinculado ao Estado por meio do contrato de trabalho, portanto, regido pelas normas juslaborais).

<sup>43</sup> A relação do Direito do Trabalho com o Penal é verificada principalmente no que concerne à tipificação de crimes relacionados ao trabalho. Por exemplo, os crimes previstos contra a organização do trabalho: atentado contra a liberdade de trabalho (art. 197, CP), atentado contra a liberdade de contrato de trabalho e boicotagem violenta (art. 198, CP), atentado contra a liberdade de associação (art. 199, CP), e frustração de direito assegurado por lei trabalhista (art. 203, CP). Especificamente no que concerne à competência penal trabalhista, consultar ÁLVARES DA SILVA, *Competência penal trabalhista*.

<sup>44</sup> “O Direito do Trabalho corresponde à dimensão social mais significativa dos Direitos Humanos, ao lado do Direito Previdenciário (ou de Seguridade Social). É por meio desses ramos jurídicos que os Direitos Humanos ganham maior espaço de evolução, ultrapassando as fronteiras originais, vinculadas basicamente à dimensão da liberdade e intangibilidade física e psíquica da pessoa humana”. DELGADO, *Curso de Direito...*, 9. ed., p. 76.

Direito do Trabalho”<sup>45</sup>, ou “constitucionalismo social”<sup>46</sup>, ou, ainda, com maior amplitude terminológica, “movimento socializador do Direito”.

Algumas considerações devem ser tecidas acerca desse processo, ou movimento, seja pela grande conquista sociotrabalhista que representou, seja, também, diante das importantes mudanças que imprimiu não só no Direito do Trabalho, mas, pioneiramente, por intermédio dele, em todo o universo jurídico.

Esse processo foi verificado primeiramente no México (Constituição de 1917) e na Alemanha (Constituição de Weimar, 1919<sup>47</sup>), os precursores a introduzir nos textos constitucionais os direitos sociais dos trabalhadores, imprimindo-lhes caráter de ordem pública.

No Brasil, de acordo com DELGADO, essa tendência de constitucionalização dos direitos dos trabalhadores, que começou com a Carta de 1934, foi mantida em todas as Constituições posteriores (mesmo aquelas de natureza autocrática), mas adquiriu novo *status* com a Carta de 1988, já que esta

[...] em inúmeros de seus preceitos e, até mesmo, na disposição topográfica de suas normas (que iniciam pela pessoa humana, em vez de pelo Estado), firmou princípios basilares para a ordem jurídica, Estado e Sociedade – grande parte desses princípios elevando ao ápice o trabalho.<sup>48</sup>

Por certo, esse movimento passa a colocar em relevo o indivíduo-social (mediante a devida atenção a sua inata dignidade, à realização das suas necessidades e, conseqüentemente, ao apreço aos valores sociais do trabalho) ao lado do indivíduo-político (mediante a realização de um regime de garantias jurídicas relativas à liberdade do cidadão).

A consequência desse processo é que temas relativos à pessoa humana, a sua dignidade e aos direitos inerentes passam a constituir questões nucleares da Ciência Jurídica e da Filosofia do Direito. O homem passa a ser reconhecido pelo ordenamento jurídico como o

---

<sup>45</sup> Segundo URIARDE, o processo de inserção de princípios, direitos e institutos juslaborais no corpo constitucional, que se denomina “constitucionalização do Direito do Trabalho”, “tem ocorrido na América Latina em maior proporção do que em outras regiões, a ponto de ser a constitucionalização considerada, desde há anos, como uma característica do direito do trabalho latino-americano”. Contudo, salienta o autor que referido processo pode ser verificado também em algumas Constituições europeias, tais como da Espanha, da Itália, de Portugal e da França, esta apenas relativamente, porquanto a inserção se dá no preâmbulo constitucional, e não em artigos. URIARTE, A Constituição e... In: RODRIGUEZ, *Estudos sobre as...*, p. 71-73.

<sup>46</sup> Denominação de que se vale NASCIMENTO. NASCIMENTO, *Iniciação ao Direito...*, p. 45.

<sup>47</sup> Merece ser recordado que o ano de 1919 coincide com o da constituição da Organização Internacional do Trabalho.

<sup>48</sup> DELGADO, *Curso de Direito...*, 9. ed., p. 72.

centro e o fim do Direito. A dignidade humana<sup>49</sup> é perfilhada como valor basilar, “valor fonte” de todos os valores políticos, sociais e econômicos<sup>50</sup>, e princípio fundante do Estado Democrático de Direito (cf. art. 1º, III<sup>51</sup>, da CRFB).

A Encíclica *Chistifideles Laice*, n. 37, assevera que “o ser humano é sempre um valor em si e por si, e exige ser considerado e tratado como tal, e nunca ser considerado e tratado como um objeto que se usa, um instrumento, uma coisa”. Por seu turno, o Documento do Concílio Vaticano II, *Gaudium et Spes*, n. 12, prescreve que: “tudo o que existe sobre a terra deve ser ordenado em função do homem, como seu centro e seu termo”.

A esse respeito, é importante trazer à baila entendimento de AFONSO DA SILVA:

*A dignidade da pessoa humana*, inscrito no art. 1º, III, da Constituição, não é uma criação constitucional, pois ela é um desses conceitos *a priori*, um dado preexistente a toda experiência especulativa, tal como a própria pessoa humana. A Constituição, reconhecendo a sua existência e a sua eminência, transformou-a num valor supremo da ordem jurídica, quando a declara como um dos *fundamentos* da República Federativa do Brasil constituída em Estado Democrático de Direito. Se é *fundamento* é porque se constitui valor supremo, num valor fundante da República, da Federação, do País, da Democracia e do Direito. Portanto, não é apenas um princípio da ordem jurídica, mas o é também da ordem política, social, econômica e cultural. Daí sua natureza de valor supremo, porque está na base de toda a vida nacional.<sup>52</sup>

Os direitos trabalhistas passam, então, a ser consagrados, garantidos e protegidos pela ordem jurídico-constitucional, o que para o Direito do Trabalho e, conseqüentemente, para o trabalhador é de relevo inquestionável.

Nos dizeres de ALVARADO, citado por SÜSSEKIND:

A importância da constitucionalização das normas básicas de proteção ao trabalho pode ser evidenciada pelo simples fato de que tal hierarquia confere a essas normas ‘natureza de caráter público, de modo que não podem ser alteradas sob nenhum ponto de vista, nem pelas partes interessadas em soluções especiais, nem pelos órgãos de Estado em suas atividades jurídicas ou políticas’. Constituem princípios inderrogáveis, porque inseridos na Constituição.<sup>53</sup>

<sup>49</sup> Segundo CASARIL, a positivação do princípio da dignidade da pessoa humana fundamenta-se no imperativo de se evitar nova barbárie, tal como a ocorrida no Estado nazista, que, mediante práticas de gravíssimos crimes políticos, vulnerou gravemente a dignidade humana, inclusive sob a invocação de razões jurídicas e de Estado. CASARIL, *A pessoa humana...*

<sup>50</sup> CASARIL, *A pessoa humana...*

<sup>51</sup> Art. 1º, inciso III, da CRFB: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III – a dignidade da pessoa humana”. Releva mencionar que: “na história do constitucionalismo pátrio, é a primeira vez que aparece positivado o princípio da dignidade humana como fundamento do Estado Democrático de Direito”. CASARIL, *A pessoa humana...*

<sup>52</sup> AFONSO DA SILVA, *Interpretação da... In: ROCHA; MORAES, Direito Constitucional...*, p. 446.

<sup>53</sup> ALVARADO, *Temas de Derecho Obrero*, p. 27 *apud* SÜSSEKIND *et al. Instituições de Direito...*, v. 1, p. 141.

O próprio caráter das normas trabalhistas sofre, portanto, alteração quando elas passam a ser reconhecidas e positivadas pela Magna Carta: deixam de ser consideradas normas de caráter privado, dispositivas (tal como ocorre com a maioria das regras do Direito Civil), passando a alcançar *status* de normas de ordem pública, imperativas, cogentes e irrenunciáveis.<sup>54</sup>

URIARTE, discorrendo sobre os significados desse movimento para o Direito do Trabalho, sustenta que, no aspecto substancial: a consagração de determinado direito na Constituição supõe que a ordem constitucional lhe atribui a máxima importância, inclusive criando uma espécie de privilegio do bem jurídico tutelado ou do valor consagrado, que o torna intocável por normas infraconstitucionais; representa causa e efeito do reconhecimento dos principais direitos trabalhistas como direitos fundamentais; implica importante fator de freio ou limite diante das tendências desregulamentadoras; e provoca a expansão do conteúdo trabalhista das Constituições, também por via indireta, pelo acolhimento de declarações, pactos e tratados de direitos humanos que contêm direitos trabalhistas, fenômeno esse que a doutrina denomina “bloco de constitucionalidade”.<sup>55</sup>

Os efeitos e a importância desse movimento, todavia, não ficam adstritos ao âmbito do Direito do Trabalho. Ao contrário, tal movimento foi responsável por imprimir amplas mudanças no Direito Constitucional e no Direito Civil tradicional, até então baseados em uma filosofia individualista e no liberalismo econômico (ideários consubstanciados no Código de Napoleão e na ideologia liberal advinda da Revolução Francesa).

Se antes os postulados básicos do sistema civil eram “liberdade individual, inviolabilidade do direito de propriedade, invulnerabilidade do contrato e responsabilidade subjetiva”<sup>56</sup>, agora a liberdade individual passa a sofrer limitações, o direito de propriedade passa a ter de desempenhar sua função social, a invulnerabilidade contratual civil passa a ser relativizada e hipóteses de responsabilidade objetiva passam a ser previstas, inclusive no que concerne ao Estado (cf. disposto no §6º do art. 37<sup>57</sup> da CRFB).

<sup>54</sup> Essa temática será retomada no capítulo 6 deste trabalho.

<sup>55</sup> A ideia de bloco de constitucionalidade inclui o texto propriamente dito da Constituição mais as declarações, pactos e tratados por ela acolhidos. Cf. URIARTE, A Constituição e... In: RODRIGUEZ, *Estudos sobre as...*, p. 73-9.

<sup>56</sup> SÜSSEKIND *et al. Instituições de Direito...*, v. 1, p. 134.

<sup>57</sup> Dispõe o §6º do art. 37 da CRFB: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”. Não obstante a previsão constitucional expressa da responsabilidade objetiva do Estado, releva dizer que recentemente (em 24.11.2010) o STF, na Ação Declaratória de Constitucionalidade 16, julgou ser constitucional o art. 71 da Lei de Licitações (Lei 8.666/93), entendendo ser a responsabilidade do Estado subjetiva para casos de inadimplemento trabalhista da empresa de terceirização de mão de obra, entendendo ser necessária a prova da culpa *in vigilando* do Estado tomador de serviços. Verdadeiro retrocesso social! A esse respeito, consultar SOUTO MAIOR, *Carta aberta aos...*

Segundo SÜSSEKIND, “o movimento socializador do Direito, do qual se tornou o Direito do Trabalho sua mais eloqüente expressão, atingiu outros ramos da ciência jurídica, revolucionando a própria ordem jurídica vigente”.<sup>58</sup>

Assim, a tendência de socialização imprimiu uma revolução significativa em todos os ramos do Direito ao partir de uma concepção jurídica individualista para uma concepção jurídico-social, elevando ao ápice a pessoa humana e os valores sociais, inclusive os do trabalho.

Releva mencionar, pesarosamente, que esse movimento progressista de conquistas sociais vem sofrendo contemporaneamente (a partir dos finais da década de 1970 na Europa e da de 1990 no Brasil) graves recuos e retrocessos<sup>59</sup>, sob os auspícios da ideologia ultraliberal<sup>60</sup> e no sentido de flexibilizar<sup>61</sup> e desregulamentar<sup>62</sup> normas mínimas de proteção ao trabalho.

<sup>58</sup> SÜSSEKIND *et al. Instituições de Direito...*, v. 1, p. 132-3.

<sup>59</sup> Podem-se citar como exemplos de retrocessos normativos verificados no Brasil: implementação do regime do FGTS em substituição à estabilidade decenal (1966), primeiro como faculdade (em verdade, uma falácia, já que não raras às vezes essa opção era uma condição para o emprego) e, em 1988, como o regime obrigatório; autorização legal para o trabalho temporário (1974); autorização para a redução salarial por acordo ou convenção coletiva (1988); permissão para que a participação nos lucros e resultados da empresa seja desvinculada da remuneração do empregado (1988); previsão de nova modalidade de contrato por prazo determinado para admissão de pessoal acima do quadro fixo da empresa (1988); transferência dos reajustes salariais, que antes eram indexados, para livre negociação coletiva (1994); edição do parágrafo único do art. 442 da CLT, que acabou por fomentar a utilização das cooperativas de trabalho como forma de desvirtuar a caracterização da relação de emprego (1994); trabalho em tempo parcial (1999); instituição das comissões de conciliação prévia (2000); e banco de horas para compensação de horas extras (2001). Mencionando, ainda, a legitimação jurisprudencial para a terceirização (2000).

<sup>60</sup> “Este liberalismo readaptado – neoliberalismo ou ultraliberalismo – corresponde a um conjunto orgânico de ideais, que se fortaleceu política e culturalmente a contar dos anos de 1970 nos países capitalistas desenvolvidos, dirigidas à estruturação do Estado e sociedade no sistema capitalista, em anteposição à matriz do Estado de Bem-Estar Social, hegemônica no pós-2ª Guerra mundial nos EUA e, principalmente, Europa Ocidental”. Ainda: “pensamento liberal renovado sustenta, em síntese, na linha da velha matriz oitocentista, o primado do mercado econômico privado na estruturação e funcionamento da economia e da sociedade, com a submissão do Estado e das políticas públicas a tal prevalência”. Em verdade, trata-se de “readequação aos tempos recentes da antiga matriz liberal”, que pugnava o “estado mínimo” e a visível mitigação das políticas sociais, inclusive as trabalhistas, em favor do liberalismo econômico. Cf. DELGADO, *Capitalismo, trabalho...*, p. 19-21.

<sup>61</sup> NASCIMENTO e PINHO PEDREIRA, respectivamente, conceituam “flexibilização do Direito do Trabalho”: “é o afastamento da rigidez de algumas leis para permitir, diante de situações que a exijam, maior positividade das partes para alterar ou reduzir as condições de trabalho”. NASCIMENTO, *Iniciação ao Direito...*, p. 70. “Flexibilização é, sabidamente, o antônimo de rigidez. Significa, portanto, a supressão ou o afrouxamento dos constrangimentos que impõe o Direito do Trabalho aos empregadores a fim de proteger os trabalhadores contra as conseqüências prejudiciais da sua inferioridade”. PEDREIRA DA SILVA, *Principiologia do Direito...*, 2. ed., p. 36. Na realidade, sem as maquiagens e roupagens costumeiras, flexibilização é a adaptação das normas jurídicas que regulam as relações de trabalho às novas circunstâncias do mercado. Consiste na diminuição e exclusão da proteção dada pela lei ao trabalhador, com o intuito de reduzir os custos com o trabalho e aumentar o lucro das grandes empresas.

<sup>62</sup> “A desregulamentação retira a proteção do Estado ao trabalhador, permitindo que a autonomia privada, individual ou coletiva regule as condições de trabalho e os direitos e obrigações advindos da relação de emprego. Já a flexibilização pressupõe a intervenção estatal, ainda que básica, com normas gerais abaixo das quais não se pode conceber a vida do trabalhador com dignidade”. SÜSSEKIND *et al. Instituições de Direito...*, v. 1, p. 211. Segundo SOUTO MAIOR, tanto a flexibilização quanto a desregulamentação, apesar de serem situações diversas, fundam-se na mesma ideia, porquanto ambas são “apoiadas no pressuposto da necessidade de alteração das relações de trabalho, para fins de satisfação do interesse econômico”. A preocupação deste autor ainda é maior

### 2.2.1 Natureza jurídica do Direito do Trabalho

Convém nesta oportunidade perquirir mais um aspecto relativo ao posicionamento do Direito do Trabalho no universo da Ciência Jurídica, qual seja, sua natureza jurídica (taxionomia ou posição enciclopédia), análise esta que remonta à clássica distinção do Direito entre público e privado.<sup>63</sup>

Destaca-se que a pertinência da apreciação da natureza jurídica do Direito do Trabalho neste tópico (quando da apreciação deste ramo especializado em contraponto ao universo jurídico) deve-se ao próprio alcance significativo da operação taxionômica, que, conforme bem sintetiza DELGADO:

[...] supõe a sua precisa definição [do objeto focado] – como declaração de sua essência e composição – seguida de sua classificação – como fenômeno passível de enquadramento em um conjunto próximo de fenômeno correlatos. Definição (busca da essência) e classificação (busca do posicionamento comparativo), eis a equação compreensiva básica da idéia de natureza jurídica.<sup>64</sup>

Portanto, a pesquisa acerca da posição enciclopédica do Direito do Trabalho necessariamente deve ser conjugada à análise dos demais ramos do Direito (e do universo jurídico), a fim de se alcançar seu enquadramento, por intermédio dos procedimentos de declaração da sua essência e do seu posicionamento comparativo.

---

com a flexibilização, posto que esta “possui um forte poder ideológico, por ter conceitualmente um significado e atuar em outro”. SOUTO MAIOR, *O Direito do Trabalho...*, p. 139. Em verdade, tanto a desregulamentação quanto a flexibilização são processos de eliminação dos direitos dos trabalhadores, já que, inseridos no mesmo contexto social – neoliberalismo e globalização –, visam ao alargamento da liberdade de estipulação e à progressiva supressão de regras imperativas juslaborais.

<sup>63</sup> Essa classificação dualista do Direito origina-se do Direito Romano, tendo por base um famoso trecho de Ulpiano (*Digesto*, 1.1.1.2): ‘*Publicum just est quod ad statum rei romanae spectat, privatum, quod ad singulorum utilitatem*’. (O Direito público diz respeito aos estados da coisa romana, à *polis* ou *civitas*, o privado à utilidade dos particulares). FERRAZ JÚNIOR, *Introdução ao...*, p. 105.

<sup>64</sup> DELGADO, *Curso de Direito...*, 9. ed., p. 66. No mesmo sentido, ÁLVARES DA SILVA, ao estabelecer a distinção entre a operação de se *definir* um instituto jurídico e a de se atribuir *natureza jurídica*. Veja-se: “A definição abrangerá as ideias que constituem sua parte interna e, depois, a própria definição do instituto como um todo. A natureza jurídica relacionará estas idéias internas a um sistema e depois estabelecerá a concatenação do instituto como um todo com outros institutos do ramo da ciência jurídica de que faz parte. Em suma: a definição das partes e do todo; a classificação das partes e do todo”. ÁLVARES DA SILVA, *Direito Coletivo do Trabalho*, p. 144.

De antemão, ressalte-se que se trata de temática polêmica, que reflete grande divergência doutrinária<sup>65</sup>, sobremaneira por dois motivos. Primeiro, porque às expressões *direito privado* e *direito público* são atribuídos sentidos diversos ao longo da histórica<sup>66</sup>, o que implica o “esvaziamento dos conceitos tradicionais de interesse público e privado”.<sup>67</sup> Segundo, tendo em vista as profundas alterações através do tempo no que concerne ao enquadramento de matérias, ora como de direito público, ora como de privado, constatadas a partir de fenômenos de privatização do direito público<sup>68</sup>, de publicização do direito privado<sup>69</sup> e da própria socialização do Direito.

Daí dizer MORAIS FILHO: “matérias que pertenciam a um dos ramos passaram a se enquadrar em outros. Assuntos, que pareciam de vital importância para o Estado e sua própria sobrevivência, foram deixados ao simples interesse privado dos indivíduos”.<sup>70</sup>

Há autores que negam a própria validade da divisão do Direito em público e privado<sup>71</sup> (teoria monista ou unitarista). Outros negam a possibilidade de enquadramento do Direito do Trabalho nesta classificação, apresentando tipologia diversa, como, direito misto<sup>72</sup>, direito unitário<sup>73</sup> e direito social<sup>74</sup> (teoria pluralista<sup>75</sup>, no caso desse último). Outros aceitam esta

<sup>65</sup> Com o fim que exemplificar a extensão dessa problemática, convém dizer que existem universidades federais no Brasil que enquadram o Direito do Trabalho no Departamento de Direito Privado (como é o caso da Universidade Federal de Minas Gerais) e outras que o enquadram no Departamento de Direito Público (como é o caso da Universidade Federal de Pernambuco), fato que manifesta a complexidade de se tentar estabelecer um enquadramento seguro ou tido como o certo.

<sup>66</sup> Menciona-se que o FERRAZ JÚNIOR, a fim de estabelecer o sentido da distinção de direito público e direito privado, bem como de esfera pública e privada da vida humana ao longo do tempo, recorre aos pensamentos filosóficos de HANNAH ARENDT (*A condição humana*, 1981), sobremaneira a partir da cultura na Antiguidade, perpassando pela Era Moderna até chegar à Era contemporânea, apresentando interessante abordagem sobre o desenvolvimento histórico da temática. Cf. FERRAZ JÚNIOR, *Introdução ao estudo...*, p. 105-9.

<sup>67</sup> ÁLVARES DA SILVA, *Direito Coletivo do Trabalho*, p. 185.

<sup>68</sup> Cita-se aqui a privatização em massa verificada sob os auspícios da ideologia neoliberal, inclusive de setores de saúde, educação e previdência social.

<sup>69</sup> Sob a publicização do direito privado, FERRAZ JÚNIOR esclarece: “O crescimento da influência do Estado sobre a esfera privada, porém, fez aparecer um série de conjuntos normativos que possuem também natureza pública, uma vez que nelas prevalece o caráter soberano dos atos públicos e o interesse público relevante. Trata-se de normas que regulam o trabalho, os salários, a previdência social (Direito do Trabalho, Direito Previdenciário) [...]” E completa: “Esses ramos, ao contrário daqueles que estritamente dizem respeito aos entes estatais e sua relação soberana sobre os entes privados [...], têm uma natureza pública menos coerente, o que tem provocado uma progressiva publicização do direito privado”. FERRAZ JÚNIOR, *Introdução ao estudo...*, p. 114-5.

<sup>70</sup> MORAIS FILHO; MORAIS, *Introdução ao Direito...*, p. 117.

<sup>71</sup> Segundo REALE, Kelsen nega a classificação do Direito em público e privado, já que o ordenamento jurídico deve ser considerado um todo. REALE, *Lições preliminares de Direito*, p. 340. De outro lado, de acordo com FIUZA, “Kelsen nega a existência do Direito Privado. Para ele, todo o Direito é público, por ter no Estado sua origem”. FIUZA, *Novo Direito...*, p. 20.

<sup>72</sup> MORAIS FILHO aponta como adeptos do direito misto Carnelutti, Greco, De Litala, Belloni, Pergolesi, Oviedo, Marquez, Orlando Gomes e Gottschalk entre outros. Cf. MORAIS FILHO; MORAIS, *Introdução ao Direito...*, p. 125.

<sup>73</sup> SÜSSEKIND *et al.* *Instituições de Direito...*, v. 1, p. 123.

<sup>74</sup> ÁLVARES DA SILVA, *Direito Coletivo do Trabalho*, p. 184-0.

<sup>75</sup> Terminologia adota por FIUZA, *Novo Direito...*, p. 22.



dicotômica classificação (teorias dualistas), mas divergem acerca dos próprios critérios informadores desta divisão.<sup>76</sup>

De toda forma, a grande maioria dos doutrinadores ainda atribui relevância a esta análise, seja porque “tem ainda expressivo interesse prático para se compreender a essência e posicionamento comparativo dos diversos ramos jurídicos componentes do universo do Direito”<sup>77</sup>, seja pelo fato “de que a aplicação e interpretação das normas jurídicas se subordinam a regras distintas, conforme estejam elas classificadas no campo do direito público ou do privado”<sup>78</sup>, seja, ainda, por sua operacionalidade pragmática, servindo como instrumento sistematizador do universo normativo, “isto é, o estabelecimento de princípios teóricos, básicos para operar as normas de um e outro grupo”.<sup>79</sup>

Um exemplo de esboço prático da teórica distinção entre Direito público e Direito privado são as diretrizes respectivas para o caso de falta de previsão normativa expressa. Em linhas gerais, no caso do Direito privado a diretriz é no sentido de que tudo o que não é prescrito é permitido, ao passo que no caso do Direito público a diretriz é contrária, ou seja, no sentido de que tudo o que não é prescrito é proibido.<sup>80</sup>

Acredita-se, no entanto, que a grande relevância da análise da natureza jurídica do Direito do Trabalho não reside propriamente em qual enquadramento lhe é pertinente (ou acertado), já que, conforme colocação de MORAIS FILHO, “há sempre certas disciplinas que se negam a receber uma etiqueta definitiva e inapelável”<sup>81</sup>, com é o caso do Direito do Trabalho.

Ao contrário, vislumbra-se que o relevo da pesquisa acerca da sua natureza jurídica – a partir de posicionamentos doutrinários diversos e, por vezes, antagônicos –, contribui para o estabelecimento de um panorama geral do desenvolvimento e da caracterização deste ramo especializado.

---

<sup>76</sup> “Já nos albores do século atual eram relacionadas cento e quatro teorias sobre os critérios caracterizadores do direito público e do direito privado, o que evidencia, inquestionavelmente, a inexistência de uma doutrina capaz de explicar, convenientemente, quais os elementos que devem ser analisados para a pesquisa jurídica dos diferentes ramos do Direito”. SÜSSEKIND *et al. Instituições de Direito...*, v. 1., 111. MORAIS FILHO atribui a HOLLIGER a façanha de reunir, em tese de doutoramento, as cento e quatro teorias que procuram distinguir o direito público do privado; “o que prova a não validade de todas, ou de quase todas, dizemos nós...” MORAIS FILHO; MORAIS, *Introdução ao Direito...*, p. 115.

<sup>77</sup> DELGADO, *Curso de Direito...*, 9. ed., p. 67.

<sup>78</sup> SÜSSEKIND *et al. Instituições de Direito...*, v. 1, p. 111.

<sup>79</sup> FERRAZ JÚNIOR, *Introdução ao estudo...*, p. 109.

<sup>80</sup> Por essa razão, diz BOBBIO que “na esfera da regulamentação da autonomia privada, vale o postulado que tudo é permitido exceto o que é proibido, enquanto na esfera da regulamentação dos órgãos públicos, vale o postulado oposto, tudo é proibido exceto o que é expressamente permitido”. BOBBIO, *Teoria da norma...*, p. 132.

<sup>81</sup> MORAIS FILHO; MORAIS, *Introdução ao Direito...*, p. 116.

Então, antes de a importância da análise localizar-se no *fim* da pesquisa (isto é, na conclusão final sobre qual é a natureza jurídica do Direito do Trabalho), ela localiza-se no próprio *processo* da pesquisa, o que, sem dúvida, contribui para maior compreensão da essência do Direito do Trabalho em contraponto aos demais ramos jurídicos, influenciando no processo de delineamento de sua fisionomia.

Segundo ÁLVARES DA SILVA, a primeira configuração do Direito do Trabalho foi, essencialmente, a de Direito Público, “consistindo o primeiro exemplo da intervenção do Estado no domínio econômico e social”<sup>82</sup>, sobremaneira, pela restrição do trabalho infantil e, depois, o das mulheres, além da própria jornada de trabalho.

Genericamente, é nessa intervenção do Estado nas relações de trabalho, limitando consideravelmente a autonomia da vontade, que, fundamentalmente, justificam-se os autores (exemplificando: MONTEIRO<sup>83</sup>, REALE<sup>84</sup> e FERRAZ JÚNIOR<sup>85</sup>) ao enquadrarem o Direito do Trabalho como um ramo do direito público.

Segundo essa posição doutrinária, o Direito do Trabalho enquadrar-se-ia como de direito público, já que suas normas, ao preverem especificamente os direitos individuais do trabalhador, tutelando-o, disciplinam, em verdade, de forma mais abrangente, interesses gerais de toda a coletividade ou interesses socialmente úteis (critério adotado: do interesse).

REALE esclarece que, “não obstante regular a relação entre empregado e empregador (particulares), a regulação não se dá de acordo com os interesses de cada um deles, “mas, principalmente segundo exigências do bem coletivo”.<sup>86</sup>

<sup>82</sup> ÁLVARES DA SILVA, *Direito Coletivo do Trabalho*, p. 186.

<sup>83</sup> Para MONTEIRO, “Direito Público é o destinado a disciplinar os interesses gerais da coletividade (*publicum jus est quod ad statum rei romanae spectat*). Diz respeito à comunidade, estruturando-lhe organização, serviços, tutela dos direitos individuais e repressão dos delitos” e “Direito privado, por seu turno, é o conjunto de preceitos reguladores das relações dos indivíduos entre si (*privatum, quod ad singularorum utilitatem*)”. Para o autor, seriam enquadrados como de direito privado apenas o Direito Civil e Direito Comercial. MONTEIRO, *Curso de Direito...*, p. 8-0.

<sup>84</sup> Para REALE, o Direito do Trabalho se enquadra como ramo do direito público por duas razões: a) não obstante regular a relação entre empregado e empregador (particulares), a regulação não se dá de acordo com os interesses de cada um deles, “mas, principalmente segundo exigências do bem coletivo”; b) a regulamentação pelo Estado dessas relações privadas se dá “na qualidade fundamental de *poder soberano*, estabelecendo o equilíbrio entre as partes interessadas e impondo soluções a que os particulares estão todos sujeitos. Tais vínculos são de *subordinação*, e não de *coordenação*”. REALE, *Lições preliminares de Direito*, p. 340.

<sup>85</sup> Declara FERRAZ JÚNIOR: “O crescimento da influência do Estado sobre a esfera privada, porém, fez aparecer um série de conjuntos normativos que possuem também natureza pública, uma vez que nelas prevalece o caráter soberano dos atos públicos e o interesse público relevante. Trata-se de normas que regulam o trabalho, os salários, a previdência social (Direito do Trabalho, Direito Previdenciário) [...]”. Completa o autor: “Esses ramos, ao contrário daqueles que estritamente dizem respeito aos entes estatais e sua relação soberana sobre os entes privados [...], têm uma natureza pública menos coerente, o que tem provocado uma progressiva publicização do direito privado”. FERRAZ JÚNIOR, *Introdução ao estudo...*, p. 114-5.

<sup>86</sup> REALE, *Lições preliminares de Direito*, p. 340.

Ademais, a intervenção do Estado via normas trabalhistas ocorre na forma de subordinação; isto é, os particulares se subordinam à vontade estatal, “na qualidade fundamental de *poder soberano*, estabelecendo o equilíbrio entre as partes interessadas e impondo soluções a que os particulares estão todos sujeitos”<sup>87</sup> (critério adotado: forma da relação).

Deste papel interventivo estatal nas relações de emprego decorre a imperatividade e a cogência da maior parte das normas do Direito do Trabalho, na medida em que tutelam bens gerais coletivos e, por isso, objetivam mais a realização da justiça distributiva (critérios adotados: da natureza e objetivos da norma).

Como se nota, a intervenção estatal nas relações de trabalho se dá de modo diverso daquela que ocorre no âmbito privado. Neste, o Estado apenas estabelece diretrizes legais coordenadoras das relações jurídicas privadas, travadas entre pessoas situadas em planos hierárquicos equivalentes, as quais são regidas pela diretriz de ampla liberdade de pactuação de seus interesses. Assim, o direito privado seria marcado pelas seguintes características peculiares: maior parte de normas dispositivas; livre iniciativa dos particulares na tutela de seus interesses; e objetivo de realização da justiça comutativa.

Salienta-se que o modo como se dá a intervenção do Estado nas relações de trabalho é a principal marca distintiva da dogmática laboral em comparação ao seu segmento originário (Direito Civil), inclusive, sendo responsável pelo impulso para sua especialização e autonomia. Frisa-se, constitui a mesma marca distintiva do Direito do Consumidor também em comparação ao Direito Civil. Em ambos, no Direito do Trabalho e no do Consumidor, verifica-se a intervenção estatal em relações privadas, mediante o estabelecimento de normas de proteção e defesa, de ordem pública e interesse social, daqueles que se reconhecem como a parte vulnerável: o trabalhador e o consumidor, respectivamente.

Pelo exposto, percebe-se que os principais critérios adotados para o enquadramento do Direito do Trabalho como um ramo do direito público são: *critério do interesse* (o interesse na regulação das relações de trabalho é de toda coletividade ou tido como socialmente útil); *critério da forma da relação* (os particulares se subordinam à vontade estatal); *critério da natureza das normas* (a maior parte das normas do Direito do Trabalho é imperativa e cogente); e *critério do objetivo da norma* (as normas do Direito do Trabalho objetivam a realização da justiça distributiva).

---

<sup>87</sup> REALE, *Lições preliminares de Direito*, p. 340.

Quanto à origem da configuração do Direito Trabalho como de Direito Privado, ensina ÁLVARES DA SILVA que adveio das codificações do século XIX:

[...] ao lado dos contratos em geral, no bojo dos códigos civis. Extirpados da civilização ocidental o trabalho escravo e as corporações, não restou outro lugar para a disciplina jurídica do fator social do trabalho, senão na esfera da liberdade contratual que o comporia, como aos demais interesses, segundo o critério exclusivo da vontade individual. Não haveria outra alternativa nem possibilidade senão este suporte contratual para o Direito do Trabalho no campo das relações privadas.<sup>88</sup>

Nesse passo, os ideários da Revolução Francesa (especialmente, liberdade e igualdade) e o enquadramento originário das relações de trabalho como objeto do contrato de locação de serviços (inclusive na regulação civilista) influíram na tendência à privatização dessas relações.

Aqueles doutrinadores que enquadram o Direito do Trabalho como direito privado (a saber: DELGADO<sup>89</sup>, NASCIMENTO<sup>90</sup>, MARTINS<sup>91</sup> e FIUZA<sup>92</sup>, entre outros), fundam-se, essencialmente, na natureza da relação empregatícia (isto é, relação entre particulares, de cunho privado e natureza contratual).

Entendem que, embora o Estado tutele o trabalhador, inclusive limitando consideravelmente a autonomia da vontade nos contratos empregatícios, tal fato não é hábil a justificar o enquadramento do Direito do Trabalho como ramo do direito público. Esses autores ressaltam, entretanto, que não se deve entender essa classificação de forma prisioneira ao individualismo do Direito Civil tradicional, mas considerar os particulares seja de forma individual, seja também de forma grupal<sup>93</sup> (deliberadamente, para abarcar também a ideia de trabalhadores agrupados, inclusive na forma de categorias profissionais).

Aqui, os critérios comumente adotados são o *critério do interesse* (oriundo da tradição romana), segundo o qual a natureza do interesse predominante é de ordem particular; o *critério da titularidade*, segundo o qual a titularidade primordial dos direitos e prerrogativas se dá entre pessoas privadas, singulares ou coletivamente consideradas; e o *critério da relação jurídica*, segundo o qual a relação empregatícia se dá entre particulares.

<sup>88</sup> ÁLVARES DA SILVA, *Direito Coletivo do Trabalho*, p. 186.

<sup>89</sup> DELGADO afirma o entendimento de que a disciplina juslaboral seria um todo orgânico, unitário, contudo sem prejudicar o seu enquadramento no campo do direito privado. DELGADO, *Curso de Direito...*, 9. ed., p. 70-1.

<sup>90</sup> NASCIMENTO, *Iniciação ao Direito...*, p. 76.

<sup>91</sup> MARTINS, *Direito do Trabalho*, p. 25.

<sup>92</sup> FIUZA, *Novo Direito...*, p. 22.

<sup>93</sup> Cf. DELGADO, *Curso de Direito...*, 9. ed., p. 70.

Então, a partir da colação de algumas justificativas para o enquadramento do Direito do Trabalho como ramo do direito público ou do privado, percebe-se que os autores valem-se, muitas vezes, dos mesmos critérios (critério do interesse, critério da titularidade e critério da forma da relação), contudo, atribuindo enfoques distintos.

Percebe-se ainda que resplandecem duas ideias centrais acerca do Direito do Trabalho: se, de um lado, regula uma relação privada (a relação de trabalho é de inquestionável alicerce contratual privado); de outro, é marcado pelo intervencionismo do Estado, protegendo a parte vulnerável da relação, para garantir-lhe direitos sociais mínimos, com base em um interesse maior, que é o da coletividade, ou tido como socialmente útil.<sup>94</sup> Salienta-se aqui que deve ser entendido “interesse da coletividade” não adstrito aos dos trabalhadores, individualmente ou coletivamente agrupados, mas de forma ampla, incluindo, inclusive, gerações futuras.

Assim, um e outro posicionamento teórico criticam-se mutuamente, fundando-se nessas duas marcas centrais do Direito do Trabalho. Sintetizando: aqueles que consideram o Direito do Trabalho um ramo jurídico privado dizem que a intervenção estatal nas relações de trabalho, ainda que com emprego de normas imperativas e cogentes, não é suficientemente capaz de alterar a natureza do ramo jurídico, já que regula uma relação privada, entre particulares, mesmo que coletivamente reunidos. De outro lado, aqueles que consideram o Direito do Trabalho um ramo jurídico público, sustentam que, não obstante a relação contratual regulada ser de nítido caráter privado, a regulação laboral tem um objetivo maior, coletivo (não entendido apenas como o grupo daqueles que trabalham), mas da coletividade como um todo (trabalhadores ativos, inativos etc.).

Percebe-se, então, a inadequação de um e de outro enquadramento classificatório para captar simultaneamente aquelas duas ideias complementares e indissociáveis que emergem do Direito do Trabalho. Por esse motivo, insurgiram novas tipologias classificatórias: direito unitário, direito misto e direito social.

Salienta-se que, conforme constatado por ÁLVARES DA SILVA, com base em entendimento de CATHARINO, a doutrina, ao perquirir a natureza jurídica de um novo ramo autônomo ou de um instituto jurídico, primeiro:

[...] se esforça em enquadrá-la na sistemática dos institutos existentes procurando ver nele as mesmas características dos que lhe são preexistentes, o que é explicável pela historicidade do Direito. Posteriormente, vê-se que as faces novas do instituto não podem ser explicadas pelo instrumental existente, obrigando a doutrina a

<sup>94</sup> Cf. ÁLVARES DA SILVA, *Direito Coletivo do Trabalho*, p. 186.

pesquisar-lhe a essência e mostrar-lhe o conteúdo inédito, delineando o perfil científico autêntico, muitas vezes rompendo com o tradicionalismo existente.<sup>95</sup>

Aqueles que consideram o Direito do Trabalho um direito misto negam a possibilidade de enquadrá-lo como direito público ou como direito privado, contudo reconhecem na sua composição normas das duas espécies, que não se fundem. Seria, então, um direito misto, uma disciplina jurídica híbrida, heterogênea, sem que represente uma terceira espécie jurídica. PEREZ BOTIJA, defensor desta corrente, entende o Direito do Trabalho como um “conúbio indissociável e inseparável de instituições de direito público e privado”.<sup>96</sup>

A consistente crítica que se faz a esta corrente é que quebra a homogeneidade doutrinária e principiológica do Direito do Trabalho, o que acabaria por negar sua própria autonomia científica e legislativa<sup>97</sup>, além de não captar a existência de uma identidade própria do ramo trabalhista.<sup>98</sup>

De outro lado, abroham autores sustentando que o Direito do Trabalho seria unitário, a saber: SÜSSEKIND<sup>99</sup> e MORAIS FILHO.<sup>100</sup> Esta posição retoma o próprio entendimento do Direito de Kelsen, que, com a sua *Teoria Pura*, proclamou a unidade do Direito, uma unidade universal, bem como o fim do divisionismo estrutural do Direito em público e privado, na medida em que todo o Direito seria público, posto que proveniente da vontade estatal.

A teoria do direito unitário, contrapondo-se à visão de direito misto, sustenta que a reunião de institutos de origem diversa (público e privado) no Direito do Trabalho não lhe retiraria a coerência e as diretrizes uniformes, mas, ao contrário, preservaria o todo orgânico do Direito (não só o do Trabalho), constituído a partir da fusão de normas de ordem pública e de ordem privada.

<sup>95</sup> ÁLVARES DA SILVA, *Direito Coletivo do Trabalho*, p. 145.

<sup>96</sup> BOTIJA, *Curso de Derecho...*, p. 14 *apud* DELGADO, *Curso de Direito...*, 7. ed., p. 74 *apud* MARTINS, *Direito do Trabalho*, p. 25.

<sup>97</sup> MORAIS FILHO; MORAIS, *Introdução ao Direito...*, p. 125.

<sup>98</sup> DELGADO, *Curso de Direito...*, 7. ed., p. 75.

<sup>99</sup> SÜSSEKIND *et al.* *Instituições de Direito...*, v. 1, p. 123-4.

<sup>100</sup> O autor explica o que entende pelo Direito do Trabalho: “como um direito unitário, homogêneo, coerente, oriundo de ramos de direito público e de direito privado. Ao trazer para seu âmbito aquela matéria, primitivamente amorfa e heterogênea, fundiu-a o novo espírito jurídico num todo orgânico, diferenciado e tanto quanto possível autossuficiente. Todas essas normas amalgamaram-se numa substância nova, diferente, criando-se uma nova combinação de elementos até então diversos entre si, e não uma simples mistura. Não se trata de *tertium genus*, e sim de uma combinação orgânica dos caracteres do direito público e do privado”. MORAIS FILHO; MORAIS, *Introdução ao Direito...*, p. 125-6.

De acordo com SÜSSEKIND, “a coexistência de preceitos de direito público e de direito privado – com a inquestionável prevalência dos primeiros – não desconfigura, portanto, a concepção unitária do Direito do Trabalho”.<sup>101</sup> Completa o autor o seu entendimento, baseando-se em SINZHEIMER:

Para Sinzheimer, ao trabalho não corresponde apenas uma relação individual, mas também uma relação social. Por isto, o Direito do Trabalho deve abranger, unitariamente, todas as normas individuais e sociais (sociais puras e sociais mistas), pois somente nesta concepção unitária pode ser conhecida a ordem jurídica real do trabalho. Se se aplicasse ao Direito do Trabalho a simples divisão usual do Direito em público e privado, separar-se-ia aquilo que vive em união interna. Para a forma do Direito do Trabalho não é a natureza lógica de seus preceitos que deve ser preponderante [de natureza pública ou privada], e sim, a unidade de seus princípios vitais.<sup>102</sup>

De acordo com a teoria do direito unitário, o Direito deve ser vislumbrado de forma integral, com base na percepção de que há uma interpenetração dos dois aspectos (público e privado), “da impossibilidade de uma separação rígida a que correspondesse ramos ou disciplinas jurídicas com características gerais de um ou de outro critério distintivo”<sup>103</sup> e visto por intermédio da unidade coerente de seus princípios vitais. Isso, inquestionavelmente, apresenta-se como verdadeiro.

Não obstante a relevância da concepção integralista e unitária do Direito, conforme salienta ÁLVARES DA SILVA, “tradicionalmente se aceita como noção identificadora do Direito privado (liberdade e faculdade de autolimitar-se) não pode opor-se à noção que tradicionalmente caracteriza o Direito público (comando de obediência, autoritarismo dos agentes estatais e ausência de manifestação da individualidade)”<sup>104</sup>.

A partir desta constatação, há autores que sustentam que o Direito do Trabalho consubstanciaria um terceiro gênero jurídico: o direito social, exemplificando, GURVITCH<sup>105</sup>, CESARINO JÚNIOR<sup>106</sup>, VON GIERKE<sup>107</sup> e ÁLVARES DA SILVA<sup>108</sup>.

Os fundamentos para o enquadramento do Direito do Trabalho no direito social são, essencialmente, os seguintes: incapacidade de o direito público e o direito privado captarem-lhe a essência; e o movimento de socialização do direito, que marcou a Era

<sup>101</sup> SÜSSEKIND *et al.* *Instituições de Direito...*, v. 1, p. 124.

<sup>102</sup> SÜSSEKIND *et al.* *Instituições de Direito...*, v. 1, p. 123.

<sup>103</sup> ÁLVARES DA SILVA, *Direito Coletivo do Trabalho*, p. 184.

<sup>104</sup> ÁLVARES DA SILVA, *Direito Coletivo do Trabalho*, p. 184.

<sup>105</sup> GURVITCH, *L' idée de Droit Social apud SÜSSEKIND et al. Instituições de Direito...*, v. 1, p. 113-4.

<sup>106</sup> Cf. ÁLVARES DA SILVA, *Direito Coletivo do Trabalho*, p. 189.

<sup>107</sup> Cf. ÁLVARES DA SILVA, *Direito Coletivo do Trabalho*, p. 189.

<sup>108</sup> ÁLVARES DA SILVA, *Direito Coletivo do Trabalho*, p. 184-0.

Moderna, representando a superação do momento jurídico anterior, de prevalência de uma concepção individualista do Direito.

Quanto ao primeiro fundamento, ÁLVARES DA SILVA explica que o Direito do Trabalho “supera a ideia contratual pura sem se identificar, entretanto, com a atividade estatal em si mesma [...], não se funda na autonomia da vontade nem na vontade genérica da lei”.<sup>109</sup>

Quanto ao segundo fundamento, movimento socializador do Direito, como já dito, é aquele por meio do qual se atribui supremacia ou primado ao direito coletivo e socializante, em contraposição à visão jurídica meramente individualista ou privatística. Seria, além disso, marcado pela cada vez maior interferência do direito público no direito privado.

De acordo com GURVITCH, citado por SÜSSEKIND:

Esclarece Gurvitch que a estrutura jurídica de toda uma série de novas instituições ou figuras de direito na qual se verifica a interferência do direito público no direito privado, faz nos concluir que, ao lado desses, se encontra um novo ramo do direito: o direito social. Contratos coletivos de trabalho, democracia industrial, federalismo econômico, parlamentarismo social, primazia do direito internacional sobre o direito nacional, Sociedade das Nações Unidas, Organização Internacional do Trabalho etc. constituem para ele um pluralismo de ordens e instituições jurídicas que só podem ser compreendidos com a ideia do direito social. Esse, então, caracteriza-se como *tertium genus* que dirige o novo sistema de categorias jurídicas e pessoas coletivas complexas que absorvem a multiplicidade dos seus membros na vontade única da cooperação e do solidarismo.<sup>110</sup>

O Direito do Trabalho deve, portanto, ser compreendido não como uma simples especialização do Direito Civil (direito privado), mas como um ramo do direito propulsor do movimento de socialização do Direito como um todo, mediante a mitigação de direitos privados em prol de questões e funções sociais. Trata-se, assim, de uma nova maneira de se conceber o Direito, mais humanizada e justa, na medida em que reconhece o forte desequilíbrio social existente na sociedade. Ademais, a Constituição da República é expressa ao arrolar como direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o *trabalho*, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados (cf. art. 6º da CRFB, com redação atribuída pela EC 64/2010).

REALE, contudo, critica esse enquadramento: “na época atual, o elemento social inspira de tal forma a experiência jurídica que todo o Direito é social. A socialização do Direito não se dá apenas nas relações de trabalho, mas indistintamente em todos os setores da

<sup>109</sup> ÁLVARES DA SILVA, *Direito Coletivo do Trabalho*, p. 188.

<sup>110</sup> GURVITCH, *L' idée de Droit Social apud SÜSSEKIND et al. Instituições de Direito...*, v. 1, p. 113-4.



experiência jurídica”.<sup>111</sup> Desse modo, a crítica que comumente se tece no que se refere ao enquadramento do Direito do Trabalho como direito social consiste, principalmente, no argumento de que o caráter social (e a socialização do Direito) comparece em vários ramos jurídicos. Entretanto, crê-se que tal fato é insuficiente para fazer com que o ramo juslaboral seja limitado, em toda a sua extensão essencial e particularizadora, aos conceitos de direito público e privado.

Parece-se ser mais adequada a teoria que entende o Direito do Trabalho como um direito social, como um terceiro gênero, principalmente por melhor captar-lhe a essência e por não incorrer no risco de reducionismo da sua fisionomia caracterizadora durante o processo de enquadramento nos conceitos fluidos e cambiantes de direito público e de direito privado.

Nesse sentido, também se apresentariam com segmentos do direito social os direitos que tutelam o hipossuficiente consumidor, o hipossuficiente idoso e o hipossuficiente menor, enfim, todos os ramos jurídicos ou legislações especiais destinados a regular os direitos sociais referidos e assegurados pela Constituição Federal de 1988.

Não obstante, acredita-se que a grande relevância da pesquisa acerca da natureza jurídica do Direito do Trabalho reside principalmente no contributo para sua caracterização, isto é, no processo de delineamento de sua fisionomia, e não propriamente a qual conclusão se chegue acerca da natureza jurídica que lhe é mais pertinente.

Dessa forma e independentemente de qual posição doutrinária se adote acerca da natureza jurídica do ramo juslaboral, conclui-se que o Direito do Trabalho, embora regule relações jurídicas particulares (trabalhador e empregador, individualmente ou coletivamente considerados), tem como fito a preservação de um bem maior, que consubstancia em interesse geral da coletividade, inclusive sobre os dos indivíduos e o do próprio Estado-Administração.

Ademais, as premissas da igualdade formal e da autonomia da vontade, próprias das relações contratuais privadas, mostraram-se falsas, inoperantes e injustas diante da realidade das relações de trabalho, frisa-se: seja quando individual, seja quando coletivamente consideradas.

O Estado, ao instituir regras tuitivas e irrenunciáveis que estabelecem mínimos de direitos indispensáveis a uma contraprestação digna decorrente do contrato de trabalho, está tutelando o bem maior do ordenamento jurídico: o homem. Esta, inclusive, é a razão da limitação da autonomia da vontade, em um quadro de visível desigualdade material entre as partes.

---

<sup>111</sup> REALE, *Lições preliminares de Direito*, p. 342.

Quanto ao objetivo das normas do Direito do Trabalho, infelizmente, ainda não se pode falar em verdadeira justiça distributiva, mas, apenas, em uma limitação mínima, fundada em imperativos éticos e humanos, à justiça cumulativa abusiva e exploradora do capital sobre o trabalho.

De outro lado, o Estado, ao intervir na relação de trabalho, simultaneamente à proteção que confere ao homem trabalhador, tem também um objetivo tido como socialmente útil, que pode ser expresso pelo interesse de perpetuação da paz, que implica diretamente a manutenção do próprio sistema dominante (o capitalismo), que se funda na exploração de uns homens sobre outros.

Com efeito, necessário dizer que, não obstante essa mescla de características – por vezes comum ao direito público ou ao direito privado, por outras até mesmo contraditórias (tutela ao trabalhador-dominado, mas também no sentido da manutenção do próprio sistema que se funda na exploração desse trabalhador) –, o Direito do Trabalho possui identidade própria, inclusive com homogeneidade teórica e principiológica, que refletem a sua unidade e coesão internas.

### **2.3 O Direito do Trabalho na sociedade: funções histórico-teleológicas**

Procede-se aqui à análise do Direito do Trabalho sob o enfoque específico de sua atuação na sociedade, ou seja, perquirindo as funções ou as finalidades que desempenha ou almeja desempenhar historicamente na comunidade destinatária da aplicação de seu conteúdo normativo. Para tanto, serão apreciados três temas centrais e basilares do ramo juslaboral: o *princípio da proteção*; o *princípio do direito do trabalho mínimo*; e as *funções do Direito do Trabalho*.

#### **2.3.1 O princípio da proteção**

Dada a relevância da temática, é de bom alvitre começar este tópico enunciando que o princípio protetor insere-se como ponto de partida para a formação do Direito do Trabalho, como fio condutor para seu desenvolvimento e como motriz para sua existência. Ele

é a “a raiz sociológica do Direito do Trabalho e imanente a todo o seu sistema jurídico”.<sup>112</sup> É o princípio cardeal, a viga mestra, a pedra de torque do ramo juslaboral. Segundo PINHO PEDREIRA, “a proteção do trabalhador é a causa fim do Direito do Trabalho”.<sup>113</sup>

Com o mesmo ponto de vista, aduz VIANA que “a norma trabalhista não busca apenas *regular* as relações entre dois contratantes (para isso seria bastante o direito comum), mas *proteger* um deles, em face do outro. Se a tutela se vai, nada lhe sobra de especial”.<sup>114</sup>

Simple assim: sem a proteção ao trabalhador não haveria Direito do Trabalho; sem o princípio da proteção não há razão de ser para a sua existência.

Como a História descreve, o Direito do Trabalho surge intervencionista, “como reação aos postulados da Revolução Francesa (1789) que asseguravam a completa autonomia da vontade nas relações contratuais, permitindo a exploração do trabalhador”.<sup>115</sup>

Em outros termos: ele revela-se sob a forma de medidas cogentes e tutelares do Estado contra aspectos desumanos, degradantes e perversos da exploração de uns homens sobre os outros.<sup>116</sup> Isto é, como instrumento para atribuir certa civilidade (embora hodiernamente ainda incipiente e precária) à exploração do trabalho pelo capital.

Desse modo, o ramo juslaboral despontou da necessidade de proteger o trabalhador em sua condição de ser humano, atuando no cercear da liberdade contratual trabalhista, quando ela mesma torna-se instrumento de opressão do mais forte em relação ao mais fraco. Consoante RIPERT, citado por SÜSSEKIND, “a experiência demonstrou que a liberdade não basta para assegurar a igualdade, pois os mais fortes depressa se tornam opressores”.<sup>117</sup> É pertinente também a máxima “entre o fraco e o forte a liberdade escraviza, a lei é que liberta”.

O primeiro momento da regulação das relações de trabalho (em sua origem, restrita à forma subordinada e ainda atrelada à modalidade contratual da locação de serviços) ficou a cargo da regulação civil, até então baseada na igualdade entre os contratantes, na

<sup>112</sup> SÜSSEKIND *et al.* *Instituições de Direito...*, v. 1, p. 128.

<sup>113</sup> PEDREIRA DA SILVA, *Principiologia do Direito...*, 2. ed., p. 26.

<sup>114</sup> VIANA, A proteção social do... *In: PIMENTA, et al. Direito do Trabalho...*, p. 170.

<sup>115</sup> SÜSSEKIND *et al.* *Instituições de Direito...*, v. 1, p. 128.

<sup>116</sup> PINHO PEDREIRA descreve o cenário da exploração dos trabalhadores pós-Revolução Industrial: “Movidos pela ânsia de obter grandes lucros e pela necessidade de enfrentarem a competição que entre eles se estabeleceu, desencadearam os industriais a mais desenfreada exploração de seus operários, pagando-lhes salários irrisórios, submetendo-os a jornadas extenuantes, a numerosos acidentes pelo manejo de máquinas perigosas, dos quais frequentemente resultavam incapacidades totais, colocando-os em ambientes de trabalho insalubres e arriscados, nos quais contraíam muitas enfermidades, e não lhes prestando assistência quando adoeciam ou em qualquer outra situação em que a necessitassem”. PEDREIRA DA SILVA, *Principiologia do Direito...*, 2. ed., p. 27.

<sup>117</sup> SÜSSEKIND *et al.* *Instituições de Direito...*, v. 1, p. 128.

autonomia da vontade e na filosofia política individualista, asseguradas pelo Estado em face dos postulados da Revolução Francesa e interesses da classe burguesa.

Contudo, foi-se verificando que, em verdade, referida igualdade se detinha estritamente ao plano jurídico, já que a realidade demonstrava que a inferioridade do contratante-trabalhador era tamanha que quem impunha unilateralmente as cláusulas e condições de trabalho era exclusivamente o tomador desses serviços, que o fazia livremente, de acordo com a nefanda lei da oferta e da procura.<sup>118</sup>

Dessa maneira, o trabalhador, que necessita da contraprestação pelo seu trabalho para a subsistência própria e a de sua família, sujeitava-se (e ainda hoje se sujeita) a quaisquer condições que o tomador de serviços lhe impunha, posto que não era livre para negociar a melhor forma de regulação de seus interesses.

Então, diante da insuficiência de uma igualdade apenas formal – somada à pressão dos sindicatos, partidos políticos e pensadores de ideias progressistas, principalmente de cunho marxista, além da comoção social diante das barbáries contra os trabalhadores –, finalmente, interveio o Estado nas relações econômicas de trabalho.

Essa intervenção, desde sua origem, foi no sentido de proteger o hipossuficiente trabalhador, mediante a prescrição de regras imperativas e irrenunciáveis destinadas à fixação condições de trabalho minimamente necessárias a uma prestação de serviços com dignidade.

Em outros termos, a intervenção do Estado nas relações de trabalho inclina-se para a compensação da desigualdade fática do trabalhador (econômica, hierárquica, cultural, histórica, de oportunidades, de acessos etc.) com uma proteção jurídica que a ele é favorável. Adota o Estado, na tentativa de estabelecer certo nivelamento fático entre os contratantes trabalhistas, a técnica jurídica de tratar desigualmente os desiguais.

PLÁ RODRIGUES cita RADBRUCH, que menciona: “a igualdade deixa assim de constituir ponto de partida do direito para converter-se em meta ou aspiração da ordem jurídica”.<sup>119</sup> Aquele autor cita, ainda, L`HOMME, neste mesmo diapasão:

O Direito do Trabalho parece como um direito unilateral porque em seu ponto de partida existe um propósito deliberado, uma preocupação bem definida de favorecer a título exclusivo, ou pelo menos principal, a certas categorias de pessoas. Abandona decididamente o princípio da igualdade jurídica. Para compensar a desigualdade

<sup>118</sup> Eis nessas razões os fundamentos para enquadrar o contrato individual do trabalho como um contrato de adesão.

<sup>119</sup> RADBRUCH, Gustavo. *Introducción a la Filosofía del Derecho*, 1951 apud PLÁ RODRÍGUEZ, *Principios de...*, p. 30.

econômica que se foi acentuando, cria-se em proveito dos trabalhadores uma série de vantagens que são unilaterais.<sup>120</sup>

Portanto, o Direito do Trabalho, apoiando-se na proteção ao trabalhador, emerge na tentativa de suplantar uma igualdade meramente formal em prol de igualdade material (real, substanciada) e, sobremaneira, condizente aos valores inerentes à pessoa humana.

Dessa maneira, claro o fundamento primordial que orienta o Direito do Trabalho: o amparo e tutela ao trabalhador (hipossuficiente da relação), inspirado em um propósito de igualdade material e no ideal de justiça social, apresentando-se como ponto de partida e diretriz subsequente de toda a normatividade jurídico-trabalhista.

Destaca-se que impossível se compreender o Direito do Trabalho sem esse olhar pretérito e tuitivo, mormente para entender o seu significado ontológico, teleológico e axiológico, e, a partir daí, moldá-lo para que consiga *efetivamente* alcançar os objetivos por que pugna.

De outro lado, o Direito do Trabalho sem o princípio de proteção ao trabalhador – objetivando a equalização nas diversas formas de relações laborais nas quais se constata um hipossuficiente –, perde o próprio sentido de sua existência e fica completamente alheio ao seu fim primordial enquanto direito social.

Para PINHO PEDREIRA<sup>121</sup>, os fundamentos deste princípio são: a *subordinação jurídica do trabalhador ao empregador* (que reverbera a supremacia deste sobre aquele, sobremaneira por se tratar de uma relação de poder); a *superioridade hierárquica do empregador* (que detém o exercício do poder diretivo, inclusive na sua faceta disciplinar); a *dependência econômica do trabalhador em face do empregador* (que decorre do fato de o trabalhador necessitar do trabalho e do salário como único ou principal meio de subsistência); o *comprometimento da própria pessoa do trabalhador* no desempenho da prestação de serviços (porquanto o obreiro submete-se, na execução dos serviços, a uma diversidade de riscos à sua incolumidade moral e física); a *ignorância do empregado a respeito das condições de trabalho e dos seus próprios direitos* (que se agrava no Brasil, levando-se em consideração o percentual de analfabetismo e o quase analfabetismo da população); e o *crônico desequilíbrio do mercado de trabalho* (já que, apesar dos movimentos flutuantes, se a oferta de trabalho é superior à demanda, a força contratual daqueles que se colocam no mercado é certamente inferior àquela dos potenciais adquirentes).

<sup>120</sup> L'HOMME, Jean. *El Derecho del Trabajo y su carácter unilateral*, em “la ley”. 14.02.48, t. IXLIX, p. 1003, p. 1003, *apud* PLÁ RODRÍGUEZ, *Princípios de...*, p. 31.

<sup>121</sup> PEDREIRA DA SILVA, *Principiologia do Direito...*, 2. ed., p. 24-6.

Como se afeere, os fundamentos do princípio da proteção estão atrelados, direta ou indiretamente, à inferioridade ou hipossuficiência do trabalhador, que, por sua vez, está relacionada à falta de liberdade na manifestação da sua vontade.

Então, forçoso dizer que o trabalhador necessita de proteção em diversos momentos: pré-contratual, contratual propriamente dito, da terminação do contrato e pós-terminação contratual (inclusive, e principalmente, quando desempregado). Ou seja, a necessidade de tutela pelo trabalhador arrasta-se e o acompanha por toda sua vida, laborativa ativa ou inativa.

Quanto às formas de proteção, preleciona CESARINO JÚNIOR:

Esta proteção pode consistir numa autoproteção, quando resulta principalmente da união, da organização desses indivíduos: é o caso do Direito Corporativo; ou numa heteroproteção, quando resulta precipuamente da ação do Estado, embora, em certos casos com pequena participação dos hipossuficientes.<sup>122</sup>

Logo, o sistema de proteção ao trabalhador não se restringe às medidas interventivas estatais (não só por meio do Direito do Trabalho, mas também por intermédio do Direito Previdenciário), abarcando, ainda, a proteção alcançada mediante a atuação de seus legítimos representantes, os sindicatos das categorias, inclusive quando adotam a greve como mecanismo de resistência e autotutela.

Importante dizer que contemporaneamente a hipossuficiência do trabalhador e a decorrente necessidade de proteção não desaparecem quando da reunião dos trabalhadores; ao contrário, resplandecem e reverberam das organizações sindicais profissionais.

É ainda de se reconhecer o aspecto dinâmico do princípio da proteção, tal como o faz MURADAS:

O sentido tuitivo, em uma perspectiva dinâmica, se relaciona à ideia de ampliação e aperfeiçoamento de institutos e normas trabalhistas. Assim, afiança-se o compromisso da ordem jurídica promover, quantitativamente e qualitativamente, o avanço das condições de pactuação da força de trabalho, bem como a garantia de eu não serão estabelecidos recuos na situação sociojurídica dos trabalhadores. Por conseguinte, são consectários lógicos do princípio da proteção, o princípio da norma mais favorável e o princípio da progressividade dos direitos sociais.<sup>123</sup>

---

<sup>122</sup> CESARINO JÚNIOR, *Direito Social brasileiro*. 1940, p. 31 *apud* SÜSSEKIND *et al.* *Instituições de Direito...*, v. 1, p. 102.

<sup>123</sup> MURADAS, *O princípio da...*, p. 20.

PLÁ RODRIGUES<sup>124</sup> considera que o princípio da proteção divide-se em três regras distintas e independentes, cada qual não se subordinando ou derivando da outra: *regra in dubio pro operário* (permite ao juiz ou ao intérprete escolher dentre vários sentidos possíveis de uma norma aquela que seja mais favorável ao trabalhador); *regra da norma mais favorável* (determina que, no caso de haver mais de uma norma aplicável, deve-se optar por aquela que seja mais favorável ao trabalhador, ainda que não seja a que corresponda aos critérios clássicos de hierarquia das normas); e *regra da condição mais benéfica* (consiste no critério pelo qual a aplicação de uma nova norma trabalhista nunca deve servir para diminuir as condições mais favoráveis em que se encontrava um trabalhador).

Primeiro, registre-se que, embora a precisão do apontamento do conteúdo de cada um dos três citados enunciados, o que PLÁ RODRIGUES denomina de *regras*, em verdade, consubstancia verdadeiros princípios normativos do Direito do Trabalho. Segundo, mais adequada é a proposição de DELGADO, que prega que este desdobramento não deve prevalecer, haja vista que o princípio tuitivo:

[...] não se desdobra apenas nas três citadas dimensões; abrange, essencialmente, quase todos (senão todos) os princípios especiais do Direito Individual do Trabalho. Como excluir essa noção do princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas? Ou do princípio da inalterabilidade contratual lesiva? Ou da noção genérica de despersonalização da figura do empregador (e suas inúmeras conseqüências protetivas ao obreiro)?<sup>125</sup>

Por essa razão, sustenta-se que o princípio da proteção é anterior e fundamentador de todos os demais princípios peculiares do Direito do Trabalho, o que impossibilita, qualquer divisão do princípio tuitivo em apenas três outros princípios, de aplicabilidade mais específica.

Como o mesmo pensamento, SÜSSEKIND esteia que “os fundamentos jurídico-políticos e sociológicos do *princípio da proteção* geram, sem dúvida, outros, que dele são filhos legítimos”.<sup>126</sup> Também PINHO PEDREIRA: “dos princípios fundamentais do Direito do Trabalho é o de proteção o mais relevante e mais geral, dele constituindo os demais simples derivações”.<sup>127</sup>

Quanto à aplicabilidade do princípio da proteção, necessário colacionar outro esclarecimento, de DELGADO:

<sup>124</sup> PLÁ RODRÍGUEZ, *Princípios de Direito...*, 42-3.

<sup>125</sup> DELGADO, *Princípios de Direito Individual...*, p.42.

<sup>126</sup> SÜSSEKIND *et al. Instituições de Direito...*, v. 1, p. 129.

<sup>127</sup> PEDREIRA DA SILVA, *Principiologia do Direito...*, 2. ed., p. 26.

O princípio tuitivo, desse modo, explica o Direito do Trabalho, sua estrutura e funcionamento geral e busca protegê-lo de modificações drásticas que descaracterizem sua natureza, função e objetivos teleológicos. Porém, no cotidiano da aplicação desse ramo jurídico especializado, normalmente cede espaço a regras e princípios mais particularizados, que realizam a tutela geral inspirada pela diretriz da proteção.<sup>128</sup>

Conclui-se, então, coadunando com o entendimento supraesboçado, que o princípio da proteção ao hipossuficiente trabalhador informa e é parte constituinte não só da essência do Direito do Trabalho, mas também de todo o seu arcabouço principiológico e normativo: parte inseparável. Contudo, sua aplicação prática é mais restrita, já que cede espaço a outras regras e princípios particulares do Direito do Trabalho de aplicabilidade específica.

### 2.3.2 O princípio da norma mínima

Importante decorrência direta do princípio da proteção é a *diretriz do direito do trabalho mínimo* (também chamado “princípio da norma mínima”), que enuncia que as normas de Direito do Trabalho, irrenunciáveis e imperativas, devem ser compreendidas como um “patamar civilizatório mínimo”<sup>129</sup>, isto é, como instituidoras de rol mínimo de direitos, qualitativa e quantitativamente considerados, deferidos aos trabalhadores.

Acerca do conteúdo mínimo formado pelas normas heterônomas, SÜSSEKIND explana:

O princípio da proteção do trabalhador resulta das normas imperativas e, portanto, de ordem pública, que caracterizam a instituição básica do Estado nas relações de trabalho, visando a opor obstáculos à autonomia da vontade. Essas regras cogentes formam a base do contrato de trabalho – uma linha divisória entre a vontade do Estado, manifestada pelos poderes competentes, e a dos contratantes. Estes podem complementar ou suplementar o mínimo de proteção legal.<sup>130</sup>

<sup>128</sup> DELGADO, *Curso de Direito...*, 7. ed., p.42-3.

<sup>129</sup> Expressão cunhada por Maurício Godinho Delgado.

<sup>130</sup> SÜSSEKIND *et al. Instituições de Direito...*, v. 1, p. 127.



Com apoio nesse juízo, MARTINS sustenta que “no Direito do Trabalho a lei estabelece um mínimo, mas as partes podem convencionar direitos superiores a esse mínimo”.<sup>131</sup>

Importante, ainda, colacionar palavras de MORAIS FILHO:

Quando o Estado intervém nas relações privadas de trabalho, substitui a livre manifestação da vontade de cada um pela sua própria vontade, pela proposição legal. A teoria da autonomia da vontade cede passo à teoria da lei. O interesse maior que está em jogo é o do Estado, da sociedade, da comunidade, desaparecendo, a rigor, as pessoas particulares de empregados e empregadores. O pouco que subsiste de direito privado é absorvido pelo direito público, que lhe traça imperativamente as condições mínimas essenciais de existência. A rigor, de contratual não existe mais nada, tornando inteiramente regulamentarista o próprio núcleo central do novo direito.<sup>132</sup>

Assim, a diretriz do direito do trabalho mínimo limita de modo demasiado (tuitivamente e certamente) a margem de atuação da autonomia privada seja individual ou coletiva, estabelecendo o conteúdo mínimo do contrato individual de trabalho e das normas decorrentes das convenções e acordos coletivos de trabalho.

Em outros termos, a atuação da autonomia privada – repita-se, seja na edição de cláusulas contratuais ou na edição de normas de convenções e acordos coletivos de trabalho – deve ser sempre direcionada a implementar padrão normativo protetor suplementar ao conteúdo legal mínimo, jamais restringindo ou precarizando direitos.

Detidamente no que se refere ao conteúdo normativo estabelecido pelas convenções coletivas de trabalho, ÁLVARES DA SILVA, complementa que “toda vez que um elemento da categoria contrair uma relação de emprego, através de um contrato individual, este terá, previa e preliminarmente, como conteúdo obrigatório aquelas condições mínimas estabelecidas pela convenção coletiva”.<sup>133</sup>

Salienta-se que o mesmo raciocínio é o adotado para as normas oriundas de convenções internacionais do trabalho da OIT quando ratificadas pelo Brasil. Isto é, somente terão aplicação no ordenamento jurídico interno pátrio caso elevem ou complementem a normatização heterônoma mínima, jamais quando impliquem padrão normativo que represente retrocesso sociojurídico ao trabalhador.

<sup>131</sup> MARTINS, *Direito do Trabalho*, p. 17.

<sup>132</sup> MORAIS FILHO; MORAIS, *Introdução ao Direito...*, p. 124.

<sup>133</sup> ÁLVARES DA SILVA, *Direito Coletivo do Trabalho*, p. 155.

Nesse sentido, BARZOTTO exprime que “a OIT pretende fixar um piso sobre o qual evolui o direito interno do país, não sendo a vocação das normas internacionais a redução de patamares já alcançados pelo direito interno”.<sup>134</sup> Consubstanciam, então, as normas internacionais do trabalho um patamar mínimo universal de proteção trabalhista.

PINHO PEDREIRA argumenta, com a adequada abrangência, que “o Direito do Trabalho é um conjunto de garantias mínimas para o trabalhador, que pode ser ultrapassado em seu benefício”.<sup>135</sup> Em outros termos, o heterônimo estatal, o heterônimo internacional, o autônomo nacional e o contratual trabalhista, representam o mínimo de direitos devidos aos trabalhadores, que devem ser balizados sempre pela melhoria progressiva das condições de labor. Seguindo o mesmo mote, aduz PLÁ RODRIGUEZ:

O característico no Direito do Trabalho é que cada uma de suas normas fixa níveis mínimos de proteção. Ou seja, nada impede que acima desses níveis – que determinam o piso, porém não o teto, das condições de trabalho [...] possam ir sendo aprovadas outras normas que melhorem aqueles níveis de proteção.<sup>136</sup>

O “conteúdo institucional do contrato de trabalho”<sup>137</sup> será informado pelo conteúdo normativo heterônimo (mínimo, seja estatal ou internacional de aplicação interna) e pelo que lhe complementa ou suplementa normativamente as convenções e os acordos coletivos de trabalho (também considerados implementos mínimos).

Após fixado esse substrato contratual mínimo (irrenunciável, imperativo e de ordem pública), poderão as partes (trabalhador e tomador de serviços) estabelecer disposições contratuais outras dentro daqueles limites; isto é, desde que não impliquem prejuízo ao trabalhador (ou seja, alteração *in pejus*).

Ressalvam-se, entretanto, as normas de ordem pública quando proibitivas – *e.g.* sobre a vedação de trabalho noturno, perigoso ou insalubre ao menor de dezoito anos ou a vedação a qualquer trabalho ao menor de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz a partir dos quatorze anos (art. 7º, XXXIII, CRFB) –, que não podem ser objeto de estipulação contrária pelas partes, seja individualmente ou coletivamente, ainda que prevejam retribuição econômica (*e.g.* adicional noturno e adicional de insalubridade) em patamar superior ao previsto na lei e nas normas negociadas coletivamente para o trabalhador maior de dezoito anos.

<sup>134</sup> BARZOTTO, *Direitos humanos e...*, p. 97.

<sup>135</sup> PEDREIRA DA SILVA, *Principiologia do Direito...*, 2. ed., p. 30.

<sup>136</sup> PLÁ RODRÍGUEZ, *Princípios de Direito...*, p. 124.

<sup>137</sup> Expressão utilizada por SÜSSEKIND *et al.* *Instituições de Direito...*, v. 1, p. 116.

A respeito da temática normativa mínima, conclui ALONSO OLEA, citado por PINHO PEDREIRA, que a diretriz em comento trata-se de verdadeiro “princípio de norma mínima”<sup>138</sup>, com o seguinte enunciado conclusivo:

Cada tipo de norma trabalhista imperativa opera, segundo seu posto formal, como condicionante mínimo do conteúdo das que se seguem em hierarquia, isto é, ao estatuir cada norma sobre as condições de trabalho deve-se ter em conta que as estabelecidas nas de posto superior são inderrogáveis em prejuízo do trabalhador. Embora o mandamento que o princípio implica seja dirigido aos poderes normativos, dele deriva que sejam nulas, ou não devam ser aplicadas pelos tribunais, quaisquer normas que impliquem redução dos mínimos estabelecidos por outra de nível superior em favor do trabalhador, aos quais não pode este renunciar<sup>139</sup> (grifos acrescidos).

Por todo o exposto sobre o princípio da norma mínima, devem ser compreendidas as normas do Direito do Trabalho, em sua integralidade e independente das fontes das quais originam, como o conteúdo normativo mínimo dos contratos individuais de trabalho. Por corolário, os direitos previstos nas normas juslaborais, qualitativa e quantitativamente considerados, não podem ser restringidos ou renunciados por intermédio de ações estatais nem sindicais ou pelas próprias partes contratuais trabalhistas. Caso seja constada a violação ao princípio da norma mínima, a cláusula contratual ou o preceito normativo devem ser declarados nulos, restabelecendo, consequentemente, o padrão regulatório mais benéfico ao trabalhador. Salienta-se que a referida diretriz, ou princípio, encontra respaldo na Carta de 1988, que prevê expressamente no *caput* do art. 7º: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, *além de outros que visem à melhoria de sua condição social* [...]”.

### 2.3.3 As funções e os paradoxos do Direito do Trabalho

“Qual é o sistema de valores que o Direito do Trabalho pretende realizar?”<sup>140</sup>

A pergunta é colocada nesses exatos termos por NASCIMENTO em sua *Introdução ao Estudo do Direito do Trabalho*, especificamente no capítulo que destina ao estudo das funções do Direito do Trabalho. Fala o autor que o estudo da temática “refere-se aos objetivos

<sup>138</sup> PEDREIRA DA SILVA, *Principiologia do Direito...*, 2. ed., p. 30-1.

<sup>139</sup> OLEA, Manuel Alonso; BAAMONDE, Maria Emília Casas. *Derecho del Trabajo*. Universidade de Madri, 13. ed., 1993, p. 870 *apud* PEDREIRA DA SILVA, *Principiologia do...*, p. 31.

<sup>140</sup> NASCIMENTO, *Iniciação ao Direito...*, p. 68.

ou propósitos do ordenamento trabalhista, tratando, portanto, de saber qual é o papel que desempenha na sociedade”.<sup>141</sup>

Com o mesmo pensamento, DELGADO inicia sua apreciação acerca das funções do ramo juslaboral, expondo que “todo Direito, como instrumento de regulação de instituições e relações humanas, atende a fins preestabelecidos em determinado contexto histórico”<sup>142</sup>, articulando, também, que “todo Direito é, por isso, teleológico, finalístico, na proporção em que incorpora e realiza um conjunto de valores socialmente considerados relevantes”.<sup>143</sup> Especificamente no que concerne ao Direito do Trabalho, diz o autor que o ramo juslaboral “destaca-se exatamente por levar a certo clímax esse caráter teleológico que caracteriza o fenômeno do Direito”.<sup>144</sup>

REALE, abordando o Direito de uma forma mais ampla, elucida:

[...] ao contrário das leis físico-matemáticas, as leis culturais [incluindo aqui as jurídicas] caracterizam-se por sua *referibilidade* a valores, ou, mais especificamente, por adequarem *meios* a *fins*. Daí sua natureza *axiológica* ou *teleológica*, não sendo demais lembrar que Axiologia significa "teoria dos valores"; e Teleologia, "teoria dos fins".<sup>145</sup>

Pode-se dizer, então, que as funções do Direito do Trabalho referem-se aos valores ou aos fins que o ramo juslaboral pretende desempenhar na sociedade. Em forma de problema, seria: Quais são os objetivos do Direito do Trabalho? Em outras palavras: Por qual razão ele emerge historicamente no mundo jurídico enquanto uma resposta à necessidade de regulamentação social? E, conseqüentemente, por qual razão ele permanece contemporaneamente?

Quanto à forma de aferição das funções do Direito do Trabalho, conjetura-se que deve resultar de duas análises conjugadas. De um lado, elas devem ser auferidas do seu conjunto normativo (sobremaneira, o principiológico), que estabelece a orientação finalística e axiológica da construção (criação e modificação) e a interpretação de suas próprias normas. De outro lado, elas são auferidas a partir da análise do impacto (ou efeitos) que acarreta à sociedade na qual são aplicadas em diversos momentos históricos.

Pautando-se na temática já discorrida sobre o princípio da proteção e o princípio do direito do trabalho mínimo, do conjunto normativo do Direito do Trabalho, inclusive de

<sup>141</sup> NASCIMENTO, *Iniciação ao Direito...*, p. 68.

<sup>142</sup> DELGADO, *Curso de Direito...*, 9. ed., p. 55.

<sup>143</sup> DELGADO, *Curso de Direito...*, 9. ed., p. 55.

<sup>144</sup> DELGADO, *Curso de Direito...*, 9. ed., p. 55-6.

<sup>145</sup> REALE, *Lições preliminares de Direito*, p. 29.

procedência constitucional, resplandece a função central do ramo juslaboral: *a tutela do trabalhador direcionada a imprimir lhe uma melhoria progressiva (ininterrupta e sem retrocessos) das condições de contratação, econômica e social.*<sup>146</sup>

Do mesmo modo, embora com sentido mais restrito (já que não reverbera a ideia de progressividade, embora reflita, em certa medida, a de vedação do retrocesso sociojurídico do trabalhador), posiciona-se DELGADO:

De fato, o ramo justralhista incorpora, no conjunto de seus princípios, regras e institutos, um valor finalístico essencial, que marca a direção de todo o sistema jurídico que compõe. Este valor – e a conseqüente direção teleológica imprimida a este ramo jurídico especializado – consiste na melhoria das condições de pactuação da força de trabalho na ordem socioeconômica. Sem tal valor e direção finalística, o Direito do Trabalho sequer se compreenderia, historicamente, e sequer justificar-se-ia, socialmente, deixando, pois, de cumprir sua função principal na sociedade contemporânea. [...] A força desse valor e direção finalístico está clara no núcleo basilar de princípios específicos do Direito do Trabalho, tornando excetivas normas justralhistas vocacionadas a imprimir padrão restritivo de pactuação das relações empregatícias.<sup>147</sup>

Relacionando-se diretamente a essa função central do Direito do Trabalho, doutrinadores arrolam ainda a *função de tutela*<sup>148</sup>, a *função civilizatória e democrática*<sup>149</sup> e a *função de promover a justiça social*.<sup>150</sup>

<sup>146</sup> Em sentido semelhante, SOUTO MAIOR explana que “a regra fundamental do Direito do Trabalho é a perseguição da melhoria progressiva da condição econômica e social do trabalhador”. SOUTO MAIOR, *A supersubordinação... In: Revista do Tribunal...*, p. 161. E, no mesmo diapasão, MARTINS sustenta que a finalidade do Direito do Trabalho é melhorar as condições de trabalho e sociais do trabalhador. MARTINS, *Direito do Trabalho*, p. 22.

<sup>147</sup> DELGADO, *Curso de Direito...*, 9. ed., p. 55-6.

<sup>148</sup> Para NASCIMENTO, o Direito do Trabalho cumpre duas funções: a tutelar e a coordenadora das relações individuais e coletivas do trabalho, explanando assim: “o debate sobre as funções do direito do trabalho não pode perder de vista as suas origens, nitidamente tutelares dos assalariados, inerentes à sua própria natureza, presentes em nossos dias, ao lado de imperativos de ordem econômica que acentuam a sua finalidade coordenadora entre o capital e o trabalho. Desse modo, o direito do trabalho cumpre uma função tutelar e coordenadora das relações individuais e coletivas de trabalho.” Cf. NASCIMENTO, *Iniciação ao Direito...*, p. 68-73.

<sup>149</sup> DELGADO arrola como terceira função do Direito do Trabalho a *civilizatória e democrática*. Explana o autor: “Cabe acrescer-se, por fim, a função civilizatória e democrática, que é própria do Direito do Trabalho. Esse ramo jurídico especializado tornou-se, na História do Capitalismo Ocidental, um dos instrumentos mais relevantes de inserção na sociedade econômica de parte significativa dos segmentos sociais despossuídos de riqueza material, e que, por isso mesmo, vivem essencialmente, de seu próprio trabalho. Nesta linha, ele adquiriu o caráter, ao longo dos últimos 150 anos, de um dos principais mecanismos de controle e atenuação das distorções socioeconômicas inevitáveis do mercado e sistema capitalista. Juntamente com isso, também dentro de sua função democrática e civilizatória, o Direito do Trabalho consumou-se como um dos mais eficazes instrumentos de gestão e moderação de uma das mais importantes relações de poder existentes na sociedade contemporânea, a relação de emprego”. DELGADO, *Capitalismo, trabalho...*, p. 125.

<sup>150</sup> No sentido de promoção da justiça social, SOUTO MAIOR glosa: “O Direito do Trabalho, ademais, só existe, na qualidade de ramo autônomo do Direito, ligado à raiz do Direito Social, por conta da sua finalidade específica de impor limites ao poder econômico e promover a justiça social, que é o fundamento da garantia da paz mundial, conforme revela o preâmbulo da Constituição da OIT, fixado no Tratado de Versalhes” SOUTO MAIOR, *A supersubordinação... In: Revista do Tribunal...*, p. 167. Neste sentido também ÁLVARES DA SILVA,

Designadamente no que se refere à função de promoção da justiça social, convém estabelecer uma importante distinção atávica aos segmentos individual e coletivo do Direito do Trabalho.

O Direito do Trabalho (propriamente, o Direito individual do Trabalho), ao estender seu manto tutelar e regulamentador a universo cada vez maior de trabalhadores (não apenas aos subordinados clássicos<sup>151</sup>), promove um mínimo de distribuição de riquezas, o que implica a imposição de freios e limites à justiça cumulativa abusiva e exploradora do capital sobre o trabalho.<sup>152</sup> Nesse sentido, o Direito do Trabalho atua também na retirada do homem da condição de absoluta miserabilidade, conferindo-lhe um mínimo de civilidade, alcançado por intermédio de também um mínimo poder aquisitivo.

De outro lado, o Direito do Trabalho (propriamente, o Direito coletivo do Trabalho), por intermédio dos movimentos reivindicativos sindicais e da negociação coletiva, quando suplementa ou completa o patamar heterônomo mínimo, sejam em termos quantitativos ou qualitativos de direitos, promove, em certa medida, a justiça distributiva, reduzindo a desigualdade socioeconômica entre os homens.

Assim, ao compreender e interpretar o Direito individual do Trabalho sempre no sentido de extensão de suas normas a universo maior de trabalhadores hipossuficientes e o Direito coletivo do Trabalho sempre no sentido de elevação quantitativa e qualitativa de direitos, fomenta-se que o Direito do Trabalho exerça efetivamente importante *função de realização da justiça social e de reafirmação da dignidade humana*.

---

conforme se pode auferir da seguinte explanação: “A preservação do trabalho e de quem o presta, bem como as condições justas de sua prestação, são objetivos da Ciência do Direito. Para isso é que se criou o Direito do Trabalho em todos os seus ramos e subdivisões”. ÁLVARES DA SILVA, *Flexibilização das relações de trabalho*, p. 19. NASCIMENTO também arrola a função social do Direito do Trabalho, contudo sem concordar com esse papel desempenhado pelo ramo juslaboral. Cf. NASCIMENTO, *Iniciação ao Direito...*, p. 69.

<sup>151</sup> O entendimento de aplicação restrita do Direito do Trabalho aos empregados clássicos (compreendidos como aqueles que se sujeitam à subordinação jurídica na acepção clássica, isto é, de forte heterodireção patronal) ainda se mostra, pesarosamente hegemônica e, como consequência, excluem-se do manto regulamentar juslaboral diversos trabalhadores hipossuficientes.

<sup>152</sup> DELGADO lista também como função do ramo juslaboral a modernizante e progressista, do ponto de vista econômico e social, expressando-se com os seguintes dizeres: “Uma segunda função notável do Direito do Trabalho é seu caráter modernizante e progressista, do ponto de vista econômico e social. Nas formações socioeconômicas centrais – a Europa Ocidental, em particular – a legislação trabalhista, desde seu nascimento, cumpriu relevante papel de generalizar ao conjunto do mercado de trabalho aquelas condutas e direitos alcançados pelos trabalhadores nos segmentos mais avançados da economia, impondo, desse modo, a partir do setor mais moderno e dinâmico da econômica, condições mais modernas, ágeis e civilizadas de gestão da força de trabalho”. Contudo, salienta o autor: DELGADO, *Curso de Direito...*, 9. ed., p. 56. “É verdade que esse caráter progressista não se percebe com tanta clareza no caso brasileiro, em face da conformação retrograda e contraditória do modelo trabalhista do país, inspirado em padrão mais primitivo de organização socioproductiva”. DELGADO, *Curso de Direito...*, 9. ed., p. 56.

Ademais, pelo exposto, explicita-se uma função específica do Direito individual do Trabalho (extensão de seu campo pessoal de aplicação) e outra do Direito coletivo do Trabalho (majoração de direitos sociotrabalhistas).

De outro lado, é necessário averiguar os impactos (ou efeitos) que acarreta o Direito do Trabalho na sociedade à qual são aplicadas suas normas ao longo dos momentos históricos.

Realizando um retrospecto histórico, de um lado, como visto, o surgimento do Direito do Trabalho está atrelado à necessidade de tutela ao trabalhador, daí resplandecendo a função eminente do Direito do Trabalho. Mas, de outro lado, o surgimento do Direito do Trabalho também está ligado à reação estatal aos movimentos sociais de cunho revolucionário, que, “baseados em teorias de cunho marxista, buscaram, pela tomada de consciência da classe proletária, a superação da sociedade de classes, com a consequente eliminação da própria classe burguesa dominante”.<sup>153</sup>

NEVES DELGADO explana:

Inevitavelmente, o Estado Liberal viu-se coagido a utilizar a estratégia da implementação de alguns direitos sociais e de práticas governamentais democráticas, incorporando à sociedade e ao Direito a voz e as pretensões dos setores socialmente desfavorecidos, na tentativa de evitar a perda de sua hegemonia no poder.<sup>154</sup>

Portanto, o Direito do Trabalho também aparece com a *finalidade de contenção de lutas operárias* e como reação do próprio sistema capitalista, que age pelo instinto a favor da própria perpetuação.

Explicando: o Estado, “concedeu”<sup>155</sup> direitos mínimos aos trabalhadores no plano do Direito individual do Trabalho. Contudo, simultaneamente, conteve e oprimiu os movimentos operários no plano do Direito coletivo do Trabalho. Em outras palavras, contemplou os trabalhadores no plano individual e, ao mesmo tempo, tolheu e sufocou a capacidade de luta e de reivindicação no plano coletivo (ceifando a verdadeira forma de emancipação social do trabalhador).

<sup>153</sup> SOUTO MAIOR, A supersubordinação... In: *Revista do Tribunal...*, p. 171.

<sup>154</sup> DELGADO, As relações de trabalho... In: HENRIQUE; DELGADO, *Terceirização no...*, p. 30.

<sup>155</sup> Em verdade, PINHO PEDREIRA esclarece que a edição de normas heterônomas para a regular os contratos individuais do trabalho não foi simples “concessão” estatal: “No Brasil, o Direito do Trabalho não foi, como querem alguns, simples dádiva do poder. Para exemplificar, a lei de acidentes do trabalho (Lei n. 3.724, de 15 de janeiro de 1919), uma das nossas primeiras leis sociais, resultou de uma greve geral e consequente agitação operária em São Paulo, que levaram o Presidente e as bancadas daquele Estado no Congresso Nacional a solicitá-la. O grande impulso da legislação do trabalho no país a partir da vitória da revolução de 1930 decorreu

Esse caráter conservador e autoritário pode ser verificado perfeitamente no texto originário da Consolidação das Leis do Trabalho: é tutelar no que pertine aos direitos individuais trabalhistas, embora, quando de sua edição, em um contexto econômico eminentemente agrário, era inaplicável aos rurícolas (art. 7º, “b”, da CLT). E, de outro lado, é extremamente autoritária e corporativista no que se refere ao Direito coletivo do Trabalho, considerando os sindicatos como *longa manus* do Estado, controlados, direta e efetivamente, pelo Ministério do Trabalho<sup>156</sup> no exercício de atividades até então tidas como “serviço público descentralizado”. É de se notar que esse cenário sofreu algumas adequações em face da promulgação da Constituição da República, em 1988.<sup>157</sup>

Por essa razão, ensina NASCIMENTO que o Direito do Trabalho é “a expressão da vontade opressora do Estado, para sufocar os movimentos operários”<sup>158</sup> e outros doutrinadores arrolam como funções do Direito do Trabalho a *função conservadora*<sup>159</sup>, ou *função política conservadora*.<sup>160</sup>

Importante salientar que essa função conservadora é muito mais perceptível no plano do Direito coletivo do Trabalho, já que camuflada por concessões no plano do Direito individual do Trabalho, que, inevitavelmente, inibe a revolta e a contestação dos trabalhadores.<sup>161</sup>

---

da participação popular e, pois, dos trabalhadores, naquele movimento político”. PEDREIRA DA SILVA, *Principiologia do Direito...*, 2. ed., p. 29.

<sup>156</sup> Atualmente, mencionado Ministério recebe o designativo Ministério do Trabalho e Emprego.

<sup>157</sup> Em linhas gerais, a Constituição Federal apresentou os seguintes avanços democráticos quanto ao sistema sindical: afastou a possibilidade de interferência e intervenção do Estado nas organizações sindicais; reforçou o papel dos sindicatos na defesa dos interesses individuais e coletivos da categoria, em questões judiciais e administrativas; assegurou a liberdade sindical, através da qual ninguém será obrigado a filiar-se ou manter filiado; reforçou a importância das negociações coletivas de trabalho, com a presença obrigatória dos sindicatos profissionais; estabeleceu garantia provisória de emprego aos dirigentes sindicais e suplentes, do registro da candidatura e, se eleito, até um ano após o final do mandato. Mas, por outro lado, a Carta de 1988 manteve traços do sistema sindical anterior, de cunho corporativista, instaurado a partir da década de 1930: unicidade sindical (em anteposição à plena liberdade, preconizada pela Convenção n. 87 da OIT); o critério de aglutinação por categoria profissional (como o dominante) e critério de ofício ou profissão (para as categorias diferenciadas); o financiamento compulsório dos sindicatos; o poder normativo da Justiça do Trabalho; mecanismo de cooptação de sindicalistas, através da representação classista na Justiça do Trabalho (somente foi extirpada em 1999, com a EC 24); e as hipóteses de flexibilizar direitos trabalhistas, por intermédio da negociação coletiva (art. 7º, VI, XIII, XIV).

<sup>158</sup> NASCIMENTO, *Iniciação ao Direito...*, p. 68.

<sup>159</sup> Função inventariada por NASCIMENTO, contudo não aceita pelo autor. Cf. NASCIMENTO, *Iniciação ao Direito...*, p. 68.

<sup>160</sup> A função política conservadora é alistada por DELGADO, já que, segundo o autor, o Direito do Trabalho “confere legitimidade política e cultural à relação de produção básica da sociedade contemporânea. A existência do Direito do Trabalho não deixa de ser, assim, um meio de legitimação cultural e política do capitalismo [...]”. DELGADO, *Capitalismo, trabalho...*, p. 126.

<sup>161</sup> De acordo com NEVES DELGADO, “[...] o fato de os trabalhadores estarem inseridos no processo produtivo sob uma legislação social corporativo-assistencialista, naturalmente os induziria a não contestar o sistema capitalista e o Estado de Bem-Estar Social”. DELGADO, *As relações de trabalho...* In: HENRIQUE; DELGADO, *Terceirização no...*, p. 34. Também, VIANA: “Até as contradições inerentes ao capitalismo pareciam,



Ademais, nos passos do desempenho da função conservadora, o Direito do Trabalho atua também no sentido da própria legitimação do sistema capitalista, que se baseia na exploração do capital sobre o trabalho.

VIANA aclara:

E também “em massa” eram a produção, o consumo e a própria norma trabalhista. Integrando-se ao sistema, como “uma coisa dele”, o Direito do Trabalho o legitimava, e quase se podia ver um através do outro. Mas isso nunca o impediu de ser – paradoxalmente – produto (e arma) da luta. Afinal, ele “carrega em todas as épocas o aprendizado dos dominadores e, ao mesmo tempo, os germens da resistência dos dominados.”<sup>162</sup>

Convém recordar que no Brasil, quando ainda as organizações sindicais eram fortes e organizadas (década de 1960), graças à existência do ser coletivo obreiro (propiciada pela identificação dos trabalhadores com os seus pares, diante do modo de produção *fordista*, concentrado na grande indústria), a tendência estatal era de proibir as associações sindicais e, conseqüentemente, a negociação coletiva, prevalecendo o legislado. Atualmente, com o enfraquecimento dos sindicatos (graças à própria postura originária do Estado), a horizontalização da empresa (terceirizações empresariais) e as mudanças nos processos produtivos (*toyotismo*), a tendência é que prevaleça o convencionado.

A partir dessa breve análise das funções do Direito do Trabalho, emerge o grande paradoxo desse ramo jurídico especializado escancarado por SOUTO MAIOR: “o Direito do Trabalho constitui-se, portanto, uma forma de proteção e ampliação dos direitos da classe trabalhadora, servindo, ao mesmo tempo, à manutenção do próprio sistema”<sup>163</sup> “[...] acabou representando a imposição de limites necessários ao capitalismo, servindo-lhe, ao mesmo tempo, como oxigênio”.<sup>164</sup>

Sobre a última colocação do autor, é necessário explicitar outra contradição do Direito do Trabalho: ao estender seu campo pessoal de aplicação a uma generalidade maior de trabalhadores, realizando um mínimo de distribuição de riquezas, amplia-se também o campo daqueles que recebem a qualificação pessoal “consumidor”, que, inquestionavelmente, atuam como alimento (ou oxigênio) para o próprio sistema.

---

se não ‘resolvidas’, pelo menos ‘esquecidas’: os salários crescentes, por exemplo, serviam a um só tempo ao empresário (pois permitiam o consumo), ao Estado (que arrecadava mais), ao sindicato (que se fortalecia) e, naturalmente, aos próprios trabalhadores. Como porca no parafuso, a lei se inseria no contexto: o círculo era ‘virtuoso’”. VIANA, A proteção social do... In: PIMENTA, et al *Direito do Trabalho...*, p. 157.

<sup>162</sup> VIANA, A proteção social do... In: PIMENTA, et al *Direito do Trabalho...*, p. 157.

<sup>163</sup> SOUTO MAIOR, A supersubordinação... In: *Revista do Tribunal...*, p. 172.

<sup>164</sup> SOUTO MAIOR, A supersubordinação... In: *Revista do Tribunal...*, p. 172.

Conforme constatado por BARZOTTO, esse mesmo paradoxo é verificado no plano internacional, já que a pauta funcional da OIT “traduz as necessidades de um capitalismo organizado, refletindo as demandas dos Estados mais poderosos do sistema internacional que foram, no século XIX, a Inglaterra e, no séc. XX, os Estados Unidos”.<sup>165</sup> Dessa forma, “para os empregadores, a participação no regime sociolaboral internacional coincidia com a necessidade de expansão do capitalismo e da grande indústria, inclinados a um internacionalismo liberal, inspirado no “New Deal” de Roosevelt e no utopismo surgido pela Declaração de 1948”.<sup>166</sup>

Pertinente aqui colacionar o posicionamento de PINHO PEDREIRA sobre as finalidades do Direito do Trabalho:

Pareceu-nos sempre que em tempo algum o fim, em última instância, do Direito do Trabalho foi a proteção ao trabalhador, pois não seria possível a existência, no regime capitalista, de um ramo do direito em contradição com os interesses da classe dirigente, enfim de um direito de classe, da classe trabalhadora, como visualizaram autores do melhor quilate. Para nós, ontem como hoje, a finalidade imediata do Direito do Trabalho é a proteção ao trabalhador mas a finalidade mediata o equilíbrio social ou, como se exprime com maior propriedade *Wolfgang Daubler*, “a conservação do *status quo* social”.<sup>167</sup>

Assim, o ordenamento jurídico laboral, em sua unidade, foi construído para atingir um objetivo imediato – conter as lutas de classes, mediante a proteção e a “concessão” de direitos ao trabalhador – e um objetivo mediato – alcançar uma suposta paz social<sup>168</sup> e, conseqüentemente, a manutenção do sistema imperante, constituído sob o desnível social e por intermédio da exploração de uns homens sobre outros.

Sob esse aspecto, deve-se atribuir razão a RAVÀ, que, segundo BOBBIO, chegou a conclusão diversa de KANTE, “de que as normas jurídicas não impõem ações boas em si mesma e portanto categóricas, mas ações que são boas para atingir certos fins, e logo

<sup>165</sup> BARZOTTO, *Direitos humanos e...*, p. 73.

<sup>166</sup> BARZOTTO, *Direitos humanos e...*, p. 78.

<sup>167</sup> PEDREIRA DA SILVA, *Principiologia do Direito...*, 2. ed., p. 34.

<sup>168</sup> Neste sentido a função do Direito do Trabalho, segundo VIANNA. Veja-se: “Hoje em dia, porém, o Direito do Trabalho já não visa ao operário, como ente mais fraco da vida em sociedade, nem tem a finalidade econômica da legislação de *Bismarck*. Ele se situa em plano imensamente mais elevado, com o grande objetivo de solucionar o problema. A proteção e a tutela do trabalho não são mais do que um conjunto de normas jurídicas que asseguram ao trabalhador uma posição, frente ao empregador, em que possa defender seus direitos e interesses num mesmo plano, sem complexos ou recalques; a legislação sindical, por seu lado, a nada mais visa senão a assegurar aos grupos econômicos ou profissionais os meios para, mediante entendimento, pôr termo a conflitos entre Capital e o Trabalho”. E completa: “[...] o Direito do Trabalho persegue uma finalidade político-social que é a paz social, a harmonia social”.<sup>168</sup> SÜSSEKIND *et al. Instituições de Direito...*, v. 1, p. 100.

hipotéticas”.<sup>169</sup> E o fim seria, na hipótese, a conservação da sociedade. Acrescenta-se, no caso do fim do Direito do Trabalho: a conservação da sociedade nos exatos termos e modos de estruturação. Nesse sentido, o Direito do Trabalho resplandece como meio (como ordenamento jurídico instrumental) a favor do próprio sistema.

Todavia, apesar dos paradoxos, deve-se ser otimista o bastante para ressaltar as importantes funções sociais desempenhadas pelo Direito do Trabalho, reafirmando-as sempre a favor do trabalhador, na diretriz dos dizeres de SOUTO MAIOR:

[...] Sua questão é lutar pela dignidade das relações de trabalho. Sob o prisma jurídico o modo de fazê-lo é reforçar o conceito de direito do trabalho como instrumento de melhoria das condições de vida dos trabalhadores, fazendo-se isso de forma sempre crescente, até se atingir uma situação de justiça, ainda que não a presente, concretamente, a inversão de domínio político.<sup>170</sup>

## 2.4 Direito do Trabalho: particularidades caracterizadoras

A fim de completar a análise introdutória ao Direito do Trabalho, indispensável tecer algumas considerações sobre suas particularidades caracterizadoras. Agora, enfocando-o mais detidamente, sem atribuir tanto relevo à análise conjugada de sua integração ao universo jurídico ou aos papéis que desempenha na sociedade.

Vislumbra-se ser possível *caracterizar* o Direito do Trabalho a partir da análise de seus seguintes aspectos essenciais: *fundamentos, denominação, conteúdo, definição e características*.

Especificamente no que concerne aos fundamentos do Direito do Trabalho<sup>171</sup>, por implicar a adoção de pesquisa histórico-teleológica e também filosófica, que, de certo modo, escapa ao corte metodológico deste trabalho, não serão abordados. Todavia, salienta-se: trata-se de temática de grande relevo para uma profunda compreensão do processo histórico de construção e transformação do ramo juslaboral, bem como para o entendimento de como ele apresenta-se contemporaneamente.

<sup>169</sup> BOBBIO, *Teoria da norma...*, p. 116.

<sup>170</sup> SOUTO MAIOR, *O Direito do Trabalho...*, p. 109.

<sup>171</sup> Os “fundamentos do Direito do Trabalho”, comumente, são analisados por grande parte de doutrinadores quando da apreciação das fontes do Direito do Trabalho, especificamente das fontes materiais. Contudo, entende-se que tal enquadramento é errôneo, sobremaneira pela contemporânea superação da tipologia

### 2.4.1 Denominações da disciplina jurídica

No que se refere ao nome da ciência jurídica em apreço, segundo SÜSSEKIND, a grande controvérsia é “prevalentemente, de índole acadêmica e reflete, na presente fase, apenas o antagonismo em que se colocaram diversos juristas no concernente ao conteúdo mais ou menos amplo da disciplina em apreço”.<sup>172</sup> Soma-se a essa divergência (hodiernamente superada, “com sabor rememorativo”<sup>173</sup>) o contraponto entre os designativos “Direito” *versus* “Legislação”.

“Legislação Industrial”<sup>174</sup>, “Legislação Operária”, “Legislação Trabalhista” e “Legislação Social-Trabalhista”, dentre outras, são denominações decisivamente superadas e em desuso, sobremaneira com vista ao desenvolvimento desse ramo jurídico especializado e ao alcance da sua autonomia.

Seguem no mesmo passo, menos pelo desuso e mais pela impropriedade designativa, as denominações: “Direito Industrial”<sup>175</sup>, “Direito Operário”<sup>176</sup>, “Direito Corporativo”<sup>177</sup>, “Direito Sindical”<sup>178</sup> e “Direito Social”<sup>179</sup>.

---

classificatória das fontes jurídicas em formais e materiais, conforme será discorrido com maior detalhamento em momento oportuno (ao tratar-se das fontes juslaborais).

<sup>172</sup> SÜSSEKIND *et al.* *Instituições de Direito...*, v. 1, p. 101.

<sup>173</sup> DELGADO, *Curso de Direito...*, 9. ed., p. 50.

<sup>174</sup> O epíteto “Legislação Industrial”, inclusive, foi o eleito pela Constituição de 1934, especificamente no art. 121, §1º.

<sup>175</sup> A denominação *Direito Industrial* já foi utilizada, sobremaneira por remontar à época do surgimento do Direito do Trabalho, após a Revolução Industrial. Contudo, recebe severa crítica doutrinária por transmitir duas ideias aparentemente antagônicas: ideia muito ampla, no sentido de englobar também temáticas inerentes ao Direito Comercial e Econômico (*e.g.* patentes e invenções); e ideia muito restrita, incapaz de alcançar todo o universo das relações trabalhistas (*e.g.* aquelas desenvolvidas no âmbito dos setores primários, agropecuário, terciário, serviços, e no doméstico).

<sup>176</sup> A denominação *Direito Operário* também já foi adotada no Brasil, inclusive pela Constituição de 1937 (quando previa a competência da União para legislar sobre o tema, art. 16, XVI). Apesar disso, também recebe críticas doutrinárias por remontar as relações de emprego à época do surgimento do Direito do Trabalho e por valer-se apenas da figura do empregado da indústria (o operário), desprezando os outros empregados (que labutam em outros setores da economia) e o caráter expansionista do ramo juslaborativo. Salienta-se que EVARISTO DE MORAIS, *in: Apontamentos de Direito Operário* (1905) foi um dos pioneiros a adotar a denominação “Direito Operário”. Cf. MARTINS, *Direito do Trabalho*, p. 13.

<sup>177</sup> O Direito do Trabalho também já foi designado de *Direito Corporativo*. Contudo, tal designativo também não é acolhido pela doutrina principalmente pelo fato de ser empregada a partir de políticas autoritárias do entreguerras do século XX (fascismo italiano). De acordo com MARTINS, Oliveira Viana é a referência autoral da adoção no Brasil dessa denominação. Oliveira Viana, *Problemas de direito corporativo apud* MARTINS, *Direito do Trabalho*, p. 14.

<sup>178</sup> A expressão *Direito Sindical*, igualmente, já foi empregada para designar o ramo juslaboral. Nada obstante, enfoca muito mais a relação de trabalho na qual se verifica a presença do sindicato profissional (relações coletivas de trabalho) do que, propriamente, a relação individual de trabalho, principal objeto de regulação da disciplina em análise.

<sup>179</sup> A denominação *Direito Social*, cujo maior defensor brasileiro foi CESARINO JÚNIOR, também recebe críticas doutrinárias, principalmente porque traduz ideia muito ampla, englobando também outros ramos do Direito (*e.g.* Previdenciário, Ambiental e o do Consumidor). MARTINS, referindo-se ao entendimento de CESARINO JÚNIOR, afirma

De outro lado, de acordo com o DICIONÁRIO HOUAISS DA LÍNGUA PORTUGUESA, o verbo transitivo direto *denominar* significa “nomear (algo ou alguém) de, designar; dar-se apelido ou qualificação de; intitular-se”.<sup>180</sup>

A melhor denominação de algo ou alguém é aquela que consegue reverberar-lhe a essência (a característica particular) e, empregando poucas palavras, consegue transmitir a ideia central do todo o que se pretende apelidar, referindo-se ao seu objeto fundamental.

O designativo *Direito do Trabalho*<sup>181</sup> mostra-se, então, como o mais adequado (podendo-se dizer: perfeito), tornando-se hegemônico contemporaneamente não só no Brasil como em diversos outros países: na França, *Droit du Travail*; na Itália, *Diritto del Lavoro*; nos países de língua espanhola, *Derecho del Trabajo*; nas línguas inglesas, *Labor Law*.

Não obstante, convém tecer algumas considerações acerca da *razão* dessa hegemônica adoção terminológica e de sua certa adequação à disciplina em apreço.

Se, de um lado, o ramo juslaboral tem o seu campo de aplicação restrito (em regra, originalmente e tradicionalmente) às relações empregatícias, de outro, ele tem forte tendência expansionista (ao menos tradicionalmente<sup>182</sup>), isto é, tendência a estender o seu manto tutelar a relações de trabalhos outras. Recorde-se: originalmente, era apenas um direito operário.

A própria ordem constitucional vigente, designadamente no *caput* do art. 7º, que, “com fim deliberadamente expansionista de tutela”<sup>183</sup>, adota a terminologia “trabalhador” ao invés de “empregado”.

Daí dizer PORTO, citando o RELATÓRIO SUPLOT, que “a vocação futura do Direito do Trabalho é a de se tornar o Direito comum de todas as relações de trabalho, subordinadas ou não”.<sup>184</sup>

que, “o Direito é social em razão da prevalência do interesse coletivo sobre o individual, como apregoado na Revolução Francesa. Para ele [Cesarino Júnior] o Direito do Trabalho seria social por excelência, o mais social dos direitos. Seria um Direito reservado à promoção da justiça social [1957, v.1:17 e 35]”. MARTINS, *Direito do Trabalho*, p. 14.

<sup>180</sup> HOUAISS, *Dicionário Houaiss...*, p. 938.

<sup>181</sup> A previsão constitucional brasileira da denominação *Direito do Trabalho* remonta à de 1967, que prescrevia ser competência da União legislar sobre “Direito do Trabalho” (art. 8º, XVII, alínea “b”).

<sup>182</sup> Aqui se fala “ao menos tradicionalmente”, principalmente diante de novas tendências teóricas, jurisprudências e normativas imbuídas do propósito de restrição do campo pessoal de aplicação do Direito do Trabalho, podendo-se citar a criação da figura do “empregado parassubordinado” (que, nos dizeres de SOUTO MAIOR, é “um ser da mitologia jurídica moderna, uma espécie de trabalhador minotauro, meio subordinado, meio autônomo”) e a própria legitimação jurisprudencial da terceirização (Súmula 331 do TST). SOUTO MAIOR, *A supersubordinação... In: Revista do Tribunal...*, p. 166.

<sup>183</sup> VILHENA, *Relação de emprego...*, p. 137.

<sup>184</sup> O *Relatório de Suplot*, coordenado por Alain Suplot, foi elaborado a pedido da Comissão Europeia e propõe a criação de um “Direito Comum do Trabalho”, mediante a formulação de quatro grupos de tutelas. O primeiro compreende os direitos sociais universais, garantidos a todos, independente do exercício de atividade laborativa. O segundo abrange os direitos fundados no trabalho não remunerado, ligado a atividades socialmente úteis, como o trabalho voluntário e aqueles atrelados a auto-formação (e.g. direito a aposentadoria e a cobertura dos acidentes de trabalho). O terceiro consiste no grupo de direitos destinados àqueles que exercem atividade

Ademais, conforme precisa colocação de RENAULT, o objeto do Direito do Trabalho é o trabalho do homem.<sup>185</sup> Então, se é certo que o Direito do Trabalho clássico teve como preocupação central as relações empregatícias (em um primeiro momento, as industriais), não é menos certo que, diante de todas as mudanças ocorridas no mundo do trabalho, devem implicar mudanças no próprio Direito do Trabalho, sobremaneira, por meio de formas mais inclusivas de pensá-lo, interpretá-lo e aplicá-lo.

Nesse sentido, cita-se a tendência interpretativa conferida ao Direito individual do Trabalho por seus estudiosos no sentido de estabelecer construções doutrinárias hábeis à extensão de suas normas para outros trabalhadores considerados hipossuficientes, não se limitando apenas ao trabalho subordinado clássico.<sup>186</sup>

Pelo exposto, a precisão da denominação *Direito do Trabalho* justifica-se em face do seu objeto (trabalho do homem), não obstante seja ainda aplicado, original e prioritariamente, às relações empregatícias.

#### 2.4.2 Conteúdo do Direito do Trabalho

O objeto central do qual se ocupa o Direito do Trabalho é o trabalho humano, em todas as suas espécies e formas de prestação (subordinada, voluntária, eventual, autônoma, estagiária etc.), com atribuição de indispensável relevo aos bens jurídicos éticos que são inerentes ao homem: sua vida, saúde, integridade física e moral, intimidade, bem-estar, lazer e felicidade, entre outros.

Por certo e por exclusão, afasta-se do âmbito do Direito do Trabalho a prestação de serviços por pessoa jurídica, que fica a cargo da regulação civilista.<sup>187</sup>

Contudo, há uma questão (paradoxo) que deve ser esclarecida: as normas justralhistas ainda não são (infelizmente) aplicáveis a todas as modalidades de trabalho

---

profissional remunerada, como os trabalhadores autônomos e avulsos (e.g. direitos relativos à saúde e à segurança no trabalho). Por fim, o quarto grupo compreende o rol de direitos aplicáveis às relações empregatícias propriamente ditas. Cf. PORTO, A necessidade de... *In: Revista Magister...*, p. 10.

<sup>185</sup> RENAULT, O que é isto... *In: PIMENTA, Direito do Trabalho...*, p. 34.

<sup>186</sup> Neste sentido, PORTO, A necessidade de... *In: Revista Magister...*; DELGADO, *Direito fundamental ao...*; SOUTO MAIOR, A supersubordinação... *In: Revista do Tribunal...*, p.157-193.

<sup>187</sup> Convém aqui recordar a existência do princípio da primazia da realidade sobre a forma, contido no art. 9<sup>a</sup> da CLT, que dispõe ser nulo de pleno direito os atos praticados com intuito de *desvirtuar, impedir* ou *fraudar* a aplicação da legislação trabalhista, inclusive para casos de criação de falsas empresas prestadoras de serviços com o fito de afastar a configuração do vínculo empregatício e, conseqüentemente, o pagamento das verbas trabalhistas.

humano, sobremaneira àqueles trabalhadores que necessitam de tutela em face de sua dependência econômica e hipossuficiência em face do tomador de seus serviços.

Pode-se dizer que o Direito do Trabalho brasileiro se aplica primordialmente à relação empregatícia (daí ser chamada por DELGADO de sua “categoria básica”<sup>188</sup>), isto é, uma espécie de relação de trabalho que se caracteriza pela presença simultânea dos *pressupostos*<sup>189</sup> (ou elementos *fático-jurídicos*<sup>190</sup>), quais sejam: pessoa física, onerosidade, subordinação, não eventualidade e pessoalidade (cf. arts. 2º e 3º da CLT).<sup>191</sup>

Também é aplicável aos avulsos, por expressa determinação constitucional (art. 7º, XXXIV) e à categoria doméstica, com “normatividade especial e restritiva”<sup>192</sup>, aliás, fundada em questionável motivo de *discrimen*.<sup>193</sup>

Em linhas gerais, excluem-se da aplicação do Direito do Trabalho os autônomos<sup>194</sup>, os eventuais, os estagiários e os servidores em regime administrativos.<sup>195</sup>

<sup>188</sup> Explica DELGADO: “O Direito do Trabalho, como sistema jurídico coordenado, tem na relação empregatícia sua categoria básica, a partir da qual se constroem os princípios, regras e institutos essenciais desse ramo jurídico especializado, demarcando sua característica própria e distintiva perante os ramos jurídicos correlatos”. DELGADO, *Curso de Direito...*, 9. ed., p. 53.

<sup>189</sup> Segundo VILHENA, a utilização do epíteto *pressupostos* justifica-se na medida em que se alojam na origem do fenômeno a ser demonstrado, antecedendo-o, pois, dele independentemente, embora venham a ser indispensáveis à composição desse mesmo fenômeno.

<sup>190</sup> DELGADO emprega a terminologia elementos *fático-jurídicos*, porquanto referidos elementos ocorrem no mundo dos fatos, tendo, pois, existência independente da regulação jurídica. Contudo, tendo em vista sua relevância para a esfera jurídica, são captados pelo Direito, atribuindo-lhes efeitos compatíveis. Assim, trata-se não de *criação* jurídica, mas sim de *reconhecimento* jurídico de realidades fáticas tidas relevantes. DELGADO, *Curso de Direito...*, 7. ed., p. 270.

<sup>191</sup> Para maior detalhamento da distinção entre relação de trabalho e relação de emprego vide MESQUITA, A contratação do trabalhador *In: Anais...*, p. 8996-9014.

<sup>192</sup> DELGADO, *Curso de Direito...*, 9. ed., p. 54.

<sup>193</sup> O tratamento constitucional diferenciado atribuído ao trabalho doméstico em contraponto ao urbano e ao rural geralmente funda-se na “não lucratividade” e na “afetividade” que permearia este tipo de labor. Contudo, tais fundamentos apenas mascaram as questões sociais que constituem o pano de fundo dessas relações. Por exemplo, a origem escravocrata brasileira e a desigualdade social que propicia às classes alta e média o conforto de dispor de serviços a um custo baixo. Cf. DUTRA, *A ilegitimidade da...*

<sup>194</sup> Note-se: “Na Espanha (2007) foi aprovado o Estatuto do Trabalhador Autônomo economicamente dependente (Lei n. 20/2007, de 11 de julho. [...] Na Itália a Lei Biagi (Lei n. 30 de 14.2.2003, GU n. 47 de 26.2.2003) inova autorizando o trabalho coordenado, colaborativo e continuativo e o contato de trabalho a projeto, sem vínculo de emprego, embora o prestador o faça seguidamente numa empresa”. Cf. NASCIMENTO, *Iniciação ao Direito...*, p. 60. Mas essa aparente inclusão do trabalhador autônomo na tutela do Direito do Trabalho, ainda que com rol limitado de direitos, pode, em verdade, representar abertura legal para a prática de fraudes à legislação trabalhista. No Brasil, tem-se como exemplo a positividade do parágrafo único do art. 442 da CLT, que fomentou a criação de cooperativas de mão de obra fraudulentas, com o intuito de afastar a configuração do vínculo empregatício do pseudotrabalhador associado com a cooperativa ou com o tomador de seus serviços. Ademais, cumpre dizer que a previsão do art. 652, “a”, III, da CLT, bem como do art. 114, I, da CRFB, trata-se de normas processuais, destinadas à extensão da competência da Justiça do Trabalho aos autônomos, não representando, contudo, extensão de normas e direitos materiais do trabalho a esses trabalhadores.

<sup>195</sup> Essa temática foi desenvolvida com maior detalhamento em MESQUITA, A contratação do trabalhador... *In: Anais...*, p. 8996-9014.

### 2.4.3 Definição do Direito do Trabalho

Necessário, ainda, nesta análise introdutória e caracterizadora do Direito do Trabalho, apresentar a definição deste ramo especializado do Direito. Segundo ÁLVARES DA SILVA, a definição jurídica “busca a essência de um instituto ou de uma ou alguma de suas regras, mas para precisar-lhe o conceito, determinar-lhe a extensão e limitar e esclarecer os fatos abrangidos pelo seu alcance”.<sup>196</sup>

Comumente, encontram-se na doutrina definições do Direito do Trabalho *subjetivas*, *objetivas* e *mistas*. Subjetivas são aquelas que enfocam o seu âmbito pessoal de aplicação – por exemplo, os sujeitos da relação empregatícia (empregado e empregador) ou, de forma mais abrangente, os economicamente fracos<sup>197</sup> ou, ainda, os trabalhadores. As objetivas enfocam a relação jurídica, que, tradicionalmente, é regida pelo Direito Laboral, referindo-se à prestação de trabalho subordinado<sup>198</sup> ou, de forma mais inclusiva, às relações de trabalho. As mistas conjugam os aspectos das subjetivas e das objetivas, referindo-se à relação jurídica e aos sujeitos dessa relação.<sup>199</sup>

Parece mais adequada a definição de Direito do Trabalho feita por MAGANO, enquadrada na tipologia mista, já que enfoca em todas as relações de trabalho *lato sensu* (não apenas a relação empregatícia, o que coaduna com o caráter expansionista desse ramo jurídico), além de apresentar a finalidade teleológica do ramo juslaboral. Para o autor, Direito do Trabalho é “o conjunto de princípios, normas e instituições, aplicáveis à relação de trabalho e situações equiparáveis, tendo em vista a melhoria da condição social do trabalhador, através de medidas protetoras e da modificação das estruturas sociais”.<sup>200</sup>

Por semelhante razão, igualmente pertinente a definição de Direito do Trabalho de RENAULT:

<sup>196</sup> ÁLVARES DA SILVA, *Direito Coletivo do Trabalho*, p. 144.

<sup>197</sup> CESARINO JÚNIOR define o Direito do Trabalho como “o sistema jurídico de proteção aos economicamente fracos”. CESARINO JÚNIOR, A. F. *Direito social*. São Paulo: LTr Editora, 1980, p. 54.

<sup>198</sup> Segundo DONATO, o Direito do Trabalho é o “corpo de princípios e de normas jurídicas que ordenam a prestação do trabalho subordinado ou a este equivalente, bem como as relações e os riscos que dela se originam”. DONATO, *Curso de Direito do...*, p. 6.

<sup>199</sup> DELGADO define Direito material do Trabalho como “o complexo de princípios, regras e institutos jurídicos que regulam a relação empregatícia de trabalho e outras relações normativamente especificadas, englobando, também, os institutos, regras e princípios jurídicos concernentes às relações coletivas entre trabalhadores e tomadores de serviços, em especial através de suas associações coletivas”. DELGADO, *Curso de Direito...*, 9. ed., p. 49.

<sup>200</sup> MAGANO, Octávio Bueno. *Manual de Direito do Trabalho*. Parte geral, 4. ed., São Paulo: LTr, 1991, p. 59. *apud* DELGADO, *Curso de Direito...*, 9. ed., p. 50.



[...] um ramo autônomo que tem por objetivo regular as relações individuais e coletivas entre empregado e empregadores, à luz dos princípios que informam o seu surgimento, com a finalidade básica de trazer progresso, paz, segurança e justiça entre o capital e o trabalho para uma sociedade em permanente mudança.<sup>201</sup>

#### 2.4.4 Características do Direito do Trabalho

De acordo com o DICIONÁRIO HOUAISS DA LÍNGUA PORTUGUESA, o verbo *caracterizar* significa “evidenciar, destacar o caráter, as particularidades de (alguém, algo ou si próprio); distinguir-se. [...]”<sup>202</sup> e o substantivo *característica* significa “aquilo que caracteriza, traço, propriedade ou qualidade distintiva fundamental [...]”.<sup>203</sup>

Por tudo que foi exposto, é possível arrolar as seguintes características do Direito do Trabalho:

- a) *Ramo autônomo do Direito* que, embora se subdivida em segmentos (Direito Coletivo, Direito Individual e Direito Internacional do Trabalho), apresenta-se com um todo orgânico, como uma unidade.
- b) *Originário do Direito Civil*, do qual se desgarrou, alcançando independência relativa, já que mantém estreitas relações interdisciplinares, seja com outras disciplinas jurídicas, seja com outros campos da Ciência.
- c) *Propulsor do movimento socializador do Direito*, porquanto emergiu como reação à concepção jurídico-individualista, imprimindo aspectos humanizados e justos ao universo jurídico e propiciando uma concepção jurídico-social que eleva ao ápice a pessoa humana e os valores sociais, sobremaneira os do trabalho.
- d) *Natureza jurídica de Direito Social*, como um terceiro gênero, principalmente por tal enquadramento melhor captar-lhe a essência e por não incorrer no risco de reducionismo da sua fisionomia caracterizadora durante o processo de ajuste nos conceitos fluidos e cambiantes de direito público e privado.
- e) *Direito protecionista do hipossuficiente trabalhador*.

<sup>201</sup> RENAULT, O que é isto... In: PIMENTA, *Direito do Trabalho...*, p. 18.

<sup>202</sup> HOUAISS, *Dicionário Houaiss...*, p. 616.

<sup>203</sup> HOUAISS, *Dicionário Houaiss...*, p. 616.

- f) *Marcado pela diretriz do direito do trabalho mínimo*, o que significa dizer que as normas heterônomas (estatais e internacionais) consubstanciam o piso mínimo de direitos atribuídos aos trabalhadores, cabendo a autonomia privada, seja individual ou coletiva, complementar ou suplantando esse mínimo, quantitativa e qualitativamente.
- g) *Interventivo*, já que reverbera a intervenção do Estado no domínio econômico-social, protegendo o trabalhador, mas com vistas a disciplinar, de forma mais abrangente, interesses gerais de toda coletividade ou interesses socialmente úteis.
- h) *Limitador da autonomia da vontade* nas relações privadas, isto é, das partes contratuais trabalhistas.
- i) *Imperatividade e cogência da maior parte de suas normas*, que estabelecem mínimos de direitos indispensáveis a uma contraprestação digna decorrente do contrato de trabalho.
- j) *Objetivos paradoxais*, já que, de um lado, limita à justiça cumulativa abusiva e exploradora do capital sobre o trabalho, fundando-se em imperativos éticos e humanos; e, de outro, tem objetivo tido como socialmente útil, expresso no interesse de perpetuação da paz, que implica diretamente a manutenção do próprio sistema dominante (o capitalismo), que se baseia na exploração de uns homens sobre outros e na desigualdade social.
- k) *Tradicional tendência expansionista* (ou *in fieri*), isto é, tendência a estender o seu manto tutelar a relações de trabalhos outras além da clássica relação empregatícia, inclusive com respaldo da ordem constitucional vigente, designadamente o *caput* do art. 7º, que, “com fim deliberadamente expansionista de tutela”<sup>204</sup>, adota a terminologia “trabalhador” ao invés de “empregado”. Segundo BARROS, essa tendência expansionista do Direito do Trabalho fez-se presente na Constituição Federal de 1988 em duas direções bem definidas: a) *em extensão pessoal*, ao incluir em seu âmbito um número cada vez maior de pessoas, até então parcialmente ausentes de sua esfera

---

<sup>204</sup> VILHENA, *Relação de emprego...*, p. 137.

normativa; b) *em intensidade*, porque a Constituição aumentou os benefícios ou criou vantagens em favor do trabalhador”.<sup>205</sup>

- 1) *Presença de fortes diretrizes principiológicas*, dotadas de pontual e inquestionável aplicabilidade normativa, consubstanciando o “eixo de orientação e diretriz motora do Direito do Trabalho”.<sup>206</sup>

Acrescenta-se, ainda, como característica do Direito do Trabalho, tal como proposto por BARROS, o *caráter cosmopolita* ou, por RACCIATTI<sup>207</sup>, a *internacionalização*, marca decorrente da grande influência de normas internacionais.

Esclarece a autora:

No plano internacional, há uma preocupação em harmonizar a legislação trabalhista dos países. E para isso é necessário estender as obrigações correspondentes a todas as nações, com o objetivo de assegurar uma concorrência mais justa no mercado internacional, impedindo sejam comercializados produtos por preços mais baixos, com o sacrifício dos trabalhadores, cuja mão-de-obra seria remunerada com valores aviltantes. Esse caráter cosmopolita do Direito do Trabalho encontra-se refletido no art. 427 do Tratado de Versalhes, de 1919, e na ação dos organismos internacionais, inclusive a OIT”.<sup>208</sup>

Soma-se, também, como qualidade do Direito do trabalho, tal como inventariado por DELGADO<sup>209</sup>, no que se refere ao que denomina “funções e atuação do Direito do Trabalho

<sup>205</sup> No tocante à extensão pessoal, a Carta Política de 1988 incluiu no âmbito de aplicação do Direito do Trabalho o trabalhador avulso (art. 7º, XXXIV), embora, em verdade, a ele muitos direitos trabalhistas já eram estendidos; o doméstico, apesar de não tê-lo equiparado aos empregados típicos e, conseqüentemente, não lhe deferindo todos os direitos tipicamente trabalhistas (parágrafo único do art. 7º); e equiparou os rurícolas aos empregados urbanos, embora à época já fossem titulares de direitos sociais. Já no tocante à intensidade, a Constituição da República criou o adicional de penosidade e a licença-paternidade, além de introduzir a proteção contra os efeitos da automação. BARROS, *Curso de Direito do...*, p. 88.

<sup>206</sup> DELGADO, As relações de trabalho... In: HENRIQUE; DELGADO, *Terceirização no...*, p. 45.

<sup>207</sup> Para o autor: “No direito do trabalho, a internacionalização é uma característica essencial do sistema normativo e não simplesmente uma etapa histórica”. RACCIATTI, *Tratado internacional... In: RODRIGUEZ, Estudos sobre...*, p. 97.

<sup>208</sup> BARROS, *Curso de Direito do...*, p. 91.

<sup>209</sup> O autor fixa as características do Direito do Trabalho a partir da reunião, em três grupos, do seu conjunto de traços mais marcantes. O primeiro deles, referente à *origem e evolução histórica do ramo laboral*; o segundo, às *funções e atuação na comunidade circundante*; o terceiro, à *sua estrutura jurídica própria*. No que concerne à *origem e evolução histórica do Direito do Trabalho*, ele é oriundo do direito civil obrigacional e possui tendência expansionista, para outras relações não empregatícias. No que se refere às *funções e atuação do Direito do Trabalho na comunidade circundante*, afirma o autor que ele possui objetivos fortemente sociais, embora tenha também importantes impactos econômicos, culturais e políticos; é destacadamente teleológico, finalístico, atado à meta de aperfeiçoar as condições de pactuação da força de trabalho, além de reverberar forte direcionamento interventivo na sociedade, na economia e, principalmente, na vontade das partes contratuais envolvidas. Quanto à estrutura jurídica do Direito do Trabalho, informa DELGADO, que é ser composto, essencialmente, de normas imperativas (não dispositivas), é marcado pela decisiva presença de princípios, e possui duas dimensões (a dimensão individual, que gira em torno da regulação do contrato de emprego, e dimensão coletiva, que gira em torno das relações e seres coletivos trabalhistas), além de suas normas serem

na comunidade circundante”, ser o ramo juslaboral “destacadamente teleológico, finalístico, atado à meta de aperfeiçoar as condições de pactuação da força de trabalho”. E, no que concerne ao que denomina de “estrutura jurídica própria”, o fato de o Direito do Trabalho ter suas normas oriundas de três sítios principais: nacional heterônomo (normas estatais internas), nacional autônomo (normas coletivas negociadas internas) e internacional heterônomo (normas oriundas de Tratados e Convenções Internacionais, principalmente da OIT).

Por fim, adita-se como atributo do Direito do Trabalho, como reafirmado por NEVES DELGADO, com base em entendimento de VIANA, ser da essência do ramo justrabalista um direito de resistência.<sup>210</sup>

## **2.5 Princípios do direito do trabalho: relevância, conceito, funções e proposta de sistematização**

### **2.5.1 Relevância da temática**

A constatação de princípios peculiares de um ramo dogmático<sup>211</sup> é fator determinante, concomitantemente a outros já mencionados, para configurar-lhe a autonomia. Contudo, a relevância da temática “princípios” para um ramo jurídico vai muito além do simples contributo para o alcance de sua autonomia.

Em verdade, a temática consubstancia elemento de fundamental importância (para não dizer o cerne) para a compreensão das singularidades desse ramo jurídico e para o entendimento de sua coerência, harmonia e diretrizes uniformes, além de influir diretamente no modo de se interpretar, integrar e aplicar suas normas.

---

oriundas de três sítios principais (nacional heterônomo, normas estatais internas; nacional autônomo, normas coletivas negociadas internas; e internacional heterônomo, normas oriundas de tratados e convenções internacionais, principalmente da OIT). Cf. DELGADO, *Curso de Direito...*, 9. ed., p. 59-62.

<sup>210</sup> DELGADO, As relações de trabalho... In: HENRIQUE; DELGADO, *Terceirização no...*, p. 29.

<sup>211</sup> Terminologia cunhada por Tércio Sampaio Ferraz Júnior para se referir a um ramo da Ciência Jurídica. In FERRAZ JÚNIOR, *Introdução ao estudo...*

Colocando de outro modo: são os princípios especiais de um ramo do Direito que vão propiciar a seus operadores a construção do raciocínio jurídico que é inerente e peculiar àquele, direcionando-os no melhor caminho para o entendimento e a consequente aplicação das normas, sobremaneira no sentido de desenvolver-lhe maior eficácia jurídico-social. Daí dizer PÉREZ BOTIJA que os princípios são “a ciência e a essência do direito”.<sup>212</sup>

Frisa-se que os princípios especiais de um ramo jurídico se entrelaçam e complementam-se, estabelecendo conexão e ilação entre si e com a parte do ordenamento jurídico que lhe é próprio, numa interdependência mútua, contribuindo para que a totalidade do ramo jurídico autônomo (o seu sentido unitário) profile sua fisionomia e coesão interna. É exatamente isso que ocorre com o Direito do Trabalho e seus princípios peculiares.

## 2.5.2 Significados e conceito

Após pontuar a relevância da análise dos princípios para uma disciplina jurídica, cabe adentrar na apreciação de seus significados e conceito.

A palavra *princípio*, derivada do latim, *principium*, denota, etimologicamente: início, começo, ponto de partida.<sup>213</sup> Para DE PLÁCIDO e SILVA, o princípio, “no sentido, notadamente no plural, significa as normas elementares, ou os requisitos primordiais instituídos como base, alicerce de alguma coisa”.<sup>214</sup> Em sentido semelhante a imagem que lhes atribui REALE: são “os alicerces e as vigas mestras do edifício jurídico”.<sup>215</sup>

PINHO PEDREIRA vale-se do conceito de princípio erigido por BANDEIRA DE MELLO, considerando-o:

[...] mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por

<sup>212</sup> BOTIJA, Eugenio Perez. *El Derecho del Trabajo*. Concepto, sustantividad y relaciones com las restantes disciplinas jurídicas. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1947, p. 143 *apud* PLÁ RODRIGUEZ, Principios do Direito... In: PLÁ RODRIGUEZ, *Estudios sobre...*, p. 20.

<sup>213</sup> CARVALHO, *Direito Constitucional...*, p.166.

<sup>214</sup> DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico*, p. 639.

<sup>215</sup> REALE, *Lições preliminares de Direito*, p. 316.

definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.<sup>216</sup>

Para PLÁ RODRIGUES, os princípios são: “linhas diretrizes que informam algumas normas e inspiram direta ou indiretamente uma série de soluções, pelo que podem servir para promover e embasar a aprovação de novas normas, orientar a interpretação das existentes e resolver os casos não previstos”.<sup>217</sup>

Contudo, pensa-se mais adequado o conceito colacionado de BANDEIRA DE MELO em detrimento do de PLÁ RODRIGUEZ, sobremaneira por este se referir a apenas três das funções tradicionalmente atribuídas aos princípios, omitindo-se na menção da mais relevante de todas: a normativa autônoma (ou própria), que, segundo BONAVIDES “é qualitativamente o passo mais largo dado pela doutrina contemporânea para a caracterização dos princípios, a saber: o traço da normatividade”.<sup>218</sup>

Reportando ao Direito do Trabalho, segundo ALONSO GARCIA, a definição dos princípios que lhe são particulares consiste: “naquelas linhas diretrizes ou postulados que inspiram o sentido das normas trabalhista e configuram a regulamentação das relações de trabalho, conforme critérios distintos dos que podem encontrar-se em outros ramos do direito”.<sup>219</sup>

Com efeito, conclui-se que os princípios do Direito do Trabalho estabelecem a autonomia e a especificidade deste ramo jurídico, servindo-lhe de alicerce e reverberando-lhe o espírito que lhe é peculiar, inclusive refletindo o sentido axiológico e a direção teleológica que lhe são particulares. Assim, informam todo o ordenamento e normas jurídico-trabalhistas e atribuem ao seu conjunto (todo orgânico e unitário) sentido harmônico e coerência interna, além de influírem diretamente na forma de interpretar, integrar e aplicar suas normas. Nesse passo, embora os princípios atuem na constituição da parte permanente e eterna do Direito,

<sup>216</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. Malheiros Editores, São Paulo: 7. ed. 1995, p. 537-538 *apud* PEDREIRA DA SILVA, *Principiologia do Direito...*, 2. ed., p. 12. Ana Carolina Gonçalves Vieira, também vale-se do mesmo conceito *in Assédio moral...*, p. 114.

<sup>217</sup> PLÁ RODRÍGUEZ, *Princípios de Direito...*, p.16.

<sup>218</sup> BONAVIDES, *Curso de Direito...*, 23. ed., p. 257. Segundo BONAVIDES, a normatividade dos princípios foi afirmada, categórica e precursoramente, em 1952, por CRISAFULLI, com o seguinte conceito: “Princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam, e portanto resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam, pois, estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém”. *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, p. 15 *apud* BONAVIDES, *Curso de Direito...*, 23. ed., p. 256. Contudo, mais à frente em sua exposição, atribui a DWORKIN o pioneirismo em reconhecer aos princípios a normatividade “com toda a consistência e solidez conceitual”. BONAVIDES, *Curso de Direito...*, 23. ed., p. 281.

<sup>219</sup> GARCIA, Manuel Alonso. *Derecho del Trabajo*. Barcelona, 1960 *apud* PLÁ RODRÍGUEZ, *Princípios de Direito...*, p.15.

eles também consubstanciam a parte mutante e variável dele<sup>220</sup>, atuando como importante fator normativo para a extensão da regulamentação jurídico-trabalhista às novas exigências sociais.

Não obstante, ao longo da história, o significado dos princípios e suas formas de aplicação (ou funções desempenhadas) foram objetos de controvérsias, de acordo com a corrente doutrinária hegemônica à época: jusnaturalista, positivista e pós-positivista.

Claro que “os fatos históricos são multiformes e variáveis. [...] Porém, as épocas históricas têm características marcantes, sistemáticas e constantes”.<sup>221</sup> Assim, realizando uma síntese da essência dos momentos histórico-jurídicos, na tentativa de resgatar os denominadores comuns, CARVALHO, fundando-se em SARMENTO e RANGEL, preleciona:

Podem-se estabelecer três momentos importantes desse resgate, referenciados por Daniel Sarmiento (2004, p. 78-79) e Helano Márcio Vieira Rangel (2006, p.301-302): (1) direito natural; (2) positivismo legalista e (3) pós-positivismo. Em (1), os princípios eram tomados como axiomas jurídicos, que tinham como principal meta atingir o conceito de bem. Tal idéia foi combatida pelo segundo momento (2), o positivismo legalista (séc. XIX e XX), com a Escola da Exegese, onde os princípios eram considerados fontes meramente subsidiárias, com a função integradora ou programática, o que ocasionou um esvaziamento da sua função normativa e provocou a separação entre o Direito e a moral. Em (3) surge a força normativa autônoma e preponderante dos princípios, servindo de arcabouço para o ordenamento jurídico, retomando a racionalidade prática no Direito.<sup>222</sup>

Na fase jusnaturalista, os princípios eram dotados de dimensão ético-valorativa, mas o seu caráter normativo era quase nulo, sendo considerados verdadeiros axiomas. Em verdade, os jusnaturalistas, ao sustentarem a incompletude do ordenamento jurídico e a insuficiência da lei, justificavam o recurso ao direito natural como forma de suprir lacunas e de atribuir conteúdo moral (atrelado à ideia de justiça) ao direito posto. É exatamente aí que emerge a atuação dos princípios jurídicos. Daí alguns doutrinadores afirmarem – seja em momento jusnaturalista propriamente dito, seja na tentativa de resgatar valores, suplantando o formalismo estrito do positivismo jurídico<sup>223</sup> – a coincidência dos princípios gerais do direito aos princípios do direito natural.

Na fase seguinte, do positivismo jurídico (século XIX até a primeira metade do século XX), os princípios, previstos expressamente na lei ou dela induzidos, não tinham

<sup>220</sup> Cf. ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, *Los principios generales...*, p. 14.

<sup>221</sup> ÁLVARES DA SILVA, *Direito Coletivo do Trabalho*, p. 165.

<sup>222</sup> CARVALHO, *A normatividade dos...*, p. 1.

<sup>223</sup> GIORGIO DEL VECCHIO é um exemplo de doutrinador que reduz os princípios gerais de direito a princípios de direito natural. Cf. REALE, *Lições preliminares de Direito*, p. 310.

caráter superior nem anterior à lei. Também eram destituídos de conotações valorativas, já que o enfoque predominante era o formal. Em referência ao dogma da completude do ordenamento, aos princípios era atribuída apenas a função de suprir lacunas, atuando como fonte subsidiária. Segundo GODILHO CAÑAS, os princípios sob o prisma do positivismo jurídico atuam como “válvulas de segurança”, que “garantem o reinado absoluto da lei”<sup>224</sup>. Ao destituí-los de força normativa específica e própria, resplandecia-lhes o caráter programático, não vinculante.

Na terceira fase, a do pós-positivismo (a partir das últimas décadas do século XX), os princípios passam a atuar na atribuição de conteúdo axiológico ao positivismo jurídico, impondo o necessário realce ao conteúdo material das normas e relativizando seus aspectos puramente formais. Abandonam o conteúdo inócuo de programaticidade<sup>225</sup> e passam a ser dotados de força vinculante e de natureza normativa.

FLÓREZ-VALDÉS esclarece:

Los principios generales son ahora una fuente supletoria, desde luego; pero, principalmente, una fuente material básica y primaria de nuestro ordenamiento jurídico, capaz de adquirir primacía, em un puro orden jerárquico, sobre la ley y la costumbre; con virtualidad para matizarlas, fuerza para generar-las, com potencialidad para invalidarlas.<sup>226</sup>

Com efeito, contemporaneamente, os princípios passam a ser tidos como antecedentes materiais ao próprio ordenamento, dotados de ascendência hierárquica sobre a lei e o costume, inclusive como força para invalidá-los. São, pois, considerados normas-chaves de todo o sistema jurídico, sobremaneira quando positivados em sede constitucional.

Importante dizer que até meados da segunda década do século XX os princípios se achavam embebidos numa concepção civilista. Somente a partir daí é que foi verificado o processo de constitucionalização dos princípios gerais do Direito. O relevo desse processo consiste, sobretudo, na reafirmação da força normativa incontrastável aos princípios, com a devida atribuição de alto grau de eficácia àqueles de matiz constitucional (sobremaneira diante da sua alocação no documento hierárquico mais alto da escala normativa de um Estado). Por certo, os princípios gerais passam de caráter pragmático, de aplicação indeterminada, para princípios constitucionais de conteúdo normativo<sup>227</sup>, com inafastável aplicação prática,

<sup>224</sup> BONAVIDES, *Curso de Direito...*, 23. ed., p. 262.

<sup>225</sup> BONAVIDES, *Curso de Direito...*, 23. ed., p. 286.

<sup>226</sup> ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, *Los principios generales...*, p. 55.

<sup>227</sup> Segundo BONAVIDES, a constitucionalização dos princípios compreende duas fases distintas, a fase programática e a fase não programática, de concreção e objetividade. Explica-as o autor: “na primeira, a



“servindo de pautas ou critérios por excelência para a avaliação de todos os conteúdos normativos [...] convertendo igualmente em *norma normarum*, ou seja, norma das normas.”<sup>228</sup>

Relevante colacionar entendimento de BONAVIDES:

Daqui já se caminha para o passo final da incursão teórica: a demonstração do reconhecimento da superioridade e hegemonia dos princípios na pirâmide normativa; supremacia que não é unicamente formal, mas sobretudo material, e apenas possível na medida em que os princípios são compreendidos e equiparados e até mesmo confundidos com os valores, sendo, na ordem constitucional dos ordenamentos jurídicos, a expressão mais alta da normatividade que fundamenta a organização do poder.<sup>229</sup>

Com efeito, os princípios de um ramo do Direito estão acima do próprio direito positivado, vez que lhe serve de inspiração. São mais gerais do que uma norma, porque servem para inspirá-la, para entendê-la, para supri-la e, inclusive para eliminá-la caso ela se mostre contrária à sua estrutura axiológica material.

BANDEIRA DE MELLO pontua com indiscutível pertinência:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório mas a todo sistema de comandos. É mais grave forma de inconstitucionalidade, conforme escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra<sup>230</sup> (sem grifos no original).

---

normatividade constitucional dos princípios é mínima; na segunda, máxima. Ali, pairam ainda numa região abstrata e têm aplicabilidade diferida; aqui, ocupam um espaço onde releva de imediato a sua dimensão objetiva e concretizadora, a positividade de sua aplicação direta e imediata”. E completa: “É unicamente nesta última fase que se faz exequível colocar no mesmo plano discursivo, em termos de identidade, os princípios gerais, os princípios constitucionais e as disposições de princípio. [...] Em verdade, os princípios são o oxigênio das Constituições na época do pós-positivismo. E graças aos princípios que os sistemas constitucionais granjeiam a unidade de sentido e auferem a valoração de sua ordem normativa”. BONAVIDES, *Curso de Direito...*, 23. ed., p. 288-9.

<sup>228</sup> BONAVIDES, *Curso de Direito...*, 23. ed., p. 290.

<sup>229</sup> BONAVIDES, *Curso de Direito...*, 23. ed., p. 288. O autor também resume os principais pontos da teoria dos princípios no pós-positivismo: “Em resumo, a teoria dos princípios chega a presente fase do pós-positivismo com os seguintes resultados já consolidados: a passagem dos princípios da especulação metafísica e abstrata para o campo concreto e positivo do Direito, com baixíssimo teor de densidade normativa; a transição crucial da ordem jusprivatista (sua antiga inserção nos Códigos) para a órbita juspublicística (seu ingresso nas Constituições); a suspensão da distinção clássica entre princípios e normas; o deslocamento dos princípios da esfera da jusfilosofia para o domínio da Ciência Jurídica; a proclamação de sua normatividade; a perda de seu caráter de normas programáticas; o reconhecimento definitivo de sua positividade e concretude por obra sobretudo das Constituições; a distinção entre regras e princípios, como espécies diversificadas do gênero norma, e, finalmente, por expressão máxima de todo esse desdobramento doutrinário, o mais significativo de seus efeitos: a total hegemonia e preeminência dos princípios”. BONAVIDES, *Curso de Direito...*, 23. ed., p. 294.

<sup>230</sup> BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito...*, p. 537-538 apud PEDREIRA DA SILVA, *Principiologia do Direito...*, 2. ed., p. 12.

Em sentido semelhante, BONAVIDES tece a seguinte imagem: “quem os decepa [os princípios] arranca as raízes da árvore jurídica”.<sup>231</sup>

Deste modo, por exemplo, a violação ao princípio da proteção (basilar do Direito do Trabalho, como visto) ou da norma mínima (também já referido) implica não só violação a um pontual princípio, mas também atentado gravíssimo a toda estrutura normativa do Direito do Trabalho, devendo, pois, ser prontamente extirpada, sob pena de contribuir para a própria ruína dos pilares lógicos e axiológicos do ramo juslaboral.

Consoante MATOS GONÇALVES,

[...] não há de se olvidar da importância de princípios em qualquer ramo do Direito. Mas no Direito do Trabalho eles têm importância estrutural, basilar e o seu desrespeito ou inobservância desses princípios pode desintegrar o Direito Laboral. O Direito do Trabalho, sem a observação de seus princípios, pode ser tudo, até Direito Civil, mas Direito do Trabalho, jamais.<sup>232</sup>

### 2.5.3 As funções dos princípios

Dentre as funções desempenhadas pelos princípios, tradicionalmente, arrolam-se apenas três delas. Com base no entendimento de FEDERICO DE CASTRO<sup>233</sup>, são: *informadora*, *normativa* e *interpretadora*.

- Na sua função *informadora*, atuam como o que se costuma chamar de “fontes materiais do direito”, na medida em que se portam como fatores que influenciam e fundamentam a produção (criação e modificação) das normas jurídicas, inspirando o legislador.
- Na função *normativa* (mais adequadamente chamada de “integrativa”), diante de um caso concreto em que exista uma lacuna normativa, os intérpretes e aplicadores do direito utilizam os princípios para completarem expressamente o ordenamento jurídico. Os princípios, nestas situações, agem

<sup>231</sup> BONAVIDES, *Curso de Direito...*, 23. ed., p. 288.

<sup>232</sup> GONÇALVES, *Flexibilização trabalhista*, p. 58.

<sup>233</sup> DE CASTRO, Federico. *Derecho Civil de España*. Madrid: 1949, t. 1, p. 473 *apud* PLÁ RODRIGUEZ, *Princípios do Direito... In: PLÁ RODRIGUEZ, Estudos sobre...*, p. 24.

como fonte formal supletiva ou subsidiária, tal como previsto nos art. 4<sup>o</sup><sup>234</sup> da LINDB<sup>235</sup>, 126<sup>236</sup> do CPC e 8<sup>o</sup><sup>237</sup> da CLT. Aqui, a aplicação das demais normas jurídicas é direta, ao passo que a dos princípios é indireta.

- Na função *interpretadora*, os princípios são utilizados como critério orientador do juiz ou intérprete, contribuindo para o processo de compreensão da norma. Neste papel, os princípios atuam como fontes instrumentais, isto é, como verdadeiras balizas interpretativas diretivas.

DELGADO, fundando-se em moderna doutrina constitucional, pautada no paradigma do Estado Democrático de Direito, assevera que os princípios desempenham uma quarta função, com inquestionável força vinculante (e não meramente pragmática): a *normativa própria*.<sup>238</sup>

Assim expõe o autor:

A função fundamentadora dos princípios (ou função normativa própria) passa, necessariamente, pelo reconhecimento doutrinário do princípio e sua natureza de norma jurídica efetiva e não simples enunciado programático não vinculante. Isso significa que o caráter normativo contido nas regras jurídicas integrantes dos clássicos diplomas jurídicos (constituições, leis e diplomas correlatos) estariam

<sup>234</sup> Art. 4<sup>o</sup> da LINDB: "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito". FERRAZ JÚNIOR, discorrendo sobre esse preceito, salienta: "A ordem, na enunciação, pode ser uma orientação – primeiro se tenta a analogia, depois, os costumes e por último, os princípios –, mas ela não é compulsória, não estabelece impositivamente uma relação de superioridade da analogia sobre os costumes e destes sobre os princípios". FERRAZ JÚNIOR, *Introdução ao estudo...*, p. 145. No mesmo sentido, REALE e, em sentido contrário, pelo entendimento de que há uma enumeração excludente (em primeiro lugar, o recurso à analogia; a seguir, aos costumes e, por fim, aos princípios gerais), CLÓVIS BEVILÁQUA. Cf. REALE, *Lições preliminares de Direito*, p. 315.

<sup>235</sup> A recente Lei 12.376, de 30.12.10, amplia o campo de aplicação e altera o designativo da emenda do Decreto-Lei 4.659, de 4.09.1942, anteriormente alcunhada restritivamente de "Lei de Introdução ao Código Civil" (LICCC).

<sup>236</sup> Art. 126 do CPC: "O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito".

<sup>237</sup> Art. 8<sup>o</sup> da CLT: "As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito de trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público".

<sup>238</sup> Observa-se que, em sentido contrário, isto é, pelo não desempenho pelos princípios de função normativa própria e, portanto, não os entendendo como fontes do Direito, PLÁ RODRIGUEZ. É o que se aúfere do seguinte trecho: "Em face do exposto, estamos em condições de responder à pergunta central que nos fizemos: os princípios próprios do direito do trabalho constituem uma fonte do direito? A resposta é negativa. Acabamos de ver que a função dos princípios é variada. A única função de caráter normativo é constituída pela atuação como fonte supletiva em caso de omissão da lei".<sup>238</sup> PLÁ RODRIGUEZ, *Princípios do Direito... In: PLÁ RODRIGUEZ, Estudos sobre...*, p. 27.

também presentes nos princípios gerais de direito. Ambos seriam, pois, norma jurídica, dotados da mesma natureza normativa.<sup>239</sup>

Percebe-se, então, por esta quarta função (normativa própria ou autônoma) que os princípios são dotados de força vinculante e de inquestionável aplicabilidade prática direta – não atuando apenas de forma indireta, nos casos de ausência de dispositivos legais expressos (lacunas normativas) –, além, é claro, de influírem no processo legislativo e de interpretação do ordenamento jurídico, tal como entendimento tradicional.

Frisa-se que os princípios não cumprem na mesma medida e com a mesma intensidade essas quatro funções.<sup>240</sup> Em verdade, cada qual desempenha mais detidamente uma delas (e.g. o princípio *in dubio pro operario*, que possui destinação específica para a interpretação do Direito do Trabalho e o princípio da norma mais favorável, que atua especificamente como critério de aplicação das normas<sup>241</sup>), sem, entretanto, reduzir-lhes a devida importância. Ao contrário, atribuindo a cada um dos princípios pontuada, forte e inquestionável aplicabilidade direta e concreta.

Pela análise, afigura-se, contemporaneamente, a natureza jurídica normativa dos princípios, pertencentes ao gênero normas, ao lado das regras jurídicas, igualmente consideradas como espécie daquela.

ALEXY justifica:

Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deontológicas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas.<sup>242</sup>

<sup>239</sup> ALEXY, *Teoría de los Derechos...*, apud DELGADO, *Principios de Derecho...*, p. 20-21. “Esta nova compreensão doutrinária passou a se valer da expressão norma como referência geral aos dispositivos gerais, abstratos, impessoais, e obrigatórios que regulam a vida social. Assim, na idéia de norma (em sentido amplo) estariam abrangidas, pois, as noções de regras (ou norma, em sentido estrito) e de princípios jurídicos (e também a noção de institutos jurídicos, acrescentamos nós). A “distinção entre regras e princípios é pois uma distinção entre dois tipos de normas”, (afirma Robert Alexy, sintetizando esta compreensão teórica sobre o problema”).

<sup>240</sup> Entendimento cf. PLÁ RODRIGUEZ, *Principios de Derecho... In: PLÁ RODRIGUEZ, Estudios sobre...*, p. 24.

<sup>241</sup> DELGADO sustenta que a aplicabilidade do princípio da norma mais favorável tem maior extensão, podendo este ser distinguido em três dimensões, a saber: na ação legislativa, quando da elaboração da norma jurídica; no critério de hierarquia das normas, em caso de confronto de regras concorrentes; e, por fim, como critério de interpretação do direito. Cf. DELGADO, *Principios de Derecho...*, p. 43. Contudo, especificamente no que se refere ao critério de interpretação do Direito, entende-se, juntamente com a doutrina majoritária, que o Direito do Trabalho possui princípio especificamente destinado a essa função interpretativa, a saber, princípio *in dubio pro operario* (que será tratado do com maior aprofundamento no capítulo 4 deste trabalho). Dessa forma, opta-se pelo posicionamento teórico de que a função específica desempenhada pelo princípio da norma mais favorável é servir de diretriz para a aplicação da norma em caso de concorrência normativa (estudo que será desenvolvido no capítulo 3 desse trabalho).

<sup>242</sup> ALEXY, *Teoría dos Direitos...*, p. 87. Após essa explanação, o autor apresenta inúmeros critérios distintivos entre regras e princípios. Contudo, acentua que o da generalidade é o mais frequente. Segundo esse critério o autor explica que os princípios são dotados de algum grau de generalidade relativa, ao passo que as regras, de grau

### 2.5.4 Sistematização: proposta de tipologia classificatória

Quanto à abrangência, tradicionalmente, os princípios são classificados em: gerais e especiais. São gerais aqueles princípios informadores do ordenamento jurídico como um todo, atuando como norteador do Direito, enquanto uma Ciência única, estabelecendo os pontos de conexão entre os diversos ramos jurídicos.<sup>243</sup>

Leciona FERRAZ JÚNIOR:

Em seu nome [dos princípios gerais do direito], a dogmática procura entender o direito como um todo, postulando sua unidade. Para ela, não obstante as distinções, o direito é, em última análise um só. Daí o sentido sistematizador de sua tarefa. O sistema daí resultante, como vimos mostrando, pode não ser um conjunto rigorosamente lógico, mas deve manifestar certa coerência e sentido de coesão.<sup>244</sup>

É possível afirmar que diversos princípios gerais do direito são perfeitamente aplicáveis ao Direito do Trabalho, posto que com ele não entram em testilhas, podendo ser citados como exemplos: princípio da dignidade humana, princípio da valorização do trabalho, princípio da função social da propriedade (da propriedade estrito senso, da empresa, do lucro etc.), princípio da igualdade e não discriminação, princípio da boa fé<sup>245</sup> (inclusive contratual), princípio do não enriquecimento sem causa, princípio da vedação do abuso do direito,

---

relativamente baixo de generalidade. Todavia, afirma o autor que a distinção entre princípios e regras não se dá apenas no que concerne ao grau, mas também à qualidade (adota, pois, o critério distintivo gradualista-qualitativo). Entendendo, por fim, que os princípios são mandamentos de otimização, possuindo, como principal característica poderem ser cumpridos em distintos graus e em que medida imposta de execução depende de possibilidades fáticas e jurídicas. Do mesmo modo, para BOBBIO “os princípios gerais são [...] normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais”. Todavia, fundamenta o autor a natureza normativa dos princípios, de certo modo, ainda, focalizando-os estritamente na sua função normativa subsidiária: “Para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos são dois, e ambos válidos: antes de mais nada, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devam ser normas também eles: se abstraio da espécie animal obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para qual são extraídos e empregados é a mesma cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso. E com que finalidade são extraídos em caso de lacuna? Para regular um comportamento não-regulamentado: mas então servem ao mesmo escopo a que servem as normas expressas. E por que não deveriam ser normas?” BOBBIO, *Teoria do ordenamento...*, p. 158-9.

<sup>243</sup> O Direito do Trabalho constitui um ramo autônomo do Direito. Contudo, deve ser entendida essa autonomia como uma independência relativa, na medida em que há diversas conexões indissolúveis entre os campos jurídicos. O estabelecimento dessas conexões, muitas vezes, se dá por intermédio dos princípios gerais do direito, que atuam como elos de comunicação e unificação entre os diversos segmentos jurídicos, fazendo do Direito uma Ciência unitária, coerente e integradora de suas diversas partes.

<sup>244</sup> FERRAZ JÚNIOR, *Introdução ao estudo...*, p. 112.

<sup>245</sup> Interessante abordagem da aplicação do princípio da boa-fé nos contratos empregatícios é procedida por RENAULT in: *O novo código civil...*

princípio da não alegação da própria torpeza e princípio da proporcionalidade e da razoabilidade.<sup>246</sup>

No que concerne aos princípios especiais, estes têm uma abrangência mais restrita e aplicam-se a uma disciplina jurídica especializada, determinando pontos de particularização do respectivo ramo jurídico. Desta forma, cada ramo especial do Direito (Penal, Administrativo, Tributário, Trabalhista e outros) é norteado por proposições gerais informadoras de sua estrutura e dinâmica essencial.<sup>247</sup>

Interessante questão é levantada por PINHO PEDREIRA<sup>248</sup>: em caso de aparente contradição entre princípios gerais do direito e princípios especiais do Direito do Trabalho, qual prevalece? A resposta apresentada pelo autor soa como a mais acertada: prevalecem os especiais, vez que adotado o mesmo raciocínio daquele destinado às regras jurídicas; prevalecem as especiais, inclusive, sendo esta a opção do direito positivo pátrio em caso de lacuna, a teor do art. 8º da CLT, ou seja, aplicam-se os “princípios e normas gerais de direito, *principalmente do Direito do Trabalho*”.

Agora, é necessário apreciar os princípios peculiares do Direito do Trabalho. Para tanto, é preciso dizer que ora se propõe uma específica tipologia classificatória, sobremaneira diante da proposição deste trabalho de estabelecer uma sistemática própria (uma unidade caracterizadora da normatividade do ramo juslaboral), por intermédio da sua Teoria Geral do Direito, com vistas a unificar seus diversos segmentos (individual, coletivo e internacional).

Contudo, a relevância não se restringe apenas ao objetivo da pesquisa em tela. Com efeito, a necessidade de apontar referida tipologia classificatória se deve ao fato de reiteradas vezes se incluírem no rol dos princípios de Direito do Trabalho princípios de natureza específica contratual trabalhista (inerentes ao Direito individual do Trabalho), ou princípios de natureza coletiva do trabalho (inerentes ao Direito coletivo do Trabalho), e, até mesmo, princípios processuais do trabalho (inerentes ao Direito Processual do Trabalho).

Ademais, sem a atribuição da devida relevância ao arcabouço principiológico da dogmática juslaboral, mencionando, expressa e detidamente, os princípios gerais desse ramo

---

<sup>246</sup> Menciona-se que DELGADO agrupa os princípios gerais do direito, aplicáveis ao ramo juslaboral, em três planos de diretrizes, a saber: dignidade humana e conexos; proporcionalidade; e boa fé e corolários. Cf. DELGADO, *Curso de Direito...*, 9. ed., p. 72-4.

<sup>247</sup> DELGADO, *Princípios de Direito...*, p. 16.

<sup>248</sup> PEDREIRA DA SILVA, *Principiologia do Direito...*, 2. ed., p. 16-7.

jurídico, norteador e aplicável ao seu todo, pode-se incorrer em erro e acarretar confusões e, até mesmo, o desprestígio deles.

A classificação principiológica ora sugerida reúne em quatro grupos os princípios do Direito do Trabalho.

O primeiro (que é o relevante a este trabalho), denominado “princípios normativo-estruturantes<sup>249</sup> do Direito do Trabalho”, engloba todos os princípios aplicados ao Direito do Trabalho considerado como um todo, como uma unidade.

O segundo, alcunhado “princípios contratuais do trabalho”, reúne todos os princípios aplicáveis detidamente ao segmento individual do Direito do Trabalho, mais propriamente aos contratos individuais do trabalho, estabelecendo o esboço geral da dinâmica contratual que lhe é própria, principalmente em contraponto ao contratual previsto na regulamentação civilista (notadamente o direito das obrigações). Podem-se arrolar como exemplos: o princípio da primazia da realidade sobre a forma<sup>250</sup>, o princípio da inalterabilidade contratual lesiva<sup>251</sup> e o princípio da continuidade da relação de emprego<sup>252</sup>, dentre outros.

---

<sup>249</sup> *Normativo*, posto que inquestionável contemporaneamente o caráter normativo dos princípios, enquanto espécie de normas jurídicas. *Estruturantes* posto que, conforme MIGUEL REALE, estrutura deve ser entendida “como um conjunto de elementos que entre si se correlacionam e se implicam de modo a representar dado campo unitário de significações”. E, “como se vê, a noção de estrutura implica a de pluralidade de elementos componentes que só adquirem plenitude de significação na medida em que eles se complementam e se completam unitariamente, donde a sua concepção como ‘unidade orgânica’, a partir do símile do organismo animal que constitui um todo diversificado e unitariamente congruente”. REALE, *Fontes e modelos do Direito...*, p. 4.

<sup>250</sup> O princípio da primazia da realidade sobre a forma enuncia que, no âmbito contratual trabalhista, a prevalência se dá para a verdadeira relação jurídica estipulada pelas partes e nos exatos termos do praticado (isto é, de acordo com a realidade contratual vivenciada) em detrimento da forma ou do *nome iures* que lhe seja atribuído. Por essa razão, alguns autores denominam o contrato individual do trabalho de “contrato realidade”. O dispositivo legal que positiva esse princípio é o art. 9º da CLT. Assim, em face deste princípio, o magistrado do trabalho deve desconsiderar documentos, ainda que formalmente estabelecidos, que não reverberem a realidade. Um exemplo de utilização prática deste princípio é para desconstituir contrato de natureza civil (*e.g.* contrato de prestação de serviços) quanto há o intuito de afastar o cumprimento das obrigações trabalhistas e previdenciárias, quando diante dos elementos fático-jurídicos da relação empregatícia.

<sup>251</sup> O princípio da inalterabilidade contratual lesiva, aforismo da regra da imutabilidade contratual prevista tradicionalmente no Direito Civil (*pacta sunt servanda*), reverbera importante diretriz trabalhista, na medida em que coíbe qualquer alteração contratual *in pejus* ao trabalhador. A positivação deste princípio ocorre no art. 468 da CLT. Ressalte-se que as alterações contratuais benéficas ao empregado são amplamente permitidas e incentivadas.

<sup>252</sup> O princípio da continuidade da relação de emprego consubstancia importante diretriz contratual trabalhista, já que pugna que os contratos de trabalho perdurem no tempo, de forma a conferir maior segurança aos trabalhadores e suas famílias, além de beneficiar toda a coletividade, posto que atua na defesa do emprego e contra o desemprego. Desde princípio auferem-se três presunções basilares do contrato de trabalho: a regra é que são celebrados por prazo indeterminado; a presunção de não ruptura da relação empregatícia (a teor da Súmula 212, do TST); e a presunção, caso comprovada a ruptura contratual, que a terminação se deu na forma menos gravosa ao empregado (dispensa sem justa causa), de modo a lhe assegurar maior rol de direitos trabalhistas. Salienta-se que, em nítido retrocesso social, este princípio foi flexibilizado pela Carta de 1988, ao estender o regime do FGTS à universalidade de empregados, em substituição à estabilidade decenal (com a exceção da empregada doméstica que permanece destituída de ambos os amparos) e também pela jurisprudência majoritária, ao entender que o art. 7º, inciso I, da CRFB (proteção contra a dispensa arbitrária) e o art. 7º, inciso XXXIII (aviso prévio proporcional ao tempo de serviço) não possuem eficácia imediata e plena.

O terceiro grupo, denominado “princípios do Direito Coletivo do Trabalho”, compreende aqueles aplicáveis particularmente ao segmento coletivo do Direito do Trabalho, determinando as particularidades e especificidades desse segmento jurídico-trabalhista. Listam-se como exemplos: o princípio da liberdade sindical<sup>253</sup> (em toda sua extensão conceitual) e o princípio da criação de normas coletivas de trabalho pelo sindicato<sup>254</sup> (incluindo a interveniência obrigatória da organização sindical na elaboração dos acordos e convenções coletivas de trabalho).

O quarto grupo, apelidado “princípios do Direito Internacional do Trabalho”, agrupa os princípios destinados ao estabelecimento das diretrizes principiológicas do Direito Internacional do Trabalho. Aqui, exemplifica-se com: princípio da independência e da igualdade jurídica entre Estados-Membros<sup>255</sup> (que, embora seja também a diretriz do Direito Internacional Público, comparece e direciona as relações internacionais do trabalho), princípio da estruturação tripartite<sup>256</sup> e princípios sobre os quais repousa a OIT, tal como previstos na Declaração referente aos fins e objetivos da OIT<sup>257</sup>, de 1944 (o trabalho não é uma mercadoria; a liberdade de expressão e de associação é uma condição indispensável a um

<sup>253</sup> O *princípio da liberdade sindical* consubstancia em uma manifestação do direito de associação, especificamente para o âmbito das relações laborais, facultando juridicamente a associação de cunho classista. Possui duas dimensões: uma positiva, que preconiza a liberdade de criar ou vincular-se a uma associação; e uma negativa, que consiste na liberdade de desfiliação. Contudo, a ampla liberdade sindical sofre severas restrições pela Constituição Federal de 1988. O *caput* do art. 8º da CRFB, de um lado, proclama a livre associação profissional ou sindical; de outro, vincula a sua existência à atribuição de personalidade sindical pelo órgão competente do Estado, Ministério do Trabalho e Emprego. Nesse passo, veda a intervenção e a interferência estatal nas organizações sindicais, mas proíbe a criação de mais de uma organização sindical representativa de categoria profissional ou econômica na mesma base territorial, que não poderá ser inferior à área de um município (regra da unicidade sindical contida no art. 8º, II, CRFB). E, ainda, determinada que ninguém será obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado a sindicato (cf. art. 8º, V, CRFB), todavia, obriga o trabalhador, mesmo o não sindicalizado, a contribuir de forma compulsória para custeio e manutenção das atividades sindicais (cf. art. 8º, IV, CRFB).

<sup>254</sup> O *princípio da criação de normas coletivas de trabalho pelo sindicato* reverbera a delegação constitucional de verdadeiro poder normativo às organizações sindicais, a teor do art. 7º, XXVI (que reconhece as convenções e acordos coletivos de trabalho), e art. 8º, VI, da CRFB (que determina a obrigatoriedade dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho). Referida diretriz coaduna-se à diretriz do pluralismo jurídico, que entende que a produção de normas jurídicas não é monopólio Estatal.

<sup>255</sup> O *princípio da independência e da igualdade jurídica* encontra-se respaldo legal no item 1, do art. 2º, da Carta das Nações Unidas que determina: “A Organização é baseada no princípio da igualdade soberana de todos os seus membros”.

<sup>256</sup> Segundo o *princípio da estruturação tripartite*, a dinâmica e a estrutura da OIT são marcadas por uma peculiar metodologia de representação tripartite. Em caráter inovador no âmbito internacional público, o *Tratado de Versailles* consagrou o modelo de composição tripartite na OIT, com participação de delegados governamentais, em quantidade de dois por Estado-membro e, representando as forças antagônicas do capital e trabalho, um delegado representante dos empregadores e outro dos trabalhadores. O método inovador merece ser reconhecido como marco democratizador das relações jurídicas no plano internacional público, na medida em que permitiu a participação da sociedade civil na esfera de decisão e formação do fenômeno jurídico internacional, antes restrito aos Estados. Cf. MESQUITA; REIS, Composição tripartite... *In: Anais...*

<sup>257</sup> A Declaração referente aos fins e objetivos da OIT foi aprovada pela reunião Conferência Internacional do Trabalho, na Filadélfia, 26ª sessão, em 10.05.1944, e dispõe sobre itens, objetivos da OIT e princípios que devem inspirar a política dos Estados-membros.



progresso ininterrupto; a penúria, seja onde for, constitui um perigo para a prosperidade geral; a luta contra a carência, em qualquer nação, deve ser conduzida com infatigável energia, e por um esforço internacional contínuo e conjugado, no qual os representantes dos empregadores e dos empregados discutam, em igualdade, com os dos Governos, e tomem com eles decisões de caráter democrático, visando o bem comum).

Claro que se pode, ainda, arrolar um quinto grupo principiológico, o dos denominados “princípios processuais do trabalho”, que, especificamente, são diretrizes do Direito Processual do Trabalho e apresentam-se como particularidades à Teoria Geral do Direito Processual, comum ao direito processual como um todo (comum, penal, trabalhista ou administrativo). Contudo, como se está a discorrer precipuamente sobre o Direito *material* do Trabalho, opta-se conscientemente por não incluir este grupo principiológico, embora de forma alguma esteja a negar a sua existência e sua importância.

Aquele grupo que é relevante para o propósito deste estudo, o dos princípios normativo-estruturantes do Direito do Trabalho, reúne todos os princípios que atuam como verdadeiras estruturas-normativas, inerentes e próprias ao ordenamento e à normatividade juslaboral. Isto é, engloba aqueles princípios que de alguma forma se atrelam à produção (criação e modificação), interpretação (e harmonização), integração e aplicação do conjunto normativo do Direito do Trabalho.

Dizendo com outras palavras: os princípios normativo-estruturantes do Direito do Trabalho são aqueles que, ao versarem sobre a estrutura do ordenamento jurídico do trabalho – estabelecendo as diretrizes para a própria construção, interpretação, integração, harmonização (normas como o todo e entre si) e aplicação das normas –, fixam o contorno próprio e unitário da Dogmática do Trabalho, em contraponto ao universo jurídico em geral.

De outro lado, correspondem àqueles princípios comuns aos diversos segmentos do Direito do Trabalho (Individual, Coletivo e Internacional) que também operam na importante função de elo unificador desse ramo jurídico.

Desse modo, é dotado de relevância para este trabalho especificamente o grupo dos princípios normativo-estruturantes do Direito do Trabalho, que reúne os seis seguintes: princípio da proteção, princípio da norma mínima, princípio da norma mais favorável, princípio *in dubio pro operario*; princípio da progressividade e da vedação ao retrocesso e princípio da imperatividade e da irrenunciabilidade, cujos correspondentes significados e pontuadas aplicações práticas serão discorridos ao longo deste estudo.

Frisa-se que, ao entender que existem princípios comuns aos segmentos do ramo juslaboral, posiciona-se afirmativamente no que se refere à polêmica se os princípios informadores do Direito do Trabalho são válidos para o seu segmento juscoletivo. Ora, o Direito coletivo do Trabalho é parte integrante daquele, substancialmente a ele atrelado, principalmente por intermédio desses princípios normativo-estruturais que lhe são perfeitamente aplicáveis (em verdade, que atribui coesão e coerência interna ao todo, Direito do Trabalho).

Ainda, salienta-se que esse grupo, dotado de conteúdo estrutural do ordenamento jurídico laboral, não se basta por si só para atribuir todo o contorno próprio e particular do Direito do Trabalho em contraponto aos demais ramos do Direito. Ao contrário, emergem os demais grupos principiológico juslaboral, de forma a lhe complementar, estabelecendo demais particularidades.

Por fim, necessário explicitar o critério distintivo adotado (isto é, a distinção essencial entre esses quatro grupos principiológicos que norteiam o Direito material do Trabalho): a distinção reside precipuamente no enfoque principal a que se destinam os princípios.

Ora, o primeiro grupo estabelece as diretrizes estruturais ao próprio ordenamento e às normas direito do trabalho, fixando o modo da sua dinâmica peculiar; o segundo, as diretrizes específicas ao contato de individual do trabalho; o terceiro, aquelas específicas do Direito Coletivo do Trabalho; e o quarto, fixa norteadores próprios do Direito Internacional do Trabalho.

### 3 O PROBLEMA DAS FONTES DO DIREITO DO TRABALHO: PARTICULAR FORMA DE HIERARQUIZAÇÃO?

#### 3.1 A complexidade e a unidade do ordenamento jurídico

Os ordenamentos jurídicos podem ser classificados: em simples ou complexos, “conforme as normas que os compõem derivem de uma só fonte ou de mais de uma”.<sup>258</sup>

No caso do ordenamento simples, pode-se dizer que se trata de mera ficção acadêmica (ou exercício reflexivo), uma vez que a realidade da história do direito não tem apontado exemplo prático de ordenamento jurídico derivado de apenas uma fonte, mesmo em suas mais simples formas.<sup>259</sup>

De tal modo, e por exclusão, o entendimento de o ordenamento jurídico ser complexo (compreendido como aquele proveniente, em sua formação e contínua transformação, de pluralidade de fontes) passa a ser uma premissa constatada.

BOBBIO atribui a complexidade de um ordenamento jurídico ao fato de a necessidade de regras de conduta ser tão grande em uma sociedade para regular a intrincada e complexa vida social que nenhum poder ou órgão detém condições de satisfazê-la sozinho.<sup>260</sup>

Soma-se a esse fato, enquanto comprovador da complexidade do ordenamento jurídico, a existência (e grande frequência) de normas de estrutura, a par das normas de conduta.

Um ordenamento jurídico, inclusive no que concerne ao plano do direito privado, é composto: de normas de conduta (de comportamento, imperativas ou de primeira instância) e normas de estrutura (de competência, de organização ou imperativas de segunda instância).

Por normas de conduta entendem-se aquelas que estabelecem determinado preceito de comportamento que reverbere permissibilidade, obrigatoriedade ou proibição

---

<sup>258</sup> BOBBIO, *Teoria do ordenamento...*, p. 37.

<sup>259</sup> A esse respeito, BOBBIO elucida: “Os ordenamentos jurídicos historicamente conhecidos são geralmente ordenamentos complexos. Mesmo um ordenamento normativo rudimentar como o familiar é geralmente um ordenamento complexo; seria simples se todas as suas normas fossem diretamente colocadas pelo pai, mas, ao contrário, este muitas vezes delega à mãe a disciplina de certas matérias e outras vezes as normas derivam dos usos do meio social ao qual pertence a família”. BOBBIO, *O positivismo jurídico...*, p. 162.

<sup>260</sup> BOBBIO, *Teoria do ordenamento...*, p. 38.

(de acordo com a tripartição clássica das normas) dirigidas aos cidadãos e às entidades sociais em geral.

Normas de estrutura são aquelas que prescrevem condições e procedimentos por meio dos quais emanam outras normas de conduta válidas. Ou seja, prescrevem a conduta (propriamente, o modo e a competência) de produzir regras jurídicas. Ainda, pode-se dizer que também é aquela que “prescreve que duas pessoas estão autorizadas a regular seus interesses em certo âmbito mediante normas vinculantes e coativas”.<sup>261</sup>

Dessa maneira, o ordenamento jurídico – ao estabelecer em seu bojo normas de conduta não só dirigidas aos cidadãos (regras de comportamento), mas também aquelas que regulam a própria produção jurídica (regras de estrutura) – institui as fontes do direito e, simultaneamente, fixa os critérios de validade das suas normas.

É possível auferir, então, que a complexidade do ordenamento jurídico é devida, sobretudo, à diversidade de fontes do direito e que o sentido de fontes do direito está intimamente ligado à produção (criação e modificação) das normas jurídicas, bem como ao critério de validade das normas<sup>262</sup> (entendimento esse que será retomado logo além).

De outro lado, a complexidade do ordenamento jurídico não exclui sua possibilidade de consubstanciar-se em uma unidade, desde que, e na medida em que, se aceite a teoria hegemônica da construção escalonada do ordenamento jurídico, proposta por KELSEN.

Segundo essa teoria, as normas de um ordenamento jurídico não são postas num mesmo plano<sup>263</sup>, mas em escalões normativos superiores e inferiores de forma que as inferiores dependam das superiores (nestas, encontrando seu fundamento de validade), assim sucessivamente, até que se alcance a norma suprema, sobre a qual repousa a unidade do ordenamento jurídico.

Essa norma suprema, ou fundamental, alocada no topo da pirâmide normativa, independente de qualquer outra, é que confere unidade ao ordenamento jurídico e atribui fundamento de validade a todas as outras fontes, direta ou indiretamente. Daí ser chamada de

---

<sup>261</sup> BOBBIO, *Teoria do ordenamento...*, p. 33-4. Segundo REALE, as normas jurídicas de estrutura são aquelas que “possuem um *caráter instrumental*, visando à estrutura e funcionamento de órgãos, ou à disciplina de processos técnicos de identificação e aplicação de normas, a fim de assegurar uma convivência juridicamente ordenada”. REALE, *Lições preliminares de Direito*, p. 97.

<sup>262</sup> Nesse sentido, REALE: “[...] a fonte refere-se mais propriamente às *condições de validade* dos preceitos jurídicos postos por ela [...]”. REALE, *Fontes e modelos do Direito...*, p. 4.

<sup>263</sup> Cf. BOBBIO, *Teoria do ordenamento...*, p. 49.

“fonte das fontes”<sup>264</sup>, “norma produtora por excelência”<sup>265</sup>, “fonte de qualificação jurídica”<sup>266</sup> e “fonte originária”<sup>267</sup>.

Entretanto, esta norma suprema não é expressa. Em verdade, é um pressuposto estabelecido pelo positivismo para serrar em si mesmo o sistema jurídico. Seria ela, então, segundo BOBBIO, o poder que confere legitimidade ao constituinte originário para estabelecer as normas constitucionais de um Estado, “seria aquela de onde deriva o poder primeiro”.<sup>268</sup>

Esse entendimento de Kelsen, expoente do positivismo jurídico, foi edificado para alicerçar a concepção da primazia da lei sobre outras fontes. Ora, conforme colocado por BOBBIO, para que haja primazia da lei, duas condições são necessárias: que em um dado ordenamento jurídico coexistam várias fontes, para que seja possível compará-las (isto é, que se trate de um ordenamento complexo); e que essas fontes não estejam no mesmo plano<sup>269</sup> (mas, sim, em planos distintos, hierarquizados) de forma que uma possa prevalecer sobre a outra.

Nesse passo, estruturada a concepção da primazia da lei pelo positivismo jurídico, entendimento ainda hegemônico contemporaneamente, resta apreciar como se dá a relação entre a lei e as outras fontes.

BOBBIO defende que esta relação de subordinação explica-se com base em um processo de reconhecimento (ou recepção) ou em um processo de delegação. Daí se falar em “fontes reconhecidas” ou em “fontes delegadas”.<sup>270</sup>

<sup>264</sup> A norma suprema é denominada “fonte das fontes”, já que ocupa a mais alta classe na hierarquia das fontes nacionais de direito. Dentre outros cf. URIARTE, A Constituição e... In: RODRIGUEZ, *Estudos sobre as...*, p. 68.

<sup>265</sup> A norma suprema é denominada “produtora”, porque produz todas as outras fontes do direito, sendo nela que todas as outras encontram seu fundamento de validade. De outro lado, as normas inferiores à norma suprema (ou, em termos mais concretos e palpáveis, à Constituição) podem ser, de um lado, executoras da Constituição, na medida em que executam o seu comando e, de outro, produtoras de outras normas, no passo em que podem atribuir o poder normativo a outras normas de hierarquia inferior.

<sup>266</sup> A norma suprema é denominada “fonte de qualificação jurídica”, uma vez que, além de produzir normas jurídicas, atribui às outras fontes a qualificação de jurídica. Essas outras fontes recebem a denominação “fontes de conhecimento jurídico”. Relevante sobre a temática a reflexão de BOBBIO: “Ora, o positivismo jurídico, também admitindo uma pluralidade de fontes de conhecimento, sustenta a existência de uma única fonte de qualificação e identifica esta última com a lei. Se, portanto, usamos o termo ‘fontes do direito’ em sentido estrito, para indicar somente as fontes de qualificação, o ordenamento jurídico, assim como o concebe o juspositivismo, não aparece mais como um ordenamento complexo, mas como um ordenamento simples”. BOBBIO, *O positivismo jurídico...*, p. 166.

<sup>267</sup> A norma suprema pode também ser chamada de “fonte ou poder originário”, na medida em que, além dela, poder algum pode embasar o ordenamento jurídico. As outras fontes do direito, nesta classificação, são chamadas de “fontes derivadas”. BOBBIO, *Teoria do ordenamento...*, p. 59.

<sup>268</sup> BOBBIO, *Teoria do ordenamento...*, p. 59.

<sup>269</sup> BOBBIO, *O positivismo jurídico...*, p. 162.

<sup>270</sup> BOBBIO, *O positivismo jurídico...*, p. 164. Releva dizer, contudo, que para alguns defensores do pluralismo jurídico a produção normativa por instâncias não estatais independe de reconhecimento pela norma institucionalizada. “Nesse sentido, a história afiança a assertiva, pois o direito consuetudinário precedeu o legislado e a negociação coletiva está na gênese do Direito do Trabalho, antecedendo, portanto, normas estatais de proteção ao trabalho, quanto a diversos aspectos”. Cf. MURADAS, *O princípio da...*, p. 104. Contudo, pense-se, no mote de BOBBIO, sem prejuízo da assertiva e da constatação histórica, que, com o primado da lei (ainda

O reconhecimento ocorre quando existe um determinado fato social precedente ao Estado, ou independente deste, que produz regras de conduta que o Estado atribui, a *posteriori* o caráter normativo.

De outro lado, a delegação ocorre quando o Estado atribui o poder normativo a um órgão diverso daquele portador da soberania (ou a uma instituição social privada, *e.g.* as organizações sindicais), isto é: delega o poder de estabelecer normas jurídicas para determinadas matérias, dentro de certos limites a alguém.<sup>271</sup>

Percebe-se, então, que há uma diferença essencial, de ordem temporal, entre recepção e delegação. Naquela, o preceito já instituído é acolhido como jurídico posteriormente pelo Estado. Nesta, o Estado atribui juridicidade a um preceito antes mesmo de ser elaborado por quem delegou parcela do poder normativo (óbvio: desde que elaborado nos limites da atribuição).

No caso da competência sindical – exercida em próprio nome na defesa do interesse da categoria classista representada – para elaborar regras jurídicas com base no método da negociação coletiva de trabalho, certa dificuldade de enquadramento pode pairar.

Inicialmente, quando das primeiras associações profissionais, as “convenções” eram celebradas à margem do Estado. E “alguns de seus aspectos mais básicos podem ter como origem os usos e costumes industriais”<sup>272</sup> (inclusive, *contra legis*), passando, portanto, posteriormente ao “reconhecimento” pelo Estado. Daí dispor o art. 7º, XXVI, da CRFB ser direito dos trabalhadores urbanos e rurais “o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho”.

Contudo, diante da complexidade da convenção coletiva como um instituto jurídico moderno, nos dizeres de ÁLVARES DA SILVA, é inaceitável a compreensão da convenção coletiva como de natureza de usos e costumes.<sup>273</sup>

Nesse passo, diante da expressa (e prévia) atribuição da competência aos sindicatos para celebrar convenções e acordos coletivos de trabalho (dispõe o art. 8º, VI, da CRFB: “é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho”),

---

imperante, decorrente do entendimento que o Estado representa o ordenamento jurídico soberano), o teor de juridicidade atribuído a uma norma só advém do reconhecimento ou da delegação estatal, o que não impede que outras emanções sociais sejam dotadas de eficácia e, até mesmo, de sanção institucionalizada.

<sup>271</sup> Explica o autor: “Nem sempre é fácil estabelecer se uma fonte subordinada deve ser considerada reconhecida ou delegada, porque muitas vezes a resposta depende essencialmente do ângulo visual em que cada um se coloca e da maior ou menor simpatia que se tem por estas duas categorias estritamente jurídico-formalistas, a propensão será para a segunda categoria; se forem seguidos critérios jurídico-sociológicos, a propensão será para a primeira”. BOBBIO, *O positivismo jurídico...*, p. 164.

<sup>272</sup> ÁLVARES DA SILVA, *Direito Coletivo do Trabalho*, p. 162.

<sup>273</sup> ÁLVARES DA SILVA, *Direito Coletivo do Trabalho*, p. 162.

pertinente o entendimento de que a eles é *delegada*<sup>274</sup> parcela de poder jurídico-criativo (tecnicamente dizendo: considerando-o como fonte jurídica, tal como será detalhado a seguir).

Sobre outro aspecto, a Constituição Federal, ao reconhecer a negociação coletiva de trabalho, estabelece mais uma forma de exercício da soberania popular – e do próprio poder normativo – de forma direta e delegada: pelo trabalhador, no âmbito da sociedade civil, com a interveniência obrigatória dos sindicatos profissionais (a par de outros instrumentos de exercício direito da soberania arrolados pelo art. 14 da CRFB: referendo, plebiscito e iniciativa popular).<sup>275</sup>

Dessa forma, a negociação coletiva de trabalho, enquanto processo de elaboração de norma jurídica, reafirma o elemento democracia no regime representativo, já que a democracia e a soberania popular deixam de ser exercidas exclusivamente no momento da escolha do representante e passam também a integrar o exercício do poder de normatizar de forma direta.<sup>276</sup>

Salienta-se, tanto na delegação quanto na recepção, que o poder normativo delegado ou recepcionado pelo Estado a um terceiro (seja órgão ou poder público, seja instituição privada, inclusive aos sindicatos) não sucede de modo ilimitado, submetendo-se, ao contrário, a limites.

Esses limites também são graduados, de acordo com a proximidade ou distância da fonte de qualificação primeira e a correspondente fonte de conhecimento, à qual se atribui o poder de normatizar. Exemplificando a partir de dois extremos, a ordem constitucional

---

<sup>274</sup> ÁLVARES DA SILVA, com o fim de estabelecer a natureza de fonte jurídica às convenções coletivas de trabalho, analisa diversas teorias destinadas a lhe atribuir natureza jurídica. Especificamente quando aprecia a teoria da lei delegada, critica-a, sob o fundamento de que ela analisa a convenção coletiva apenas sob o aspecto da sua formação, sem nada esclarecer sobre a natureza específica da norma em contraposição às demais fontes do Direito. Seria, então, segundo o autor, ampla demais, já que, como todas as normas, seriam provenientes de órgãos ou entidades às quais o Estado delega poder normativo. Cf. ÁLVARES DA SILVA, *Direito Coletivo do Trabalho*, p. 170. Contudo, embora acertada a posição do autor no entendimento de que a natureza da convenção coletiva seja de fonte jurídica, inquestionável que a delegação pelo Estado de parcela do poder normativo aos sindicatos é o fator determinante para a atribuição de conteúdo de juridicidade às regras emanadas das convenções coletivas de trabalho.

<sup>275</sup> Cf. MESQUITA. A negociação coletiva... *In: Anais...*, p.10495-10514.

<sup>276</sup> Enuncia a Constituição da República que “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” (parágrafo único, art. 1º), sendo que a soberania popular, *summa potestas*, será exercida não só pelo sufrágio universal, mas “nos termos da Constituição”, mediante formas de exercício direto, tais como: plebiscito, referendo e iniciativa popular (art. 14). Esclarece SOARES: “O poder constituinte ao definir o âmbito do sentido daquela soberania o fez com a expressão “nos termos, desta constituição”, isto é, não nomeou somente, expressa e exclusivamente o artigo 14 que trata do exercício da soberania direta por meio de plebiscito, referendo e iniciativa popular, mas autorizou a sua *densificação* por meio do *sistema* de regras e princípios constitucionais”. SOARES, *Teoria da Legislação...*, p. 54. Assim, fundamenta-se o exercício direto da soberania popular pelos sindicatos profissionais, durante a celebração de convenções e acordos coletivos de trabalho. Cf. MESQUITA. A negociação coletiva... *In: Anais...*, p.10495-10514.

limita muito mais a autonomia privada individual do que o Poder Legislativo. Reportando ao Direito do Trabalho, a liberdade de pactuação individual (trabalhador e empregador) é sumariamente reduzida, tendo como conteúdo mínimo o previsto nas convenções e acordos coletivos de trabalho, que, por sua vez, devem respeitar também o conteúdo legal mínimo. Salienta-se, assim, que, além desses limites mínimos (normativo heterônomo e autônomo), o contrato individual de trabalho também é norteado pela diretriz da melhoria progressiva das condições de trabalho, restando, portanto, pequena margem de dispositividade à autonomia privada (*e.g* fixação de funções, horário de trabalho e forma de remuneração, tudo isso limitado pelas balizas citadas).

Quanto às espécies de limites, pode-se antecipar aqui que são duas: limites materiais, atrelados ao conteúdo a ser regulado; e limites formais, ligados as formalidades ou procedimento de se regular.<sup>277</sup>

Por tudo que foi exposto, conclui-se que o ordenamento jurídico apresenta-se como uma unidade complexa, composta de normas escalonadas hierarquicamente e estruturadas de forma que a inferior encontre seu fundamento de validade na superior, que, por sua vez, atribui-lhe teor de juridicidade, via reconhecimento ou delegação.

Ao assim concluir, insere-se uma nova terminologia, a *juridicidade*, que precisa ser aclarada quanto ao significado conceitual empregado e ora acolhido. Explicando: a necessidade de elucidar o que se entende por juridicidade mostra-se relevante, na medida em que decorre da grande divergência doutrinária entre BOBBIO e KELSEN, que se refere ao próprio entendimento do que seja o Direito e a sua correlação com a força (ou coerção).

Para KELSEN<sup>278</sup> (e também para ROSS<sup>279</sup>), a força é *objeto* da regulamentação jurídica. Ou seja, o direito é o conjunto de regras que regulam o exercício da força em determinada sociedade. Dessa maneira, KELSEN atrela a força ao próprio *conteúdo* das normas e do ordenamento jurídicos.

---

<sup>277</sup> A temática dos limites materiais e formais das normas jurídicas será retomada mais além, especificamente no capítulo 6 deste trabalho.

<sup>278</sup> Assim dispõe KELSEN: “Uma regra é uma regra jurídica não porque a sua eficácia é garantida por uma outra regra que dispõe uma sanção; uma *regra é uma regra jurídica porque dispõe uma sanção*. O problema da coerção não é o problema de garantir a eficácia das regras, mas *o problema do conteúdo das regras*.” *Teoria generale del diritto e dello stato*. Milio: ed. italiana, 1952, p. 28-9 *apud* BOBBIO, *Teoria do ordenamento...*, p. 68.

<sup>279</sup> Afirma ROSS: “Devemos insistir sobre o fato de que a relação entre as normas jurídicas e a força consiste em que elas dizem respeito a aplicação da força e não em que são protegidas por meio da força.” E ainda: “Um sistema jurídico nacional é um conjunto de normas que dizem respeito ao exercício da força física.” A. Ross. *On Law and Justice*. Londres, 1958, p. 53 *apud* BOBBIO, *Teoria do ordenamento...*, p. 68.



BOBBIO<sup>280</sup> entende que a força é *instrumento* para a realização do direito; ou seja, meio de que se vale o direito para que as normas sejam cumpridas. Dessa maneira, relaciona a força à *eficácia* das normas e do próprio ordenamento jurídico.

Nesse passo, retomando o tema da juridicidade, nota-se que a diferença essencial quanto ao assunto para os dois autores é que para KELSEN uma norma é jurídica quando regula uma sanção (refere-se, portanto, somente às normas instrumentais, dirigidas ao Judiciário, uma vez que preceituam o modo e a medida de se aplicar uma sanção), ao passo que para BOBBIO uma norma é jurídica pelo simples fato de integrar um ordenamento jurídico (o que demonstra uma abertura do autor para acolher como jurídicas as normas que são dirigidas aos cidadãos, preceituando condutas).

Ao que parece (e pelas razões expostas acima), mais coerente o entendimento de BOBBIO, podendo-se, desse modo valer-se aqui do que o autor entende por juridicidade:

[...] a juridicidade de uma norma se determina não através de seu conteúdo (nem pela forma, ou pelo fim, e assim por diante), mas simplesmente através do fato de pertencer ao ordenamento, fato este que, por sua vez, só determina remontando da norma inferior à superior, até a norma fundamental.<sup>281</sup>

As conclusões alcançadas do que seja o ordenamento jurídico são perfeitamente atribuíveis ao Direito do Trabalho, uma vez que este deve ser entendido também como um ordenamento jurídico – mais propriamente, uma parte (também complexo unitário de regras, princípios e institutos) integrante de um todo maior, igualmente jurídico.<sup>282</sup>

O Direito do Trabalho pode, então, ser identificado como um ordenamento jurídico – *ordenamento jurídico laboral*, enquanto unidade composta de pluralidade de fontes ordenadas hierarquicamente, graças a uma norma suprema que atribui conteúdo de juridicidade a todas as outras inferiores.

Em termos concretos (palpáveis e visíveis), pode-se dizer que todo o Direito do Trabalho repousa e encontra seu fundamento de validade na Constituição Federal (fonte das fontes) e que, de outro lado, com o processo de constitucionalização do Direito do Trabalho

<sup>280</sup> BOBBIO, *Teoria do ordenamento...*, p. 67.

<sup>281</sup> BOBBIO, *Teoria do ordenamento...*, p. 69.

<sup>282</sup> Aqui, convém tecer breve consideração: não obstante Kelsen proclamar a unidade do Direito – inclusive sendo adverso à sua tradicional classificação em público e privado, sobremaneira em face da falta de consenso doutrinário acerca dos critérios empregados para o estabelecimento da distinção –, entende o autor que as suas ramificações não destroem a unidade do sistema jurídico, porquanto todos os segmentos jurídicos se legitimam na própria Constituição. Cf. SÜSSEKIND *et al. Instituições de Direito...*, v. 1, p. 117-8.

“institui ela própria fontes de direitos”<sup>283</sup> laborais, entendidos como o rol mínimo de direitos assegurados aos trabalhadores direcionados pela diretriz de continua ampliação.

Resta agora estabelecer um significado conceitual para fontes do Direito do Trabalho, bem como especificar quais são as fontes normativas deste ramo especializado do Direito.

### 3.2 Conceito de fontes do direito: superação de uma tradicional tipologia classificatória

A noção de fontes do direito está diretamente atrelada à ideia de validade das normas jurídicas.<sup>284</sup> Uma norma será válida quando respeitar o legítimo processo de instituição normativa, que engloba, concomitantemente, seu aspecto material e seu aspecto formal, de acordo com o prefixado no próprio ordenamento jurídico.<sup>285</sup>

Como a noção de fontes do direito está acoplada à de validade das normas – repetindo: ao respeito ao processo de instituição (criação e modificação) das normas jurídicas –, ao termo *fontes do direito* comumente é atribuído sentido metafórico: “do mesmo modo que a água, que pode vir de diferentes fontes, o direito também tem diversas origens possíveis”.<sup>286</sup> Destarte, o significado de fontes remete à origem ou ao nascimento das normas jurídicas e, etimologicamente “o termo fontes (*fons, fontis*) designa nascente, nascedouro”.<sup>287</sup>

Ainda, como o processo de instituição das normas jurídica abarca a fixação de competências, o sentido de fontes do Direito agrega também a noção de poder, notadamente o poder normativo de estabelecer normas de conduta validas dotadas do teor de juridicidade.

Portanto, a noção de fonte do direito relaciona-se intimamente com a repartição e o exercício do poder normativo<sup>288</sup>, inserido no devido processo de produção de normas

<sup>283</sup> URIARTE, A Constituição e... In: RODRIGUEZ, *Estudos sobre as...*, p. 68.

<sup>284</sup> Sustenta REALE que “a fonte do direito implica o conjunto de pressupostos de validade que devem ser obedecidos para que a produção de prescrições normativas possa ser considerada obrigatória [...]”. REALE, *Fontes e modelos do Direito...*, p. 14.

<sup>285</sup> Cf. BOBBIO, *O positivismo jurídico...*, p. 161.

<sup>286</sup> CASTILHO, Hierarquia das... In: PLÁ RODRIGUEZ, *Estudos sobre...*, p. 30.

<sup>287</sup> MURADAS, *O princípio da...*, p. 100.

<sup>288</sup> Cf. REALE as fontes do direito “são sempre estruturas normativas que implicam a existência de alguém dotado de *um poder de decidir* sobre o seu conteúdo, o que equivale a dizer *um poder de optar* entre várias vias normativas possíveis, elegendo-se aquela que é declarada obrigatória, quer *erga omnes*, como ocorre nas hipóteses da fonte *legal* e da *consuetudinária*, quer *inter partes*, como se dá no caso da *fonte jurisdicional* ou na *fonte negocial*”. Completa o autor: “[...] sendo o *poder* um *elemento essencial e consubstancial* ao conceito de *fonte do direito*”. REALE, *Fontes e modelos do Direito...*, p. 11-2.

jurídicas que, por sua vez, é o responsável pela qualificação de determinada norma como jurídica e válida (isto é, pela atribuição de teor de juridicidade e do *status* de validade a uma norma).

Assim, nota-se que “fontes do direito” são todas as manifestações de vontade (seja ela do Estado, de grupo de pessoas ou, até, de pessoas individualmente consideradas<sup>289</sup>) aptas a criar uma norma jurídica válida (entendida como tal pelo ordenamento jurídico) dotada de força vinculante.

BOBBIO traduz em termos técnico-jurídicos o significado da expressão fontes do direito, que ora se adota:

*[...] são fontes do direito aqueles fatos ou aqueles atos aos quais um determinado ordenamento jurídico atribui a competência ou a capacidade de produzir normas jurídicas. (Falamos de fatos ou de atos segundo os quais os eventos a que o direito se refere são acontecimentos em relação aos quais se prescinde da consideração do elemento subjetivo – conhecimento e vontade – próprio do agir humano, ou são comportamentos humanos que abrangem tal elemento subjetivo; com referência aos fatos falamos de competência, com referência aos atos falamos de capacidade) (destaque no original).<sup>290</sup>*

Após a conceituação de fontes, aflora inquestionável a relevância da temática para a compreensão do próprio Direito: só será qualificada de jurídica aquela norma emanada de fonte juridicamente reconhecida ou delegada pelo ordenamento, especificamente pela Constituição de um Estado (fundamento de validade de todas as normas). Afastam-se, assim, por exemplo, as normas religiosas e as de cunho estritamente moral do arcabouço jurídico-normativo.

A importância do estudo das fontes do direito é verificada, inclusive, no próprio método didático de apreender e, posteriormente, de ensinar determinada disciplina jurídica, processos estes iniciados com a apresentação das fontes das quais vão decorrer ou exteriorizar-se as diversas normas jurídicas que regulam uma dada matéria e que serão aplicadas a um caso concreto.

Para o Direito do Trabalho, o relevo ainda é maior, diante da presença das convenções e acordos coletivos de trabalho que suplantam na temática “fonte do Direito” os dois pilares tradicionais da criatividade jurídica do mundo ocidental: “a lei, expressando a vontade geral do Estado, e o contrato, expressando a vontade dos indivíduos”.<sup>291</sup>

<sup>289</sup> ÁLVARES DA SILVA, *Direito Coletivo do Trabalho*, p. 201.

<sup>290</sup> BOBBIO, *O positivismo jurídico...*, p. 161.

<sup>291</sup> ÁLVARES DA SILVA, *Direito Coletivo do Trabalho*, p. 202.

Ora, a convenção e os acordos coletivos de trabalho representam um patamar de criação jurídica intermediário entre os interesses estritos das partes contratuais trabalhistas e a vontade do Estado reverberada pela lei. Ademais refletem inegável instrumento de democratização do poder normativo, porquanto exercido no seio da sociedade civil e de forma direta, pelos próprios atores sociais, por intermédio de seus legítimos representantes, e com efeitos *ad futurum e erga omnes*.

Além disso, as convenções e acordos coletivos de trabalho comprovam a existência de distintos centros de posituação jurídica (teoria pluralista do ordenamento), afastando, por conseguinte, a teoria do exclusivismo estatal para a produção normativa, sustentado por KELSEN. Para este autor, o Estado é entendido como ordenamento jurídico coativo e o poder do Estado, como a validade e a eficácia da ordem jurídica.<sup>292</sup>

PÉREZ DEL CASTILLO também discorre sobre a importância da temática “fontes” para o Direito do Trabalho:

Um estudo especial do sistema de fontes no Direito do Trabalho justifica-se, em primeiro lugar, por haver fontes específicas tipicamente trabalhistas e, ao mesmo tempo, fontes estatais e extra-estatais; em segundo lugar, pela importância do fático na matéria e, por último, precisamente pela aplicação de critérios próprios nos casos de concorrência de fontes para regular uma mesma situação de fato.<sup>293</sup>

Sob outro prisma, ao compreender as fontes do direito no sentido lançado acima, forçoso afastar a classificação comumente apresentada pela doutrina de *fontes materiais e fontes formais*, fundada em entendimento de SAVIGNY.

Conforme MURADAS, a gênese da distinção entre fontes formais e fontes materiais remonta à distinção feita por SAVIGNY, que, “ao debruçar-se sobre o direito, como realidade histórica, percebeu a contraposição dos instrumentos de sua formalização [fontes formais], especialmente a lei, com o centro de enunciação do direito – o espírito do povo [fontes materiais]”.<sup>294</sup>

Tradicionalmente, compreende-se por fonte material (real ou de produção) “todos os elementos que têm inspirado as soluções num determinado direito”<sup>295</sup>, “as raízes mais profundas por intermédio das quais se nutrem os legisladores, os agentes públicos, os juízes, os advogados, os homens comuns”<sup>296</sup>; enfim, as causas e os fundamentos do fenômeno jurídico.

<sup>292</sup> KELSEN, *Teoria geral do...*, p. 405.

<sup>293</sup> CASTILHO, Hierarquia das... In: PLÁ RODRIGUEZ, *Estudos sobre...*, p. 31.

<sup>294</sup> MURADAS, *O princípio da...*, p. 101.

<sup>295</sup> PLÁ RODRIGUEZ, Princípios do Direito... In: PLÁ RODRIGUEZ, *Estudos sobre...*, p. 22.

<sup>296</sup> RENAULT, O que é isto... In: PIMENTA, *Direito do Trabalho...*, p. 62.

Entende-se por fonte formal os “diferentes meios pelos quais se estabelecem as normas jurídicas. Em outras palavras, os métodos pelos quais uma norma jurídica adquire esse caráter e sua eficácia obrigatória”<sup>297</sup>, ou “meios de expressão da norma jurídica”.<sup>298</sup>

Ora, ao atrelar o conceito de fontes do Direito aos processos de instituição das normas jurídicas, conclui-se que o que se costuma denominar “fontes materiais do Direito” extrapola e escapa o significado de fontes do Direito propriamente dito, posto que antecedem o fenômeno jurídico, referindo-se a um momento “pré-jurídico”<sup>299</sup>, anterior à existência do fenômeno pleno da regra.

Em verdade, o conjunto dos fundamentos, fatos e fatores que justifica, inspira e direciona a decisão política de legislar e o próprio conteúdo normativo (os legíssimos<sup>300</sup> ou repertório normativo) – isto é, o que tradicionalmente chama-se de fontes materiais – diz respeito, sobretudo, à Sociologia, à Filosofia, à Economia, à História e à Política do Direito, e não detidamente à dogmática do Direito.

REALE esclarece:

O que comumente se denomina *fonte material* diz respeito a algo que não compete propriamente à Ciência do Direito *qua tale*, mas sim à Política do Direito, porquanto se refere ao exame do conjunto de fatores sociológicos, econômicos, ecológicos, psicológicos, culturais em suma, que condiciona a decisão do *poder* (e veremos que este se manifesta sob diversas formas) no ato de *edição e formalização* das diversas fontes do direito. Para o jurista o problema essencial que se lhe põe é o estudo daquilo que foi *processado e formalizado*, isto é, positivado numa *lei*, num *costume*, numa *sentença* ou num *contrato*, que são as quatro fontes por excelência do Direito (com destaque no original).<sup>301</sup>

Ressalte-se, entretanto, que o fato de negar-se validade à classificação das fontes jurídicas em formais e materiais<sup>302</sup> não significa que se está a desprezar a relevância desses fatos e fatores no processo de produção normativa. Ao contrário, a análise desses fatos e fatores, especialmente via pesquisa histórico-teleológica, é complementar ao estudo da dogmática juslaboral, auxiliando na mais ampla compreensão da estrutura principiológica, dos

<sup>297</sup> PLÁ RODRIGUEZ, Princípios do Direito... In: PLÁ RODRIGUEZ, *Estudos sobre...*, p. 22.

<sup>298</sup> RENAULT, O que é isto... In: PIMENTA, *Direito do Trabalho...*, p. 62.

<sup>299</sup> De acordo com DELGADO, sob enfoque de um momento pré-jurídico, a expressão *fonte material* designa os fatores que conduziram à produção – formação e transformação – da regra jurídica. DELGADO, *Curso de Direito...*, 7. ed., p. 139.

<sup>300</sup> A temática do conteúdo normativo é objeto da *Legística Material* (Legística Substancial ou Metodologia Legislativa), segmento da *Teoria da Legislação*, que tem por preocupação central uma nova legitimidade da lei no que concerne à escolha do seu conteúdo normativo. Para tanto, a disciplina apresenta diretrizes metodológicas procedimentais (fases, momentos) para solucionar o problema específico da escolha do conteúdo normativo, bem como para a preparação das decisões legislativas. Cf. MADER, *Legística; história...*; In: *Legística; qualidade...*, p. 45-6.

<sup>301</sup> REALE, *Fontes e modelos do Direito...*, p. 2.

<sup>302</sup> Nesse sentido, KELSEN que “assevera ser equívoco e impróprio o emprego do termo fontes para designar atos que de maneira especial influenciam o ato criador e aplicador do direito, já que falecem de observância obrigatória”. KELSEN, *Teoria geral do...*, p. 259 *apud* MURADAS, *O princípio da...*, p. 102.

fundamentos históricos e das bases axiológicas inerentes à gênese do Direito do Trabalho.<sup>303</sup> Ademais, referidos fatos e fatores, bem como seu estudo sistematizado, são de grande relevância para uma política legislativa de qualidade, objeto, inclusive, da Teoria da Legislação.<sup>304</sup>

O que se pretende sustentar é que o que comumente se chama “fonte material” não é *propriamente* fonte jurídica, mais sim causas ou pressupostos materiais sem força vinculante<sup>305</sup>, contudo hábeis a influir na política legislativa e no conteúdo normativo legislado.

Esclarecido esse ponto, claro deve ficar que quando se fala em fonte de direito o que deve ser compreendido é estritamente o significado conceitual tradicional de fonte formal de direito.<sup>306</sup>

---

<sup>303</sup> Como o corte metodológico desta pesquisa consiste na apreciação da dogmática jurídico-laboral, não se desenvolverá grande aprofundamento quanto à temática dos fundamentos do Direito do Trabalho.

<sup>304</sup> Segundo ALMEIDA, baseando-se na classificação do domínio feita por Ulrich Karpen, a Teoria da Legislação é uma ciência autônoma e interdisciplinar, “que tem um objecto claro – o estudo de todo o circuito da produção das normas – e para a qual convergem vários métodos e diferentes conhecimentos científicos. É assim uma «ciência normativa», mas é também uma «ciência de acção», que nos permite analisar o comportamento dos órgãos legiferantes, as características dos factos legislativos e identificar instrumentos úteis para a prática legislativa”. ALMEIDA, *A contribuição da...*, p. 2. Por seu turno, ANASTASIA, estabelecendo uma comparação entre o especialista (técnico), o profissional da Legística, com o “legista”, faz a seguinte colocação quanto à semelhança dos dois profissionais: “[...] o legista da Legística tem às mãos um bisturi intelectual, que não corta – felizmente – o ser humano falecido, mas a norma. Ao abri-la, perquirirá, de maneira clara, a sua origem, os seus desdobramentos, as suas consequências, a sua gênese, a sua genética e a sua aplicação”. ANASTASIA, *Legislação... In: Legística...*, p. 27-40. MARDER prefere o designativo “Legisprudência” em detrimento do epíteto “Teoria da Legislação” e, em analogia à jurisprudência, sob o fundamento de que expressa melhor as dimensões da disciplina, considerado os aspectos práticos e teóricos, define-a como: “uma matéria bastante abrangente e multidisciplinar, que inclui os mais diversos aspectos do fenómeno legislativo e que leva igualmente em consideração perspectivas de cunho teórico e também dimensões e ações práticas e pragmáticas. Contudo, o seu principal propósito é explorar a dimensão prática, e não somente teórica, da atividade legislativa”. Segundo o autor, a nova abordagem da disciplina “leva em consideração o contexto anterior à tomada da decisão legislativa, tentando, dessa forma, estabelecer e avaliar qual será o seu efeito real, o seu impacto sobre a realidade social”. MADER, *Legística; história...; In: Legística; qualidade...*, p. 45-46; 50.

<sup>305</sup> Salienta MURADAS: “Conquanto as fontes materiais não sejam vinculativas, também não se lhes pode atribuir a qualidade de meros reclamos que, ao alvedrio das autoridades legislativas, poderiam ou não ecoar nos quadros normativos do direito, dependendo do senso de oportunidade e conveniência de regulamentação jurídica de determinado fato social ou consagração de valor caro à sociedade”. Completa a autora: “[...] os valores a que a ordem jurídica se reporta e, em especial, os valores que assumem o carácter de conquistas históricas definitivas não de ser considerados como vetores necessários no processo de formação da ordem jurídica”. MURADAS, *O princípio da...*, p. 102-3.

<sup>306</sup> Também aqui é o conforme entendimento de REALE: “É claro que essa colocação do problema já decorria do abandono do antigo conceito de *fonte de direito*, a meu ver desdobrada indevidamente em fonte formal e fonte material, geradora de graves confusões. No meu entender, uma fonte de direito só pode ser *formal*, no sentido de que ela representa sempre uma *estrutura normativa que processa e formaliza, conferindo-lhes validade objetiva, determinadas diretrizes de conduta* (em se tratando de relações privadas) ou *determinadas esferas de competência*, em se tratando sobretudo de Direito Público”. REALE, *Fontes e modelos do Direito...*, p. 2.

### 3.3 Fontes do Direito do Trabalho

Conforme noção lançada alhures baseada em lavra de REALE, o entendimento contemporâneo é pela existência de quatro fontes do direito. O autor a ratifica:

A meu ver, quatro são as fontes do direito: a *legal*, resultante do *poder estatal* de legislar editando leis e seus corolários normativos; a *consuetudinária*, expressão do *poder social* inerente à vida coletiva e revelada através de sucessivas e constantes formas de comportamento; a *jurisdicional*, que se vincula ao Poder Judiciário, expressando-se através de sentenças de vários graus e extensão; e, finalmente, a *fonte negocial*, ligada ao poder que tem a vontade humana de instaurar vínculos reguladores do pactuado com outrem.<sup>307</sup>

Assim, as fontes legal, consuetudinária, jurisdicional e negocial justificam-se como do direito, já que correspondem às facetas do poder normativo atribuído pelo próprio ordenamento jurídico, via reconhecimento ou delegação, aos órgãos estatais (especialmente ao Poder Legislativo), ao Poder Judiciário, ao poder social<sup>308</sup> e aos próprios indivíduos. Daí dizer ÁLVARES DA SILVA: “toda vez que haja uma manifestação de vontade em sentido normativo que seja acolhida pelo Estado, há criação de uma norma jurídica e defronta-se assim com o conceito de *fonte*”.<sup>309</sup>

Desse modo, resplandece claro que a doutrina<sup>310</sup> não é fonte do Direito, porquanto não é dotada de poder normativo, isto é, poder de criar normas jurídicas com força obrigatória. Ademais, também não é prevista como fonte subsidiária para caso de lacunas pelo ordenamento jurídico pátrio<sup>311</sup> (cf. se aufere por exclusão dos arts. 8º da CLT, 4º da LINDB e 126 do CPC).

Óbvio que tal fato não reduz o seu relevo: grande contribuição, sobremaneira por meio de influxos interpretativos renovadores, para a compreensão do Direito e para a aplicação de suas normas. Cita-se, ainda, o grande contributo doutrinário para a sistematização dos princípios jurídicos, deduzindo-os do ordenamento jurídico e dos

<sup>307</sup> REALE, *Fontes e modelos do Direito...*, p. 12.

<sup>308</sup> Em sentido contrário, BOBBIO: “pareceria impróprio, ao invés, falar de um poder de produção de normas consuetudinárias, que, entre outras coisas, não se saberia nem sequer a quem atribuir”. BOBBIO, *Teoria do ordenamento...*, p. 39.

<sup>309</sup> ÁLVARES DA SILVA, *Direito Coletivo do Trabalho*, p. 201.

<sup>310</sup> DELGADO conceitua a doutrina como: “[...] no conjunto de apreensões e leituras sistematizadas da ordem jurídica pelos juristas e estudiosos do Direito em geral, que informam a compreensão do sistema jurídico e de seus ramos, institutos e diplomas normativos, auxiliando o processo de aplicação concreta do Direito”. DELGADO, *Curso de Direito...*, 7. ed., p. 172.

<sup>311</sup> Conforme PLÁ RODRIGUEZ, a doutrina é considerada fonte subsidiária do ordenamento jurídico do Uruguai, por força da previsão expressa do art. 16 do Código Civil e do art. 332, da Constituição Uruguia. PLÁ RODRIGUEZ,

entendimentos jurisprudenciais quando não positivados expressamente. Estes, sim, dotados de inquestionável natureza normativa autônoma ou própria, como já sustentado.

Nos ordenamentos jurídicos modernos fundados na primazia da lei, a fonte legal apresenta-se como a principal fonte jurídica, atribuindo ao Poder Legislativo<sup>312</sup> a função precípua da edição normativa. Quando o Poder Legislativo edita regra jurídica geral, abstrata e obrigatória, conforme ritos previstos na Constituição da República, diz-se tratar de lei em sentido formal (*e.g.* emendas constitucionais, leis complementares e leis ordinárias<sup>313</sup>).

Contudo, o poder normativo também é atribuído ao Poder Executivo, ficando a este incumbida a edição de leis delegadas, medidas provisórias e decretos regulamentares (a teor dos arts. 59, IV, V e VI, 62, 68 e 84, IV, da CRFB) e também portarias<sup>314</sup> e instruções no âmbito de seus ministérios.

Especificamente no caso dos decretos regulamentares<sup>315</sup>, embora não sejam tecnicamente considerados leis em sentido formal (posto que não emanados do Poder Legislativo e sancionados pelo Executivo), reverberam conteúdo normativo obrigatório, já que servem para a especificação da lei, operacionalizando o conteúdo que nela é expresso, com o fim de propiciar-lhe a aplicação. Daí comumente dizer que ele é vinculado à lei, servindo a ela e, por conseguinte, considerando-o tradicionalmente hierarquicamente inferior a ela.<sup>316</sup>

AMEGLIO explica o caráter subordinado do regulamento em relação à lei trabalhista, em tríplice sentido de que: “sua vigência não extrapole o âmbito que a lei lhe permite; não pode deixar a lei sem efeito nem contradizê-la; nem pode contradizer a lei ali onde ela é necessária”.<sup>317</sup>

Princípios do Direito... *In*: PLÁ RODRIGUEZ, *Estudos sobre...*, p. 25.

<sup>312</sup> Por força do art. 22, I, da CRFB, a competência para legislar sobre Direito do Trabalho compete privativamente à União.

<sup>313</sup> Principal exemplo de lei ordinária que versa sobre matéria trabalhista é a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo então presidente Getúlio Vargas, pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943.

<sup>314</sup> Exemplo de Portarias do Executivo são as provenientes do Ministério do Trabalho e Emprego especificando quais são as atividades e operações perigosas, bem como aquelas que indicam níveis de tolerância para exercício de trabalho em condições insalubres, tal como previsto nos arts. 192 e 193 CLT.

<sup>315</sup> Ensina DELGADO: “Regulamento normativo qualifica-se como um desenvolvimento e especificação do pensamento contido na lei, objetivando operacionalizar a observância concreta do comando legal originário.” Completa o autor: “Do ponto de vista técnico jurídico, equivale à lei em sentido material, por consistir em diploma componente de normas gerais, abstratas, impessoais e obrigatórias. O decreto distancia-se, contudo, da lei em sentido formal não apenas em virtude da diferenciação de órgãos de origem e expedição, como também em face do regulamento normativo servir à lei, sendo a ela hierarquicamente inferior”. DELGADO, *Curso de Direito...*, 7. ed., p. 155-6.

<sup>316</sup> Pontifica AMEGLIO: “No clássico esquema keseniano de hierarquia das normas heterônomas, presente em todo o ordenamento jurídico, o decreto regulador insere-se entre a lei e o ato administrativo”. AMEGLIO, *Decretos reguladores*. *In*: PLÁ RODRIGUEZ, *Estudos sobre...*, p. 133.

<sup>317</sup> AMEGLIO, *Decretos reguladores*. *In*: PLÁ RODRIGUEZ, *Estudos sobre...*, p. 135.



Já no que concerne às medidas provisórias, o Supremo Tribunal Federal entende que matérias trabalhistas enquadram-se nos requisitos fluidos de relevância e urgência, podendo ser reguladas via medida provisória. À guisa de ilustração, citam-se temáticas trabalhistas já reguladas por medidas provisórias: participação nos lucros e resultados das empresas, labor em domingos nos segmentos comerciários, regime de compensação de horas (“banco de horas”) e trabalho em tempo parcial. Não obstante, a crítica que se faz a esse entendimento é que, além de as temáticas trabalhistas dificilmente se compatibilizarem com os critérios de relevância e urgência hábeis a justificar a adoção de medidas provisórias, tal prática colide com a ideia de democratização do Direito do Trabalho<sup>318</sup>, principalmente quando editadas com o fito de precarizar direitos trabalhistas.

O costume é entendido como fonte reconhecida, já que consubstancia em “regras produzidas pela vida social externamente ao ordenamento jurídico do Estado, e por esse último acolhidas, num segundo momento, como normas jurídicas”.<sup>319</sup> Mas ele é considerado fonte secundária do Direito, já que atua essencialmente como fonte subsidiária (teor do art. 8º<sup>320</sup> da CLT), tendo por clássicos exemplos a hipótese do salário supletivo (previsto no art. 460<sup>321</sup> da CLT) e o intervalo para repouso e alimentação do rurícola com jornada superior a seis horas, que deverá observar os usos e costumes da região (cf. art. 5º da Lei 5.889/73).

Sobre a eficácia e a validade do costume, BOBBIO elucida:

E o que é o uso constante, regular, generalizado, uniforme que se exige de um costume para que ele se torne jurídico, senão aquilo que chamamos de ‘eficácia’? Mas a esta objeção se pode responder que nenhum costume se torna jurídico só através do uso, porque o que o faz tornar-se jurídico, o que o insere no sistema, é o fato de ser acolhido e reconhecido pelos órgãos competentes desse sistema para produzir normas jurídicas, como o legislador ou o juiz. Enquanto for apenas eficaz, uma norma consuetudinária não se torna jurídica. Transforma-se em jurídica quando os órgãos de poder lhe atribuem validade, o que confirma que a eficácia não se transforma diretamente em validade, e portanto uma norma pode continuar a ser eficaz sem por isso se tornar jurídica.<sup>322</sup>

<sup>318</sup> Cf. DELGADO, *Curso de Direito...*, 7. ed., p. 143.

<sup>319</sup> BOBBIO, *O positivismo jurídico...*, p. 164.

<sup>320</sup> Art. 8º da CLT: “As autoridades administrativas e a JT, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público”.

<sup>321</sup> Art. 460 da CLT: “Na falta de estipulação do salário ou não havendo prova sobre a importância ajustada, o empregado terá direito a perceber salário igual ao daquele que, na mesma empresa, fizer serviço equivalente, ou do que for habitualmente pago para serviço semelhante”.

<sup>322</sup> BOBBIO, *Teoria da norma...*, p. 50.

Para que o costume seja considerado válido (e também dotado de teor de juridicidade), é necessário que seja reconhecido, seja pelo legislador ou pelo juiz, o que não afasta a possibilidade de sê-lo eficaz (isto é, uma prática constante, generalizada e uniforme, no âmbito social). Exemplos de institutos e de direitos justralhistas hoje reconhecidos, mas que foram frutos das práticas sociais: greve<sup>323</sup>, negociação coletiva, gorjeta e gratificação como forma de retribuição pelo serviço prestado.<sup>324</sup>

Quanto à fonte judiciária, novamente pertinente os ensinamentos de BOBBIO:

Pode-se, realmente, ver entre o poder constituinte e o poder legislativo ordinário a mesma relação de delegação existente entre o poder legislativo e o poder regulamentar do governo. O poder legislativo ordinário aparece como o poder delegado para emanar normas segundo as diretrizes da constituição; a mesma relação de delegação pode-se ver entre o poder legislativo ordinário e o poder judiciário; este último pode ser considerado o poder delegado para disciplinar os casos concretos, dando execução às diretrizes gerais contidas na lei.<sup>325</sup>

Assim, o direito judiciário, à semelhança do costume, não pode revogar ou abrogar uma lei; ao contrário, subordina-se a ela na aplicação normativa ao caso concreto, tendo caráter de fonte supletiva (cf. art. 8º da CLT<sup>326</sup>). Porém, o magistrado exerce parcela de poder normativo, principalmente quando julga com base na jurisprudência<sup>327</sup> (isto é, em reiteradas decisões judiciais em idêntico ou em semelhante direção) ou em juízo de equidade (isto é, fundado em sentimento de justiça, e não em normas legais ou consuetudinárias preexistentes).

O entendimento de ser o direito judiciário fonte jurídica ganha reforço no ordenamento pátrio com a Reforma do Judiciário (EC 45/04), que prevê a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal editar súmula vinculante, com efeito *erga omnes* (inquestionável delegação de poder normativo, cf. art. 103-A<sup>328</sup> da CRFB). Apesar disso, é bem verdade que

<sup>323</sup> A prática da paralisação temporária dos serviços pelos trabalhadores, como forma de insurgência contra condições de trabalho e de reivindicação de direitos, recebe o nome de “greve”, porquanto na França, nos primórdios do exercício deste direito, os trabalhadores se reuniam na “*Place de Grève*”.

<sup>324</sup> Exemplos ofertados por NASCIMENTO, *Iniciação ao Direito...*, p. 100.

<sup>325</sup> BOBBIO, *O positivismo jurídico...*, p. 165.

<sup>326</sup> A previsão é expressa do recurso à jurisprudência em caso de lacuna normativa pelo art. 8º da CLT. O mesmo não ocorre no art. 4º da LINDB e no art. 126 do CPC.

<sup>327</sup> DELGADO apresenta o significado de jurisprudência: “Jurisprudência traduz a reiterada interpretação conferida pelos tribunais às normas jurídicas, a partir dos casos concretos colocados a seu exame jurisdicional. Trata-se da conduta normativa uniforme adotada pelos tribunais em face de semelhantes situações fáticas trazidas a seu exame. Segundo a conceituação clássica, consubstancia a autoridade das coisas decididas similarmente em juízo (*autorictas rerum similiter judicatorium*)”. DELGADO, *Curso de Direito...*, 7. ed., p. 169.

<sup>328</sup> Art. 103-A da CRFB: “O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de 2/3 dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei”.

na seara trabalhista, embora sem delegação constitucional expressa, esse exercício de poder normativo vem sendo corriqueiramente exercido pelo Tribunal Superior do Trabalho. Ilustrase com as seguintes súmulas: 291<sup>329</sup>, que estabelece indenização pela supressão da prática de horas extras pelo trabalhador; 164<sup>330</sup>, que acolhe mandato tácito em processos trabalhistas; 114<sup>331</sup>, que determina a inaplicabilidade na Justiça do Trabalho da prescrição intercorrente; 268<sup>332</sup>, que prescreve que a ação trabalhista interrompe a prescrição somente em relação aos pedidos idênticos.

Já a fonte negocial decorre do reconhecimento<sup>333</sup> pelo ordenamento jurídico do poder normativo exercido pelos particulares para regular seus próprios interesses de forma vinculante. Destarte, dos contratos de trabalho derivam normas jurídicas específicas, pessoais e concretas, reverberando direitos e obrigações, com o âmbito de aplicação e força vinculante restritos às partes contratuais trabalhistas.

Essas normas negociais provenientes dos atores sociais são responsáveis pela quebra de dois paradigmas do Direito:

---

<sup>329</sup> Súmula 291 do TST: “HORAS EXTRAS. A supressão, total ou parcial, pelo empregador, do serviço suplementar prestado com habitualidade, durante pelo menos 1 (um) ano, assegura ao empregado o direito à indenização correspondente ao valor de 1 (um) mês das horas suprimidas, total ou parcialmente, para cada ano ou fração igual ou superior a seis meses de prestação de serviço acima da jornada normal. O cálculo observará a média das horas suplementares nos 12 (doze) meses anteriores a mudança, multiplicada pelo valor da hora extra no dia da supressão”.

<sup>330</sup> Súmula 164 do TST: “PROCURAÇÃO – JUNTADA – NOVA REDAÇÃO. O não cumprimento das determinações dos §§1º e 2º do art. 5º da Lei 8906/94 e do art. 37, parágrafo único, do CPC importa o não conhecimento do recurso, por inexistente, exceto na hipótese do mandado tácito”.

<sup>331</sup> Súmula 114 do TST: “PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. É inaplicável na Justiça do Trabalho a prescrição intercorrente”.

<sup>332</sup> Súmula 268 do TST: “PRESCRIÇÃO – INTERRUPTÃO – AÇÃO TRABALHISTA ARQUIVADA – NOVA REDAÇÃO. A ação trabalhista, ainda que arquivada, interrompe a prescrição somente em relação aos pedidos idênticos”.

<sup>333</sup> Preleciona BOBBIO: “O enquadramento dessa fonte na classe das fontes reconhecidas ou na das fontes delegadas é menos nítido. Se se coloca em destaque a *autonomia privada*, entendida como capacidade dos particulares de dar normas a si próprios numa certa esfera de interesses, e se considerarmos os particulares como constituintes de um ordenamento jurídico menor, absorvido pelo ordenamento estatal, essa vasta fonte de normas jurídicas é concebida de preferência como produtora independente de regras de conduta, que são aceitas pelo Estado. Se, ao invés, colocamos o acento no poder de negociação como poder delegado pelo Estado aos particulares para regular os próprios interesses num campo estranho ao interesse público, a mesma fonte aparece como uma fonte delegada. Trata-se, em outras palavras, de decidir se a autonomia privada deve ser considerada como um resíduo de um poder normativo natural ou privado, antecedente ao Estado, ou como um produto do poder originário do Estado”. Acrescenta: “Quanto ao poder de negociação, ele pode ser explicado com ambas às hipóteses, ora como uma espécie de direito do estado natural (a identificação entre Direito natural e Direito privado se encontra, por exemplo, em Kant) que o Estado reconhece, ora como uma delegação do Estado aos cidadãos”. BOBBIO, *Teoria do ordenamento...*, p. 40-1. No *Positivismo Jurídico*, completa: “Segundo alguns, estamos aqui diante de um caso análogo ao do costume: trata-se, portanto, de normas estabelecidas pelos sujeitos no âmbito de sua *autonomia privada*, normas que o Estado se limita, num segundo momento, a convalidar no plano jurídico. Segundo outros, ao contrário, trata-se de normas que os particulares estabelecem com base no *poder negocial* delegado a eles pelo Estado, que julga mais conveniente não disciplinar diretamente certas matérias, mas delegar sua disciplina aos próprios interessados”. BOBBIO, *O positivismo jurídico...*, p. 165.

- a) de que só são jurídicas aquelas normas provenientes de fonte estatal (consequentemente, pela reafirmação do pluralismo jurídico); e
- b) de que o traço característico da norma jurídica é a sua generalidade e a impessoalidade, como se só as normas gerais e impessoais pudessem ser qualificadas como jurídicas.

O contrato<sup>334</sup> aparece como principal fonte negocial. E, no campo do Direito do Trabalho, no formato geral de indeterminação de prazo, é destituído de formalidades para sua celebração, podendo ser tácito ou expresso, verbal ou por escrito (cf. arts. 442<sup>335</sup>, 443<sup>336</sup> e 447<sup>337</sup> da CLT), embora disponha a lei seja obrigatória a assinatura da CTPS do empregado (cf. art. 29<sup>338</sup> da CLT), sem que tal ato seja constitutivo da relação empregatícia.

À semelhança dos contratos individuais de trabalho, inclusive atribuindo-lhe novas cláusulas (direcionadas pelo princípio da inalterabilidade contratual lesiva, positivado no art. 468<sup>339</sup> da CLT), uma particularidade normativa do Direito do Trabalho são os regulamentos empresariais.<sup>340</sup> Eles são aplicáveis no âmbito empresarial, usualmente tendo por conteúdo regras de funcionamento internas, normas de segurança no trabalho e previsões de direitos, quadros de que carreiras, além disposições sobre o exercício do poder de direção empresarial.

Em verdade, eles se assemelham muito aos contratos de adesão, na medida em que refletem, na maioria das vezes, ato de vontade unilateral do empregador, embora sejam

---

<sup>334</sup> ÁLVARES DA SILVA considera o contrato “como instrumento da vontade individual para atuar normativamente no mundo do Direito”. ÁLVARES DA SILVA, *Direito Coletivo do Trabalho*, p. 202.

<sup>335</sup> Art. 442 da CLT: “Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego”.

<sup>336</sup> Art. 443 da CLT: “O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito e por prazo determinado ou indeterminado”.

<sup>337</sup> Art. 447 da CLT: “Na falta de acordo ou prova sobre condições essencial ao contrato verbal, esta se presume existente, como se tivessem estatuído os interessados na conformidade dos preceitos jurídicos adequados à sua legitimidade”.

<sup>338</sup> Art. 29 da CLT: “A Carteira de Trabalho e Previdência Social será obrigatoriamente apresentada, contra recibo, pelo trabalhador ao empregador que o admitir, o qual terá o prazo de quarenta e oito horas para nela anotar, especialmente, a data de admissão, a remuneração e as condições especiais, se houver, sendo facultada a adoção de sistema manual, mecânico ou eletrônico, conforme instruções a serem expedidas pelo Ministério do Trabalho”.

<sup>339</sup> Art. 468 da CLT: “Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente”.

<sup>340</sup> “Regulamento de empresa é uma norma de direito caracterizada pelo âmbito de validade, que é o ordenamento concreto da empresa. Consiste num conjunto sistemático de regras sobre condições gerais de trabalho, prevendo diversas situações a que os interessados se submeterão na solução dos casos futuros”. NASCIMENTO, *Iniciação ao Direito...*, p. 93.

mais democráticos e propiciadores da participação do trabalhador na gestão da empresa os de natureza bilateral (acordo de vontades).

Da mesma forma que os contratos individuais de trabalho, os regulamentos empresariais subordinam-se ao conteúdo imperativo mínimo previsto nas leis trabalhistas e nos instrumentos normativos coletivos mais benéficos aos empregados. Ainda, de acordo com o entendimento jurisprudencial sumular do TST (S. 51, I<sup>341</sup>, e 228<sup>342</sup>), as normas constantes de regulamentos empresariais não podem revogar ou alterar vantagens deferidas aos trabalhadores, atingindo novo regulamento somente os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento.

### 3.3.1 As fontes autônomas e heterônomas do Direito do Trabalho

Tradicionalmente, as fontes formais do direito (as únicas que ora consideram-se tecnicamente fontes jurídicas) são classificadas: em *autônomas* e *heterônomas*. Têm por critérios distintivos a origem da regra (centro de positivação) e o método de sua produção (com ou sem participação direta de seus destinatários principais).

A origem dessa tipologia classificatória remonta à distinção entre as formas de governo<sup>343</sup> proposta por Kelsen. O autor sustenta – criticando o critério distintivo adotado por Aristóteles, fundado no número de pessoas em cujas mãos o poder se encontra – que a única maneira de distinguir uma forma de governo de outra consiste na individualização do modo por meio do qual uma Constituição (normas primárias) regula a produção do ordenamento jurídico.<sup>344</sup> Ou seja, baseia-se na ideia de liberdade política. Esclarece-se que “politicamente livre é quem está sujeito a uma ordem jurídica de cuja criação participa”.<sup>345</sup>

<sup>341</sup> Súmula 51 do TST: “Norma regulamentar. Vantagens e opção pelo novo regulamento. Art. 468, CLT. I – As cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingirão os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento”.

<sup>342</sup> Súmula 228 do TST: “Complementação dos proventos da aposentadoria. A complementação dos proventos da aposentadoria é regida pelas normas em vigor na data da admissão do empregado, observando-se as alterações posteriores desde que mais favoráveis ao beneficiário do Direito”.

<sup>343</sup> Mais detalhes sobre as distinções das formas de governo e acerca da importância da negociação coletiva de trabalho, bem como da participação popular, na construção de uma ordem nacional democrática, sob seu matiz substancial e social, e na sua vertente representativa MESQUITA. A negociação coletiva... *In: Anais...*, p.10495-10514.

<sup>344</sup> “A classificação de governos é, na realidade, uma classificação de constituições, o termo sendo usado no seu sentido material”. Kelsen, *Teoria geral do...*, p. 406.

<sup>345</sup> Kelsen, *Teoria geral do...*, p. 406.

KELSEN, embasando-se nos princípios da *autonomia* e da *heteronomia* e adotando-se como critério distintivo a origem da norma (centros de positivação), sustenta que existem dois modos de produção do ordenamento jurídico e, conseqüentemente, duas formas de governo, conforme sejam as normas criadas (e continuamente modificadas): de “cima para baixo” (heteronomia) ou de “baixo para cima” (autonomia).

Para KELSEN, democracia é a forma de governo na qual a produção de normas origina-se de seus próprios destinatários, ou seja, o povo, significando ainda “que a ‘vontade’ representada na ordem jurídica do Estado é idêntica as vontades dos sujeitos”.<sup>346</sup> De outro lado, autocracia seria aquela na qual a produção de normas origina-se da figura do governante, sem contribuição ou participação de seus destinatários, e, por conseqüência, que a vontade representada na ordem jurídica do Estado é idêntica à do governante.

Entretanto, ressalta KELSEN que se trata de formas puras (ideais) de governo, sendo que na realidade histórica da política não existe nenhum Estado que se conforme completamente a um ou a outro tipo: “cada Estado representa uma mistura de elementos de ambos os tipos, de modo que algumas comunidades estejam mais próximas de um polo e algumas mais próximas de outro”.<sup>347</sup>

Por essas razões e sob o enfoque do Direito do Trabalho, pode-se dizer, conforme DELGADO que “há estreita correlação entre centralização justralhista estatal e autocracia, ao passo que também há estreita correlação entre descentralização de núcleos de positivação justralhista e ordem democrática”.<sup>348</sup>

Todavia, como ponderado por MURADAS “o balizamento entre autonomia e a heteronomia do trabalho revela-se como a expressão do justo”<sup>349</sup>, na medida em que ambas as fontes normativas são imprescindíveis à construção do ordenamento juslaboral, à proteção do trabalhador e à melhoria de suas condições de vida.

Desse modo, as fontes heterônomas<sup>350</sup> são aquelas cujo centro de positivação é o Estado e cujo método de sua produção não conta com a participação direta dos destinatários

---

<sup>346</sup> O oposto do conceito de democracia, para Kelsen, “é a escravidão da aristocracia. Nela, os sujeitos são excluídos da criação da ordem jurídica, e a harmonia entre a ordem e as suas vontades não é garantia de modo algum”. KELSEN, *Teoria geral do...*, p. 406-407.

<sup>347</sup> KELSEN, *Teoria geral do...*, p. 406-407.

<sup>348</sup> DELGADO, *Curso de Direito...*, 7. ed., p. 142.

<sup>349</sup> MURADAS, *Trabalho, ética...*, p. 133.

<sup>350</sup> “Heterônomas seriam as regras cuja produção não se caracteriza pela imediata participação dos destinatários principais das mesmas regras jurídicas. São, em geral, as regras de direta origem estatal, como a Constituição, as leis, mediadas provisórias, decretos e outros diplomas produzidos no âmbito do aparelho do Estado (é também heterônoma a hoje cada vez mais singular fonte justralhista brasileira denominada sentença normativa).” DELGADO, *Curso de Direito...*, 7. ed., p. 142.

principais da norma.<sup>351</sup> São exemplos no ordenamento juslaboral brasileiro: Constituição da República<sup>352</sup>, emendas constitucionais, leis complementares, leis ordinárias, medidas provisórias, decretos presidenciais (ou regulamentos normativos), leis delegadas, tratados e convenções internacionais ratificadas pelo Brasil<sup>353</sup> e sentenças normativas (singular fonte do Direito do Trabalho).

As fontes autônomas<sup>354</sup> são aquelas cujo centro de posição é estranho aos órgãos Estatais; isto é, são oriundas dos segmentos ou das organizações da sociedade civil (origem privada) e cujo método de produção conta com a participação direta dos destinatários principais da norma. São exemplos no ordenamento juslaboral brasileiro: costumes, convenções, acordos e contratos coletivos de trabalho<sup>355</sup> (singulares fontes do Direito do Trabalho).

Pertinente tecer algumas linhas explicativas acerca daquelas fontes que constituem particularidades do ramo juslaboral: sentença normativa, convenções e acordos coletivos de trabalho, já que, conforme assinala OLIVEIRA VIANA, citado por SÜSSEKIND: “em face da sistemática do Direito Clássico, o contrato coletivo (convenção coletiva de trabalho) não é um contrato; a sentença coletiva (sentença normativa) não é uma sentença”.<sup>356</sup>

---

<sup>351</sup> Embora as normas heterônomas não contem com a participação direta e decisiva dos destinatários da norma, a Legística Material, ao determinar métodos, procedimentos e momentos (fases) conectados à escolha objetiva do conteúdo normativo pelo legislador, neles inclui a fase de consulta (ou fase de participação popular) na elaboração da lei. Esta fase de consulta aos diferentes atores sociais na preparação da lei é hodiernamente considerada como uma das fases de maior importância no procedimento legislativo, sobretudo porque “é uma forma de legitimação da lei, traz maior transparência ao procedimento legislativo e proporciona uma recolha de dados e de informações fundamentais para a identificação e avaliação dos problemas em debate”.<sup>351</sup> ALMEIDA, *A contribuição da...*, p. 4.

<sup>352</sup> A Constituição da República é a fonte normativa por excelência, alocada no topo do escalonamento normativo hierárquico, sendo a responsável pela atribuição de validade a todas as demais normas, bem como a responsável pela atribuição da qualificação de “jurídica” a uma norma.

<sup>353</sup> Essa temática será retomada no capítulo 5 deste trabalho.

<sup>354</sup> “Autônomas seriam as regras cuja produção caracteriza-se pela imediata participação dos destinatários principais das regras produzidas. São, em geral, as regras originárias de segmentos ou organizações da sociedade civil, como os costumes ou os instrumentos da negociação coletiva privada (contrato coletivo, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho)”. DELGADO, *Curso de Direito...*, 7. ed., p. 143.

<sup>355</sup> A denominação *contrato coletivo de trabalho* já foi utilizada pela CLT para designar as convenções coletivas de trabalho (antes da reforma de 1967, que criou o acordo coletivo de trabalho). Também já foi utilizada pela doutrina para designar impropriamente os contratos plurimos ou contratos de equipe (e.g. o feixe de contratos individuais de trabalho celebrados com os componentes músicos de orquestras). A Lei 8.542/92 (art. 1º, §1º) e a Lei de Trabalho Portuário (Lei 8630/93, art. 18, parágrafo único e art. 49), posteriores à CRFB, referem-se aos contratos coletivos de trabalho, todavia sem tipificá-lo. Para DELGADO, seria um terceiro instituto derivado da negociação coletiva com âmbito de abrangência mais vasto do que das convenções e dos acordos coletivos de trabalho. Entretanto, segundo o autor: “enquanto não se alterar alguns aspectos estruturais marcantes do sistema sindical do país, não parece promissora a possibilidade de florescimento desse terceiro instituto da negociação coletiva no Brasil”. DELGADO, *Curso de Direito...*, 7. ed., p. 165.

<sup>356</sup> VIANA, Oliveira. *A autonomia do Direito do Trabalho*. 1953, p. 65 apud SÜSSEKIND *et al. Instituições de Direito...*, v. 1, p. 137.

A convenção e o acordo coletivo de trabalho consistem em particular fonte autônoma do Direito do Trabalho, posto que criados com a participação direta dos destinatários da norma e por serem positivados pelos particulares (fonte privada, não estatal). Refletem, de um lado, o autodisciplinamento das condições de trabalho pelas próprias categorias interessadas (o que democratiza o poder normativo) e, de outro, a especificidade da dogmática juslaboral em face da Ciência Jurídica. NASCIMENTO fala em “direito positivo autoelaborado pelos próprios interlocutores sociais”.<sup>357</sup> Também exercem importante função impulsionadora de conquista socio-trabalhistas –, ao menos do ponto de vista histórico –, já que diversos direitos trabalhistas nascem das convenções e dos acordos coletivos e, posteriormente, são estendidos pela lei a universo maior de trabalhadores.

Salienta-se que o Poder Legislativo, no processo de escolha do conteúdo normativo heterônomo, quando opta pelo repertório contido em normatização autônoma (CCT ou ACT), estendendo direitos alcançados por categorias de trabalhadores mais desenvolvidas (no sentido de capacidade de luta e de pressão), realiza, por via indireta e simultaneamente, a participação popular (ou diálogo social) na construção da norma estatal, a justiça social e o fortalecimento do modelo constitucional democrático.<sup>358</sup>

A convenção (art. 611, *caput*<sup>359</sup>, da CLT) se distingue do acordo coletivo de trabalho (§1º do art. 611<sup>360</sup> da CLT) por dois aspectos fundamentais: aquela é celebrada por sindicatos (profissional e econômico) e abrangerá toda a categoria representada; este é pactuado pelo sindicato profissional e a(s) empresa(s), diretamente, sem a representação do sindicato patronal, e abrangerá todos os trabalhadores da empresa, representados pelo correspondente sindicato profissional. Frisa-se que tanto as convenções quanto os acordos coletivos são aplicáveis aos trabalhadores, independentemente de sindicalizados ou não.

Salienta-se, ainda, que o art. 8º, V, da CRFB (que determina seja obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho) vem sendo entendido de forma limitada aos sindicatos profissionais. Eis aí o fundamento para a decorrente validade do acordo coletivo de trabalho celebrado pelo sindicato profissional diretamente com a empresa.

---

<sup>357</sup> NASCIMENTO, *Iniciação ao Direito...*, p. 86.

<sup>358</sup> Para maior detalhamento dessa construção teórica, consultar MESQUITA. A negociação coletiva... *In: Anais...*, p. 10495-10514.

<sup>359</sup> Art. 611, *caput*, CLT: “Convenção Coletiva de Trabalho é acordo de caráter normativo pelo qual dois ou mais sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais de trabalho”.

<sup>360</sup> Art. 611, §1º, CLT: “É facultado aos sindicatos representativos de categorias profissionais celebrar acordos coletivos com uma ou mais empresas da correspondente categoria econômica, que estipulem condições de trabalho, aplicáveis no âmbito da empresa ou das empresas acordantes às respectivas relações de trabalho”.



Ainda em face da disposição expressa do preceito constitucional em comento (art. 8º, V, da CRFB), é necessário pontuar que a parte final do §1º do art. 617<sup>361</sup> da CLT (que autoriza a celebração de acordo coletivo de trabalho pelos trabalhadores diretamente) não se mostra recepcionado pela Carta de 1988.

As convenções e os acordos coletivos possuem dois principais efeitos: de um lado, efeitos normativos restritos às partes signatárias (sindicato profissional e sindicato patronal ou empresa, no caso do acordo); de outro, efeitos normativos gerais, incidentes sobre todos os contratos individuais de trabalho abrangidos pelos instrumentos normativos (incidem diretamente sobre eles, regendo-os concomitante à lei).

Dispõe o art. 614, §3º, da CLT que não será permitido estipular duração de convenção e de acordo coletivo de trabalho superior a dois anos.

Já a sentença normativa consiste em particular fonte heterônoma do Direito do Trabalho, posto que não conta com a participação direta dos destinatários da norma em sua elaboração e por ser positivada pelo Estado.

A particularidade da sentença normativa reside no fato de ser emanada pelo Poder Judiciário (propriamente, os Tribunais Regionais do Trabalho ou Tribunal Superior do Trabalho, em competência originária<sup>362</sup>), fruto de um único processo judicial posto à apreciação e ao julgamento (dissídio coletivo<sup>363</sup>), criando normas jurídicas (com espectro de norma geral, abstrata, impessoal, obrigatória, para reger situações jurídicas futuras). Assim, trata-se de exercício pelo Poder Judiciário de função típica do Poder Legislativo, já que não se limita à aplicação da lei ao caso concreto, consubstanciando hipótese diversa das percorridas sobre o direito judiciário (decisão com base na equidade ou em jurisprudência).

---

<sup>361</sup> Art. 617 da CLT: “Os empregados de uma ou mais empresas que decidirem celebrar Acordo Coletivo de Trabalho com as respectivas empresas darão ciência de sua resolução, por escrito, ao Sindicato representativo da categoria profissional, que terá o prazo de 8 (oito) dias para assumir a direção dos entendimentos entre os interessados, devendo igual procedimento ser observado pelas empresas interessadas com relação ao Sindicato da respectiva categoria econômica. §1º Expirado o prazo de 8 (oito) dias sem que o Sindicato tenha se desincumbido do encargo recebido, poderão os interessados dar conhecimento do fato à Federação a que estiver vinculado o Sindicato e, em falta dessa, à correspondente Confederação, para que, no mesmo prazo, assumam a direção dos entendimentos. Esgotado esse prazo, poderão os interessados prosseguir diretamente na negociação coletiva até final”.

<sup>362</sup> A competência funcional para conhecer o dissídio coletivo é dos Tribunais e a competência territorial é fixada pela abrangência territorial do conflito coletivo (art. 677, CLT). Assim, se o conflito for circunscrito à base territorial de apenas um TRT, ele será o competente funcional e territorial (cf. art. 678, I, “a”, CLT e art. 6º, L. 7.701/88); se circunscrever a base territorial de mais de um TRT, o TST será o competente (cf. art. 702, I, “b”, CLT e art. 2º, I, “a”, L. 7.701/88). Essa regra tem como exceção o TRT 2ªR (São Paulo), que será o competente, quando o conflito englobar também o TRT da 15ªR (campinas).

<sup>363</sup> “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 *ou* interpretação de normas que irão incidir no âmbito dessas mesmas categorias”. LEITE, *Curso de Direito...*, p. 965.

As críticas que comumente são tecidas às sentenças normativas estão atreladas a sua origem (ordens jurídico-trabalhistas fundadas em ideários corporativistas e organicistas) e a fundamentos de ordem técnica e política. Em suma, os de ordem técnica se baseiam em suposta invasão da competência típica do Legislativo pelo Judiciário; os de ordem política se baseiam no intervencionismo estatal na gestão dos conflitos trabalhistas, quando as próprias partes deveriam por si só compor o conflito coletivo, inclusive, pondo termo aos movimentos grevistas.

Os fundamentos de ordem técnica não parecem dotados de tanta força, já que, como visto, o Poder Executivo também é dotado de competência normativa, sem que tal fato afete a divisão e harmonização dos poderes do Estado. Já os de ordem política e de ordem histórica são fortes argumentos contrários às sentenças normativas e ao próprio dissídio coletivo. Contudo, em face do cenário sindical atual e da falta de garantia de emprego (que, sem dúvidas, dificultam e coíbem o amplo exercício do direito de greve e as reivindicações trabalhistas), as sentenças normativas exercem contemporaneamente papel relevante, ao menos no sentido de manutenção das condições anteriormente pactuadas (cf. teor do art. 114, §2º, da CRFB).

Segundo CALAMANDREI, em celebre frase que sustenta a natureza jurídica mista das sentenças normativas, sustenta tratar-se de “corpo de sentença e alma de lei”: “corpo de sentença”, já que, no que concerne a sua forma de exteriorização, preserva-se como ato judicial; e “alma de lei”, posto reverberar a criação de normas jurídicas gerais, abstratas, impessoais, obrigatórias, para regular relações jurídicas futuras (não implicando a aplicação de norma jurídica preexistente a uma situação concreta posta a exame do Judiciário). Prefere-se, entretanto, entender a sentença normativa, tal como a convenção e o acordo coletivo de trabalho, simplesmente como fontes do direito, sem atribuir-lhe a mencionada natureza jurídica híbrida ou mista.

Nos termos da CRFB, art. 114, §2º, as sentenças normativas devem incorporar as vantagens precedentes: “[...] Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente”. Nos termos do art. 868, parágrafo único, da CLT, o prazo de vigência das sentenças normativas deverá nelas constar, não podendo ser superior a quatro anos.

No ano de 2004, a EC 45 alterou a redação do art. 114, §2º, da CRFB, estabelecendo como requisito para a propositura do dissídio coletivo de trabalho de natureza

econômica<sup>364</sup> o comum acordo<sup>365</sup> entre as partes (sindicato profissional e sindicato patronal ou empresa).

### 3.4 A coerência do ordenamento jurídico: as antinomias e a concorrência normativa

Tratou-se anteriormente da unidade do ordenamento jurídico e de como a diversidade de fontes escalona-se hierarquicamente, encontrando seu fundamento de juridicidade e de validade, direta ou indiretamente, na norma suprema. Discorreu-se, portanto, sobre as relações das partes com o todo.

Neste tópico, continuando a tratar das problemáticas do ordenamento jurídico e seguindo o mote de BOBBIO, apreciar-se-á se ele (ordenamento jurídico), além de unitário, também é sistêmico, entendendo por sistema “uma totalidade ordenada, um conjunto de entes entre os quais existe uma certa ordem”.<sup>366</sup> Dessa forma, analisar-se-ão as relações estabelecidas entre as próprias partes entre si e em comunhão com o todo.

---

<sup>364</sup> Os dissídios coletivos de trabalho são de três espécies: de *natureza jurídica* (ação declaratória); de *natureza econômica* (ação constitutiva); e *dissídio coletivo de greve* (ação mista: declaratória e/ou constitutiva). O de *natureza jurídica* é interposto com o fim de obter posicionamento judicial acerca de interpretação de regras ou de princípios preexistentes e em vigor, constantes de normas autônomas. Conforme OJ 7, SDC, do TST c/c art. 313, II, do RITST, a interpretação de norma de caráter genérico é inadmitida em sede de dissídio coletivo de natureza jurídica. O de *natureza econômica* (também chamado de “conflito de interesse”) é interposto com o fim de obter sentença normativa que prescreva novas condições de trabalho para reger os contratos individuais da categoria representada ou dos empregados da empresa. São subclassificados em: *originário* (ou inaugural), quando inexistente norma coletiva anterior (cf. art. 867, §ú, “a” da CLT); *revisional*, quando tem por objetivo a revisão de norma coletiva anterior (arts. 873 a 875 da CLT); e de *extensão*, quando tem por objetivo estender a toda a categoria econômica e profissional as normas que se dirigiram a apenas alguns de seus integrantes (arts. 868 a 871 da CLT). O dissídio de greve terá natureza *declaratória*, quando apreciar apenas a abusividade ou não do movimento grevista; natureza *constitutiva*, quando atender reivindicações dos trabalhadores criando normas jurídicas; e natureza *mista*, quando apreciar a abusividade e, atendendo reivindicações, criar normas jurídicas.

<sup>365</sup> Segundo NASCIMENTO, acerca da nova exigência de comum acordo para a interposição de dissídio coletivo de natureza econômica, “dividiram-se os Tribunais, uns admitindo a propositura do dissídio ainda que sem a concordância do suscitado, outros concluindo que nos casos de ausência de oposição do requerido na fase de negociação, dá-se a sua concordância tácita, outros sustentando que o mútuo acordo é uma condição da ação, portanto, exigível, e outros, ainda, que se trata de uma exigência inconstitucional na medida em que descumpra o princípio da inafastabilidade da jurisdição, controversa, até agora, não definida pelo STF”. NASCIMENTO, *Iniciação ao Direito...*, p. 97. Sobre essa temática, o Enunciado 35, da 1ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, dispõe: “dissídio coletivo. comum acordo. constitucionalidade. ausência de vulnerabilidade ao art. 114, §2º, da CRFB. Dadas as características das quais se reverte a negociação coletiva, não fere o princípio do acesso à Justiça o pré-requisito de comum acordo (§2º, do art. 114, da CRFB/88) previsto como necessário para a instauração da instância em dissídio coletivo, tendo em vista que a exigência visa a fomentar o desenvolvimento da atividade sindical, possibilitando que os entes sindicais ou a empresa decidam sobre a melhor forma de solução dos conflitos”. Salienta-se, ainda, que na prática, no início das tratativas da negociação coletiva, o sindicato profissional já pega a concordância da parte contrária, para o caso de não chegarem ao consenso e tenham que recorrer ao Judiciário para a solução do conflito.

<sup>366</sup> BOBBIO, *Teoria do ordenamento...*, p. 71.

Primeiramente, faz-se necessário entender quais são as principais ideias de sistema atribuídas ao ordenamento jurídico.

Começa-se pela noção de sistema de KELSEN, uma vez que o autor, expoente do positivismo jurídico, tenta suplantar a dicotomia do direito (consubstanciada no entendimento de que ele compreende duas espécies: o direito natural e o direito positivo), de forma a considerar como jurídico apenas o positivo.

KELSEN distingue os ordenamentos normativos em: *sistema estático* e *sistema dinâmico* (frisa-se, de antemão: o autor distingue os ordenamentos *normativos*, e não propriamente os ordenamentos *jurídicos*).

*Sistema estático* é para KELSEN “aquele no qual as normas estão relacionadas umas as outras como as proposições de um sistema dedutivo”<sup>367</sup>. Isto é, uma norma deriva de outra ou outras mais gerais, que exercem a função de postulados ou axiomas. “Pode-se dizer, em outras palavras, que num sistema desse gênero as normas estão relacionadas entre si no que se refere ao seu *conteúdo*”.<sup>368</sup> Este sistema, então, seria antes moral do que propriamente jurídico, uma vez que fundado no conteúdo da norma ou em um axioma máximo que norteie todo o sistema normativo, como o verificado no exemplo formulado por BOBBIO: em Hobbes, o fundamento da sua teoria do Direito e do Estado é a máxima *pax est quaerenda* (a paz deve ser procurada), e dessa deduz-se todo o sistema normativo. Assim, o sistema estático de KELSEN corresponderia à forma sistemática de se entender o direito tal como proposto pelo jusnaturalismo.

Por sua vez, o *sistema dinâmico* seria aquele “no qual as normas que o compõem derivam umas das outras através de sucessivas delegações de poder”<sup>369</sup>. Ou seja, a vinculação de uma norma a outra se dá não por meio da matéria (ou conteúdo tratado), mas por intermédio da autoridade suprema que delegou o poder normativo. “Pode-se dizer que a relação entre as várias normas é neste tipo de ordenamento normativo não material, mas *formal*”.<sup>370</sup> Esse sistema seria para KELSEN o propriamente jurídico, uma vez afastado de conteúdos morais e axiomáticos – desvinculado do direito natural – e fundado unicamente no modo como o poder normativo é atribuído aos diversos entes, órgãos e instituições privadas pela norma suprema. Corresponderia a uma forma de os positivistas jurídicos vislumbrarem o sistema jurídico.<sup>371</sup>

<sup>367</sup> BOBBIO, *Teoria do ordenamento...*, p. 72.

<sup>368</sup> BOBBIO, *Teoria do ordenamento...*, p. 72.

<sup>369</sup> BOBBIO, *Teoria do ordenamento...*, p. 72.

<sup>370</sup> BOBBIO, *Teoria do ordenamento...*, p. 72.

<sup>371</sup> Veja-se que o exemplo de Bobbio de ordenamento estático, nos quais as normas se fundam umas nas outras com base em seu conteúdo (como proposições de um sistema dedutivo), é o mesmo que ele fundamenta o jusnaturalismo; ao passo que o exemplo que ele utiliza para o ordenamento dinâmico, nos quais as normas se fundam umas nas outras através da sua forma (como delegações de poder), é o mesmo que ele exemplifica o

Contudo, essa consideração de KELSEN (de que o sistema dinâmico seria o sistema jurídico) é criticada por BOBBIO, ao fundamento de que se fosse realmente um sistema (enquanto unidade ordenada) não haveria possibilidade de coexistirem normas incoerentes entre si no que se refere ao conteúdo da matéria regulada. Melhor dizendo, KELSEN, ao fundar o sistema jurídico (sistema dinâmico) unicamente levando em consideração seu aspecto formal (na legitimidade da delegação do poder de normatizar), sem fundar-se também no conteúdo regulado por essas fontes delegadas e reconhecidas, abre espaço para que as normas legitimamente emanadas sejam dotadas de conteúdos contraditórios e incoerentes, o que é incompatível com a ideia de sistema.<sup>372</sup>

Sintetiza-se a crítica de BOBBIO à ideia de sistema jurídico de KELSEN da seguinte maneira: o sistema dinâmico de KELSEN não é *verdadeiramente* sistema, uma vez que se estabelece unicamente em aspecto formal (na autoridade da qual emanam as normas), sem se ater à análise do conteúdo normativo propriamente dito, análise essa indispensável para se pensar o Direito como um todo sistematizado.

Sob um aspecto mais amplo, pode-se pensar que a dualidade de sistemas de KELSEN foi reflexivamente elaborada mais como uma tentativa de contrapor-se ao jusnaturalismo, o que, de certa forma, pode ter influído na dificuldade de o autor formular um sistema jurídico enquanto unidade também coerente no que concerne a seu aspecto material.

---

positivismo jurídico. Veja-se em *Teoria do ordenamento jurídico*: “Por exemplo, um pai ordena ao filho que faça a lição, e o filho pergunta: ‘Por quê?’ Se o pai responde: ‘Porque deves aprender’, a justificação tende à construção de um sistema estático; se responder: ‘Porque deves obedecer a teu pai’, a justificação tende à construção de um sistema dinâmico. Digamos que o filho, não satisfeito, peça outra justificação. No primeiro caso perguntará: ‘Por que devo aprender?’ A construção do sistema estático levará a uma resposta deste tipo: ‘Porque precisas ser aprovado’. No segundo caso, perguntará: ‘Por que devo obedecer a meu pai?’ A construção do sistema dinâmico levará a uma resposta deste tipo: ‘Porque teu pai foi autorizado a mandar pela lei do Estado’. Observem-se, no exemplo, os dois diferentes tipos de relação para passar de uma norma a outra: no primeiro caso, através do conteúdo da prescrição; no segundo caso, através da autoridade que a colocou”. BOBBIO, *Teoria do ordenamento...*, p. 73. Já in *Positivismo jurídico*, Bobbio exemplifica: “Para esclarecer a diferença entre concepção substancial (ou estática) e concepção formal (ou dinâmica) da unidade do ordenamento, consideremos este exemplo trazido da família (cujo ordenamento prefigura *in nuce* o do Estado). Suponhamos que o pai ordene ao filho: “Hoje à tarde permaneça em casa para estudar” e que o filho pergunte: “Por que devo estudar?”. Se o pai responder apelando para um bem (bem-estar, felicidade, liberdade ...) que o estudo serve para obter, estaria dando uma resposta do tipo moralista ou jusnaturalista, visto que procura deduzir o conteúdo de seu comando de um sistema de normas morais; se, ao contrário, responde: “Deve estudar porque eu estou mandando”, estará dando uma resposta de tipo juspositivista, visto que reconduz a norma ao sujeito que na família é a autoridade, a fonte que põe as normas”. BOBBIO, *O positivismo jurídico...*, p. 200.

<sup>372</sup> BOBBIO, *Teoria do ordenamento...*, p. 74.

Segundo BOBBIO, da história da Filosofia do Direito e da jurisprudência emergem três significados de sistema aplicados ao Direito<sup>373</sup>, os quais ora denominam-se, genericamente, “sistema jurídico dedutivo”, “sistema jurídico indutivo” e “sistema jurídico coerente” (este último, o eleito pelo o autor).

O sistema jurídico dedutivo, como a própria designação remonta, estabelece-se por meio do procedimento de dedução. Ou seja, entendem-se as normas jurídicas como integrantes de um sistema quando são deriváveis de alguns princípios gerais do direito, funcionando como os postulados de um sistema científico. Como se vê, parte-se do todo para chegar ao particular, que, necessariamente, deverá decorrer daquele. Essa acepção de sistema é encontrada historicamente nos jusnaturalistas modernos, sobremaneira os da escola racionalista, e se assemelha muito ao sistema estático proposto por Kelsen.<sup>374</sup>

O sistema jurídico indutivo, como a alcunha sugere, é pautado no processo de indução; isto é, parte-se de dados particulares, de conteúdos normativos mais simples ou de dados da experiência jurídica para alçar conceitos mais amplos e gerais, aptos a unificar todo o material levantado. O sistema jurídico pautado no método indutivo serve para ordenar as matérias, servindo-se, comumente, dos exercícios reflexivos de divisão e classificação, com base em distinções e semelhanças dos institutos. Como se vê, parte-se do particular para se chegar ao todo (movimento inverso ao dedutivo). Este sentido de sistema jurídico é encontrado na pandectista alemã, sobremaneira de Savigny, com a passagem da jurisprudência exegética à jurisprudência analítica.

Já o sistema jurídico coerente, sustentado por BOBBIO, não se pauta nem no método indutivo nem no dedutivo, baseando-se no *princípio da coerência*<sup>375</sup>, que exclui, por corolário lógico, a possibilidade de incompatibilidade normativa. Segundo o autor, “diz-se que um ordenamento jurídico constitui um sistema porque não podem coexistir nele *normas incompatíveis*”<sup>376</sup> e, caso haja, uma das duas normas ou ambas devem ser eliminadas do sistema. Para o autor, não se trata de um sistema dedutivo perfeito (no qual todas as normas devem estabelecer relações de coerência entre si e com o todo), mas, apenas, que entre elas não haja incompatibilidade. Portanto, “não é exato falar de *coerência* do

---

<sup>373</sup> BOBBIO, *Teoria do ordenamento...*, p. 75-81. De acordo com TERCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR, “a concepção do ordenamento como sistema é consentânea com o aparecimento do Estado moderno e o desenvolvimento do capitalismo”. FERRAZ JÚNIOR, *Introdução ao estudo...*, p. 147.

<sup>374</sup> BOBBIO, *Teoria do ordenamento...*, p. 77.

<sup>375</sup> Observe aqui que para BOBBIO a coerência apresenta-se como um princípio do ordenamento jurídico e não como um fato. Cf. Alaôr Caffé Alves, apresentação in BOBBIO, *Teoria da norma...*, p. 11-2.

<sup>376</sup> BOBBIO, *Teoria do ordenamento...*, p. 80.

ordenamento jurídico, no seu conjunto; pode-se falar de exigência de coerência somente entre suas partes simples”.<sup>377</sup>

Então, contrapondo o sistema jurídico adotado por BOBBIO àquele de KELSEN (o dinâmico), pode-se dizer que o de BOBBIO daria um passo à frente em relação ao do KELSEN, sobretudo diante da exigência de não incompatibilidade material (substancial) entre as normas, além, é claro, do atendimento da exigência de serem emanadas de autoridade legitimada (único critério adotado por KELSEN). Entretanto, o sistema de BOBBIO seria menos exigente que o sistema dedutivo, uma vez que não seria necessária completa coerência entre todas as partes integrantes do ordenamento jurídico, mas tão somente uma coerência entre as normas isoladamente consideradas.

BOBBIO expressa sobre o princípio da coerência do ordenamento jurídico da seguinte forma:

O princípio, sustentado pelo positivismo jurídico, da coerência do ordenamento jurídico, consiste em negar que nele possa haver *antinomias*, isto é, normas incompatíveis entre si. Tal princípio é garantido por uma norma, implícita em todo o ordenamento, segundo a qual duas normas incompatíveis (ou antinômicas) não podem ser ambas válidas, mas somente uma delas pode (mas não necessariamente deve) fazer parte do referido ordenamento; ou, dito de outra forma, a compatibilidade de uma norma com seu ordenamento (isto é, com todas as outras normas) é condição necessária para a sua validade.<sup>378</sup>

Nota-se que a coerência entre normas jurídicas, melhor dizendo, a inexistência de incompatibilidades normativas (as chamadas “antinomias”), é indispensável para a compreensão do ordenamento jurídico enquanto unidade sistemática.

Em verdade, a origem do princípio da não contradição remonta à filosofia grega, especificamente à formulação de Aristóteles de uma das leis fundamentais do pensamento: “nada pode ser e não ser simultaneamente”, preceito esse subjacente à ideia de que o Direito não tolera antinomias.<sup>379</sup>

Releva dizer, porém, conforme concluído por BOBBIO, que a coerência não é *condição de validade* de uma norma ou de um ordenamento jurídico, que pode perfeitamente aceitar a coexistência contemporânea de antinomias sem ruir-se. Nesse caso, a aplicação de uma, de outra ou de nenhuma das normas antinômicas fica a encargo do interprete ou do Judiciário, de acordo com seu arbítrio e regras de hermenêutica.

<sup>377</sup> BOBBIO, *Teoria do ordenamento...*, p. 80.

<sup>378</sup> BOBBIO, *O positivismo jurídico...*, p. 203.

<sup>379</sup> Cf. BARROSO, *Fundamentos teóricos...*

Então, qual é o alcance e o significado do atributo “coerência” em um ordenamento jurídico?

Ela atua como uma condição para a justiça do ordenamento (correspondente ao valor “igualdade”) e para a exigência da certeza (correspondente ao valor “paz” ou “ordem”), na medida em que propicia aos destinatários das normas os instrumentos necessários à previsão dos efeitos jurídicos de suas condutas.<sup>380</sup> A coerência do ordenamento apresenta-se, então, como um princípio do ordenamento jurídico, e não um fato, uma constatação.

Mas o que vem a ser antinomia? BOBBIO responde: “Aquela situação na qual são colocadas em existência duas normas, das quais uma obriga e a outra proíbe, ou uma obriga e a outra permite, ou uma proíbe e a outra permite o mesmo comportamento”.<sup>381</sup>

Contudo, salienta o autor, é necessário ainda o preenchimento de duas condições para restar configurada a antinomia: que as duas normas pertençam ao mesmo ordenamento e que ambas tenham o mesmo âmbito de validade (temporal, espacial, pessoal e material).<sup>382</sup>

A jurisprudência criou critérios para solucionar as antinomias, quais sejam: o *critério cronológico*; o *critério hierárquico* e o *critério da especialidade*.

- Critério cronológico (*lex posterior*) – determina que a norma posterior prevalece sobre a precedente (*lex posterior derogat priori*) e está previsto no art. 2º, §1º, da LINDB.<sup>383</sup>
- Critério hierárquico (*lex superior*) – determina que a norma de grau superior prevalece sobre a de grau inferior (*lex superior derogat inferiori*). Ou seja, aquela tem a capacidade de revogar esta, mas o contrário não pode ser auferido, diante da menor força normativa da norma inferior.
- Critério da especialidade (*lex specialis*) – determina que a norma especial prevalece sobre a geral (*lex specialis derogat generali*).

Outra situação atrelada à relação das normas entre si que, em prol da coerência, o ordenamento jurídico estabelece critérios para a solução é a hipótese de concorrência normativa (aliás, muito comum no Direito do Trabalho). Trata-se de hipótese de mais de uma

<sup>380</sup> BOBBIO, *Teoria do ordenamento...*, p. 113.

<sup>381</sup> BOBBIO, *Teoria do ordenamento...*, p. 86.

<sup>382</sup> BOBBIO, *Teoria do ordenamento...*, p. 87.

<sup>383</sup> Art. 2º, §1º, da LINDB: “Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue. §1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior”.



norma simultaneamente em vigor, proveniente de fontes normativas diversas, aplicáveis a uma mesma relação jurídica. É exatamente aí que reside a dificuldade peculiar da aplicação do Direito do Trabalho, inclusive estabelecendo princípio específico para nortear essa solução, como se verá a seguir.

Frise-se que a concorrência normativa é fenômeno diverso da sucessão normativa, isto é, quando uma norma substitui e derroga, expressa ou tacitamente, outra. A sucessão normativa é estudada sob o título “aplicação da norma no tempo”, incluindo temáticas como “vigor imediato” e “respeito e manutenção de condições mais benéficas”. Dizendo CASTILLO: “na sucessão de normas deve-se procurar que as conquistas já alcançadas não sofram retrocesso. Se houve uma conquista, se a condição melhorou, essa circunstância favorável não deveria ser perdida”.<sup>384</sup>

### **3.5 O princípio da norma mais favorável: critério de hierarquia normativa?**

Pelo princípio da coerência (que propicia ao ordenamento jurídico a manutenção do seu caráter sistemático), a dogmática jurídica estabelece critérios de harmonização das diversas normas entre si, sobremaneira, direcionando o intérprete na solução de antinomias e de concorrência normativa.

Contudo, tal assertiva não colide (tampouco é hábil a afastar) a conclusão de que todo o Direito do Trabalho repousa e encontra o seu fundamento de validade na Constituição Federal (fonte das fontes) e de que, de outro lado, institui ela própria direitos laborais (entendidos como o rol mínimo assegurado aos trabalhadores e direcionado pelo princípio da norma mínima e pela diretriz de continua ampliação).

Então, é um equívoco falar em especificidade do Direito do Trabalho no que se refere ao critério de hierarquia das fontes, uma vez este ramo jurídico segue a mesma lógica hierarquizadora do ordenamento jurídico como um todo: o vértice, o fundamento de validade das normas trabalhistas, repousa inquestionavelmente na fonte suprema ou, em termos concretos, na Constituição de um país.

---

<sup>384</sup> CASTILHO, Hierarquia das... In: PLÁ RODRIGUEZ, *Estudos sobre...*, p. 39.

Desta forma, uma norma de Direito do Trabalho será válida e cravada de juridicidade desde que a Constituição de um país assim o disponha, direta ou indiretamente, por intermédio do reconhecimento ou da delegação.

Deve restar claro, portanto, que o critério hierarquizador do Direito do Trabalho é o mesmo de todo o ordenamento jurídico: o critério de validade e de juridicidade de uma norma laboral é encontrado, direta ou indiretamente, na Constituição da República, tal como todas as outras normas jurídicas, independente a qual ramo da Ciência Jurídica pertençam.

Então, por qual razão os doutrinadores e a jurisprudência corriqueiramente dizem tratar o critério hierárquico do Direito do Trabalho distinto do ordenamento como um todo (como uma especificidade)?

Ora, percebe-se que há um equívoco na “localização” do problema ou falta de clareza em sua exposição. A particularidade do Direito do Trabalho, em contraponto aos demais ramos jurídicos, está localizada não no critério de hierarquia das normas (ou seja, nos critérios definidores da validade da norma), mas, propriamente, nos *limites materiais dessa normatividade* (isto é, no *conteúdo* regulado pelas normas laborais de níveis inferiores) e, com maior relevo prático, como o *critério de aplicação* dessas normas.

Com efeito, a particularidade do Direito do Trabalho não se dá no critério de hierarquia das normas (tal como sustentado por Kelsen), isto é, nas relações estabelecidas entre as normas e o todo (ordenamento jurídico); ela é percebida no critério direcionador das relações de uma norma laboral em contraponto a outra norma laboral, isto é, na relação estabelecida entre as partes entre si.

No que concerne ao conteúdo normativo das normas do Direito do Trabalho, o critério regra estabelecido pela Constituição é o *princípio da norma mais favorável*. Isso significa dizer que o detentor do poder normativo (legislador, partes contratuais trabalhistas e sindicatos) deve nortear-se no processo jurígeno pela diretriz da normatividade mais benéfica ao empregado. Claro que se somam a esse critério outros, como o princípio da norma mínima e o princípio da vedação do retrocesso, atuando como fixadores dos limites materiais das regras do Direito do Trabalho.

A positivação desse princípio na ordem constitucional vigente decorre mormente do disposto no *caput* do art. 7º da CRFB: “são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social”. Dessa forma, determina a Carta de 1988 que os direitos sociais assegurados aos trabalhadores são pautados pela melhoria

contínua das condições de vida e de labor, independente de qual seja a norma jurídica instituidora desses mesmos direitos e condições.

Isso ocorre porque no Direito do Trabalho cada uma de suas normas fixa níveis mínimos de proteção, determinando o piso, e não o teto, das condições de trabalho, piso este que poderá ser ultrapassado em benefício do assalariado. Assim, as normas provenientes de fonte estatal não implicam necessariamente aquelas que na prática irão reger as relações laborativas.

Logo, pode suceder que sejam aprovadas normas hierarquicamente inferiores, mas que melhorem aqueles níveis mínimos de proteção ou, ainda, que normas anteriores sejam mais benéficas aos trabalhadores do que normas posteriormente promulgadas.

Nesse sentido, verifica-se o que MARTIN VALVERDE, citado por PÉREZ DEL CASTILLO, chama de “relações normativas de complementaridade”:

Relações de complementaridade: quando distintas disposições incidem, ao mesmo tempo, sobre idêntico aspecto da regulamentação da mesma suposição de fato. Mas não há conflito nessa concorrência, e, por isso, pode chamar-se também de ‘concorrência não conflitante’. É o caso de uma regulação de mínimos. A norma complementar ou de superação já está prevista, de algum modo, na própria ideia de estabelecer mínimos superáveis. Não há, por conseguinte, uma relação de conflito entre uma e outra. Não há aqui problema de escolha de norma aplicável, porque a aplicação da norma superadora implica, hipoteticamente, o cumprimento da norma de mínimos.<sup>385</sup>

De tal modo, a Constituição da República, ao positivar o princípio da norma mais favorável como o norteador da aplicação das normas do Direito do Trabalho, propicia que ela própria seja suplantada (e preterida) na aplicação direta e concreta do Direito do Trabalho.

Em face dessa autorização, a aplicação das normas laborais mostra-se plástica e flexível, já que pode variar de caso para caso submetido ao crivo interpretativo do aplicador do direito de acordo com o conjunto normativo que seja mais benéfico ao trabalhador.

Neste diapasão, leciona COSMOPOLIS, citado por PINHO PEDREIRA:

A regra da norma mais favorável não afeta a hierarquia das normas, mas a prelação em sua aplicação; não modifica a ordem rigorosa em que as normas se colocam e que tem sua cúspide na Constituição, mas que, com respeito a essa hierarquia e sem alterá-la, determina qual, em caso de coexistência e colisão de normas, deve ser aplicado no caso concreto, e esta é a mais proveitosa ao trabalhador.<sup>386</sup>

<sup>385</sup> CASTILHO, Hierarquia das... In: PLÁ RODRIGUEZ, *Estudos sobre...*, p. 32.

<sup>386</sup> Sem referência *apud* PEDREIRA DA SILVA, *Principiologia do Direito...*, 2. ed., p. 70.

PINHO PEDREIRA pontua essa função específica do princípio da norma mais favorável da seguinte maneira: “[...] havendo pluralidade de normas, com vigência simultânea, aplicáveis à mesma situação jurídica, deve-se optar pela mais favorável ao trabalhador”<sup>387</sup>.

Como se percebe, o princípio da norma mais favorável também é a diretriz para determinar a aplicação do Direito do Trabalho em caso de concorrência normativa; isto é, na hipótese de concurso de normas simultaneamente aplicáveis a uma dada relação jurídica concreta<sup>388</sup> e também em caso de colisão normativa.

O Direito do Trabalho, a fim de manter sua unidade, coesão e ordem interna (isto é, a sua noção de sistema), estabelece o princípio da norma mais favorável como critério de aplicação de suas normas, notadamente para os corriqueiros casos de concurso normativo, verificados quando mais de uma norma têm o mesmo âmbito de validade (temporal, espacial, pessoal e material).

Há de ressaltar que a hipótese de concorrência normativa é muito comum na realidade trabalhista, na medida em que a uma mesma relação empregatícia podem ser aplicáveis concomitantemente as normas heterônomas (*e.g.* CRFB e CLT), normas autônomas (CCT e ACT) e as próprias normas do contrato individual e do regulamento empresarial. Reside aí o campo específico de aplicação do princípio da norma mais favorável.

PLÁ RODRIGUEZ faz a seguinte colocação:

Admite-se, pois, a prevalência das cláusulas mais favoráveis de uma convenção coletiva em face de normas de uma lei trabalhista que regule a mesma matéria, assim como a prevalência das cláusulas mais favoráveis de um contrato individual, diante de uma convenção coletiva e das normas de uma lei.<sup>389</sup>

<sup>387</sup> PEDREIRA DA SILVA, *Principiologia do Direito...*, 2. ed., p. 65.

<sup>388</sup> DELGADO reporta que a aplicabilidade prática deste princípio tem maior extensão da tradicionalmente arrolada pelos doutrinadores (inclusive por PINHO PEDREIRA). Para aquele, o princípio detém três dimensões aplicativas, a saber: *na ação legislativa*, quando da elaboração da norma jurídica; *no critério de hierarquia das normas*, em caso de confronto de regras concorrentes (a corriqueira e tradicionalmente arrolada); e, por fim, *como critério de interpretação do direito*. DELGADO, *Princípios de Direito...*, p. 43;84. No que se refere à *ação legislativa*, crê-se que o princípio da norma mais favorável pode, sim, influir na edição de novas normas juslaborais. Contudo, pensa-se que o princípio da proteção já abarca essa função axiológica direcionadora da produção normativa, inclusive, de forma mais ampla (infelizmente, sem a almejada força vinculante ao poder político legislativo). Quanto à proposição da aplicação do princípio da norma mais favorável como critério interpretativo do Direito do Trabalho, isto é, em caso de uma norma jurídica ser passível de duas ou mais interpretações, acredita-se, junto com a doutrina majoritária, que essa dimensão já se encontra abrangida pelo princípio *in dubio pro operario*, especificamente destinado à orientação da interpretação juslaboral, além de expressar de melhor forma essa diretriz (conforme será melhor abordado no capítulo 4 deste estudo).

<sup>389</sup> PLÁ RODRÍGUEZ, *Princípios de Direito...*, p. 55.

Mais ainda, esta diretriz principiológica da dogmática trabalhista propicia a conservação no sistema (como plenamente válidas e vigentes) duas ou mais normas dotadas de mesmo campo de aplicação e emanadas de autoridade legitimada para tal, sem implicar a ab-rogação permanente de nenhuma delas.<sup>390</sup>

Menciona-se, ainda, que o princípio da norma mais favorável é disposição fundamental prevista na Constituição da OIT, conforme disposto no art. 19, §8º:

Em nenhum caso se poderá considerar que a adoção de uma convenção ou de uma recomendação pela Conferência ou a ratificação de uma convenção por qualquer membro reduzirá qualquer lei, sentença, costume ou acordo que garanta aos trabalhadores condições mais favoráveis que as que figurem na convenção ou na recomendação.

A própria introjeção de normas internacionais do trabalho no ordenamento interno dos Estados-membros é pautada pelo princípio da norma mais favorável, devendo implicar tais normas sempre o sobrepujamento dos direitos trabalhistas assegurados na ordem jurídica interna, jamais implicando retrocesso sociojurídico ao trabalhador.<sup>391</sup>

Nesse diapasão, assevera MURADAS:

[...] a ratificação de um diploma internacional do trabalho somente alcança as disposições favoráveis ao trabalhador, no cotejo entre a norma nacional, *particularmente* considerada, e as disposições convencionais. Assim, *somente se incorporam no plano nacional aquelas disposições que de algum modo traduzam o progresso sociojurídico dos trabalhadores, cumulando-se às vantagens já consagradas no plano nacional*<sup>392</sup> (com destaque no original).

Pode-se dizer, portanto, que a relevância e a beleza do estudo do princípio da norma mais favorável são verificadas em três aspectos principais. Graças a ele, o Direito do Trabalho consegue manter sua harmonia interna, mesmo diante de um conjunto diversificado de normas válidas e simultaneamente vigentes incidentes sobre a mesma hipótese fática. Ele atua também na elevação do rol de direitos e na melhoria das condições de vida e de trabalho, na medida em que consubstancia o critério fixador do limite material das normas juslaborais.

<sup>390</sup> DELGADO explana: “Não há, assim, contradição inconciliável entre as regras heterônomas estatais e regras autônomas privadas coletivas (entre o Direito do Estado e o Direito dos grupos sociais), mas uma espécie de harmoniosa concorrência: a norma que disciplinar uma dada relação de modo mais benéfico ao trabalhador prevalecerá sobre as demais, sem derrogação permanente, mas mero preterimento, na situação concreta enfocada”. DELGADO, *Curso de Direito...*, 7. ed., p. 178.

<sup>391</sup> “[...] a OIT comunga do princípio da aplicabilidade da norma mais favorável. O alcance deste princípio diz respeito à possibilidade de, diante de várias fontes legais, formais, inclusive nacionais ou de outros instrumentos, prevalece a que mais favoreça os trabalhadores”. BARZOTTO, *Direitos humanos e...*, p. 98.

<sup>392</sup> MURADAS, *O princípio da...*, p. 129.

E, por fim, ele atua diretamente na proteção do trabalhador, detidamente na passagem da norma abstrata para a sua efetiva aplicação concreta.<sup>393</sup>

Então, como proceder à comparação entre duas ou mais normas laborais para se saber qual é a mais benéfica ao trabalhador?

Com o fim de estabelecer o critério de comparação entre diferentes normas, sobremaneira para perquirir aquela mais favorável ao trabalhador, a doutrina e a jurisprudência criaram três teorias: a *teoria do conglobamento* (ou da *incindibilidade*), a *teoria da acumulação* e a *teoria do conglobamento por institutos*.

*Teoria do conglobamento*<sup>394</sup> (ou *teoria da incindibilidade*) – estabelece que a comparação entre conjuntos normativos ou normas autônomas sejam normas heterônomas, deve ser feita tomando-os em seu conjunto. Isto é, deve analisar cada diploma como um todo inseparável e indivisível (em seu caráter unitário), para, a partir daí, verificar qual deles é o mais benéfico para o trabalhador. Por essa teoria, exclui-se a possibilidade de se aplicar simultaneamente disposições normativas de um diploma e de outro, por exemplo, de uma convenção coletiva e de um acordo coletivo.

*Teoria da acumulação* – autoriza a extração das disposições mais favoráveis ao trabalhador de cada um dos diplomas comparados. Ou seja, é permitido somar as vantagens incrustadas em diversos conjuntos normativos. Assim, esta teoria sustenta o fracionamento ou cisão de diplomas e a aplicação das normas mais benéficas integrantes de cada conjunto cotejado. Os diplomas normativos não são vislumbrados em seu todo (como algo indivisível), mas a cada uma de suas partes como coisas separáveis. Conforme SOUTO MAIOR, esta teoria “não respeita limites, sendo aplicável, por exemplo, um parágrafo de um artigo de uma lei e o *caput* de outra”.<sup>395</sup>

A crítica tecida a esta teoria – por exemplo, por GRECO – é no sentido de que se trata de

---

<sup>393</sup> PINHO PEDREIRA afirma: “O princípio da norma mais favorável é o mais amplo, em termos de proteção, e o único incontestavelmente específico do Direito do Trabalho, pois em nenhuma outra disciplina jurídica e em nenhum caso, ao menos no Brasil, admite-se a aplicação de norma hierarquicamente inferior com desprezo da hierarquicamente superior”. PEDREIRA DA SILVA, *Principiologia do Direito...*, 2. ed., p. 65.

<sup>394</sup> Esta é a teoria eleita por DELGADO, para quem é a “única teoria a harmonizar a flexibilidade do critério hierárquico justrabalhista com a essencial noção de sistema inerente à idéia de Direito – e de ciência”. DELGADO, *Curso de Direito...*, 7. ed., p. 183. No sentido da teoria do conglobamento também a Súmula 51, II, do TST: “Norma regulamentar. Vantagens e opção pelo novo regulamento. Art. 468, CLT. II – Havendo a coexistência de dois regulamentos da empresa, a opção do empregado por um deles tem efeito jurídico de renúncia às regras do sistema do outro. (teoria do conglobamento)”.

<sup>395</sup> SOUTO MAIOR, *O Direito do Trabalho...*, p. 296.

[...] um critério de sabor eminentemente demagógico que, especialmente no caso da convenção coletiva, rompe a unidade da disciplina sindical da relação de trabalho e viola a harmonia, o equilíbrio e a vinculação orgânica entre as diferentes condições estabelecidas na convenção.<sup>396</sup>

*Teoria do conglobamento por institutos* (ou por matéria) – sustentada por KASKEL-DERSCH<sup>397</sup>, segundo PLÁ RODRIGUES, apresenta critério intermediário, mesclando as teorias do conglobamento e da cumulação. Para aquele autor, tendo em vista o radicalismo e a falta de ponderação de ambas as teorias, deve-se estabelecer a comparação entre os diplomas – não como um todo inseparável e tampouco isolando todas as cláusulas –, mas levando-se em conta os institutos neles constantes relativos à mesma matéria, pressupondo uma unidade conceitual e orgânica. A partir daí, ocorre o procedimento da comparação e passa a prevalecer a norma mais favorável.

Por exemplo, na análise do instituto do aviso prévio, primeiramente, o intérprete observará o regramento mínimo previsto na Constituição Federal e na CLT. Posteriormente, verificará se os conteúdos que versam sobre o aviso prévio, constante na convenção coletiva e no regulamento empresarial, respeitam esse mínimo. Caso positivo, comparará qual conjunto de regramentos é mais benéfico ao trabalhador, se o conjunto previsto na CCT ou o no regulamento empresarial.<sup>398</sup> Valendo-se de outro exemplo: caso uma convenção coletiva de trabalho preveja o direito a uma cesta básica mensal e o acordo coletivo da categoria não o preveja, será direito do trabalhador a cesta básica mensal, por consubstanciar uma norma que lhe é benéfica.<sup>399</sup>

<sup>396</sup> GRECO, Paolo. *Il contratto di lavoro*. Turim, 1939, p. 84, *apud* PLÁ RODRÍGUEZ, *Princípios de Direito...*, p. 58. Nesse sentido, também DELGADO: “A vertente da acumulação é bastante criticável, do ponto de vista científico. É que ela claramente conduz a uma postura analítica atomista, consubstanciada na soma de vantagens normativas extraídas de diferentes diplomas. É verdade que ela enseja o encontro de um saldo normativo fortemente favorável ao trabalhador. Contudo, não é menos verdade que o faz ao preço de liquidar a noção de Direito como sistema, tornando as operações de interpretação, integração e aplicação das regras jurídicas extremamente erráticas e verticalmente submetidas à formação ideológica particular de cada operador. Mais que isso, tal teoria suprime o caráter universal e democrático do Direito, por tornar sempre singular a fórmula jurídica aplicada a cada caso concreto”. DELGADO, *Curso de Direito...*, 7. ed., p. 182.

<sup>397</sup> KASKEL, Walter; DESCH, Herman. *Derecho del Trabajo*. Traducido e anotado Ernesto Krotoschin, Buenos Aires, 1961, p. 32. *apud* PLÁ RODRÍGUEZ, *Princípios de Direito...*, p. 59.

<sup>398</sup> Nesse sentido, o disposto na OJ 367, da SDI-I do TST: “aviso prévio de 60 dias. elastecimento por norma coletiva. projeção. reflexos nas parcelas trabalhistas. (DJe divulgado em 03, 04 e 05.12.2008) O prazo de aviso prévio de 60 dias, concedido por meio de norma coletiva que silencia sobre alcance de seus efeitos jurídicos, computa-se integralmente como tempo de serviço, nos termos do § 1º do art. 487 da CLT, repercutindo nas verbas rescisórias”.

<sup>399</sup> Pode-se também auferir esse entendimento dos dizeres de NASCIMENTO: “Podem coexistir a convenção coletiva da categoria e o acordo coletivo em uma empresa da categoria, caso em que prevalecem as normas e condições de trabalho mais favoráveis ao trabalhador previstas nos dois instrumentos normativos (CLT, art. 622) [...]”. NASCIMENTO, *Iniciação ao Direito...*, p. 89.

Assim, esta teoria apresenta-se como a mais ponderada, inclusive sendo a escolha do legislador pátrio, conforme positivado no art. 3º da Lei 7.064/82, que dispõe sobre a situação de trabalhadores brasileiros contratados ou transferidos para prestar serviços no exterior, *in verbis*:

Art 3º. A empresa responsável pelo contrato de trabalho do empregado transferido assegurar-lhe-á, independente da observância da legislação do local da execução dos serviços:

I - [...]

II - a aplicação da legislação brasileira de proteção ao trabalho, naquilo que não for incompatível com o disposto nesta Lei, quando mais favorável do que a legislação territorial, no conjunto de normas e em relação a cada matéria (sem grifos no original).

Acredita-se que a corrente capitaneada por KASKEL-DERSCH seja a mais adequada, sobremaneira em face de sua maior objetividade no estabelecimento da comparação entre institutos ou direitos juslaborais do que a comparação global (preconizada pela teoria do conglobamento) ou a fracionada (sustentada pela teoria da acumulação). Além disso, propicia ao trabalhador, efetivamente, a normatividade que lhe é mais benéfica, sem, contudo, implicar a perda da coerência interna dos próprios diplomas normativos.

Há que se falar que o princípio da norma mais favorável encontra seus limites nas normas proibitivas estatais, de ordem pública, que visam preservar um bem maior (interesses outros de toda a coletividade). Cita-se como clássico exemplo a norma constitucional que proíbe o trabalho noturno, insalubre e perigoso ao menor de dezoito anos.<sup>400</sup>

Existe ainda outra exceção à aplicação deste princípio: os casos em que a convenção coletiva da categoria anteriormente celebrada e ainda em vigor prevê direitos melhores aos trabalhadores do que um acordo coletivo celebrado posteriormente reduzindo parte destes direitos por dificuldade econômica devidamente comprovada da empresa de cumprir a referida convenção. Nesta hipótese excepcional (restritas hipóteses excetivas previstas nos incisos VI<sup>401</sup>, XIII<sup>402</sup> e XIV<sup>403</sup> do art. 7º da CRFB), como a principal razão para a

<sup>400</sup> Cf. DELGADO, “tais limites encontram-se nas normas proibitivas oriundas do Estado. De fato, o critério justralhista especial não prevalecerá ante normas heterônomas estatais proibitivas, que sempre preservarão sua preponderância, dado revestirem-se do *imperium* específico à entidade estatal. Tais normas – como dito – encorajam-se em sua incidência de um inarredável matiz soberano”. DELGADO, *Curso de Direito...*, 7. ed., p. 178-179.

<sup>401</sup> Dispõe o inciso VI do art. 7º da CRFB: “[...] irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo”.

<sup>402</sup> Dispõe o inciso XIII do art. 7º da CRFB: “[...] duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho”.

<sup>403</sup> Dispõe o inciso XIV do art. 7º da CRFB: “[...] jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva”.



celebração do acordo coletivo foi facilitar o cumprimento de condições trabalhistas pela empresa, inclusive pela manutenção dos vínculos empregatícios e pela não dispensa em massa, não há que se falar na prevalência das cláusulas da CCT, mesmo sendo mais vantajosa aos assalariados, já que os trabalhadores foram devidamente representados pelo sindicato profissional e em face de ser mais benéfico ao trabalhador – durante um curto e certo período – a perda momentânea de direitos, mas com a manutenção do emprego.<sup>404</sup>

### 3.5.1 Alguns efeitos do princípio da norma mais favorável

Acerca do contrato individual do trabalho, determina o art. 444<sup>405</sup> da CLT que ele pode ser objeto de livre estipulação das partes, desde que “não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes”. O art. 619 da CLT, por seu turno, assegura que “nenhuma disposição de contrato individual de trabalho que contrarie normas de convenção ou acordo coletivo de trabalho poderá prevalecer na execução do mesmo, sendo considerada nula de pleno direito”. Ainda, o art. 622 da CLT prescreve que “os empregados e as empresas que celebrarem contratos individuais de trabalho estabelecendo condições contrárias ao que tiver sido ajustado em convenção ou acordo que lhes for aplicável serão passíveis de multa nele fixada”.

O que determina os citados dispositivos legais é que as normas oriundas dos contratos de trabalho podem prevalecer sobre o conteúdo heterônomo e autônomo quando reverbere normas mais favoráveis aos trabalhadores. De outro lado, pontifica que não é autorizada às partes contratuais a redução de direitos trabalhista fixados por normas autônomas ou heterônomas.

Quanto aos regulamentos empresariais, eles também são limitados pelo ordenamento jurídico trabalhista ao conteúdo imperativo mínimo previsto nas fontes heterônomas e nas fontes autônomas. Contudo, em face do princípio da norma mais favorável, prevalecerão sobre essas fontes quando suplantarem os direitos trabalhistas, quantitativa ou qualitativamente, fixados naqueles instrumentos. De outro lado, qualquer alteração *in pejus* no

---

<sup>404</sup> Essa temática será retomada no capítulo 6 deste estudo.

<sup>405</sup> Art. 444 da CLT: “As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes”.

regulamento empresarial não terá qualquer validade para os empregados regidos pela cláusula regulamentar mais benéfica anteriormente fixada.

Quanto à normatividade autônoma, determina o art. 620 da CLT que “as condições estabelecidas em convenção quando mais favoráveis, prevalecerão sobre as estipuladas em acordo”.

Inquestionavelmente, esse dispositivo justralhista estabelece critério orientador diverso do da especificidade, constante do regramento geral do ordenamento jurídico. Ora, em regra, prevalecerá a convenção coletiva de trabalho (norma mais geral, aplicada ao âmbito da categoria representada) quando mais favorável ao trabalhador do que o acordo coletivo (norma mais específica, aplicada ao âmbito da empresa celebrante).

Além disso, as normas decorrentes de convenções e acordos coletivos de trabalho devem respeitar o piso mínimo estabelecido pelas normas heterônomas. Nesse sentido, a OJ 31<sup>406</sup> da SDC e a Súmula 288<sup>407</sup>, ambas do TST.

Pertinente, ainda, colacionar entendimento de NASCIMENTO sobre o efeito cumulativo das normas autônomas:

As normas e condições de trabalho previstas em convenções coletivas acumulam-se com as das leis, nisso consistindo o particularismo da teoria das fontes formais do direito do trabalho. Acumular significa substituir, mas não por dizer somar ou duplicar um direito já previsto em lei. Coexistir lei e convenção sobre o mesmo direito, prevalece o que for mais favorável ao trabalhador.<sup>408</sup>

Os costumes, para se tornarem jurídicos, válidos e dotados de força obrigatória, necessitam de reconhecimento pelo ordenamento jurídico, seja quando há menção expressa na lei, seja quando o Judiciário os aplica, sobremaneira como fonte subsidiária à lei.

Assim, como não se trata de fonte principal (como dito, a primazia é da lei, ao menos nos ordenamentos dos Estados Modernos, excluídos os de *Common Law*), tradicionalmente, os costumes são dotados de validade quando *secundum e praeter legem* (conforme e além da lei), não *contra legem*, já que não são dotados da força de ab-rogatória da lei.<sup>409</sup>

---

<sup>406</sup> OJ-SDC-31 do TST: “Estabilidade do acidentado. acordo homologado. prevalência. impossibilidade. violação do art. 118 da lei n. 8.213/91. (Inserida em 19.08.1998). Não é possível a prevalência de acordo sobre legislação vigente, quando ele é menos benéfico do que a própria lei, porquanto o caráter imperativo dessa última restringe o campo de atuação da vontade das partes”.

<sup>407</sup> Súmula 288 do TST: “Complementação dos proventos da aposentadoria (mantida - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003). A complementação dos proventos da aposentadoria é regida pelas normas em vigor na data da admissão do empregado, observando-se as alterações posteriores desde que mais favoráveis ao beneficiário do direito”.

<sup>408</sup> NASCIMENTO, *Iniciação ao Direito...*, p. 88.

<sup>409</sup> BOBBIO apresenta dado histórico: no direito canônico, o costume tinha maior grau hierárquico que a lei, inclusive, admitindo o costume ad-rogativo, embora dentro de certos limites. Cf. BOBBIO, *Teoria do ordenamento...*, p. 94-5.

Contudo, reportando os costumes ao universo do Direito do Trabalho, como bem pondera DELGADO, “ao contrário do verificado no Direito Civil, os costumes trabalhistas *contra legem* podem ter plena validade, desde que respeitado o critério hierárquico especial vigente no Direito do Trabalho”.<sup>410</sup> Ora, se os costumes contrários à lei laboral consubstanciarem patamar normativo mais favorável ao trabalhador (desde, é claro, que não contrariem norma proibitiva estatal), serão dotados de validade e obrigatoriedade, uma vez que reverberam o atendimento da função central do Direito do Trabalho e por se mostrarem compatíveis com o princípio da norma mais favorável.

Já no que se referem aos decretos regulamentares, oriundos do Poder Executivo, eles são subordinados à lei e destinados à execução delas, afastando, inclusive, diferentes interpretações que os operadores jurídicos levantam em torno da norma legal, com a finalidade de injetar a certeza jurídica nas relações de trabalho.<sup>411</sup>

O problema que surge, especificamente concernente aos decretos regulamentares, decorre do fato de que eles, corriqueiramente, extrapolam o conteúdo legal a que se subordinam, seja restringindo, seja ampliando direitos trabalhistas assegurados pelo texto legal regulamentado.

Não pode haver dúvida que quando os decretos regulamentadores restringem direitos assegurados pelo texto legal regulamentado, tal dispositivo do decreto deve ser afastado, pela afronta ao critério hierárquico civilista e pela afronta ao princípio da norma mais favorável. Dessa maneira, prevalecerá, inquestionavelmente, o texto da lei.

Na hipótese de o decreto regulamentar ampliar direitos trabalhistas assegurados pelo texto legal regulamentado, haverá afronta ao critério hierárquico civilista (Poder Executivo extrapolou o âmbito da sua competência limitado ao conteúdo da lei) e, concomitantemente, respeito ao princípio da norma mais favorável.

A solução para essas hipóteses, de acordo com a jurisprudência trabalhista, afiançada por DELGADO, é que deverá prevalecer o decreto ampliador de direitos, não apenas pela alegação do critério hierárquico especial justabalhista (norma mais favorável), mas por ser uma proposta interpretativa mais favorável da regra legal.<sup>412</sup> O autor exemplifica com o entendimento sumular do TST (S. 157<sup>413</sup>), segundo o qual a gratificação natalina proporcional será devida, em conformidade com o Decreto 57.155/65, não só nas hipóteses de dispensa

---

<sup>410</sup> DELGADO, *Curso de Direito...*, 7. ed., p. 154.

<sup>411</sup> Cf. AMEGLIO, Decretos reguladores. In: PLÁ RODRIGUEZ, *Estudios sobre...*, p. 136.

<sup>412</sup> DELGADO, *Curso de Direito...*, 7. ed., p. 167-8.

<sup>413</sup> Sumula 157 do TST: “Gratificação Natalina - Resolução de Contrato. A gratificação instituída pela Lei nº 4.090, de 1962, é devida na resolução contratual de iniciativa do empregado”.

injusta por parte do empregador (hipótese prevista na Lei regulamentada 4.090/62), mas também na demissão do empregado (norma mais favorável ao trabalhador).

## 4 A (IN)COMPLETUDE DO ORDENAMENTO JURÍDICO LABORAL: AS LACUNAS NORMATIVAS E OS RECURSOS À INTEGRAÇÃO E À INTERPRETAÇÃO JURÍDICAS

### 4.1 A (in)completude do ordenamento jurídico

Nos capítulos anteriores, discorreu-se sobre as características da complexidade, unidade e coerência do ordenamento jurídico. Contudo, a ele mais uma característica comumente é arrolada pela doutrina juspositivista: a da *completude*.

Releva mencionar que a máxima da completude do ordenamento jurídico advém, sobremaneira, com a Revolução Francesa e a publicação do Código de Napoleão, está atrelada à pretensão da onipotência e onipresença do Estado e ao dogma do exclusivismo da lei (enquanto fonte de direito), que inadmitiam a existência de sistemas jurídicos particulares e tampouco o recurso aos usos e costumes.

Então, por completude pode-se entender a característica de um ordenamento jurídico marcado pela premissa de que há uma norma para regular qualquer caso concreto posto à apreciação do julgador ou, em outros termos, que não há hipótese casuística que não seja regulada por uma norma integrante do ordenamento jurídico.<sup>414</sup> Assim, um ordenamento completo é aquele no qual inexistem lacunas normativas.

BOBBIO encarrega-se de estabelecer a correlação (o nexa) entre as características da coerência (situação em que “há” uma norma e “há” outra norma incompatível com a primeira<sup>415</sup>) e da completude (situação em que não há “nem” uma norma, “nem” outra norma<sup>416</sup>), em um ordenamento jurídico:

[...] o nexa entre coerência e completude está em que a coerência significa a exclusão de toda a situação na qual pertençam ao sistema ambas as normas que se contradizem; a completude significa a exclusão de toda a situação na qual não pertençam ao sistema nenhuma das duas normas que se contradizem. Diremos ‘incoerente’ um sistema no qual existem tanto a norma que proíbe um certo comportamento quanto aquela que o permite; ‘incompleto’, um sistema no qual

<sup>414</sup> BOBBIO, *Teoria do ordenamento...*, p. 115.

<sup>415</sup> BOBBIO, *O positivismo jurídico...*, p. 203.

<sup>416</sup> BOBBIO, *O positivismo jurídico...*, p. 203.

existem nem a norma que proíbe um certo comportamento nem aquela que o permite.<sup>417</sup>

SAVIGNY incumbe-se de reduzir em um único conceito fundamental as características da coerência e da completude do ordenamento jurídico, ressaltando que: “aquilo que procuramos estabelecer é sempre a unidade: a unidade negativa de afastar as contradições; a unidade positiva de preencher as lacunas”.<sup>418</sup>

CARNELUTTI, por seu turno, contrapõe as características da coerência e da completude aos vícios ou defeitos caso não constados tais atributos em um dado ordenamento jurídico. Afirma o autor:

[...] que o direito pode apresentar dois vícios: um vício por excesso (*exuberância*), quando há mais normas do que deveria haver (na incoerência há duas normas contraditórias, das quais somente uma pode estar contida no sistema); e um vício por falta (*deficiência*), quando há uma norma a menos, no caso de lacuna. No primeiro caso, o trabalho do jurista consiste na *purgação* do ordenamento jurídico (isto é, no eliminar a norma em excesso); no segundo caso consiste na *integração* do próprio ordenamento.<sup>419</sup>

Então, em prol da coerência do ordenamento, pugna-se para que não haja duas ou mais normas contraditórias (antinomias) e, pela da completude, pugna-se para que haja normas para regular toda a diversidade de situações fáticas que se apresentem.

Como visto alhures, a coerência não se consubstancia em um requisito à validade do ordenamento jurídico, uma vez que viável a existência concomitante de duas normas antagônicas (embora não aconselhável, diante da necessidade de segurança jurídica).

Mas, ao contrário, o atributo da completude apresenta-se como um requisito do ordenamento jurídico, na medida em que, e desde que, haja o acolhimento simultâneo, como postulados, de duas regras juspositivistas: ao juiz é defesa a recusa de solucionar uma controvérsia posta a sua apreciação para julgamento; e ao juiz é defeso criar normas jurídicas (não sendo dotado de parcela de poder normativo).

A primeira regra – de ser ao juiz defesa a recusa de solucionar uma controvérsia posta a sua apreciação para julgamento –, em outros termos, trata da impossibilidade de o juiz valer-se do juízo de *non liquet* (juízo de não convém), ainda que diante do silêncio, obscuridade ou insuficiência da lei. Ou seja, a solução eleita pelo positivismo jurídico é no

<sup>417</sup> BOBBIO, *Teoria do ordenamento...*, p. 116.

<sup>418</sup> SAVIGNY, F. C. *Sistema del Diritto Romano attuale*. Tradução de italiana. v. 1, §42, p. 267 *apud* BOBBIO, *O positivismo jurídico...*, p. 202.

<sup>419</sup> BOBBIO, *O positivismo jurídico...*, p. 202.

sentido de que, havendo-se o dogma da onipotência do legislador e da completude do ordenamento, deve o juiz – obrigatoriamente e sem escusa – encontrar solução para os problemas fático-jurídicos que a ele se apresentem.<sup>420</sup>

De acordo com CARNELUTTI, “a ordem jurídica faltaria à sua finalidade se houvessem conflitos de interesses que, por falta de composição, pudessem dar origem à violência”.<sup>421</sup>

Frisa-se que esta primeira regra é norteadora do Direito Processual Brasileiro, seja diante da disposição expressa do art. 126 do CPC que diz: “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei [...]”, seja diante das regras, nem tanto explícitas como as contidas no art. 8º<sup>422</sup> da CLT e art. 4º<sup>423</sup> da LINDB. Salienta-se, ainda, que esta regra também encontra respaldo na Carta Política de 1988, que, ao consagrar o direito de invocar a atividade jurisdicional como direito público subjetivo (art. 5º, inciso XXXV<sup>424</sup>), assegura o direito de agir, o direito de ação e o direito de obter do Poder Judiciário a apreciação do pedido formulado.

Já a segunda regra – de ser ao juiz defeso criar normas jurídicas – decorre da concepção de que seja o ordenamento jurídico completo (sem lacunas) e, por implicação, da negação da possibilidade de julgamentos com base em um juízo de equidade. Para essa concepção do Direito, ao intérprete e ao magistrado cabe apenas interpretar a norma posta (direito positivo estatal) em seus estritos termos, retirando dela própria o seu alcance e significado, por vezes implícitos.

A origem dessa regra – de se negar qualquer função criativa ou parcela de poder normativo aos juízes – remonta ao ordenamento jurídico romano medieval e, em tempos

---

<sup>420</sup> Sobre o exercício do juízo de *non liquet*, interessante esse fato histórico trazido por BOBBIO: “[...] prática judiciária instaurada durante a Revolução [Francesa], pela qual os juízes, quando não dispunham de uma norma legislativa precisa, se abstinham de decidir a causa e devolviam os atos ao poder legislativo pra obter disposições a propósito. E isto em muitos casos era imposto pela própria lei revolucionária, que desejava estimular até o extremo o princípio da separação dos poderes; em outros casos eram sugeridos ao juiz critérios de prudência política, para evitar que, com a mudança das relações de força entre os vários grupos revolucionários, ele fosse responsabilizado pela aplicação de uma lei emanada de um grupo para combater outro”. BOBBIO, *O positivismo jurídico...*, p. 77.

<sup>421</sup> *Apud* SÜSSEKIND *et al. Instituições de Direito...*, v. 1, p. 192.

<sup>422</sup> Art. 8º da CLT: “As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito de trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público. Parágrafo único. O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste”.

<sup>423</sup> Art. 4º da LINDB: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

<sup>424</sup> Preceitua o inciso XXXV do art. 5º da CRFB: “[...] a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

modernos, à concepção do monopólio do poder normativo pelo Estado<sup>425</sup>, que teve como manifestação concreta o movimento das codificações e tende a negar a existência de outras fontes de Direito não provenientes do Estado. Trata-se, assim, de um dogma atrelado ao fetichismo da lei, que, por sua vez, é conectado à ideologia explanada pela escola exegética (sobremaneira, na França e Alemanha).

Simultaneamente a esse movimento em prol do estadismo jurídico, verificado no século passado, surge, contrapondo-o, a escola do direito livre<sup>426</sup>, que nega a completude do ordenamento, sob o fundamento de existência de infindáveis lacunas normativas. Ao contrário, a escola do direito livre defende o direito judiciário, sob a alegação da necessidade de confiar ao juiz parcela de poder normativo criativo, exercido durante o processo de julgamento dos diversos casos sociais postos a seu exame.

Segundo BOBBIO, as principais razões para o desenvolvimento rápido das críticas ao estadismo jurídico e à completude do ordenamento são: descoberta das insuficiências dos códigos, inclusive marcada pela passagem da jurisprudência exegética à jurisprudência científica; e a rápida transformação socioeconômica verificada na segunda metade do século passado, principalmente decorrente da Revolução Industrial, não acompanhada pela necessária adaptação do ordenamento jurídico.<sup>427</sup>

Ainda de acordo com o autor, soma-se a divergência entre o direito posto e a realidade social (contínua em seu processo de transformação) e o surgimento da filosofia social e das Ciências Sociais:

Tanto o marxismo quanto a sociologia positivista - para nos limitarmos às duas maiores correntes de filosofia social - foram animados por uma crítica contra o monismo estatal, que havia tido a sua expressão mais intransigente na filosofia hegeliana, mas tinha ramificações muito mais antigas. O Estado se erguia acima da sociedade, e tendia a absorvê-la, mas a luta das classes, de um lado, que tendia a quebrar continuamente os limites da ordem estatal, e a continua formação espontânea (não provocada ou imposta pelo Estado) de novos conjuntos sociais, como os sindicatos, os partidos, e de novos relacionamentos entre os homens, derivados da transformação dos meios de produção, punham em evidência uma vida subordinada ou em oposição ao Estado [...].<sup>428</sup>

<sup>425</sup> BOBBIO, *Teoria do ordenamento...*, p. 119.

<sup>426</sup> “O Direito livre representava aos olhos dos juristas tradicionalistas uma nova encarnação do Direito natural, que da escola histórica em diante se considerava aniquilado e, portanto, sepultado para sempre. Admitir a livre pesquisa do Direito (livre no sentido de não ligada ao Direito estatal), conceder cidadania ao Direito livre (isto é, a um Direito criado de vez em quando pelo juiz) significava quebrar a barreira do princípio de legalidade, que havia sido colocado em defesa do indivíduo, abrir as portas ao arbítrio, ao caos e à anarquia”. BOBBIO, *Teoria do ordenamento...*, p. 127-8.

<sup>427</sup> “Falar de completude de um Direito, que ignorava o surgimento da grande indústria e todos os problemas da organização do trabalho a ela ligados, significava fechar os olhos frente à realidade por amor a uma fórmula e deixar-se embalar na inércia mental e no preconceito”. BOBBIO, *Teoria do ordenamento...*, p. 124.

<sup>428</sup> BOBBIO, *Teoria do ordenamento...*, p. 124.



A verificação da distância entre o direito posto e a realidade social (que abre espaço para a verificação de falta de normas expressas), acrescida do reconhecimento da importância da sociedade na construção do Direito ao lado do Estado (graças à Filosofia Social, às Ciências Sociais, ao Direito Livre e à Sociologia Jurídica), o dogma da completude do ordenamento jurídico e o monopólio do poder normativo pelo Estado são colocados em xeque.

Todavia, os positivistas não se calaram diante das críticas, sobremaneira porque o princípio da legalidade representava (e ainda representa) forte instrumento na defesa do indivíduo e na atribuição de segurança e certeza ao ordenamento. Mas, de outro lado, o mito da onipotência do legislador não se bastava para sustentar a completude do ordenamento jurídico, visivelmente incompleto, diante de ausência de normas expressas e específicas para regular as novas situações fáticas surgidas em decorrência das transformações sociais.

Surgiram, então, duas teorias para responder ao problema da lacuna. Melhor dizendo, para sustentar a sua inexistência: a *teoria do espaço jurídico vazio* e a *teoria da norma geral exclusiva*.

A *teoria do espaço jurídico vazio* tem como maiores expoentes o alemão Karl Bergbohm (*Jurisprudência e filosofia do Direito*, 1892) e o italiano Santi Romano (*Observações sobre a completude do ordenamento estatal*, 1925). Em linhas gerais, para ela a atividade humana pode ser dividida em dois compartimentos: o *espaço jurídico pleno*, no qual se situam todas as atividades tidas como relevantes para o direito e que, portanto, são regulamentadas; e o *espaço jurídico vazio*, no qual se situam todas as outras atividades humanas, irrelevantes para o direito e não regulamentadas, marcadas, então, pela diretriz da ampla liberdade.

A partir dessa construção, exclui-se a possibilidade da existência de lacuna *no* direito, uma vez que não pode haver “situação jurídica” não regulada pelo Direito, já que, se não há regulação, ela encontra-se na esfera do chamado espaço jurídico vazio (isto é, espaço não jurídico, esfera extrajurídica).

BOBBIO critica esta teoria sob o argumento de que ela se edifica sobre o frágil conceito de espaço jurídico vazio e da falsa identificação do jurídico como o obrigatório. Ora, segundo constatado pelo autor, são excluídas da esfera do juridicamente relevante as condutas do tipo permissivo (englobando apenas o ordenado e o proibido). Ou, em outro raciocínio, cindem-se as condutas marcadas pela liberdade em dois grupos. De um lado, o grupo daquelas tidas como juridicamente relevantes, protegidas pelo Estado, por meio da coerção, e que implicam a obrigação de respeito por parte dos *outros* (particulares e Estado). De outro,

daquelas outras, igualmente norteadas pela liberdade, mas tidas como irrelevantes para o direito, não protegidas pelo Estado e que comportariam o exercício da própria força pelo particular em sua defesa. Este fato que é inaceitável diante a compreensão do Estado enquanto monopolizador da coerção.<sup>429</sup>

Já a segunda teoria, *da norma geral exclusiva*, a partir das críticas tecidas à teoria do espaço jurídico vazio, diz-se que se não há espaço jurídico vazio só há o espaço jurídico pleno: local em que se situam todas as atividades humanas consideradas, na integralidade, como relevantes ao direito. Seus expoentes são o alemão Zitelmann (*As lacunas do Direito*, 1903) e o italiano Danato Danati (*O problema das lacunas do ordenamento jurídico*, 1910).

Sintetizando, pode-se dizer que para esta teoria as normas são sempre acompanhadas de outra norma, a geral exclusiva<sup>430</sup> (implícita e naquela contida), que regula de forma antitética e simultânea todas as outras situações e atividades humanas não regulada por aquela. BOBBIO exemplifica: se, por exemplo, existe uma norma que diz: “É proibido importar cigarros”, tal norma contém implicitamente em si uma outra norma, que diz: “É permitido importar todas as outras coisas que não sejam cigarros”.<sup>431</sup>

Ao assim teorizar, exclui-se a possibilidade de lacunas normativas, vez que todas as relações são consideradas relevantes para o direito e, conseqüentemente reguladas, sejam pelas normas particulares e expressas, seja pela norma geral exclusiva (que diz ser permitido tudo o que não seja proibido ou comandado).

Então, qual seria a principal consequência da distinção entre as duas teorias? Para a teoria do espaço jurídico vazio, como há uma esfera do juridicamente irrelevante, todas as condutas nela contida são consideradas de ampla liberdade, sem, contudo, haver tutela dessa liberdade pelo Estado e sem implicar o dever de respeito por parte dos outros (não titulares da liberdade). Já para a teoria da norma geral exclusiva, como todas as condutas são relevantes para o direito, aquelas reguladas pela norma geral exclusiva são consideradas juridicamente lícitas (isto é, igualmente reguladas pelo direito), com implicação do dever de respeito por parte dos outros (não titulares da liberdade) e com possibilidade de acionamento do Estado em caso de lesão ou ameaça de lesão.

---

<sup>429</sup> Cf. BOBBIO, *Teoria do ordenamento...*, p. 129-32 e BOBBIO, *O positivismo jurídico...*, p. 208-9.

<sup>430</sup> A norma é chamada de “geral exclusiva” porque exclui todos os comportamentos não regulados pela norma particular, considerando-os como lícitos.

<sup>431</sup> BOBBIO, *O positivismo jurídico...*, p. 209.

Segundo BOBBIO, essa segunda construção teórica também tem um ponto fraco: a existência nos ordenamentos jurídicos das chamadas *normas gerais inclusivas*, que preveem expressamente o recurso à analogia em casos de lacunas normativas.<sup>432</sup>

Segundo o autor, enquanto a norma geral exclusiva determina a regulação das situações, não compreendidas por uma norma particular, de forma antitética a essa regulação, a norma geral inclusiva determina a regulação das situações semelhantes (também não compreendidas por uma dada norma particular) de forma idêntica a essa regulação. Dessa maneira, como se percebe, uma situação não regulada de forma expressa por uma norma particular pode receber tratamentos díspares caso se aplique a cláusula geral exclusiva ou a cláusula geral inclusiva, de acordo com o arbítrio do juiz e do intérprete em se considerar o caso semelhante ou não a outro regulamentado de forma expressa.

Diante dessa duplicidade de soluções conferida pelo próprio ordenamento jurídico, sem a previsão de uma regra clara para a escolha de um desses dois caminhos, resplandece a lacuna no Direito, como também a sua incompletude.

Em face da apreciação das teorias do espaço jurídico vazio e da norma geral exclusiva, notadamente, aufere-se que elas mostram-se insuficientes para afastar a confirmação de existência de lacunas na lei, o que acarreta, por corolário lógico, a afirmação de falsidade do dogma da completude do ordenamento jurídico, tão piamente asseverado pela doutrina positivista.

## 4.2 As lacunas normativas

Afastadas as teorias construídas a fim de fundar a completude do ordenamento jurídico e a inexistência de lacunas normativas, principalmente a partir de um contra-ataque à corrente do direito livre, resta agora apreciar os significados e os conceitos de lacunas normativas comumente apresentados pela doutrina.

O primeiro deles, corriqueiramente empregado, refere-se à lacuna normativa para casos em que se verifique ausência de norma expressa regulatória. Contudo, como visto, a ausência de norma *expressa* não seria *propriamente lacuna* (embora o seja aparentemente), já

---

<sup>432</sup> BOBBIO, *Teoria do ordenamento...*, p. 135.

que o caso seria regulamentado de forma implícita pela norma geral exclusiva (como dito: que prega ser permitido tudo o que não seja proibido ou comandado).

BOBBIO, a partir da crítica tecida à teoria da norma geral exclusiva, contudo, sem afastá-la por completo, sustenta que: “a lacuna se verifica não mais por falta de uma norma expressa pela regulamentação de um determinado caso, mas pela falta de um *critério* para a escolha de qual das duas regras gerais, a exclusiva ou a inclusiva, deva ser aplicada”.<sup>433</sup>

Como se nota, a lacuna normativa não seria *propriamente* a falta de norma para regular determinado caso em concreto, mas sim a falta de critério para a escolha (e, conseqüentemente, para a aplicação) de uma das duas regras: a norma geral inclusiva e a norma geral exclusiva, cada qual dotada de efeito jurídico antagônico.

Não obstante, e sem excluir o conceito anterior, o autor apresenta outro significado de lacuna, o das chamadas “lacunas ideológicas”, qual seja: “a falta não de uma solução, qualquer que seja ela, mas de uma solução *satisfatória*, ou, em outras palavras, não há a falta de uma norma, mas a falta de uma *norma justa*, isto é, de uma norma que se desejaria que existisse, mas que não existe”.<sup>434</sup>

A diferença entre os dois tipos de lacunas pode ser auferida a partir do prisma por meio do qual se analisa o direito: as lacunas ideológicas, ou lacunas impróprias, são vistas a partir de como o direito deveria ser (isto é, a partir da comparação do direito positivo com um direito ideal). Já aquelas são percebidas a partir da apreciação de como o direito é, ou seja, análise do direito posto (daí poderem ser chamadas de “lacunas reais”, ou “lacunas próprias”).

Quanto à forma de preenchimento (solução ou eliminação) das lacunas, pode-se dizer que as ideológicas ocorrem por meio da ação do legislador (detentor do poder normativo), mediante a edição de novas regras. Essa solução localiza-se no plano da política legislativa. Já as reais podem ser eliminadas por meio da atuação do intérprete, no plano da interpretação das leis e, ainda, via integração jurídica.

Ao contrário do que muitos sustentam, as lacunas ideológicas devem interessar ao jurista, na medida em que este detém o dever social de olhar o direito com os olhos do real (do concreto), contudo, sem perder de mira o porvir ideal, de forma a imprimir mudanças do direito posto em rumo a um direito mais justo, inclusive que propicie maior igualdade entre os homens, sobremaneira no que se refere à qualidade de vida e à distribuição de riquezas.

---

<sup>433</sup> BOBBIO, *Teoria do ordenamento...*, p. 137.

<sup>434</sup> BOBBIO, *Teoria do ordenamento...*, p. 137.

Nesse sentido, deve buscar o jurista uma resposta satisfatória pelo direito e, igualmente, com base na exigência não menor de que a norma seja justa, eficaz e que esteja a serviço da realidade<sup>435</sup>, precisamente, dos homens.

Como as lacunas ideológicas podem ser preenchidas por intermédio do legislador – propriamente, daqueles que detêm parcela do poder normativo –, não é difícil vislumbrar mais uma forma de atuação das normas negociadas coletivamente. Ora, elas detêm a função de suprimir as lacunas ideológicas do ordenamento jurídico, no sentido de atribuir concretude às transformações que se impõem, não apenas sociais, mas também jurídicas, sempre com mira na constante reafirmação da dignidade humana.

Ademais, ao intérprete juslaboral impõe-se também relevante função social diante das lacunas normativas reais, imprimindo sempre uma interpretação *in dubio pro operário*, como se verá a seguir. De outro lado, a hermenêutica altera o próprio direito, que passa a exercer sua função social transformadora.

### 4.3 A integração do direito

Vistos a incompletude do ordenamento jurídico e as lacunas normativas, resta analisar as formas de se extirpar as lacunas reais e de atribuir maior completude (apesar de incerta e precária) ao ordenamento. Isto é, verificar qual é o recurso jurídico disponível para que o ordenamento jurídico se complemente. Em outros termos, tratar-se-á aqui de analisar as formas de retirar determinado caso do âmbito de incidência da norma geral exclusiva e incluí-lo no rol de condutas regulamentadas, embora por via oblíqua, de forma indireta.

Antes de adentrar na análise, salienta-se que o recurso jurídico destinado a essa eliminação de lacunas recebe a denominação de “integração jurídica”, a qual, ao lado da interpretação e da aplicação do Direito, compõe o que se denomina “hermenêutica jurídica *lato sensu*”.<sup>436</sup> Esse processo hermenêutico destinado à eliminação de lacunas, no qual o intérprete exerce uma “atividade supletiva”<sup>437</sup>, divide-se em: *heterointegração* e *autointegração*.

---

<sup>435</sup> Aqui, poder-se-ia falar em função social desempenhada pelo jurista.

<sup>436</sup> BARROS, *Curso de Direito do...*, p. 125. Esclareça-se que “hermenêutica estrito senso” corresponde à de interpretação jurídica.

<sup>437</sup> BARROS, *Curso de Direito do...*, p. 137.

BOBBIO aduz que o recurso à heterointegração consiste na integração operada de duas formas, por meio de: a) recurso a ordenamentos diversos; e b) recurso a fontes diversas daquela que é dominante (identificada, em grande parte dos ordenamentos contemporâneos, como a lei).<sup>438</sup> Já o recurso da autointegração consiste na integração operada “através do mesmo ordenamento, no âmbito da mesma fonte dominante, sem recorrência a outros ordenamentos e com o mínimo de recurso a fontes diversas da dominante”.<sup>439</sup>

Quanto à heterointegração por intermédio de recurso a ordenamentos diversos, igualmente positivos<sup>440</sup>, pode-se dizer que ocorre heterointegração quando o ordenamento positivo determina o preenchimento da lacuna por meio de um ordenamento positivo pretérito (anterior no tempo) ou de um ordenamento positivo diverso, mas contemporâneo, por exemplo, de um outro Estado.<sup>441</sup>

No que se refere à heterointegração por intermédio de recurso a outras fontes do direito diversa da lei (tida como a fonte predominante), pode-se dizer que a integração pode ocorrer de três formas<sup>442</sup>, por intermédio de: a) recurso ao costume; b) recurso ao poder criativo do juiz (*direito judiciário*); e c) recurso à opinião dos juristas (*direito científico*, conforme denominado por SAVIGNY).

No caso do recurso ao costume (*consuetudo praeter legem*), ele é considerado pelo próprio direito positivo como fonte subsidiária da lei, atuando na importante função integradora do ordenamento. No que concerne ao Direito do Trabalho, essa autorização é expressa no art. 8º<sup>443</sup> da CLT, funcionando como clássico exemplo a hipótese de salário supletivo, fixado pelo juiz, quando diante de falta de estipulação do salário ou não havendo prova sobre a importância ajustada (cf. art. 460<sup>444</sup> da CLT).

Já o recurso ao direito judiciário (ou ao poder criativo do juiz) – considerado por BOBBIO como o método mais importante de heterointegração –, só é reconhecido em ordens

<sup>438</sup> BOBBIO, *Teoria do ordenamento...*, p. 146.

<sup>439</sup> BOBBIO, *Teoria do ordenamento...*, p. 147.

<sup>440</sup> Fala-se aqui em ordenamento igualmente positivo diante do predomínio da concepção positivista do Direito. Contudo, enquanto predominada a corrente jusnaturalista, considerava-se o clássico exemplo de heterointegração o reenvio ao direito natural, fonte de inspiração e de supressão de lacunas do direito positivo.

<sup>441</sup> BOBBIO, *Teoria do ordenamento...*, p. 148.

<sup>442</sup> BOBBIO, *Teoria do ordenamento...*, p. 148.

<sup>443</sup> Art. 8 da CLT: “As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público”.

<sup>444</sup> Art. 460 da CLT: “Na falta de estipulação do salário ou não havendo prova sobre a importância ajustada, o empregado terá direito a perceber salário igual ao daquele que, na mesma empresa, fizer serviço equivalente, ou do que for habitualmente pago para serviço semelhante”.

jurídicas continentais<sup>445</sup> quando expressamente se autoriza ao juiz a emissão de juízos de equidade<sup>446</sup>, como ocorre no Direito brasileiro (cf. art. 8º da CLT).

Ainda, no que se refere ao Direito do Trabalho pátrio, cumpre ressaltar também a previsão do poder normativo atribuído à Justiça do Trabalho, não obstante as críticas<sup>447</sup> que lhes são tecidas, que autoriza ao Judiciário (Tribunais Regionais do Trabalho e Tribunal Superior do Trabalho, em competência originária), em sede de dissídio coletivo, proferir sentença normativa (teor do art. 114, §2º<sup>448</sup>, da CRFB). Isto é, sentença (ato judicial) que insculpe espectro de norma geral, abstrata, impessoal e obrigatória (norma em sentido material), reverberando função típica do Poder Legislativo, e não do Judiciário. Particularidade essa do Judiciário trabalhista pátrio, que gera uma particular fonte heterônoma juslaboral (a sentença normativa).

Ressalte-se, ainda: o poder normativo da Justiça do Trabalho reverbera o recurso ao poder criativo do juiz não propriamente para caso de lacuna normativa, mas para o caso de efetiva falta de norma coletiva expressa e vigente, que seria apenas aparentemente lacuna normativa. Quando se fala em falta de norma coletiva expressa, fala-se, em outros termos, de falta de convenção e acordo coletivo de trabalho, não criada por meio da autocomposição do conflito coletivo.

O recurso ao direito científico (isto é, à opinião dos juristas) não é considerado forma de heterointegração pelos ordenamentos jurídicos modernos, embora já tenha sido, conforme recordado por BOBBIO, “Leis das citações” (426, d.c), de Teodósio II e Vaentiniano III, que fixada o valor a se atribuir em julgamento aos escritos dos juristas.<sup>449</sup> Salienta-se uma exceção: segundo PLÁ RODRIGUEZ, o direito uruguaio considera as “doutrinas mais aceitas” como fonte jurídico-subsidiária, isto é, como modalidade de recurso de heterointegração.<sup>450</sup>

<sup>445</sup> Releva dizer que os sistemas jurídicos anglo-saxões valem-se do recurso ao direito judiciário mais frequentemente como forma de integração jurídica.

<sup>446</sup> BOBBIO, *Teoria do ordenamento...*, p. 149.

<sup>447</sup> Os doutrinadores criticam o poder normativo da Justiça do Trabalho sobremaneira com dois fundamentos: primeiro, por reporta a ordens jurídico-trabalhistas de contornos corporativistas; segundo, por “por traduzir forma de intervenção desmesurada do Estado na gestão coletiva dos conflitos trabalhistas”. Cf. DELGADO, *Curso de Direito...*, 7. ed., p. 159.

<sup>448</sup> Art. 114, §2º, da CRFB: “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”.

<sup>449</sup> Referida Leis das Citações reconhecia, em primeiro lugar, plena autoridade a todas as obras de Papiniano, Paulo, Ulpiano, Modestino e Gaio. Cf. BOBBIO, *Teoria do ordenamento...*, p. 149.

<sup>450</sup> Assim dispõe o autor: “[...] o art. 16 do Código civil – aplicável a todo o direito – manda recorrer, na falta de normas, aos fundamentos das leis análogas, e “se ainda subsistir dúvida se recorrerá aos princípios gerais do direito e às doutrinas mais aceitas, tendo em vista as circunstâncias do caso”. Termos muito parecidos utiliza o art. 332 da Constituição, para suprir a falta de regulamentação legal de um direito fundamental e que se refere às

De toda forma, o não acolhimento da heterointegração por meio de recurso à doutrina na maior parte dos países deve-se ao entendimento hodiernamente majoritário do não reconhecimento da doutrina como fonte do direito.

Segundo BOBBIO, o método de autointegração – baseado na solução de lacuna normativa mediante a utilização das próprias leis vigentes, sem recurso a outros ordenamentos e nem a outras fontes do direito –, apoia-se em dois procedimentos: a) o recurso à analogia; e b) o recurso aos princípios gerais do direito.<sup>451</sup>

Cumpra mencionar, antes de adentrar na análise dos dois procedimentos, que a autointegração consiste no método de preenchimento de lacunas eleito pela doutrina juspositivista, uma vez que esse artifício implica a solução das lacunas por intermédio do recurso ao próprio sistema jurídico positivado (ou seja, às leis vigentes), tratando tal recurso não de ato criativo propriamente dito, mas de ato interpretativo e integrativo do direito, o que funciona em prol da segurança jurídica e do fortalecimento da crença de onipotência do legislador.

BOBBIO entende por analogia “o procedimento pelo qual se atribui a um caso não regulamentado a mesma disciplina que a um caso regulamentado *semelhante*”.<sup>452</sup> E completa:

A analogia é certamente o mais típico e o mais importante dos procedimentos interpretativos de um determinado sistema normativo: é o procedimento mediante o qual se explica a assim chamada tendência de cada ordenamento jurídico a *expandir-se* além dos casos expressamente regulamentados.<sup>453</sup>

Para o autor, para que se empregue o recurso à analogia, é preciso que entre os dois casos – o que é regulado pela norma expressa e o que se pretende aplicar analogicamente aquela norma reguladora a fim de alcançar consequências jurídicas idênticas – exista não uma semelhança qualquer, mas uma *semelhança relevante*: “é preciso ascender dos dois casos a uma qualidade comum a ambos, que seja ao mesmo tempo a razão suficiente pela qual ao caso regulamentado foram atribuídas aquelas e não outras consequências”.<sup>454</sup> Por razão suficiente de uma lei, entende o autor que é “aquela que tradicionalmente se chama de *ratio legis*”.<sup>455</sup>

---

doutrinas geralmente admitidas”. Frisa-se também interessante curiosidade acerca do Direito uruguaio: o autor vale-se da previsão expressa ao recurso às doutrinas mais aceitas para incluir a aplicação subsidiária dos princípios específicos do Direito do Trabalho. Veja-se: “entendemos que na remissão genérica às doutrinas mais aceitas cabe incluir esses princípios próprios do trabalho”. Cf. PLÁ RODRÍGUEZ, *Princípios de Direito...*, p.15. CASTILHO, Hierarquia das... In: PLÁ RODRIGUEZ, *Estudos sobre...*, p. 25.

<sup>451</sup> BOBBIO, *Teoria do ordenamento...*, p. 150.

<sup>452</sup> BOBBIO, *Teoria do ordenamento...*, p. 151.

<sup>453</sup> BOBBIO, *Teoria do ordenamento...*, p. 151.

<sup>454</sup> BOBBIO, *Teoria do ordenamento...*, p. 153.

<sup>455</sup> BOBBIO, *Teoria do ordenamento...*, p. 154.



Desta maneira, para BOBBIO, a semelhança relevante, indispensável à justificação do emprego do método analógico, deve ser auferida dos dois casos (o regulado e o não regulado), correspondendo também à *ratio legis* do caso regulado. Melhor dizendo, o núcleo comum do caso regulado e do não regulado, chamado de “semelhança”, deve também ser relevante; ou seja, deve ser localizado na razão ou motivo da norma.

BOBBIO exemplifica de forma elucidativa:

Uma lei de um Estado americano atribui uma pena de detenção a quem exerce o comércio de livros obscenos. Trata-se de saber se igual pena pode estender-se, de um lado, aos livros policiais, de outro, aos discos reproduzindo canções obscenas. É provável que o intérprete aceite a segunda extensão e recuse a primeira. No primeiro caso, de fato, existe uma bem visível semelhança entre livros obscenos e livros policiais, mas trata-se de semelhança não relevante, porque o que têm em comum, quer dizer, o serem compostos de papel impresso, não foi a razão suficiente para a pena de detenção estabelecida pela lei aos distribuidores de livros obscenos. No segundo caso, no entanto, a semelhança entre livros obscenos e discos reproduzindo canções obscenas é relevante (mesmo se menos visível), porque tal gênero de discos tem em comum com os livros obscenos exatamente aquela qualidade que foi a razão da proibição.<sup>456</sup>

Dito isso, sintetiza-se: caberá recurso à analogia (ou seja, ao procedimento pelo qual se atribui a um caso não regulamentado a mesma disciplina jurídica de um caso regulamentado semelhante) quando constatada semelhança relevante entre os dois casos que reverbere o motivo ou razão de determinada forma de regulação pelo direito. Note-se aí o fundamento da analogia: a igualdade jurídica.<sup>457</sup>

No caso do Direito brasileiro, o recurso à analogia<sup>458</sup> é permitido pelo ordenamento jurídico expressamente nos arts. 5º da LINDB e 8º da CLT.

Interessante o questionamento sobre a aplicação da analogia levantado por MARANHÃO: podem-se aplicar analogicamente as normas resultantes de uma convenção coletiva de trabalho além dos limites da categoria profissional para a qual foi estipulada?<sup>459</sup>

<sup>456</sup> BOBBIO, *Teoria do ordenamento...*, p. 153-4.

<sup>457</sup> BARROS, *Curso de Direito do...*, p. 139.

<sup>458</sup> Típico exemplo é o procedido pela Súmula n 346 do TST, pela qual se aplica analogicamente aos digitadores o intervalo intrajornada previsto especificamente para os trabalhadores de mecanografia (dez minutos a cada noventa de trabalho, cf. art. 72, da CLT). Paradoxalmente, o mesmo TST entende pela não aplicação analogia aos portadores de bips, telefones celulares e outros aparelhos do gênero do regime de tempo de sobreaviso, tal como disposto no art 244, §2º, da CLT (cf. OJ n. 49, SDI-I), o que, inquestionavelmente, configura enriquecimento sem causa do empregador e afronta ao princípio da isonomia, violação às normas que limitam a jornada de trabalho, além de desrespeitar o tempo disponível do trabalhador para sua vida política, familiar e cidadã.

<sup>459</sup> SÜSSEKIND *et al. Instituições de Direito...*, v. 1, p. 196.

A resposta do autor é negativa, sob o fundamento de que implicaria a criação de nova convenção coletiva.<sup>460</sup>

Acredita-se que o melhor posicionamento deveria ser contrário, isto é, pela possibilidade da aplicação analógica de uma convenção ou acordo coletivo de trabalho além dos limites da categoria profissional para qual foi estipulada, *desde que* implique a melhoria das condições de trabalho e vida para o obreiro. Aliás, esse foi o impulso para a própria formação do Direito do Trabalho, partindo-se de mais benéficas normatizações das relações trabalhistas, alcançadas por categorias profissionais mais fortes e organizadas, e, posteriormente, estendendo essas normas ao universo maior de trabalhadores. Ademais, esse entendimento compatibiliza-se perfeitamente com a própria função central do Direito do Trabalho, qual seja: promover a melhoria ininterrupta e sem retrocessos das condições de labor e vida do trabalhador.

Um exemplo de pertinente aplicação analógica de normas resultantes de uma convenção ou acordo coletivo de trabalho seria daquela, própria ao tomador de serviços e da categoria profissional dos seus trabalhadores diretos, aos trabalhadores terceirizados que lhe prestem serviços, mormente tendo como fundamento o princípio da isonomia (arts. 5º e 7º, XXXII, da CRFB e art. 3º, parágrafo único, da CLT).<sup>461</sup>

Salienta-se, ainda, que a extensão de condições de trabalho para além de fração de empregados de uma empresa ou para todos os empregados da mesma categoria profissional compreendida na jurisdição do Tribunal é possível em sede de dissídio coletivo, desde que seguindo os ritos dos arts. 868 e seg. da CLT.<sup>462</sup>

O procedimento de integração, por ora descrito, pode ser identificado por analogia propriamente dita, ou *analogia legis*. Todavia, como bem o faz BOBBIO<sup>463</sup>, necessário distingui-la da *interpretação extensiva* e da *analogia iuris*.

A interpretação extensiva trata-se de método interpretativo que se vale do raciocínio por analogia, embora seja diversa dela. Em conformidade com o mesmo autor, a

---

<sup>460</sup> SÜSSEKIND *et al. Instituições de Direito...*, v. 1, p. 196. Também pela inaplicabilidade BARROS, *Curso de Direito do...*, p. 140.

<sup>461</sup> DELGADO esclarece: “A combinação de todos esses significativos preceitos constitucionais confere suporte à interpretação isonômica mais avançada no sentido de que a contratação terceirizada não poderia, juridicamente, propiciar tratamento discriminatório entre o trabalhador terceirizado e o trabalhador inserido em categoria ou função equivalentes na empresa tomadora de serviços. Em virtude do parâmetro constitucional analisado, seria devido, em tais situações, o chamado salário equitativo, hábil a assegurar a correspondência isonômica entre os respectivos profissionais”. DELGADO, *Curso de Direito...*, 10. ed., p. 461.

<sup>462</sup> Registre-se, todavia, que o entendimento majoritário é no sentido de que a extensão de convenção e acordo coletivo para além das bases profissionais e econômicas representadas não é viável (pelo Executivo ou pelas entidades sindicais superiores), por falta de autorização legal, devendo, pois, os interessados entabularem autônomos instrumentos normativos coletivos.

<sup>463</sup> BOBBIO, *Teoria do ordenamento...*, p. 154-5.

distinção entre analogia e interpretação extensiva é encontrada nos efeitos produzidos pelas operações: na analogia, cria-se nova norma jurídica; na interpretação extensiva, estendem-se os efeitos de uma norma para casos não previstos, mediante a redefinição de um termo.<sup>464</sup>

A *analogia iuris*, por sua vez, consiste no procedimento de aferição de uma regra, não a partir de outra regra individualmente considerada (tal como ocorre na *analogia legis*), mas sim de todo o sistema jurídico ou de uma parte dele. Não obstante o nome, pouco se assemelha ao raciocínio por analogia propriamente dito. Esse procedimento consiste na segunda forma existente de autointegração, pela qual se recorrem aos princípios gerais do direito.<sup>465</sup>

Entendendo-se, entretanto, os princípios gerais do direito como normas jurídicas (tal como discorrido e sustentado no capítulo 2), compreende-se que somente pode haver, em caso de lacuna normativa, autointegração com recurso aos princípios gerais do direito quando se trata de princípios não expressos. Ora, quando os “princípios gerais são expressos, exatamente pelo fato de que são normas como as demais, não se pode falar em lacuna”.<sup>466</sup>

É possível concluir, então, que somente há autointegração por intermédio do recurso aos princípios gerais do direito quando se valem de princípios gerais não expressos, vez que é condição necessária para a autointegração a existência de lacunas normativas, o que não ocorre caso estejam diante de princípios gerais do direito expressos (isto é, diante de normas jurídicas expressas gerais ou generalíssimas).

Diante dessas modalidades de solução de lacunas (ou de completção do ordenamento), postas a serviço dos intérpretes e julgadores, pode-se dizer que o Direito, não obstante ser incompleto, aspira pela completude. Entretanto, árdua é a tarefa, diante das intensas e velozes transformações sociais. Eis aí mais um terreno para o importante recurso à interpretação jurídica.

#### 4.4 A interpretação jurídica

Segundo BARROS, “de origem etimológica grega, a hermenêutica tem sua genealogia no deus Hermes, que era o intérprete da vontade divina. Hermenêutica, em um

---

<sup>464</sup> BOBBIO, *Teoria do ordenamento...*, p. 155.

<sup>465</sup> BOBBIO, *Teoria do ordenamento...*, p. 155.

<sup>466</sup> BOBBIO, *Teoria do ordenamento...*, p. 160.

sentido amplo, quer dizer “compreender o significado do mundo”.<sup>467</sup> Em sentido semelhante, BOBBIO diz que “o que interessa ao jurista quando interpreta uma lei é o seu significado”.<sup>468</sup>

Pois bem, então, o que vem a ser interpretação jurídica?

SAMPAIO apresenta definição comumente conferida à interpretação: “uma operação de atribuir sentido às suas partes e ao todo de forma a torná-lo inteligível e claro ao vulgo. Em Direito, classicamente, é uma etapa prévia e necessária à aplicação dos enunciados de normas a casos concretos”.<sup>469</sup>

Como se percebe pela definição lançada, os processos “interpretação” e “aplicação” do Direito são interdependentes, embora a interpretação não pressuponha a consequente aplicação do Direito, e a aplicação requeira interpretação prévia, ao menos (necessariamente), uma *pré-compreensão textual*.<sup>470</sup>

A interpretação é a “reconstrução racional do direito objetivo”<sup>471</sup>, na busca por um resultado normativo para o fato em exame (real ou hipotético). A aplicação é “o processo de adaptação dos preceitos normativos às situações de fato que se lhes subordinam”.<sup>472</sup> Momentos próximos e correlatos, contudo distintos. Ambas localizadas no ínterim entre normas abstratas e situações de fato: “aplicação”, mais próxima destas; interpretação, daquelas.

Com o advento do pós-positivismo jurídico, alguns dogmas da hermenêutica tradicional caem por terra: o dogma da completude do ordenamento jurídico (como visto) e o entendimento de que interpretação jurídica é processo silogístico de subsunção de fatos à norma, bem como a ficção do “neutro julgador”.<sup>473</sup>

Sob essa ótica, por exemplo, torna-se superado o entendimento tradicionalista de que a interpretação jurídica deve ser direcionada para alcançar “a vontade do legislador”. Tal posição doutrinária (*teoria subjetiva*) foi sustentada principalmente pela escola exegética,

<sup>467</sup> BARROS, *Curso de Direito do...*, p. 125.

<sup>468</sup> BOBBIO, *Teoria da norma...*, p. 74.

<sup>469</sup> SAMPAIO, Adeus aos métodos?... In ROCHA; MORAES, *Direito Constitucional...*, p. 361.

<sup>470</sup> De acordo com PALMER, como a denominação já designa, a pré-compreensão é uma compreensão pressuposta que consubstancia o primeiro passo para que o interprete possa chegar ao sentido do texto interpretado, “significa que o texto, antes de ser interpretado, tem que ser decifrado e, possivelmente, reintegrado e restituído à sua autenticidade”. AFONSO DA SILVA, com um questionamento, elucida o que seja pré-compreensão: “Como pode um texto ser compreendido, quando a condição para a sua compreensão é já ter percebido de que é que ele fala?” PALMER, Richar. E. *Hermenêutica*. p. 27-8 *apud* AFONSO DA SILVA, *Interpretação da...* In: ROCHA; MORAES, *Direito Constitucional...*, p. 440.

<sup>471</sup> BARROS, *Curso de Direito do...*, p. 126.

<sup>472</sup> BARROS, *Curso de Direito do...*, p. 126.

<sup>473</sup> Segundo BARROS, o questionamento sobre a impessoalidade do juiz é feito pela Escola Realista Americana, da primeira metade do século XX, que destacada a importância de se analisar o comportamento do magistrado, vez que o Direito é reflexo da realidade social. BARROS, *Curso de Direito do...*, p. 131.

“para a qual todo direito está na lei”<sup>474</sup> e está atrelada ao “originalismo”<sup>475</sup>, segundo o qual o que for diverso da intenção dos legisladores representa uma usurpação de poder. Notam-se nessa posição teórica: estrito legalismo; vinculação ao dogma da completude do ordenamento e à doutrina da separação dos poderes; e adoção estrita do método hermenêutico lógico e literal.

Superado também entendimento próximo ao da escola exegética, sustentado pelos pandectistas, no sentido de que a interpretação deve visar alcançar “a vontade do legislador”, contudo não no momento da edição normativa, mas à época da interpretação (isto é, como seria a vontade do legislador, ficticiamente, diante dos novos fatos sociais postos a exame do Judiciário).

Suplantado, ainda, o entendimento de que a hermenêutica jurídica deve buscar o significado da norma na sua vontade (isto é, vontade da própria norma), conforme pugnado pela *teoria objetiva*. De acordo com MARANHÃO: “não é admissível, da mesma sorte, ‘personalizar’ a lei, atribuindo-lhe uma ‘faculdade volitiva’, o que seria ridículo”.<sup>476</sup>

No que concerne à superação da ficção do “neutro julgador”, VIANA, referindo-se à atuação do juiz do trabalho durante as audiências, constata:

O próprio juiz traz para a sala de audiências as suas simpatias, os seus preconceitos, os seus humores. Mesmo como simples receptor de informações, não consegue ser neutro. Ele as seleciona, não apenas (ou nem sempre) a partir de critérios racionais, mas também sem perceber que o faz.<sup>477</sup>

Ora, a tão almejada neutralidade, “entendida como um distanciamento absoluto da questão a ser apreciada, pressupõe um operador jurídico isento não somente das complexidades da subjetividade pessoal, mas também das influências sociais”<sup>478</sup>. Ou seja, é algo inalcançável! Como retirar do homem a sua história, suas posições ideológicas, seus desejos, traços de personalidades, enfim, a sua experiência? Assim, chega-se à conclusão de que no processo interpretativo “a compreensão não é uma questão de receptividade passiva”.<sup>479</sup>

<sup>474</sup> Cf. DÉLIO MARANHÃO, in SÜSSEKIND *et al.* *Instituições de Direito...*, v. 1, p. 189.

<sup>475</sup> Cf. AFONSO DA SILVA, originalismo é o modo de interpretação constitucional que entende o sentido da Constituição através dos antecedentes históricos. AFONSO DA SILVA, *Interpretação da...* In: ROCHA; MORAES, *Direito Constitucional...*, p. 440-1.

<sup>476</sup> DÉLIO MARANHÃO, in SÜSSEKIND *et al.* *Instituições de Direito...*, v. 1, p. 191.

<sup>477</sup> VIANA, Aspectos curiosos... In: *Revista do Tribunal...*, p. 123-156, p. 127.

<sup>478</sup> BARROSO, *Fundamentos teóricos...*

<sup>479</sup> AFONSO DA SILVA, *Interpretação da...* In: ROCHA; MORAES, *Direito Constitucional...*, p. 440.

Nesse sentido, a moderna dogmática jurídica supera o ideal das leis com sentido unívoco, capaz de atribuir uma única solução para cada caso concreto. Por isso, afirma BARROSO: “A objetividade possível do Direito reside no conjunto de possibilidades interpretativas que o relato da norma oferece”.<sup>480</sup> Portanto, as diversas possibilidades de interpretação da norma passam a ser *elemento* da objetividade do Direito.

Acerca das razões anteriores das quais podem decorrer as possibilidades interpretativas, elucida BARROSO:

Tais possibilidades interpretativas podem decorrer, por exemplo, (i) da discricionariedade atribuída pela norma ao intérprete, (ii) da pluralidade de significados das palavras ou (iii) da existência de normas contrapostas, exigindo a ponderação de interesses à vista do caso concreto. Daí a constatação inafastável de que a aplicação do Direito não é apenas um ato de conhecimento – revelação do sentido de uma norma pré-existente –, mas também um ato de vontade – escolha de uma possibilidade dentre as diversas que se apresentam.<sup>481</sup>

Contudo, registre-se que o próprio Direito, essencialmente por intermédio de seus princípios normativo-estruturantes<sup>482</sup>, orienta o jurista (em especial, o juiz) sobre como deve ser realizada a interpretação, direcionando-o para qual sentido interpretar as normas no exercício de seu papel criativo, sobremaneira de forma a afastar voluntarismos de matizes diversos.

Frisa-se que, embora se reconheça o papel criativo do juiz (exercido com base na interpretação, reverberado no momento da aplicação do Direito, sobretudo quando adequa a lei a novos fatos sociais e integra o ordenamento), não pode ser ele contrário à lei, tal como pugnado pela corrente do direito livre.

Ressalva-se, contudo, a possibilidade de o exercício do poder criativo pelo juiz ser exercido para adequar o texto legal, quando este é contrário à própria Constituição e aos valores que a permeiam, em especial à dignidade humana (fundamento do Estado Democrático de Direito do Brasil) e aos valores sociais do trabalho.

Assim, o poder criativo do juiz está adstrito aos valores positivados na Constituição e atrelados à própria norma, não podendo implicar processo legiferante de novas normas.<sup>483</sup>

---

<sup>480</sup> BARROSO, *Fundamentos teóricos...*

<sup>481</sup> BARROSO, *Fundamentos teóricos...*

<sup>482</sup> Conforme discorrido no capítulo 2 deste trabalho.

<sup>483</sup> Aqui se critica a postura por vezes adotada pelo Tribunal Superior do Trabalho no sentido da criação de normas jurídicas (por exemplo, a Súmula 331) sem respaldo legal e, mais gravemente, quando implica retrocesso a direitos trabalhista, além de flagrante violação ao arcabouço principiológico e tuitivo do ramo jurídico-laboral.

Ao Direito do Trabalho interessa muito a interpretação que prestigia seus princípios e os valores que pretende realizar. Portanto, a ele mostra-se perfeitamente compatível o método interpretativo da Jurisprudência dos Valores, isto é, aquele que atribui relevo sobremaneira à dignidade humana como valor supremo. Nesse sentido, AFONSO DA SILVA:

Nessa perspectiva, não terá cabimento a crítica que certa corrente faz à jurisprudência dos valores no sentido de que ela propicia a atuação subjetiva do juiz. Ora, no que tange à proteção dos direitos fundamentais não há que ter limites. A força expansiva dos direitos fundamentais impõe o dever de interpretar a normatividade vigente no sentido mais favorável a sua efetividade.<sup>484</sup>

Diversos são os métodos de interpretação: *literal* ou *gramatical* (que implica a análise morfológica e sintática do texto); *lógico* ou *racional* (que estabelece conexão entre a lei objeto de interpretação e outros textos legais); *histórico* (que leva em consideração o momento histórico pretérito à edição da norma e concomitante a ela, bem como a evolução dos institutos jurídicos); *sistemático* (aprecia o complexo legislativo semelhante, a fim de auferir as ideias inspiradoras da legislação no seu conjunto).<sup>485</sup> Em regra, todos são perfeitamente aplicáveis ao Direito do Trabalho.

Em verdade, de acordo com COVIELLO, citado por MARANHÃO, “não há uma interpretação gramatical, uma interpretação lógica, uma interpretação histórica ou sistemática: não há várias espécies de interpretação, e sim vários meios de interpretação, que deve ser usado em conjunto e não isoladamente”.<sup>486</sup>

Particularmente no que tange ao método sistemático, BARROS esclarece que “no campo do Direito do Trabalho, essa ideia consiste no abandono da autonomia da vontade e em uma inclinação para o intervencionismo, em face do princípio da proteção”.<sup>487</sup> Assim, o método sistemático de interpretação deve sempre ser adotado quando da interpretação das normas trabalhistas, já que sem a proteção e a tutela ao hipossuficiente trabalhador a própria razão de ser do Direito do Trabalho esvanece-se.

No caso do Direito do Trabalho, a mais importante diretriz interpretativa consiste no princípio é *in dubio pro operario* (que será logo analisada), claro que somada *aos fins*

<sup>484</sup> AFONSO DA SILVA, Interpretação da... In: ROCHA; MORAES, *Direito Constitucional...*, p. 447.

<sup>485</sup> Cf. BARROS, *Curso de Direito do...*, p. 133-4.

<sup>486</sup> SÜSSEKIND *et al.* *Instituições de Direito...*, v. 1, p. 192.

<sup>487</sup> BARROS, *Curso de Direito do...*, p. 134.

*sociais a que a norma se destina* (no caso do Direito do Trabalho, a proteção do trabalhador) e às exigências do bem comum, conforme preceituado pelo art. 5º da LINDB<sup>488</sup>.

No que concerne à previsão da direção interpretativa “de acordo com os fins sociais a que a norma se destina”, trata-se da positivação pelo Direito brasileiro do *sistema hermenêutico teleológico*, que, surgindo como reação ao sistema tradicional (fundado na vontade do legislador e da norma), inspira-se na busca da finalidade da norma. Referida linha hermenêutica foi defendida por IHERING, para quem a finalidade do Direito “é a proteção de interesses, que, se opostos, devem ser conciliados com a predominância dos interesses sociais”.<sup>489</sup>

No que se refere ao norte interpretativo em conformidade com “as exigências do bem comum”, significa o mesmo traçado pelo art. 8º da CLT: “Nenhum interesse de classe ou particular prevalecerá sobre o interesse público”. Adverte-se que o interesse maior na regulação do trabalho humano (via normas imperativas, cogentes, irrenunciáveis e tutelares que reafirmam a dignidade humana) não se restringe ao trabalhador, isolada ou coletivamente considerado, mas é afeto aos interesses da própria coletividade.

Então, o significado das normas trabalhistas, alcançado por intermédio da interpretação, deve estar compatibilizado com o princípio da proteção (especificamente como o seu princípio diretamente derivado *in dubio pro operario*), com os fins sociais a que a norma se destina (novamente, o princípio da proteção) e com as exigências do bem comum (indiretamente, também no sentido de tutela do homem trabalhador).

#### **4.5 O princípio *in dubio pro operario*: a diretriz interpretativa jurídico-trabalhista**

Tradicionalmente, o entendimento acerca do princípio *in dubio pro operario* era no sentido de que, nas hipóteses de uma norma ser suscetível a diversas interpretações, dever-se-ia preferir obrigatoriamente o modo de entendimento mais favorável ao trabalhador.<sup>490</sup> Por

---

<sup>488</sup> Dispõe o art. 5º da LINB: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se destina e às exigências de bem comum”.

<sup>489</sup> BARROS, *Curso de Direito do...*, p. 129.

<sup>490</sup> De acordo com PINHO PEDREIRA, a distinção do princípio *in dubio pro operario* em relação aos princípios da norma mais benéfica e da condição mais benéfica reside no fato de que aquele pressupõe a existência de uma única norma, suscetível de diversas interpretações, e estes exigem uma pluralidade de normas, como fato antecedente. PEDREIRA DA SILVA, *Principiologia do Direito...*, 2. ed., p. 41.



essa razão, afirma MONTOYA MELGAR<sup>491</sup> que esse princípio é “uma regra de hermenêutica jurídico-laboral”.

Em verdade, em face das mudanças na forma de se pensar e interpretar o Direito, ao princípio *in dubio pro operario* deve ser atribuído maior extensão conceitual e, conseqüentemente, de aplicação. Isto é, não deve apenas ser compreendido como uma simples regra de hermenêutica jurídico-laboral (aplicável em caso de dúvida quanto ao alcance significativo de uma única norma), mas, também ser consubstanciado à própria linha mestra (principal diretriz) interpretativa do Direito do Trabalho. Por essa razão, é também adequado o designativo simplificado *pro operario* (ou *pro trabalhador*).

Em outros termos, como as diversas possibilidades de interpretação da norma são consideradas contemporaneamente como elemento da objetividade do Direito, o emprego do princípio *pro operario* deve ser amplamente adotado, influenciando na técnica de integração do Direito do Trabalho (até mesmo na aplicação da analogia), na interpretação extensiva de normas que traduzem benefícios ao trabalhador e na interpretação restritiva de normas excetivas que precarizam condições de trabalho.

PLÁ RODRIGUES<sup>492</sup> afirma que “pode ser aplicado tanto para estender um benefício como para diminuir um prejuízo” e, colacionando CATHARINO<sup>493</sup>, completa rememorando a máxima latina que exprime a mesma ideia: “*odiosa restringenda, favorabilia amplianda*”.

Explica-se: valendo-se do método sistemático, teleológico e histórico, verifica-se que a proteção ao trabalhador é da gênese do Direito do Trabalho, refletindo a *unidade de sentido* do seu ordenamento, ou seja, o seu “núcleo irredutível, condicionante da inteligência de qualquer de suas partes”.<sup>494</sup>

Assim, o ordenamento e as normas juslaborais devem ser enfocados – interpretados, integrados e aplicados – com esse mesmo *espírito*<sup>495</sup> (com a mesma ideia fundante de proteção ao trabalhador), já que é a *ratio* que lhe atribui unidade e coerência e que se mostra perfeitamente compatível aos valores positivados na Carta Política de 1988.

<sup>491</sup> De acordó com PINHO PEDREIRA, o catedrático espanhol Montoya é um autor que ve com reserva o principio *in dubio pro operario*. MELGAR, *Derecho Del...*, 9. ed., p. 211 *apud* PEDREIRA DA SILVA, *Principiologia do Direito...*, 2. ed., p. 41-48.

<sup>492</sup> PLÁ RODRÍGUEZ, *Princípios de Direito...*, p. 51.

<sup>493</sup> CATHARINO, *Compêndio universitário...*, *apud* PLÁ RODRÍGUEZ, *Princípios de Direito...*, p. 51.

<sup>494</sup> AFONSO DA SILVA, *Interpretação da...* *In*: ROCHA; MORAES, *Direito Constitucional...*, p. 434.

<sup>495</sup> JOSÉ AFONSO DA SILVA, referindo-se à hermenêutica constitucional, esclarece que “A *hermenêutica do espírito* procura a ideia fundante, a concepção básica que encontra a sua expressão ou incorporação na Constituição”. AFONSO DA SILVA, *Interpretação da...* *In*: ROCHA; MORAES, *Direito Constitucional...*, p. 442.

Expõe ALKMIM, ao se referir à atuação do juiz do trabalho, “alguém menos juiz, e mais cidadão [...] intérprete do caso concreto, não pode se esquecer que (pelo menos, em tese), legislador e Estado *protegem* aquele que é explorado (ou seja, o trabalhador), devendo na hora de julgar colocar-se na mesma orientação (tutelar)”<sup>496</sup>.

Contudo, no cotidiano da aplicação do Direito do Trabalho o princípio da proteção normalmente cede espaço a regras e princípios mais particularizados, inquestionavelmente inspirados por ele.

É aí que resplandece o princípio *in dubio pro operario*, derivado direto do princípio da proteção, específica e fundamentalmente, destinado a desempenhar a função normativo-estruturante da interpretação do Direito do Trabalho.

Importante salientar que, ao dizer que incumbe ao princípio *in dubio pro operario* a função de servir de diretriz interpretativa do Direito do Trabalho, não se está a negar a função interpretativa comumente atribuída aos princípios, de forma geral. Ao contrário, está a dizer, dada a relevância da interpretação tuitiva das normas e do ordenamento jurídico-laboral, que existe um princípio peculiar destinado a nortear a interpretação desse ramo jurídico.

Ora, se a busca pelo significado das normas e do ordenamento jurídico-trabalhistas (alcançado mediante o procedimento interpretativo) não for no sentido da tutela ao trabalhador e, conseqüentemente, da impressão de transformações sociais balizadas pela melhoria progressiva e ininterrupta das condições de pactuação da força de trabalho, verificasse grave ruptura das estruturas normativo-axiológicas do Direito do Trabalho, criando um abismo entre o direito abstrato e o direito aplicado às relações fáticas.

Desse modo, o princípio *pro operario* deve ser compreendido como a diretriz principiológica atávica ao Direito do Trabalho, proveniente do princípio da proteção ao hipossuficiente trabalhador, fundamentalmente destinado a atuar como diretriz interpretativa geral do ordenamento e das normas juslaborais.

O princípio sob análise atua, também, como substrato de escolha pelos juristas dos diversos métodos interpretativos (como literal, lógico e histórico), norteados pela diretriz interpretativa a favor do trabalhador.

Deve ser ainda empregado o princípio em tela na interpretação de textos normativos heterônomos nacionais e internacionais, de cláusulas contratuais, de regulamentos internos empresariais e de sentenças normativas.

---

<sup>496</sup> ALKMIM, Um juiz especial... In: SENA et al. *Processo do trabalho...*, p. 260.

A polêmica surge quanto à aplicação deste princípio na interpretação de convenções e acordos coletivos de trabalho. PLÁ RODRIGUES<sup>497</sup> explica que BARASSI e TISSEMBAUM adotam posição negativa, pela inaplicabilidade, sob o fundamento de que desaparece a situação de inferioridade do trabalhador quando ele é representado por organização sindical, o que o faz encontrar em igualdade com o empregador.

PINHO PEDREIRA<sup>498</sup> e PLÁ RODRIGUES afixam a tese da aplicabilidade do princípio *in dubio pro operario* também no âmbito das convenções e acordos coletivos de trabalho. Este último considera:

Sabe-se que toda norma trabalhista tem um propósito protetor. Que esse propósito tenha sido concretizado pelo legislador em um texto legal ou pelo sindicato, atuando como representante dos próprios trabalhadores, numa convenção coletiva, não altera substancialmente as coisas. O certo é que a norma está inspirada pela finalidade de proteção ao trabalhador e, em consonância com essa finalidade, a aplicação deve se efetuar com intuito de proteção, ou melhor dito, resolvendo os casos de dúvida em favor de quem devia ser protegido. Não que se suponha que a norma esteja mal redigida ou que padeça de ambigüidade ou de outras deficiências como consequência da debilidade do trabalhador individual a quem se vai aplicar a norma. A desigualdade que se deve compensar surge no momento da aplicação e não no da elaboração da norma, pelo que não interessa a forma pela qual tenha sido constituída.<sup>499</sup>

Acredita-se que a posição de PLÁ RODRIGUES e PINHO PEDREIRA expressa de melhor forma a realidade, visto que, em verdade, nas negociações coletivas verifica-se melhora nas condições de negociação dos trabalhadores que, porém, não é suficiente para pôr fim às desigualdades existentes, em especial diante do cenário sindical contemporâneo pátrio. Soma-se a esse argumento o fato de que o momento de criação normativa autônoma não se confunde com o momento de aplicação dessas normas. Ademais, como Direito do Trabalho deve ser compreendido como unidade orgânica, que possui dinâmica normativo-estruturante própria e peculiar, a qual abarca as normas negociadas autonomamente, inquestionável a aplicação do princípio *in dubio pro operario* como diretriz geral de interpretação também das convenções e acordos coletivos de trabalho.

É de ressaltar que não se aplica nas relações laborais o princípio do direito privado *favor debitoris*. Ou seja, na ocorrência de dúvida deve-se favorecer o devedor, que, na generalidade das relações civis e comerciais, é o mais fraco e necessitado. Nas relações

---

<sup>497</sup> PLÁ RODRÍGUEZ, *Princípios de Direito...*, p.52.

<sup>498</sup> PEDREIRA DA SILVA, *Principiologia do Direito...*, 2. ed., p. 54.

<sup>499</sup> PLÁ RODRÍGUEZ, *Princípios de Direito...*, p. 52.

laborais, ocorre comumente o contrário<sup>500</sup>, posto que o trabalhador, cuja situação de debilidade econômica diante do empregador é visível, apresenta-se, na maioria dos casos, como credor. Ressalte-se que mesmo quando o trabalhador figurar na relação como devedor prevalece o princípio *in dubio pro misero*, já que a proteção é para a parte débil da relação, independente de que posição se encontre, seja credor ou devedor.

Efetuando-se, todavia, uma comparação entre o princípio *in dubio pro misero* e o semelhante aplicado ao Direito Penal, *in dubio pro reo*, percebesse que ambos têm uma função objetiva similar, qual seja, favorecer a parte hipossuficiente da relação, atuando, inclusive, na harmonização e na inversão do ônus da prova no campo do respectivo direito processual.

Adequada e oportuna, portanto, a aplicação do princípio *in dubio pro operario* na inversão do ônus da prova, mediante o estabelecimento de presunções favoráveis ao trabalhador e, destarte, considerando a aplicação desse princípio extensivo ao domínio do Direito processual do Trabalho.<sup>501</sup>

É possível, então, sustentar que o princípio *in dubio pro operario* situa-se no ponto em que se dá o encontro entre o direito material e o processual do trabalho (“no meio do caminho”), uma vez que a hermenêutica jurídica realiza o passo do direito material abstrato (previsto na norma) para o direito material concreto (aplicado ao caso real, muitas vezes, no bojo do processo judicial).

VIANA enuncia: “Se o processo vive para o direito material, este sobrevive, em boa parte, graças àquele, e essa relação de cumplicidade faz com que vários princípios que os informam se alimentem uns dos outros, numa relação contínua de causa e efeito”.<sup>502</sup> Completa ainda o seu entendimento: “Aliás, certos princípios de direito material praticamente só atuam no processo, como é o caso do *in dubio pro misero*”.<sup>503</sup>

---

<sup>500</sup> PINHO PEDREIRA explicita: “No Direito do Trabalho cabe, pois, não só rejeitar o princípio do direito privado [*in dubio pro debitore*] mas, em virtude do mesmo processo lógico que justifica tal princípio, deve ser admitido o outro princípio, que frequentemente resultará antagônico, do *in dubio pro operario*”. PEDREIRA DA SILVA, *Principiologia do Direito...*, 2. ed., p. 43.

<sup>501</sup> No sentido de extensão do princípio *in dubio pro operario* ao Direito Processual do Trabalho, RUPRECHT, *La autonomia... apud* PEDREIRA DA SILVA, *Principiologia do Direito...*, 2. ed., p. 44. PEDREIRA DA SILVA entende acertadamente ser inaplicável ao processo do trabalho o art. 620 do CPC (“quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor”), podendo ser mais gravosa a execução ao empregador-devedor quando assim fizer necessário.

<sup>502</sup> VIANA, A proteção social do... *In*: PIMENTA, *et al Direito do Trabalho...*, p. 178.

<sup>503</sup> VIANA, A proteção social do... *In*: PIMENTA, *et al Direito do Trabalho...*, p. 178.

Destarte, adentra-se na grande celeuma que circunda o princípio em comento: o princípio *in dubio pro operario* também se aplica em matéria probante; isto é, pode auxiliar o juiz na apreciação de fatos e provas?

DELGADO sustenta pela inaplicabilidade do princípio em matéria probatória, sob o fundamento de que esta aplicação entra em choque com o princípio constitucional do juiz natural.<sup>504</sup> Com embasamento teórico diverso, mas no mesmo sentido, VASQUEZ VIALARD considera que no direito processual do trabalho existem “regras do jogo” que põem as partes “no mesmo pé de igualdade” e que suposta inferioridade do empregado pode até resultar em dificuldades de acesso a uma boa defesa, mas que tal motivo não é relevante para afastar regra processual.<sup>505</sup>

Em que pese a autoridade dos tratadistas que sustentam a tese da não aplicação do referido princípio em matéria probante, tal aplicação em nada viola a figura do juiz e sua função judicante; apenas o orienta no caso de dúvida autêntica e real quanto às provas colacionadas aos autos. Esta orientação principiológica se justifica diante da constatação de que a desigualdade do trabalhador em relação ao empregador não desaparece em juízo, em particular no que diz respeito a sua menor capacidade de assessoramento jurídico, às dificuldades para a obtenção de provas e à menor capacidade para suportar as delongas processuais.

Não se pode entender o processo, mormente o trabalhista, distante de todas as circunstâncias que o permeia. VIANA enuncia: “É por isso que a relação processual sofre as mesmas pressões que afetam o vínculo material. Se o ideal de tutela se enfraquece aqui, também se fragiliza ali – afetando todos os princípios que lhe são conseqüentes”.<sup>506</sup>

Outrossim, a regra processual trabalhista do *onus probandi* em nada auxilia na eliminação das desigualdades encontradas também no Direito Processual do Trabalho, já que o art. 818 da CLT determina a incumbência do ônus a quem efetua as alegações (na maioria

---

<sup>504</sup> Assim dispõe o autor: “Ora, o caráter democrático e igualitário do Direito do Trabalho já conduz ao desequilíbrio inerente às suas regras jurídicas, a seus princípios e institutos, sendo que o Direito Processual do Trabalho também já produz a necessária sincronia entre esse desequilíbrio e a teoria processual do ônus da prova e demais presunções sedimentadas favoráveis ao obreiro, características desse ramo jurídico. Não se estende, contudo, obviamente, o mesmo desequilíbrio à figura do juiz e à função judicante – sob pena de se comprometer a essência da própria noção de justiça”. Em verdade, o autor vai mais além, pela redundância do princípio *in dubio pro misero*, já que, segundo ele, a diretriz do princípio seria abrangida pelo princípio da norma mais favorável na dimensão interpretativa. DELGADO, *Princípios de Direito...*, p. 46, 84.

<sup>505</sup> VIALARD, Antônio Vasquez. *Tratado de Derecho del Trabajo*. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1982, tomo II, *apud* PEDREIRA DA SILVA, *Principiologia do Direito...*, p. 55.

<sup>506</sup> VIANA, A proteção social do... *In*: PIMENTA, *et al Direito do Trabalho...*, p. 178.

das vezes, o trabalhador-autor), cabendo ao empregador-réu a prova dos fatos impeditivos, extintivos ou modificativos (arts. 333 do CPC c/c 769 da CLT).

PINHO PEDREIRA arrola GIGLIO<sup>507</sup> e COQUEIJO COSTA<sup>508</sup> como defensores da aplicação deste princípio em matéria probatória, asseverando:

Ora, a debilidade econômica e jurídica do trabalhador justifica o tratamento privilegiado que se lhe dá no Direito do Trabalho material. Por que então passar a tratá-lo de modo igual ao empregador no Direito do Trabalho processual, não obstante a mesma inferioridade e quando esta repercute, no processo, tanto que o próprio *Vialard* reconhece a possibilidade de ela dificultar o acesso do empregado a uma boa defesa? Estamos de acordo com *Wagner Giglio* quando assevera que “o caráter tutelar do Direito Material do Trabalho se transmite e vigora também no Direito Processual do Trabalho”. E assim é porque, nas palavras de *Coqueijo Costa* “o processo não é um fim em si mesmo, mas o instrumento de composição de lides, que garante a efetividade do direito processual, por seu caráter instrumental, deve saber adaptar-se a essa natureza diversa.”<sup>509</sup>

PINHO PEDREIRA expõe:

A nossa experiência judicante leva-nos a dar razão a Rubinstein, principalmente quando ele levanta a hipótese de paridade de provas, que acha deva ser solucionada pelo juiz fazendo apelo ao princípio *in dubio pro operario*. Diversas vezes julgamos casos em que nos defrontamos com “prova empatada”, isto é, em que não houve negligência do empregado, pois desincumbiu-se do seu ônus, levando a juízo testemunhas no mesmo número e de credibilidade igual às apresentadas pelo empregador, que ofereciam versão inteiramente contrária à das testemunhas do trabalhador, em processos nos quais não havia possibilidade de outra espécie de prova. Pelas maiores dificuldades com que arca o empregado para a produção de provas, numa situação como esta, a dúvida gerada no espírito do julgador há de ser dirimida *pro operario* e foi sempre neste sentido o nosso pronunciamento.<sup>510</sup>

Diante da dificuldade para o empregado de colacionar aos autos provas, dados, informações e documentos capazes de demonstrar de forma inequívoca sua realidade contratual, pelo fato de a proteção verificada no direito material também ter de ser ampliada ao direito processual do trabalho, para os casos de “prova empatada” e também como diretriz para a inversão do ônus da prova em circunstâncias em que o empregado não detenha aptidão para a prova, compartilha-se o posicionamento de PINHO PEDREIRA, GIGLIO, COQUEIJO COSTA e VIANA, qual seja, pela aplicação do princípio *in dubio pro operario* no que concerne às matérias probantes.

<sup>507</sup> GIGLIO, WAGNER. p.197. *apud id idem*.

<sup>508</sup> COSTA, Coqueijo. *Direito Processual do Trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 1993, p. 105 *apud* PEDREIRA DA SILVA, *Principiologia do Direito...*, p. 55.

<sup>509</sup> PEDREIRA DA SILVA, *Principiologia do Direito...*, p. 55.

<sup>510</sup> PEDREIRA DA SILVA, *Principiologia do Direito...*, p. 58.

O princípio *in dubio pro operário* deve ser aplicado em matéria probante em conformidade com outro princípio geral orientador do direito, o da proporcionalidade, tomando-se por base, inclusive, o grau da desigualdade econômica, intelectual e cultural do trabalhador. Isto quer dizer que, em se tratando de um trabalhador com maiores desigualdades diante do empregador (principalmente, econômicas e de conhecimento), esta regra deverá ser aplicada com maior intensidade.

## 5 A PLURALIDADE DE ORDENAMENTOS JURÍDICOS: A INTER-RELAÇÃO ENTRE O ORDENAMENTO JURÍDICO LABORAL PÁTRIO E O INTERNACIONAL

### 5.1 O universalismo e o pluralismo jurídicos

Durante muito tempo, o *universalismo jurídico*, manifesto pelo ideal de um direito universal único, persistiu no pensamento jurídico ocidental, sobremaneira pelo prestígio a ele atribuído, advindo do Direito romano e, posteriormente, do Direito natural. Eis aí a gênese do monismo jurídico.<sup>511</sup>

Para os jusnaturalistas, o monismo jurídico é atrelado à noção de existência de um direito universal único, fruto não da vontade, mas da revelação do direito natural à razão humana. De outro lado, os direitos particulares dos diversos povos e épocas “não eram outra coisa senão especificações históricas”.<sup>512</sup>

Já a origem do pluralismo jurídico, compreendido como a existência concomitante de diversidade de ordenamentos jurídicos, conforme anota BOBBIO, pode ser auferida de dois momentos (ou processos) históricos.<sup>513</sup>

A primeira concepção do pluralismo jurídico, de caráter estadista, remonta ao surgimento do historicismo jurídico que sustentava a existência, em contraponto ao direito natural comum e universal, de diversidade de ordenamentos, tanto quanto for o número de nações no mundo, que exprimem o seu gênio jurídico (sua personalidade) ao ordenamento estatal.

Com o advento do positivismo jurídico, fundado na concepção do direito apenas quando emanado da autoridade competente, o pluralismo passa a prevalecer. Por certo, o próprio positivismo jurídico estrutura-se na possibilidade da existência de pluralidade de ordenamentos, vez que entende que cada poder soberano é independente e detém o poder de criação de ordenamentos jurídicos próprios e autônomos. Segundo MURADAS, a crença na exclusividade da produção estatal foi reforçada no plano internacional pela afirmação da

---

<sup>511</sup> Cf. BOBBIO, *Teoria do ordenamento...*, p. 161.

<sup>512</sup> BOBBIO, *Teoria do ordenamento...*, p. 161.

<sup>513</sup> BOBBIO, *Teoria do ordenamento...*, p. 162-3.



soberania estatal no modelo *wesphaliano*, na medida em que tal sistema funda-se no princípio da soberania territorial e dele deriva o reconhecimento da igualdade formal entre Estados.<sup>514</sup>

O “positivismo identifica-se com a concepção voluntarista do Direito”<sup>515</sup>, na medida em que reconhece o direito não como fruto da razão, mas como vontade.

Neste esteio, para esse entendimento do direito, somente haveria possibilidade de se falar em unidade de ordem jurídica caso se conceba apenas um poder soberano universal.<sup>516</sup>

Já o segundo momento do pluralismo jurídico, chamado de “institucional”, é assim denominado por BOBBIO “porque a sua tese principal é a de que existe um ordenamento jurídico onde existe uma instituição, ou seja, um grupo social organizado”.<sup>517</sup>

As correntes que lhes deram origem foram as sociológicas e as antiestatais, atreladas à escola do direito livre, e estão ligadas ao entendimento de ser possível a coexistência de diversas ordens jurídicas oriundas não só do Estado, mas também de toda a sociedade. Logo, para essa teoria, a existência de pluralidades de ordenamentos jurídicos seria verificada não só no plano interno<sup>518</sup> dos Estados, mas também na ordem jurídica internacional.

<sup>514</sup> Diz ainda, a autora: “Nestes termos, é assegurada a não intervenção estatal em assuntos internos de outros, com o que impõe o respeito recíproco e a independência dos Estados soberanos”. MURADAS, *O princípio da...*, p. 101.

<sup>515</sup> BOBBIO, *Teoria do ordenamento...*, p. 162.

<sup>516</sup> BOBBIO, *Teoria do ordenamento...*, p. 163.

<sup>517</sup> BOBBIO, *Teoria do ordenamento...*, p. 163. A *teoria do direito como instituição* contrapõe-se à *teoria normativa do direito*, entendendo o direito não como norma (ou seja, que o “fenômeno originário da experiência jurídica é a regra de conduta”), mas como instituição, surgida no âmbito da sociedade civil, como fenômeno social. Em linhas gerais, para este entendimento haverá direito sempre que houver grupos sociais organizados, isto é, grupos que suplantaram a fase inorgânica e que, portanto, passaram à fase de institucionalização (inclusive, grupos organizados de delinquentes e a família). Mas, ao contrário, não haverá direito em grupos sociais inorgânicos (por exemplo, classes sociais não organizadas). A crítica que se faz a esse entendimento é que combate-se propriamente a teoria estadista do direito, ao invés da teoria normativa do direito (teoria esta que admite a pluralidade de centros de posituação jurídica e que, em princípio, não coincide, na sua acepção ampla, ao estadismo jurídico). Outra crítica que se faz a *teoria do direito como instituição* é que as normas (regras de conduta) antecedem as instituições (grupos sociais organizados). Em verdade, são as regras de conduta que possibilitam a transformação dos grupos de inorgânicos em grupos organizados. E, de outro lado, nem todas as regras de condutas são suficientemente hábeis a constituir uma instituição. Cf. BOBBIO, *Teoria da norma...*, p. 28-37.

<sup>518</sup> Aqui se enquadra o entendimento de REALE no que se refere à pluralidade de ordenamentos na ordem interna, porquanto afirma que “há, em suma, todo um Direito ‘grupalista’, que surge ao lado ou dentro do Estado”. O autor sustenta o seu entendimento no que se refere à pluralidade de ordens jurídicas no plano interno dos Estados: “Como contestar a juridicidade das organizações esportivas? Não possuem elas uma série de normas, e até mesmo de tribunais, impondo a um número imenso de indivíduos determinadas formas de conduta sob sanções organizadas? Lembre-se outro fenômeno do maior alcance, que é o profissional ou sindical, estabelecendo, no campo das atividades de classe, um conjunto de normas que também são protegidas por sanções organizadas. Parece-nos, pois, procedente a teoria da *pluralidade das ordens jurídicas positivas*”. Salienta-se que REALE fundamenta a teoria da pluralidade dos ordenamentos jurídicos internos em uma *gradação de positividade jurídica*, “ou seja, diversos graus de incidência do Direito positivo, quer em extensão, quer em intensidade, devido exatamente à maior ou menor *organização da sanção*, sua objetividade e eficácia”. Então, para o autor, o ordenamento jurídico do Estado se distinguiria das demais ordens jurídicas (por exemplo, as sindicais, as esportivas e a canônica), já que só o Estado representaria o ordenamento jurídico soberano, ao qual todos recorrem para dirimir conflitos recíprocos. Cf. REALE, *Fontes e modelos do Direito...*, p. 77-78.

Contudo, em anteposição ao pluralismo jurídico, ressurge, notadamente após a Segunda Guerra Mundial e a criação das Nações Unidas, no seio do positivismo jurídico, a concepção da universalidade do direito (não aquela, fruto da razão e do estado de natureza, como pugnado pelos jusnaturalistas), mas como fruto do desenvolvimento histórico do próprio positivismo. Essa nova compreensão do monismo jurídico estaria atrelada à ideia de criação de um direito positivo unitário, oriundo de um Estado mundial único.<sup>519</sup>

Especificamente no que concerne à construção da ordem jurídica internacional, esse entendimento do monismo questiona a própria imprescindibilidade da soberania estatal, sustentando a doutrina do Direito Internacional Público que “o fenômeno jurídico internacional pode até mesmo prescindir da participação volitiva direta de um Estado particular”.<sup>520</sup> Nessa mesma linha, BARROSO:

No plano *internacional*, vive-se a decadência do conceito tradicional de soberania. As fronteiras rígidas cederam à formação de grandes blocos políticos e econômicos, à intensificação do movimento de pessoas e mercadorias e, mais recentemente, ao fetiche da circulação de capitais. A globalização, como conceito e como símbolo, é a manchete que anuncia a chegada do novo século.<sup>521</sup>

Nota-se que a concepção monista do direito encontra adeptos na corrente jusnaturalista e na positivista. Sintetizando: naquela, o monismo é fundamentado em um direito natural universal, que inspira o direito positivo de todas as nações e em diferentes momentos históricos; neste, ele é alicerçado também em um direito universal, contudo positivo, fruto da evolução história do próprio positivismo jurídico dos diversos Estados e emanado de uma única autoridade mundial suprema.

De outro lado, a concepção pluralista do direito também conta com adeptos tanto na corrente jusnaturalista quanto na positivista. Na jusnaturalista, o pluralismo jurídico por si só decorre da concepção de duas espécies de direitos, o natural e o positivo. No positivismo, pela existência de distintas ordens estatais soberanas, que também se obrigam no plano do Direito Internacional Público ou, ainda, pelo entendimento de que são jurídicas outras ordens oriundas da sociedade e independentes do Estado (*e.g.* da Igreja e dos grupos sociais, incluindo as profissionais classistas).

---

<sup>519</sup> BOBBIO, *Teoria do ordenamento...*, p. 164-5.

<sup>520</sup> Cf. MURADAS, *O princípio da...*, p. 105.

<sup>521</sup> Completa o autor: “Como o comércio internacional não tem fronteiras, tende a ser regulado por regras de fontes não nacionais, denominadas *lex mercatoria*, que consagram o primado dos usos no comércio internacional e se materializam também por meio dos contratos e cláusulas-tipo, jurisprudência arbitral, regulamentações profissionais elaboradas por suas associações representativas e princípios gerais comuns às legislações dos países”. BARROSO, *Fundamentos teóricos...*

Diversos podem ser, portanto, os enfoques fundamentadores para se sustentar o pluralismo ou o monismo jurídico, encontrando terreno fértil de debates nos domínios do Direito Internacional Público, principalmente com o fito de justificar e compreender o modo como se procedem as relações cada vez mais intensas entre ordem estatal e a internacional, bem como entre as respectivas normas.

## 5.2 As relações entre o ordenamento jurídico nacional e o internacional e consectários

Há várias possibilidades de relações de ordens normativas. Ilustra-se com as estabelecidas entre a ordem jurídica e a ordem moral, entre a ordem jurídica e a ordem religiosa, entre ordem jurídico-estatal e as ordens particulares (provenientes de instituições privadas). Entretanto, a que interessa especificamente a esta abordagem é aquela estabelecida entre duas espécies de ordens jurídicas: a interna dos Estados e a internacional.

É essencial dizer assente o caráter eminentemente jurídico do ordenamento internacional, há muito reconhecido, derivado “dos avanços teóricos e da prática internacional, sendo mesmo indubitosa ante a positividade histórica, conforme a evolução do Direito Internacional Público”.<sup>522</sup>

A partir desta assertiva, deve-se reconhecer como inquestionável o caráter jurígeno das normas internacionais do trabalho (fontes heterônomas<sup>523</sup>), encontrando em sede

---

<sup>522</sup> Aqui se reconhece, de antemão, a natureza jurídica do ordenamento jurídico internacional, afastando, por conseguinte, as teorias negativistas do Direito Internacional que, conforme MURADAS: “negam o *status* jurídico às relações internacionais em virtude de variados fundamentos, tais como uma pretensa ausência de sanção da norma internacional (nesta concepção a ordem internacional reporta-se a preceitos de ordem moral), a ausência ou insuficiência de instâncias judiciais (em sentido próprio) no plano internacional, bem como a assimetria nas relações entre Estados no plano internacional (esta concepção nega a própria existência da ordem internacional”. MURADAS, *O princípio da...*, p. 108. Especificamente acerca da coação extraestatal, REALE explana o seu posicionamento teórico: “Nós sustentamos, em nosso livro *Teoria do Direito e do Estado*, que a coação existe também fora do Estado. O Estado é o detentor da coação em última instância. Mas, na realidade, existe Direito também em outros grupos, em outras instituições que não o Estado.” Completa, ainda, o seu entendimento: “O que caracteriza o Direito não é a coação efetiva, real, concreta, mas a possibilidade de coação. Não se pode contestar a possibilidade de coação no plano do Direito Internacional, que já apresenta casos de coação até mesmo juridicamente organizada. Nada exclui a possibilidade de um órgão superestatal, munido de força suficiente, para que exija dos Estados o cumprimento das normas de caráter internacional. Podemos dizer que, apesar dos pesares, a evolução no plano da comunidade internacional vai obedecer aos mesmos marcos que se apontam na evolução do Direito Privado, com uma passagem progressiva da solução armada dos conflitos para o seu superamento nos quadros do Direito”. REALE, *Fontes e modelos do Direito...*, p. 77; 349.

<sup>523</sup> Existe celeuma doutrinária acerca da natureza jurídica dos tratados e convenções internacionais ratificados pelo Brasil, se são convoladas em fontes normativas nacionais ou se mantêm o *status* de normas internacionais. A posição teórica fundada no dualismo sustenta a natureza de fonte de direito interno derivada, já que decorreriam das próprias normas estatais, ou seja, da lei, considerada como genuína fonte originária. Cf.

constitucional referência expressa a essas espécies normativas (arts. 5º, §2º, 102 e 105 da CRFB).

Após estas elucidações propedêuticas, cabe adentrar na análise das discussões relativas às relações estabelecidas entre a ordem interna e a internacional, que, conforme MURADAS,

[...] situam-se, como se sabe, em posição central nos domínios do Direito Internacional Público. Pode-se mesmo afirmar que do problema das relações entre as fontes jurídicas nacionais e internacionais se ocupou grande parte da doutrina internacionalista no século XX. Atualmente, o tema ainda enseja inflamada discussão, à vista dos relevantes consectários práticos derivados de posições teóricas.<sup>524</sup>

É de ressaltar, abstraindo os diversos matizes doutrinários, que para a compreensão do Direito do Internacional a doutrina edificou duas principais teorias: a dualista e a monista. Da escolha e adoção de cada uma delas decorrerão consectários práticos distintos. Ilustra-se com os procedimentos relativos à própria validade formal interna e o *status* hierárquico dos tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil em contraponto às normas internas.

Para a *corrente dualista*<sup>525</sup>, a ordem interna e a internacional compõem dois ordenamentos jurídicos distintos e independentes. “Nesta perspectiva, as ordens jurídicas nacional e internacional poderiam mnemonicamente ser representadas por dois círculos que não se tangenciam”<sup>526</sup>, incomunicáveis.

Diante de tal teorema, a norma de direito internacional para ter eficácia no plano interno deve ser internalizada (por meio de procedimentos legislativos), só depois disso passando a ter vigência interna.<sup>527</sup>

---

CATHARINO, *Compêndio universitário...*, p. 99-101. De outro lado, os filiados da teoria monista sustentam a manutenção do *status* de normas internacionais, mesmo quando ratificados no plano interno por Decreto Presidencial, após prévio procedimento legislativo extraordinário, que somente lhe emprestaria força executória interna, sem alteração da sua qualidade de fonte jurídica internacional. Cf. MURADAS, *O princípio da...*, p. 111-3.

<sup>524</sup> MURADAS, *O princípio da...*, p. 108.

<sup>525</sup> Conforme REALE: “Note-se, aliás, que a teoria dualista não exclui que possa haver relações internacionais entre ordenamentos não estatais, e mesmo entre particulares, desde que como tais os Estados as reconheçam, expressa ou tacitamente”. REALE, *Fontes e modelos do Direito...*, p. 348-9.

<sup>526</sup> As justificativas teóricas para a separação entre as ordens nacionais e ordem internacional derivariam: da variação das fontes jurídicas (direito internacional como fruto da vontade de comum de vários Estados; nacional, fruto da vontade unilateral dos Estados); e da diversidade de categorias ou relações jurídicas sob a regência destas duas ordens jurídicas (direito internacional regularia as relações entre Estados no plano exterior; nacional, as relações dos Estado e seus cidadãos ou as formadas entre estes). Cf. MURADAS, *O princípio da...*, p. 108-9.

<sup>527</sup> Nesse sentido, ÁLVARES DA SILVA, para quem o marco da vigência interna pátria dos tratados internacionais é a aprovação pelo Congresso Nacional, via Decreto Legislativo. ÁLVARES DA SILVA, *A convenção 158 da OIT*, p. 19.

Em face da previsão desses procedimentos legislativos de internalizar as normas internacionais, a natureza jurídica dessas normas sofreria uma mutação: passando de normas internacionais para normas internas derivadas. E, já que derivadas e subordinadas à Constituição do país, seriam dotadas de eficácia de norma infraconstitucional.

Afasta-se, por conseguinte, a possibilidade de haver conflito entre normas de direito interno e de direito internacional, posto que a norma internacional só vai ser obrigatória para o Estado se a estiver positivado no ordenamento interno. Dessa feita, os conflitos porventura existentes tratarão de conflitos entre normas internas, seguindo as regras de solução de antinomias do mesmo sistema jurídico (no caso, as propostas pelo ordenamento estatal).

Para a *corrente monista*, as ordens jurídicas internacional e nacional compõem um sistema jurídico único ou “universal”, havendo, pois, interdependência e inter-relação entre elas, residindo o critério distintivo apenas no que se refere a graus de manifestação (grau interno e grau internacional).

Em face desta teoria, o Estado, quando assume compromisso internacional – reverberado pelo ato de adesão do Chefe de Estado à norma de direito internacional (ratificação) –, acarreta a automática atribuição de vigência da norma internacional no plano nacional, sendo desnecessários atos legislativos internos. Logo, verifica-se a coincidência entre vigência interna e a vigência internacional.<sup>528</sup> Além disso, constata-se também a manutenção da natureza jurídica de norma internacional, mesmo quando aplicável à dimensão interna.<sup>529</sup>

Do ato de ratificação decorrem obrigações no plano internacional para o Estado. Entretanto, pode ou não coincidir com o marco inicial da vigência do instrumento normativo no plano internacional porquanto o próprio diploma pode prever outras condições necessárias para lhe desenvolver a vigência. Caso a vigência internacional seja imediata, coincidirá com o ato de ratificação. Caso dependa de outras condições, fala-se em vigência diferida.

---

<sup>528</sup> Pelo entendimento de coincidência da vigência interna com a internacional, MURADAS. A autora conclui: “Não implementada a condição ou termo inicial de vigência do tratado internacional (não expirado, pois o período da *vacatios legis*) a vigência interna fica sobrestada até que se opere a vigência internacional, salvo, é claro, se o ordenamento jurídico nacional dispuser de modo diverso”. MURADAS, *O princípio da...*, p. 116-121.

<sup>529</sup> Reportando especificamente para o caso brasileiro, segundo FRAGA, a promulgação (e publicação) da norma internacional pelo Decreto Presidencial “não convolaria esta fonte jurídica em direito nacional, eis que o decreto presidencial somente emprestaria força executória ao tratado”. Assevera a autora que, “ao aplicar a norma internacional, o Poder Judiciário aplica o próprio tratado (Direito Internacional), e não o direito nacional (o produzido, apenas, pelos órgãos internos), em que, supostamente, se tenha transformado por via do decreto de promulgação”. FRAGA, *O conflito...*, p. 127 *apud* MURADAS, *O princípio da...*, p. 112.

Ilustram-se tais assertivas com as convenções internacionais do trabalho, que, comumente estabelecem nos próprios textos que a vigência no âmbito internacional se dará após doze meses contados do registro de duas ratificações perante a Repartição Internacional do Trabalho. De outro lado, fixam que ela entrará em vigor no plano internacional, em relação a cada Estado-membro, doze meses após a data do registro de sua ratificação, desde que já vigore no âmbito internacional.

Como a concepção monista preconiza a existência de uma ordem jurídica única, há possibilidades de conflitos entre normas de direito internacional e de direito interno, solucionáveis com o primado do direito interno dos Estados (*teoria monista com primazia do direito interno*, fundada na soberania estatal) ou com o primado do direito internacional (*teoria monista com primazia do direito internacional*). Note-se que a relação estabelecida aqui entre os graus de ordem jurídica (interna e internacional) se dá na forma de subordinação/supremacia de uma sobre a outra.

Aquela que pugna pelo primado do direito internacional sustenta que em caso de conflito prevalecerão as normas internacionais, inclusive sobre as constitucionais de um Estado. Esta teoria afasta a alegação de transgressão à soberania estatal, sob o fundamento de que o Estado, na adoção do tratado internacional, necessariamente manifestou o seu consentimento, mencionando, ainda, a possibilidade de denúncia.<sup>530</sup>

Essa concepção monista do direito remonta a KELSEN<sup>531</sup>, para quem a “a ordem jurídica internacional ‘delega’ a complementação das suas próprias normas às ordens jurídicas

<sup>530</sup> A denúncia consiste em ato volitivo unilateral por meio do qual o Estado manifesta o interesse em pôr termo à vigência de uma norma internacional, desobrigando-se na ordem internacional. Convém dizer que aos tratados internacionais que consagram direitos humanos (inclusive, os trabalhistas) é reconhecida a natureza de *ius cogens*, além da marca do princípio da progressividade e da vedação do retrocesso. Por essas razões, deve ser interpretada restritivamente a possibilidade de denúncia prevista no próprio texto das convenções internacionais do trabalho, que, usualmente, prevê a hipótese de denúncia após o prazo decenal mínimo de vigência e, de toda forma, surtindo efeitos somente após o lapso de doze meses contados da comunicação oficial do Estado-membro à Repartição Internacional do Trabalho. Fundando-se nesses argumentos, não obstante a previsão expressa da possibilidade de denúncia nos textos das convenções provenientes da OIT, MURADAS afirma que elas “[...] uma vez ratificadas, tornam-se um limite ao poder legislativo nacional, não podendo ser denunciadas senão pela expressão de elaboração de um conjunto normativo que traduza o progresso das condições sociojurídicas dos trabalhadores nacionais”. MURADAS, *O princípio da...*, p. 137.

<sup>531</sup> REALE, discorrendo sobre a fundamentação teórica desta corrente, afirma: “Alguns internacionalistas contemporâneos, especialmente os filiados à teoria de Kelsen, sustentam, entretanto, que o Direito Internacional não pressupõe, nem lógica, nem praticamente, a existência do Estado, pois é este que não poderia existir se não houvesse uma comunidade internacional, na qual os Estados juridicamente coexistem, respeitando-se mutuamente. Para reforço dessa tese alega-se que há Direito Internacional também entre outros grupos desprovidos da qualidade estatal, e até mesmo entre indivíduos, à margem dos Estados”. REALE, *Fontes e modelos do Direito...*, p. 348. Também sustentando a origem da corrente monista pelo primado do direito internacional em Kelsen, MURADAS: “Segundo Kelsen, “como a ordem jurídica internacional requer não apenas as ordens jurídicas nacionais como complementação necessária, mas também determina a sua esfera de validade em todos os aspectos, o Direito internacional e o Direito nacional forma um todo inseparável””. KELSEN, *Teoria geral...*, p. 499 *apud* MURADAS, *O princípio da...*, p. 110.

nacionais”<sup>532</sup> e a esfera de validade da ordem nacional seria limitada pela própria ordem internacional<sup>533</sup>, sendo defendida principalmente pela doutrina internacionalista.

Aquela que pugna pelo primado do direito interno<sup>534</sup> sustenta que em caso de conflito normativo as normas internas prevalecerão. Nesse sentido, como a Constituição de um país é considerada norma hierarquicamente superior às normas de direito internacional, ela é hábil a afastar a aplicação de tratado internacional devidamente ratificado que com ela entre em testilhas.

ÁLVARES DA SILVA lança os alicerces da primazia do Direito interno ressaltando o primado da Constituição de um país:

A ordem jurídica interna, estabelecida por processos abertos à vontade e participação popular, organiza a sociedade, o poder e os direitos fundamentais. A norma fundamental que daí deriva tem seu fundamento no próprio povo e só depois se completa na ordem internacional. É claro que os tratados não podem ad-rogar, derogar ou, de qualquer forma, mudar esta norma fundamental. Pois retiraria da própria o direito de autodeterminar-se em primeiro lugar. A modificação das constituições pelos tratados importaria na instabilidade da ordem interna e no risco da própria alienação popular as colocaria ao sabor dos governantes da época, das representações internacionais nem sempre confiáveis que poderiam negociar interesses superiores e inalienáveis do próprio país.<sup>535</sup>

Há ainda a *corrente monista mista*, sustentada principalmente pela doutrina constitucionalista. Para esta linha teórica, quando as normas internacionais ratificadas pelo Brasil dispuserem sobre qualquer matéria equivalerão às leis infraconstitucionais (notadamente às leis federais, por força do entendimento pela equiparação entre as normas auferido da literalidade do art. 102, III, b<sup>536</sup>, da CRFB). Então, nesse caso, conforme

<sup>532</sup> KELSEN, *Teoria geral do...*, p 495.

<sup>533</sup> Explica KELSEN: “O resultado de nossa análise dos chamados elementos do Estado é o de que as esferas de validade territorial e pessoal da ordem jurídica nacional, a existência territorial e pessoal do Estado, são determinadas e delimitadas em relação a outros Estados pelo Direito internacional segundo o princípio de eficácia”. KELSEN, *Teoria geral do...*, p. 498.

<sup>534</sup> Quanto à origem da corrente monista com primazia do direito interno, segundo MURADAS, remonta a Hegel, a “ideia de supremacia da vontade do Estado no direito internacional pode ser inferida na passagem dos *Princípios da filosofia do direito* de Hegel. Leia-se: “Porque os Estados, em sua situação recíproca de independência, são como vontades particulares, porque a validade dos tratados assenta nessas vontades, e porque a vontade particular de um todo é, em seu conteúdo, o bem desse todo; é esse bem que constitui a lei suprema do seu comportamento para com outrem, tanto mais que, por um lado, a ideia de Estado se caracteriza pela supressão do contraste entre o direito, como liberdade abstrata, e o bem, como conteúdo particular realizado, e por outro lado, o reconhecimento inicial dos Estados é dado como realidades concretas”. HEGEL, *Princípios da filosofia...*, §336 *apud* MURADAS, *O princípio da...*, p. 110.

<sup>535</sup> ÁLVARES DA SILVA, *A convenção 158 da OIT*, p. 24.

<sup>536</sup> Art. 102, III, b, da CRFB: “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal”.

defendido pela teoria monista com primazia do direito interno, haverá prevalência do direito interno.

Quando, todavia, as normas internacionais dispuserem sobre direitos humanos (aqui incluindo os trabalhistas), terão o *status* de norma materialmente constitucional, acarretando, por conseguinte, sua aplicabilidade imediata e a natureza de cláusula pétrea (cf. art. 60, §4<sup>o537</sup>, da CRFB), à semelhança da teoria monista com primado do direito internacional.

É de destacar que essa interpretação específica e diferenciada para o caso dos tratados e convenções internacionais que versam sobre direitos humanos<sup>538</sup> decorre do art. 4<sup>o</sup>, II<sup>539</sup>, da CRFB, que estabelece a prevalência dos direitos fundamentais para a República Federativa do Brasil, e do art. 5<sup>o</sup>, §2<sup>o</sup>, da CRFB, que prescreve: “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

Contudo, o Supremo Tribunal Federal rejeita expressamente a aplicabilidade imediata dos tratados internacionais e o status de norma constitucional, ainda os que versem sobre direitos humanos, exigindo, para que eles tenham vigência interna, a incorporação conforme os ritos previstos na Carta de 1988.<sup>540</sup>

Colocando de certa forma um fim nesta discussão, a EC 45/2004 acrescentou o §3<sup>o</sup> ao art. 5<sup>o</sup> da CRFB, prescrevendo: “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

Em um primeiro momento, a interpretação do citado dispositivo constitucional foi no sentido de ter atribuído força à teoria monista mista (a sustentada pelos constitucionalistas), posto que somente quando as normas internacionais versarem

---

<sup>537</sup> Dispõe o §4<sup>o</sup> do art. 60 da CRFB: “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”.

<sup>538</sup> BARZOTTO conceitua direitos humanos “como o reconhecimento de direitos à pessoa enquanto pessoa, derivados da dignidade própria da condição humana. Direitos humanos dos trabalhadores, por consequência, são os fundados na dignidade da pessoa humana nas suas dimensões jurídicas, políticas e econômicas.” BARZOTTO, *Direitos humanos e...*, p. 21.

<sup>539</sup> Art. 4<sup>o</sup>, II, da CRFB: “A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: II - prevalência dos direitos humanos”.

<sup>540</sup> Cf. Recurso Extraordinário 80.004/SE, DJ 29.12.1977; *Habeas Corpus* 72.131/RJ, DJ 01.08.2003; *Habeas Corpus* n. 81.139/GO, DJ 19.08.2005, dentre outros.



sobre direitos humanos poderão ser equivalentes às emendas constitucionais, passando a ser não só “materialmente” constitucional, mas também “formalmente” constitucional, ainda, com a alteração subordinada ao art. 60, §4º, da CRFB (cláusula pétrea).

Entretanto, os efeitos da positivação desse dispositivo restringiram a interpretação progressista há muito afiançada pelos doutrinadores defensores dos direitos humanos. Ora, diante dessa alteração constitucional, somente os tratados aprovados depois da EC 45/04 é que poderão ser equiparados às emendas constitucionais e, mesmo assim, desde que atendidas as formalidades de incorporação no direito interno (aprovação em dois turnos, com três quintos, em cada Casa do Congresso Nacional). Dessa forma, ao invés de a alteração constitucional *a priori* atribuir força constitucional às normas internacionais sobre os direitos humanos, independentemente de formalidades específicas de aprovação, de fato, dificultou a atribuição de *status* constitucional a esses tratados.

Então, necessário sintetizar como os tratados e convenções internacionais podem incorporar-se ao ordenamento interno, de acordo com a forma como foram aprovados pelo Congresso Nacional e segundo entendimento do STF.

Em se tratando de normas internacionais que versem sobre direitos humanos, primeira hipótese: se aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equiparados à emenda constitucional, formal e materialmente, e com alterações subordinadas ao art. 60, §4º, da CRFB (cf. §3º, art. 5º, CRFB). Isso, indubitavelmente, atribui força ao entendimento de que a Constituição de 1988 é da modalidade aberta.

Segunda hipótese: se o tratado internacional não alcançar o quórum de aprovação necessário à aquisição do status de emenda constitucional e for aprovado pela maioria simples, conforme recente decisão do STF<sup>541</sup>, terá o caráter supralegal.<sup>542</sup>

Explica-se: será hierarquicamente superior às normas infraconstitucionais e inferior à Constituição da República. Dessa maneira, afasta-se a possibilidade de uma norma interna posterior suspender a eficácia de um tratado de direitos humanos anteriormente incorporado na ordem interna (claro, quando este mais tutivo).

---

<sup>541</sup> STF, RE-466343; RE-349703; HC-87585, Sessão de 3.12.2008.

<sup>542</sup> Salienta-se que a tese da supralegalidade dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil já foi positivado na ordem jurídica pátria, conforme se auffle do art. 98 do Código Tributário Nacional: “Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha”.

Relevante mencionar que esse *status* de supralegalidade é atribuído às normas internacionais que versem sobre direitos humanos, mesmo que aprovadas pelo Congresso Nacional *anteriormente* à introdução do §3º ao art. 5º da CRFB.

Quanto aos demais tratados internacionais ratificados pelo Brasil que não versem acerca dos direitos humanos, eles são incorporados à ordem jurídica nacional com a qualidade de normas infraconstitucionais, notadamente equiparados às leis federais (cf. entendimento pela equiparação entre as normas auferido do art. 102, III, b, da CRFB, e nesse sentido o voto do relator ministro Celso de Mello na ADIn 1.480-3/DF<sup>543</sup>).

De toda forma, ressalta-se que todos os tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil são passíveis de se submeterem ao crivo de constitucionalidade do STF, em sede de recurso extraordinário, mesmo após a ratificação<sup>544</sup> e ainda que equiparadas às emendas constitucionais. Este instrumento de controle é relevante sobremaneira para as hipóteses em que as normas internacionais reverberem patamar normativo inferior ao nacional no que se refere aos direitos humanos e aos sociais trabalhistas.

Não obstante as colocações tecidas, dada a relevância da temática, necessário dizer que, especificamente sobre relação entre ordem internacional e ordem nacional no que concerne aos direitos humanos, a doutrina sustenta uma superação dessa tradicional dicotomia entre teoria monista e teoria dualista, amparando uma verdadeira concorrência normativa entre a ordem interna e a ordem internacional, que se interpenetram e completam para a melhor proteção da pessoa humana<sup>545</sup> (princípio *pro homine*).

---

<sup>543</sup> DJ 18.05.2001. MURADAS critica esse entendimento: “[...] o entendimento de mera equiparação do tratado à lei permite a revogação da norma de origem internacional por mera superveniência de lei – o que é um *non sense*, pelo qual se gera a política da irresponsabilidade internacional brasileira”. MURADAS, *O princípio da...*, p. 141.

<sup>544</sup> Salienta-se que no Brasil não há controle de constitucionalidade sobre os tratados internacionais pelo Poder Judiciário durante o processo de sua ratificação. Entretanto, no Congresso Nacional deve passar obrigatoriamente pela Comissão de Constituição e Justiça.

<sup>545</sup> “Assim, a querela travada entre os internacionalistas, relativa à interdependência e independência entre a ordem estatal e ordem internacional, expressão das concepções monista e dualista, estaria superada no âmbito das prerrogativas da pessoa humana, em face da concorrência dos sistemas de normas e aparatos jurídicos, de tal modo que a ordem jurídica nacional e a ordem internacional compõe sistemas coordenados e complementares de proteção e promoção da pessoa humana”. MURADAS, *O princípio da...*, p. 111.

Em lapidar passagem, MURADAS, amparada na doutrina de CANÇADO TRINDADE<sup>546</sup>, BOGGIANO<sup>547</sup> e PIOVESAN<sup>548</sup>, preleciona que

[...] os diplomas internacionais e nacionais assecuratórios de padrões mínimos deferidos à pessoa humana concorreriam de modo a melhor efetivar a sua proteção. E sendo os direitos dos trabalhadores uma dimensão dos direitos humanos, os diplomas internacionais trabalhistas e os regimes jurídicos nacionais de proteção ao trabalho concorreriam, com vistas a promover a melhoria das condições de trabalho da pessoa humana.<sup>549</sup>

Diante da concorrência normativa, o princípio *pro homine* (ou princípio da norma mais favorável à pessoa humana) determina, portanto, a aplicação da norma mais benéfica à pessoa humana na escolha seja entre duas ou mais normas internacionais (dimensão horizontal) ou entre normas internacionais e nacionais (dimensão vertical). Ademais se afastam, por conseguinte, os conflitos normativos entre ordem interna e ordem internacional, já que a proteção aos direitos humanos é concorrente e cumulativa.

De toda forma, salienta-se, por fim, que normas internacionais sobre direitos humanos (inclusive os trabalhistas) são reconhecidas como de *ius cogens* do Direito Internacional, prejudicando a vigência de disposições de tratados e convenções internacionais com eles incompatíveis.<sup>550</sup>

---

<sup>546</sup> Consta e propõe CANÇADO TRINDADE: “No presente domínio de proteção, o direito internacional e o direito interno, longe de operarem de modo estanque ou compartimentalizado, se mostram em constante interação, de modo a assegurar a proteção eficaz do ser humano. Como decorre das disposições dos próprios tratados de direitos humanos, e da abertura do direito constitucional contemporâneo aos direitos internacionalmente consagrados, não mais cabe insistir na primazia das normas do direito interno ou do direito internacional, como na doutrina clássica, porquanto o primado da norma – de origem internacional ou interna – que melhor proteja os direitos humanos”. CANÇADO TRINDADE, *Tratado de Direito...*, p. 22 *apud* MURADAS, *O princípio da...*, p. 142.

<sup>547</sup> Ensina BOGGIANO: os ordenamentos nacional e internacional atuam em concorrência e complementaridade e, desde caráter, emerge a cumulatividade de preceitos normativos de proteção à pessoa, pois, “*la cumulación consiste en reforzar la tutela de los derechos humanos*”. BOGGIANO, *Derecho internacional: Derecho de las Relaciones entre los Ordenamientos Jurídicos y Derechos Humanos*. Buenos Aires: La Ley, 2001, p. 68-9 *apud* MURADAS, *O princípio da...*, p. 110;143.

<sup>548</sup> Assevera PIOVESAN: “Ao adotar o valor da primazia da pessoa humana, estes sistemas se complementam, somando-se ao sistema nacional de proteção, a fim de proporcionar a maior efetividade possível na tutela e promoção de direitos fundamentais. Esta é, inclusive a lógica e principiologia próprias dos Direitos Humanos”. PIOVESAN, *Sistema internacional In: BRANT, O Brasil e...*, p. 294 *apud* MURADAS, *O princípio da...*, p. 142.

<sup>549</sup> MURADAS, *O princípio da...*, p. 111.

<sup>550</sup> Segundo MURADAS, “a Convenção de Viena de 1969 define como normas imperativas internacionais aquelas que são reconhecidas ou aceitas pela comunidade internacional como de inderrogabilidade absoluta. São consideradas características das normas imperativas a universalidade e o reconhecimento geral de sua natureza”. MURADAS, *O princípio da...*, p. 133.

### 5.3 As normas de Direito Internacional do Trabalho

Depois de proceder-se à análise das relações sobre a ordem jurídica interna e a internacional, apropriado dissertar sobre as normas de Direito Internacional do Trabalho, mormente diante de seu relevo na tutela do trabalhador e em face de seu propósito de universalização e atribuição de civilidade mínima à exploração do trabalho pelo capital.

As normas de Direito Internacional do Trabalho podem ser definidas como “texto jurídico preparado pela OIT<sup>551</sup> para uso dos Estados-Membros e da comunidade internacional, nas quais definem padrões mínimos para o mundo do trabalho”.<sup>552</sup> São, pois, fontes jurídicas, dotadas de inquestionável teor jurídico-normativo, destinadas a universalizar padrão mínimo de tutela indispensável ao homem, diante de sua excelência e inata dignidade, apresentando-se como uma característica peculiar da dogmática Laboral.<sup>553</sup>

Conforme leciona BARZOTTO, “ultrapassam a noção de tratado bilateral ou multilateral, criando o primeiro bloco ou sistema de proteção dos direitos do homem, através de suas convenções e recomendações”.<sup>554</sup>

Nas palavras de MURADAS:

---

<sup>551</sup> A Organização Internacional do Trabalho é uma organização intergovernamental permanente, sediada em Genebra, na Suíça, fundada após a Primeira Guerra Mundial, em 1919, pela Conferência de Paz. Têm a OIT como objetivos a promoção da justiça social e o reconhecimento internacional dos direitos humanos e trabalhistas, além de ser encarregada de promover a realização do programa exposto no preâmbulo e os fins e objetivos previstos na *Declaração da Filadélfia*. É a única das agências especializada do Sistema das Nações Unidas dotada de particular estrutura tripartite na qual os representantes dos empregadores e dos trabalhadores têm os mesmos direitos que os do governo. São órgãos da OIT: a *Conferência Internacional do Trabalho* (órgão legislativo, denominada também de “Conferência Geral”), o *Conselho de Administração* (órgão executivo colegiado) e a *Repartição Internacional do Trabalho* (órgão técnico-administrativo, a Secretaria Permanente, inclusive para fins de registro das ratificações de convenções internacionais pelos Estados-membros, também chamada de “Oficina Internacional do Trabalho”). A OIT tem mantido representação no Brasil desde 1950. O seu escritório no Brasil atua na promoção dos quatro objetivos estratégicos da Organização, com atividades próprias e em cooperação com os demais escritórios, especialmente o regional (Lima), e o central (Genebra). Quanto aos objetivos estratégicos da OIT, são eles: promover os princípios fundamentais e direitos no trabalho com base em um sistema de supervisão e de aplicação de normas; promover melhores oportunidades de emprego/renda para mulheres e homens em condições de livre escolha, de não discriminação e de dignidade; aumentar a abrangência e a eficácia da proteção social; e fortalecer o tripartismo e o diálogo social. Sobre a estrutura tripartite da OIT vide MESQUITA; REIS, *Composição tripartite... In: Anais...*

<sup>552</sup> BARZOTTO, *Direitos humanos e...*, p. 76.

<sup>553</sup> Afirma RACCIATTI: “Em nossa disciplina, esta fonte adquire tal importância que o próprio aparecimento da legislação trabalhista é contemporânea às primeiras tentativas e propostas de internacionalização de suas normas. Desse modo, a internacionalização não é uma etapa da evolução do direito do trabalho, mas uma característica essencial sempre presente”. RACCIATTI, *Tratado internacional... In: RODRIGUEZ, Estudos sobre...*, p. 95.

<sup>554</sup> BARZOTTO, *Direitos humanos e...*, p. 94.

Particularmente na seara justralhista, a proeminência dos instrumentos normativos internacionais de regência do trabalho e emprego justifica-se à vista de consubstanciarem em poderoso instrumento civilizatório, favorecendo a retificação das distorções do sistema capitalista no plano internacional e resistência à tendência de rebaixamento dos padrões sociojurídicos dos trabalhadores, ante o enfraquecimento da proteção nacional no cenário de globalização econômica.<sup>555</sup>

Não se deve olvidar, portanto, que as normas internacionais do trabalho reverberam piso mínimo universal de proteção laboral, aceitável pela comunidade internacional, direcionado pela diretriz de progressiva ampliação pelo direito interno, não tendo, em hipótese alguma, vocação para a redução de patamares normativos já alcançados no plano interno de cada Estado. Esse entendimento decorre diretamente do princípio da norma mais favorável, do princípio da norma mínima e do princípio da vedação do retrocesso social, amplamente reconhecidos no plano internacional.

Nessa mesma direção, BARTOLOMEI DE LA CRUZ: “nessas circunstâncias [de crise econômica], os instrumentos internacionais em matéria trabalhista assumem sua verdadeira importância como normas mínimas, da mesma forma que o mecanismo de controle de sua aplicação”.<sup>556</sup>

Quanto às funções das normas internacionais do trabalho, é possível sintetizar dizendo que são: a *normativa*, representando diretrizes sociais globais mínimas de tutela e civilizatórias da prestação do trabalho, quando ratificadas e vigentes; a *interpretativa*, uma vez que servem para balizar a interpretação das normas internas e internacionais; e a *integradora*, porquanto integram os sistemas nacionais e internacional de proteção ao trabalhador.<sup>557</sup>

Registre-se que, segundo BARZOTTO<sup>558</sup>, são espécies de documentos normativos internacionais emanados da OIT: a Constituição<sup>559</sup>, as convenções, as recomendações, as

---

<sup>555</sup> MURADAS, *O princípio da...*, p. 104.

<sup>556</sup> *In Prólogo da 1ª edição SÜSSEKIND, Convenções da OIT*, p. 12.

<sup>557</sup> Cf. BARZOTTO, *Direitos humanos e...*, p. 98-100; e cf. RACCIATTI, *Tratado internacional... In: RODRIGUEZ, Estudos sobre...*, p. 117-120.

<sup>558</sup> BARZOTTO, *Direitos humanos e...*, p. 86.

<sup>559</sup> A Constituição da OIT, adotada no ano de 1919, converteu-se na Parte XIII do Tratado de Versalhes e foi elaborada considerando os sentimentos de justiça e paz no mundo. Ela é fonte primária da qual emanam todas as outras fontes, sendo que o Estado, ao se tornar membro da OIT, compromete-se solenemente no cumprimento da Constituição da Organização.

declarações<sup>560</sup>, os protocolos<sup>561</sup>, as resoluções<sup>562</sup>, as orientações<sup>563</sup> e os Trabalhos dos Órgãos de Supervisão da OIT<sup>564</sup>, além dos demais documentos autorizados.<sup>565</sup>

Em conformidade com a práxis internacional, todo acordo de vontades entre Estados e/ou organismos internacionais terá a natureza de tratado internacional, independentemente da denominação que lhe seja atribuída (*e.g.* tratado, convenção, convênio, acordo, pacto, carta).

A Convenção de Viena, de 1969, no art. 2º, §1º, “a”, define os tratados como o “acordo internacional celebrado por escrito entre Estados e regido pelo direito internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação particular”. DELGADO os define como “documentos obrigacionais, normativos e programáticos firmados entre dois ou mais Estados ou entes internacionais”.<sup>566</sup>

É de ressaltar que no campo do Direito Internacional do Trabalho a OIT elege a terminologia *convenções internacionais*, entendidas como “tratados multilaterais abertos, de caráter normativo” por SÜSSEKIND<sup>567</sup>, que, segundo MURADAS:

[...] são espécies das quais tratados são gênero. As convenções se caracterizam, do prisma subjetivo, pela formulação e aprovação em organismo internacional e por consubstanciarem tratados multilaterais, com tendência de se possibilitar a

<sup>560</sup> As declarações são fontes do Direito Internacional do Trabalho, são atos unilaterais das Organizações Internacionais que confirmam ou reformulam normas de direito costumeiro, enunciam princípios gerais de Direito, e interpretam normas e princípios jurídicos contidos na constituição e estatutos. Cf. BARZOTTO, *Direitos humanos e...*, p. 87. Em sentido contrário, isto é, negando o caráter de fonte, DELGADO sustenta apenas o caráter pragmático não vinculante das declarações, “embora expedido por Estados soberanos em face de determinado evento ou congresso”. DELGADO, *Curso de Direito...*, 7. ed., p. 155. Ilustram-se como exemplos de declarações providas da OIT a da *Declaração da Filadélfia* e a Declaração de 1998, sobre os princípios e direitos fundamentais do trabalho.

<sup>561</sup> Os protocolos são instrumentos normativos utilizados pela OIT para fins de revisão alguma norma (dispositivo específico) constante das convenções internacionais do trabalho por ela emanada.

<sup>562</sup> “As resoluções são documentos aprovados pela Conferência Internacional do Trabalho pertinentes à administração da Organização Internacional do Trabalho. Não se trata, pois, de documento jurígeno em sentido estrito, não se dirigindo aos Estados, mas sim à regência da própria entidade internacional”. MURADAS, *O princípio da...*, p. 107.

<sup>563</sup> Orientações são observações, comentários e estudos remetidos aos Estados-membros pelo Diretor-Geral da OIT. Típico exemplo são aquelas orientações enviadas posteriormente à queixa feita por outro Estado e à decorrente análise feita pela Comissão de Inquérito após relatórios anuais.

<sup>564</sup> Os Trabalhos dos Órgãos de Supervisão são as jurisprudências procedidas da OIT. Ilustram-se pelas Comissões de Peritos, Comissões de Investigação, do Comitê de Liberdade Sindical, entre outros.

<sup>565</sup> São, tecnicamente, as doutrinas quando autorizadas como fontes pela OIT.

<sup>566</sup> DELGADO, *Curso de Direito...*, 7. ed., p. 154.

<sup>567</sup> Esclarece SÜSSEKIND: “Multilaterais, porque podem ter um número irrestrito de partes; abertos, porque podem ser ratificadas, sem limitação de prazo, por qualquer dos Estados-membros da OIT, ainda que esse Estado não integrasse a Organização quando da aprovação do tratado (o simples fato de estar filiado à OIT permite ao país aderir a qualquer das convenções até então adotadas, salvo as que foram revistas por outras e que, por esse motivo, não mais permanecem abertas à ratificação); de caráter normativo, porque contém normas cujo destino é a incorporação ao direito interno dos países que manifestaram sua adesão ao respectivo tratado”. SÜSSEKIND, *Convenções da OIT*, p. 30.

ratificação por outros Estados, ainda que não participantes da entidade internacional (tratados abertos). Além disso, sob a ótica objetiva, isto é, relativamente ao seu conteúdo, outra característica das convenções internacionais (embora não peculiar a este espécime jurídico) assenta-se no fato de mediante estes instrumentos se criarem as normas internacionais (tratados-normativos), distinguindo-se, pois, dos chamados tratados-contratos, pelos quais se regulam interesses recíprocos dos Estados envolvidos.<sup>568</sup>

Registrem-se, ainda, as chamadas “Convenções Fundamentais da OIT”, que versam sobre direitos humanos básicos. Elas independem de ratificação, vez que constantes do instrumento constitutivo da Organização e cuja obrigatoriedade decorre da simples adesão dos Estados-membros à OIT (há necessidade, inclusive, de manifestação expressa nesse sentido como requisito para tornar-se membro da OIT).<sup>569</sup>

Essas convenções fundamentais são reunidas em quatro grupos: *liberdade sindical e reconhecimento da negociação coletiva de trabalho* (Convenções 87 e 98); *erradicação do trabalho forçado e obrigatório* (Convenções 29 e 105); *não discriminação no emprego* (Convenções 100 e 111); e *fixação da idade mínima para o trabalho e erradicação das piores formas do trabalho infantil* (Convenções 138 e 182).

Merecem também destaque as recomendações provenientes da OIT. Elas são instrumentos aprovados pela Conferência Internacional do Trabalho, de caráter programático, não submetidas à ratificação pelos Estados-membros, que enunciam “aperfeiçoamento normativo considerado relevante para ser incorporado pelos Estados”.<sup>570</sup> Leciona BOBBIO:

O que na terminologia do direito internacional é recomendação, na terminologia jurídica tradicional e na linguagem comum é conselho, vale dizer, uma proposição cuja força de influir sobre o comportamento alheio não atinge a eficácia máxima como a da obrigatoriedade.<sup>571</sup>

<sup>568</sup> MURADAS, *O princípio da...*, p. 107.

<sup>569</sup> Dispõe o artigo 1 da Constituição da OIT: “2. Serão Membros da Organização Internacional do Trabalho os Estados que já o eram a 1º de novembro de 1945, assim como quaisquer outros que o venham a ser, de acordo com os dispositivos dos parágrafos 3º e 4º do presente artigo. 3. Todo Estado-Membro das Nações Unidas, desde a criação desta instituição e todo Estado que for a ela admitido, na qualidade de Membro, de acordo com as disposições da Carta, por decisão da Assembléia Geral, podem tornar-se Membros da Organização Internacional do Trabalho, comunicando ao Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho que aceitou, integralmente as obrigações decorrentes da Constituição da Organização Internacional do Trabalho. 4. A Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho tem igualmente poderes para conferir a qualidade de Membro da Organização, por maioria de dois terços do conjunto dos votos presentes, se a mesma maioria prevalecer entre os votos dos delegados governamentais. A admissão do novo Estado-Membro tornar-se-á efetiva quando ele houver comunicado ao Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho que aceita integralmente as obrigações decorrentes da Constituição da Organização”. (sem destaque no original).

<sup>570</sup> DELGADO, *Curso de Direito...*, 7. ed., p. 155.

<sup>571</sup> BOBBIO, *Teoria da norma...*, p. 101.

Não pode haver dúvida, portanto, que as recomendações (junto com as resoluções e às orientações da OIT) são normas jurídicas<sup>572</sup>, contudo sem força da obrigatoriedade, dotadas apenas do caráter pragmático. Isto é, apenas sugerem a ação dos Estados-membros em determinada direção, seja para a adoção de políticas legislativas ou de programas executivos.

Conforme o art. 19, §19, da Constituição da OIT, a recomendação é adotada “se a questão tratada, ou um dos seus aspectos, não se preste, no momento, para a adoção de uma convenção”. Além disso, embora não seja sujeita à ratificação, o referido documento fixa a obrigatoriedade de os Estados-membros submetê-las à apreciação da autoridade competente no plano nacional, no prazo de dezoito meses (cf. art. 19, §6º, da Constituição da OIT).

Por essa razão, o *Manual de Procedimentos em matéria de convenções e recomendações internacionais do trabalho da OIT* prescreve:

As convenções não têm automaticamente força de lei e só entram em vigor num Estado mediante um ato de ratificação. Não obstante, quer se trate de convenções quer se trate de recomendações, os Países-Membros têm a obrigação de submeter seus textos às competentes autoridades nacionais.<sup>573</sup>

---

<sup>572</sup> DEVEALI afirma a natureza jurídica das convenções, recomendações e resoluções internacionais do trabalho, esclarecendo que “[...] são de diferentes intensidades, do ponto de vista de sua característica normativa, as recomendações aprovadas pelas Conferências Internacionais do Trabalho da OIT, assim como suas resoluções e igualmente as declarações de outros congressos internacionais”. DEVEALI, Mario. *Tratado de Derecho del Trabajo*. Buenos Aires: La ley, 1964, p. 354 *apud* MURADAS, *O princípio da...*, p. 108.

<sup>573</sup> ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, *Manual de Procedimentos em matéria de convenções e recomendações internacionais do trabalho*. Brasília: Ministério do Trabalho/MTb, 1993a, p. 12.



No âmbito brasileiro, segundo REZEK<sup>574</sup>, a legitimidade subjetiva (competência) para a celebração de tratados e convenções internacionais (ato complexo) deriva da conjugação de vontades do Poder Executivo<sup>575</sup> e do Poder Legislativo, conforme previsto nos arts. 84, VIII<sup>576</sup>, e 49, I<sup>577</sup>, da CRFB.

Salienta-se que a ratificação – ato formal de aceitação, vinculação e adesão ao tratado, privativo do Presidente da República, posto que Chefe de Estado – consiste em ato de soberania, deixado a cargo da República Federativa do Brasil (pessoa jurídica de direito internacional). Todavia, em face da sistemática constitucional brasileira e conforme doutrina majoritária, a ratificação do tratado deve ser precedida da aprovação pelo Congresso Nacional e da consequente promulgação via Decreto Legislativo.

Assim, o Presidente da República não poderá ratificar um tratado não aprovado pelo Congresso Nacional (ao qual compete resolver definitivamente sobre os tratados, cf. art. 49, I, da CRFB), sob pena de flagrante inconstitucionalidade.

Por força do §5º, “d”, do art. 19 da Constituição da OIT, o Estado que ratifica uma convenção se compromete no plano internacional a adotar “as medidas necessárias para tornar efetivas as disposições da referida convenção”. Essa obrigação, segundo o *Manual de Procedimentos em matéria de convenções e recomendações da OIT*, “não consiste unicamente em integrar a convenção na legislação, mas também na necessidade de assegurar sua aplicação prática”.<sup>578</sup>

---

<sup>574</sup> REZEK, José Francisco. *Curso elementar de Direito Internacional público*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 11 *apud* MURADAS, *O princípio da...*, p. 115.

<sup>575</sup> A competência é privativa do Presidente da República para celebrar tratados. Contudo, esta competência pode ser delegada ao Ministro das Relações Exteriores e a outras pessoas que tenham conhecimento da temática discutida, denominados de “agentes plenipotenciários”. O instrumento pelo qual essa competência é delegada designa-se *Carta de Plenos Poderes*, na qual se autoriza o agente para a negociação de tratado e prevê os limites para a essa negociação. Por força do previsto no art. 8º da *Convenção de Viena*, pacífico que essa delegação é presumida para o Ministro das Relações Exteriores. Importante esclarecer, ainda, que o agente plenipotenciário tem autorização para *assinar* o tratado internacional, entendido como ato de autenticação do texto e de manifestação da *intenção* do Estado em se obrigar futuramente (duplicidade de efeitos), que não se confunde com o ato de ratificação do tratado, por meio do qual o Chefe de Estado manifesta formalmente o seu consentimento e efetivamente se obriga no plano internacional. Logo, deve restar claro: a assinatura e a autenticação do tratado não se confundem com a sua ratificação, não gerando obrigatoriedade do tratado para o Estado (este encargo só ocorre com a ratificação, conforme a *Convenção de Havana*, de 1928).

<sup>576</sup> Art. 84, VIII, da CRFB: “Compete privativamente ao Presidente da República: VIII – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos à referendo do Congresso Nacional”.

<sup>577</sup> Art. 49, I, da CRFB: “É da competência exclusiva do Congresso Nacional: I – resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”.

<sup>578</sup> ORGANIZAÇÃO..., *Manual de procedimentos...*, p. 16.

### 5.3.1 O princípio da progressividade e o princípio da vedação do retrocesso no Direito Internacional do Trabalho

MURADAS, a partir da dinâmica dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos (incluídos os trabalhistas), amparada em moderna doutrina defensora e afirmadora dos direitos humanos<sup>579</sup> e respaldada por diversidade de documentos normativos internacionais do trabalho<sup>580</sup>, difunde o princípio da vedação do retrocesso sociojurídico<sup>581</sup> ao trabalhador no âmbito do Direito Internacional do Trabalho como consectário direito do princípio da progressividade.

Justifica a autora o seu recurso interpretativo para a formulação da reserva implícita do retrocesso sociojurídico do trabalhador na esfera do Direito Internacional do Trabalho: na natureza jurídica dos direitos dos trabalhadores firmados na instância internacional, na razão de ser das convenções internacionais do trabalho (*ratio legis*), nas finalidades deste espécime normativo (*telos*) e, especialmente, nas disposições constitucionais da Organização Internacional do Trabalho.<sup>582</sup>

Dessa forma, assevera e conclui:

Os direitos humanos, com lastro nos valores universais da *dignidade da pessoa, liberdade, igualdade e fraternidade* que figuram como conquistas históricas definitivas da humanidade, reclamam uma tutela vigorosa. Relativamente aos direitos econômicos, sociais e culturais exige-se ainda uma realização sempre *progressiva*, razão pela qual acerca destes direitos *não pode admitir o retrocesso*.<sup>583</sup>

Contudo, o princípio da vedação do retrocesso não se restringe ao domínio do Direito Internacional do Trabalho. No prisma do Direito Constitucional, CANOTILHO formula o princípio da proibição do retrocesso social da seguinte maneira:

---

<sup>579</sup> Exemplificam-se com os seguintes nomes: Cançado Trindade, Nicolas Válticos, Flávia Piovesan, Antônio Boggiano, Massimiliano Delfino, Celso Lafer e José Joaquim Gomes Canotilho, entre outros.

<sup>580</sup> Ilustram-se com alguns documentos internacionais nos quais a autora baseia sua tese de progressividade da proteção da pessoa humana e da reserva implícita do retrocesso sociojurídico do trabalhador: art. 30 da Declaração de Direitos do Homem, art. 5º do Pacto de Direitos Cívicos e Políticos (1966), art. 5º do Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), Diploma Internacional de Proteção aos Direitos Humanos de Teerã (1968), Diploma Internacional de Proteção aos Direitos Humanos de Viena (1993), art. 29 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, art. 1.1 da Convenção contra a Tortura, art. 41 da Convenção sobre os Direitos da Criança e art. 19, VIII, da Constituição da OIT.

<sup>581</sup> Também designado de cláusula de proibição de evolução reacionária, regra do não retorno da concretização, princípio da proibição da retrogradação. Cf. FILETI, O princípio da..., *Jus Navigandi*.

<sup>582</sup> MURADAS, *O princípio da...*, p. 126.

<sup>583</sup> MURADAS, *O princípio da...*, p. 126.

O núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa ‘anulação’, ‘revogação’ ou ‘aniquilação’ pura e simples desse núcleo essencial. A liberdade do legislador tem como limite o núcleo essencial já realizado.<sup>584</sup>

Já no âmbito do Direito pátrio, argumenta FILETI:

O princípio tem sede material na Constituição brasileira de 1988, decorrendo dos princípios do Estado social e democrático de direito, da dignidade da pessoa humana, da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais, da segurança jurídica e da proteção da confiança, do valor social do trabalho e da valorização do trabalho humano. Além disso, o princípio decorre da imposição constitucional de ampliação dos direitos fundamentais sociais, da redução das desigualdades sociais e da construção de uma sociedade marcada pela solidariedade e pela justiça social. Levam-se em consideração, ainda, a tendência do direito internacional de progressiva implementação efetiva da proteção social por parte dos Estados e o argumento de que a negação do princípio significaria que o legislador dispõe do poder de livremente tomar decisões, ainda que em flagrante desrespeito à vontade expressa do legislador constituinte.<sup>585</sup>

Aufere-se, então que a “noção de vedação do retrocesso social está de maneira indissolúvel vinculada à noção de progresso, que por sua vez se define como “marcha adiante, movimento em uma direção definida”.<sup>586</sup> Além disso, atua inquestionavelmente como limite material à edição normativa, mormente aquela tendente a precarizar, reduzir ou suprimir direitos humanos.

Por essa razão, comumente são arrolados dois principais conteúdos do princípio da vedação do retrocesso social: o positivo e o negativo. O conteúdo positivo reside no dever de o legislador perseverar no propósito de ampliar, progressivamente e de acordo com as condições fáticas e jurídicas, o grau de concretização dos direitos fundamentais sociais, “não se trata de mera manutenção do *status quo*, mas de imposição da obrigação de avanço social”.<sup>587</sup> O negativo refere-se à imposição ao legislador de, na atividade legiferante, respeitar a não supressão ou a não redução do grau de densidade normativa que os direitos fundamentais já tenham alcançado por meio do arcabouço normativo-positivo.<sup>588</sup>

Analisando o princípio da progressividade no domínio do Direito Internacional dos direitos humanos, assinala MURADAS:

<sup>584</sup> CANOTILHO, *Direito Constitucional*, p. 468.

<sup>585</sup> FILETI, O princípio da..., *Jus Navigandi*.

<sup>586</sup> MURADAS, *O princípio da...*, p. 20.

<sup>587</sup> Cf. FILETI, O princípio da..., *Jus Navigandi*.

<sup>588</sup> Cf. FILETI, O princípio da..., *Jus Navigandi*.

[...] o princípio da progressividade dos direitos sociais, concebido no domínio teórico do Direito Internacional dos direitos humanos, enuncia o *compromisso internacional* dos Estados promoverem, no máximo de seus recursos disponíveis, a proteção da pessoa humana em sua dimensão econômica, social e cultural. Pelo Princípio da progressividade dos direitos humanos de caráter econômico, social e cultura, *vincula-se a atividade legiferante nacional ao progresso ininterrupto das condições de proteção à pessoa humana na sua dimensão social*, sendo juridicamente inviável a eliminação dos padrões sociais já estabelecidos, sem a correspondente criação de um conjunto normativo compensatório e qualitativamente mais vantajoso.<sup>589</sup>

Demais, vislumbra-se que a ideia de progressividade no campo do Direito do Trabalho atua como diretriz em dois sentidos não excludentes: o horizontal e o vertical. O primeiro é atribuído como função do Direito Individual do Trabalho e o segundo, como função do Direito Coletivo do Trabalho.

A *progressividade horizontal* em matéria justralhista deve ser verificada e perquirida sobremaneira pelo segmento individual do Direito do Trabalho, no sentido de extensão do seu manto tutelar regulamentador a universo cada vez maior de trabalhadores (não apenas aos subordinados clássicos). Nesse aspecto, o princípio da progressividade exercido pelo Direito individual do Trabalho atua na promoção de um mínimo de distribuição de riquezas; na retirada de maior número de pessoas da condição de absoluta miserabilidade, conferindo-lhes um mínimo de civilidade, alcançada por intermédio de também um mínimo poder aquisitivo; e na imposição de freios e limites à justiça cumulativa abusiva da exploração do capital sobre o trabalho.

Por outro lado, a *progressividade vertical* em matéria justralhista deve ser processada e buscada com esmero sobremaneira pelo segmento coletivo do Direito do Trabalho e pelos movimentos reivindicativos sindicais e da negociação coletiva. Nessa dimensão, o princípio da progressividade atua na elevação do patamar heterônimo mínimo, seja em termos quantitativos ou qualitativos de direitos, promovendo, em certa medida, a justiça distributiva e reduzindo a desigualdade socioeconômica entre os homens.

O princípio da progressividade, desempenhado nesses dois sentidos complementares (horizontal e vertical), fomenta que o Direito do Trabalho exerça efetivamente importante função de realização da justiça social e reafirmação da dignidade humana.

O princípio da vedação do retrocesso no Direito do Trabalho, além de ser consectário do da progressividade, tem matizes outras, também de fundo principiológico: o princípio da proteção, o princípio da norma mínima e o princípio da norma mais favorável.

---

<sup>589</sup> MURADAS, *O princípio da...*, p. 21.

Decorre, primeiramente, do princípio da proteção, que, como visto, é a gênese do Direito do Trabalho, ponto de partida para a formação do Direito do Trabalho, o fio condutor para seu desenvolvimento e motriz para a sua existência, sem o qual o ramo juslaboral perde seu sentido ontológico, teleológico e axiológico.

O princípio da vedação do retrocesso deriva, ainda, do princípio da norma mais favorável, que atua como critério de aplicação das normas do Direito do Trabalho e como limite material dessa normatividade, fixando limites ao detentor do poder normativo na escolha do repertório normativo.

Ele resulta também do princípio da norma mínima, que afiança o entendimento de que as normas do Direito do Trabalho, irrenunciáveis e imperativas, são instituidoras de um rol mínimo de direito deferidos aos trabalhadores, gravados pela inderrogabilidade.

O princípio da vedação do retrocesso também provém da função central desempenhada pelo Direito do Trabalho – a tutela do trabalhador direcionada a imprimir uma melhoria progressiva (ininterrupta e sem retrocessos) das condições de contratação, econômica e social do trabalhador –, que, por sua vez, é auferida do conjunto normativo do Direito do Trabalho, inclusive de procedência constitucional (ilustra-se com os arts. 7º, *caput*, e 1º, III e IV, da CRFB).

Pode-se enunciar, então, que o princípio da proibição do retrocesso social tem por escopo a vedação da supressão ou da redução de direitos fundamentais econômicos, sociais e culturais já incorporados ao patrimônio jurídico dos homens. Assim, atua na preservação de um patamar jurídico-normativo já conquistado, na defesa contra sua restrição ou supressão arbitrária e despropositada.

Com efeito, ele opera na proteção do núcleo essencial e intangível dos direitos fundamentais, inclusive os trabalhistas, coadunando-se com a tutela à dignidade do homem pugnada pelo Estado Democrático de Direito. Por essa razão, leciona CANOTILHO: “os direitos sociais e econômicos (ex: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez alcançados ou conquistados, passam a constituir, simultaneamente, uma *garantia institucional* e um *direito subjetivo*”.<sup>590</sup>

---

<sup>590</sup> CANOTILHO, *Direito Constitucional*, p. 468.

## **6 AS NORMAS DO DIREITO DO TRABALHO: DETIDO ENFOQUE NAS PROVENIENTES DOS INSTRUMENTOS DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA DE TRABALHO**

Após a compreensão do Direito enquanto ordenamento jurídico, composto por pluralidade de normas oriundas de diversificadas fontes, necessário, neste momento, investigar alguns aspectos das normas jurídicas, a fim de alcançar adequada compreensão daquelas oriundas dos instrumentos decorrentes da negociação coletiva de trabalho.

Em um primeiro momento, são apreciadas as características de “imperatividade” e de “infastabilidade” das normas do Direito do Trabalho, das quais decorre o princípio da irrenunciabilidade. Após, vale-se de entendimentos de BOBBIO e REALE, concomitantemente, de forma complementar, na tentativa de estabelecer uma interlocução entre os autores acerca da tríade relacionada às maneiras de investigação da norma jurídica: eficácia, justiça e validade. A partir daí, são analisadas as convenções e os acordos coletivos sobre esses três aspectos.

### **6.1 As normas jurídico-trabalhistas: a imperatividade e o princípio da irrenunciabilidade**

Apesar de as normas jurídico-trabalhistas incidirem sobre relações jurídicas de cunho privado (estabelecidas entre tomador de serviços e trabalhador), elas são, em sua grande maioria, imperativas, obrigatórias, indisponíveis e marcadas pelo signo de ordem pública.

A finalidade destes atributos normativos é restringir a autonomia da vontade privada, em nome de interesses sociais maiores: a tutela do trabalhador, a fim de garantir-lhe direitos fundamentais mínimos (cf. princípios da proteção e da norma mínima, ambos já aludidos), e de reequilibrar a relação jurídica estabelecida entre as partes contratuais trabalhistas.

Nesse sentido, a imperatividade e a indisponibilidade das normas juslaborais atuam na guarita do nível de proteção abaixo do qual é inadmitido o trabalho humano com dignidade, determinando, ainda, que o rol mínimo de direitos ilibados não pode ser reduzido por intermédio do convencionado pelas partes, seja individualmente, seja coletivamente, isto

porque o Direito do Trabalho carrega em si mesmo o signo da ordem pública social. Este catálogo mínimo de direitos e garantias recebeu de DELGADO o designativo de “patamar civilizatório mínimo”.<sup>591</sup>

É de recordar que esse atributo da imperatividade das normas de Direito do Trabalho advém com o processo de socialização do Direito, em oposição ao contexto liberal quando do surgimento do ramo juslaboral, no qual prevaleciam normas dispositivas. Nesse processo, “o pensamento liberal da igualdade é substituído pelo pensamento social da equiparação”.<sup>592</sup>

Com efeito, a maior parte (se não quase todas) das normas que constroem e integram o arcabouço normativo do Direito do Trabalho é de ordem pública, e as relações de trabalho, sujeitas originariamente ao *jus dispositivum*, encontram-se submetidas, nos dias atuais, ao *jus cogens*, caráter que importa em estabelecer o primado do interesse social sob a vontade individual.

Então, é importante para esta análise melhor compreender o alcance conceitual de normas dispositivas e de normas cogentes, bem como o significado de ordem pública.

GOTTSCHALK apresenta a distinção entre o *jus cogens* (norma imperativa) e o *jus dispositivum* (norma dispositiva):

[...] é direito imperativo quando a ordem jurídica não confere ao sujeito de direito a faculdade de regulamentar livremente suas relações jurídicas, mas determina sua conduta de modo absoluto, soberano, incondicional. É direito dispositivo, quando a própria ordem jurídica delega aos sujeitos de direito o poder de formular sua própria norma de conduta, condicionada a obrigatoriedade da norma legal à não utilização dessa faculdade.<sup>593</sup>

---

<sup>591</sup> Para o autor, o patamar civilizatório mínimo são as normas de indisponibilidade absoluta, imantadas por tutela de interesse público, que a sociedade democrática não concebe ver reduzido em qualquer segmento econômico-profissional, sob pena de afronta à própria dignidade da pessoa humana e à valorização mínima deferível ao trabalho. Esse patamar civilizatório mínimo, sob a ótica de DELGADO, é essencialmente estabelecido por três grupos convergentes de normas trabalhistas heterônomas: *as normas constitucionais em geral*, respeitadas as ressalvas parciais expressamente feitas pela própria CRFB (art. 7º, incisos VI, XIII e XIV); *as normas de tratados e convenções internacionais vigorantes no plano interno brasileiro*, referidas pelo art. 5º, §2º, da CRFB; e *as normas legais infraconstitucionais que asseguram patamares de cidadania ao indivíduo que labora* (preceitos relativos à saúde e à segurança no trabalho, normas concernentes a bases salariais mínimas, normas de identificação profissional, dispositivos antidiscriminatórios etc). DELGADO, *Curso de Direito...*, 7. ed., p. 117.

<sup>592</sup> SÜSSEKIND *et al.* *Instituições de Direito...*, v. 1, p. 117.

<sup>593</sup> GOTTSCHALK, Egon Felix. *Norma pública e privada no Direito do Trabalho*. São Paulo, 1944, p. 192. *apud* PLÁ RODRÍGUEZ, *Princípios de Direito...*, p. 73.

No que concerne às normas de ordem pública, “são aquelas que, em um Estado, estabelecem princípios, cuja manutenção se considera indispensável à organização da vida social”.<sup>594</sup> No mesmo sentido, mas com fundamentos diversos, preleciona MORAIS FILHO:

Ordem pública significa o que não pode ser derogado, renunciado, por simples manifestação de vontade dos particulares. É o que o Estado julga imprescindível e essencial para a sobrevivência da própria sociedade, o bem comum, o interesse geral. Sempre, em todos os tempos, uma certa porção de atos humanos foram tidos como necessários e obrigatórios para esse *desideratum*.<sup>595</sup>

Pertinente também colacionar entendimento esclarecedor de FERRAZ JÚNIOR:

Nem todos os atos dos entes públicos são soberanos. Quando o são, porém, aparece o *jus imperii*. Suas normas são, então, cogentes, pois pressupõem o interesse da ordem pública. É o princípio do interesse público relevante que, se contrastando com interesses privados, prevalece em última instância sobre eles. Esse interesse público pode ser do próprio Estado, no caso do Direito Administrativo, mas pode ser o de toda a comunidade, no caso do Direito Penal. Nesse caso, é o interesse da justiça, como um valor social global. O ente público que aplica as normas penais não age no interesse próprio, mas no da justiça, para e pela comunidade. A diferença é importante, pois evita confundir o Estado com a própria sociedade. Quando o ente público pressupõe o interesse relevante do Estado, vê nesse uma parte do todo social que, por sua importância *para* o todo, deve prevalecer. Quando vê no interesse relevante o interesse do todo social é a justiça, como um valor global da comunidade, que prevalece.<sup>596</sup>

Sintetiza-se, então, da seguinte maneira: *normas dispositivas* são aquelas por meio das quais o ordenamento jurídico atribui aos particulares poder normativo para formular as próprias normas de conduta, inclusive de forma diversa da expressamente regulamentada pela norma heterônoma, embora segundo parâmetros legais flexíveis. Já as *normas imperativas* são aquelas por meio das quais a ordem jurídica limita de forma rígida a autonomia privada, determinando os exatos termos como as condutas humanas devem ocorrer (de modo absoluto, soberano, incondicional e inarredável). Nas dispositivas, há liberdade relativa para a pactuação das relações jurídicas; nas imperativas, o pactuado deve se ater a rígidos limites legais.

Já o significado de normas de ordem pública – diretamente relacionada às normas imperativas, porquanto vão fundamentar essa característica – abrange aquelas que carregam em si a marca da inderrogabilidade e da irrenunciabilidade pela vontade dos particulares.

<sup>594</sup> BEVILAQUA, *Direito Internacional...*, p. 108.

<sup>595</sup> MORAIS FILHO, Evaristo. *A natureza jurídica do Direito do Trabalho*. 1954, p.100, *apud* PLÁ RODRÍGUEZ, *Princípios de Direito...*, p. 75.

<sup>596</sup> FERRAZ JÚNIOR, *Introdução ao estudo...*, p. 111.



Ordem pública é a razão ou o objetivo maior do Estado em regular de determinado modo algumas matérias que julga imprescindível e essencial à sobrevivência e à harmonia social, ao bem comum ou ao interesse geral.

No caso das normas do Direito do Trabalho, a marca da ordem pública é direcionada essencialmente pelo interesse na justiça social, por meio da proteção e em deferência ao ser humano que trabalha, consubstanciando um objetivo geral de toda a comunidade.

Assim, limitando a autonomia das partes, o Estado transfere para si a responsabilidade pelo equilíbrio das relações de emprego e, principalmente, pela proteção e reafirmação da dignidade da pessoa do trabalhador, visando alcançar concomitantemente a justiça e a paz social. É daí que se extrai o interesse público das normas juslaborais. Por essa razão, SOUTO MAIOR afirma que a própria “verificação da relação de emprego é, efetivamente, uma questão de ordem pública”.<sup>597</sup>

É de ressaltar, todavia, que a presença de normas de ordem pública, imperativas e inderrogáveis não é uma particularidade do Direito do Trabalho: todos os ramos jurídicos são marcados por ambas as espécies normativas. Entretanto, o Direito do Trabalho leva a certo clímax o signo da ordem pública, constituindo a regra a inderrogabilidade das suas normas e a irrenunciabilidade dos direitos e das garantias delas advindos. É esta a procedência de importante princípio específico e cardeal do Direito do Trabalho: o princípio da irrenunciabilidade, ou da indisponibilidade de direitos<sup>598</sup>, que encontra positivado no ordenamento jurídico brasileiro em pelo menos três relevantes dispositivos celetistas: arts. 9º<sup>599</sup>, 444<sup>600</sup>, 468.<sup>601</sup>

HINOJOSA fundamenta o princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas na noção de ordem pública, assinalando que, em regra, os direitos concedidos pelas normas

<sup>597</sup> SOUTO MAIOR, A supersubordinação... In: *Revista do Tribunal...*, p. 172.

<sup>598</sup> Para DELGADO, o epíteto da irrenunciabilidade não lhe parece adequado para revelar a amplitude deste princípio laboral, porquanto a renúncia é ato unilateral e o princípio em estudo abrange também os atos bilaterais de disposição de direitos que impliquem prejuízo ao trabalhador (transação). Para este autor, melhor seria a utilização do epíteto da indisponibilidade dos direitos trabalhistas. Todavia, os dois epítetos são utilizados para englobar toda a essência do princípio em estudo, constituindo ambos formas de nomenclatura corretas de expressão. DELGADO, *Princípios de Direito...*, p. 47-8.

<sup>599</sup> Prescreve o art. 9º, da CLT: “Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação”.

<sup>600</sup> Dispõe o art. 444, da CLT: “As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes”.

<sup>601</sup> Preceitua o art. 468, da CLT: “Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia”.

são renunciáveis, a não ser que esta renúncia contrarie interesse ou ordem pública ou, ainda, quando implique prejuízos a terceiros. Relacionando o princípio ao Direito do Trabalho, o autor sustenta que “é questão de ordem pública que o trabalho humano seja devidamente protegido e remunerado”<sup>602</sup>, além do fato de que a renúncia aos direitos trabalhistas importa, “quase sempre, em prejuízo de terceiros – dos familiares do trabalhador, dos companheiros de trabalho, que por sua tibieza, se veriam constrangidos a aceitar condições inferiores de trabalho”.<sup>603</sup>

DURAND E JAUSSAUD, citados por PLÁ RODRIGUES justificam o princípio da irrenunciabilidade da seguinte forma:

As regras de Direito do Trabalho são objeto de sanções rigorosas. Este direito está marcado pelo signo da ordem pública. **A maior parte das regras que contém não podem ser descartadas por contratos individuais, nem sequer por contratos coletivos.** A legislação social tem por fim assegurar a proteção dos débeis e de manter a paz social: não se conceberia que vontade privada pudesse destruir as previsões legais<sup>604</sup> (destaques acrescentados).

É de reconhecer, portanto, que existem diversas formas de fundamentação do princípio da irrenunciabilidade: no caráter imperativo das normas trabalhistas, na noção de ordem pública, como forma de limitação da autonomia da vontade e “na presunção de vício de consentimento nos atos jurídicos do empregado.”<sup>605</sup> Todas essas razões estão alicerçadas na hipossuficiência do trabalhador e em sua necessidade de tutela legal. Não obstante, pode-se dizer que estas distintas fundamentações se completam de forma harmoniosa, justificando a existência de princípio de tanta importância para a dinâmica trabalhista.

Antes de adentrar propriamente na análise da abrangência do princípio da irrenunciabilidade, é necessário trazer à tona breve noção jurídica de renúncia e de transação.

Renúncia, do latim *renuntiatio*, de *renuntiare* (declarar ou anunciar que deixa, desistir, abdicar), conforme enunciado por DE PLÁCIDO E SILVA, no sentido jurídico, “designa o abandono ou a desistência do direito que se tem sobre alguma coisa. Nesta razão, a renúncia

<sup>602</sup> HINOJOSA, Juan de. *El contrato de Trabajo*. Comentarios a la ley de 1931, p. 125, *apud* PLÁ RODRÍGUEZ, *Princípios de Direito...*, p. 68.

<sup>603</sup> HINOJOSA, *El contrato de...*, p. 125, *apud* PLÁ RODRÍGUEZ, *Princípios de Direito...*, p. 68.

<sup>604</sup> DURAND, Paul; JAUSSAUD, R. *Traité de Droit du Travail*. Paris, 1947, t. I, p. 248. *apud* PLÁ RODRÍGUEZ, *Princípios de Direito...*, p. 76.

<sup>605</sup> Cf. PEDREIRA DA SILVA, *Principiologia do Direito...*, 2. ed., p. 124. O autor justifica a presunção de vício de consentimento na subordinação do empregado em relação ao empregador.

importa sempre num abandono ou uma desistência voluntária, pela qual o titular de um direito deixa de usá-lo ou anuncia que não o quer utilizar”.<sup>606</sup>

DE LA VILLA define a renúncia como “um negócio jurídico unilateral que determina o abandono de um direito, dentro dos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico”.<sup>607</sup> Trata-se, pois, do poder de disposição, “que consiste em fazer sair de nosso patrimônio um bem social que atualmente faz parte dele, mediante o negócio jurídico de disposição”.<sup>608</sup>

Salienta-se que a renúncia refere-se a um direito certo e existente, podendo, até mesmo, ser direito futuro. Porém, levando-se em conta que ninguém pode abdicar de direito que não lhe seja reconhecido, deve ser sempre certo, e não ser direito de alguma forma abrangido pela *res dúbia*: questões fáticas ou jurídicas duvidosas, incertas, sobre as quais permeia imprecisão razoável sobre a situação do objeto do acordo.

Ao contrário, a *res dúbia* apresenta-se como um requisito da transação, acrescido do requisito de que haja concessões recíprocas. Também imprescindível para ela a boa-fé dos pactuantes, em oposição a uma conduta fraudulenta e desleal. Caso ausente um destes requisitos, a transação estará descaracterizada. Portanto, será inválida para o Direito do Trabalho.

A partir desses requisitos, ORLANDO GOMES define a transação como “o contrato pelo qual, mediante concessões mutuas, os interessados previnem ou terminam um litígio, eliminando a incerteza de uma relação jurídica”.<sup>609</sup>

Como regra, no direito comum verifica-se a presença do princípio da renunciabilidade, “como uma qualidade intrínseca ao direito subjetivo conjuntamente com a faculdade de gozo”.<sup>610</sup>

Já no Direito do Trabalho, observa-se a vigência do princípio oposto, o da irrenunciabilidade, a saber: a impossibilidade de o trabalhador se privar dos direitos ou vantagens estabelecidos em proveito próprio, o que consiste em uma verdadeira limitação à sua autonomia da vontade, mormente em face de sua inquestionável hipossuficiência. Ademais, diante da imprevidência do empregado ou por interesse de maior ganho imediato, não raras seriam as vezes em que o trabalhador abdicaria, por exemplo, aos direitos atrelados

---

<sup>606</sup> DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico*, p. 701.

<sup>607</sup> VILLA, Luis Enrique de la. El principio de la irrenunciabilidad de los Derechos Laborales. *Revista Política Social*, Madri, n. 85, p. 9 e segs., 1970, *apud* PLÁ RODRÍGUEZ, *Princípios de Direito...*, p. 67.

<sup>608</sup> PEDREIRA DA SILVA, *Principiologia do Direito...*, 2. ed., p. 122.

<sup>609</sup> GOMES, *Contratos*, p. 501 *apud* PEDREIRA DA SILVA, *Principiologia do Direito...*, 2. ed., p. 135.

<sup>610</sup> PEDREIRA DA SILVA, *Principiologia do Direito...*, 2. ed., p. 122-3.

às normas de higiene e segurança no trabalho (inclusive concernentes à limitação de jornada de trabalho) com o fim de perceber retribuição financeira por essas renúncias.<sup>611</sup>

Então, o princípio da irrenunciabilidade importa na exclusão da possibilidade de o trabalhador abdicar voluntariamente, de maneira válida e eficaz, de seus direitos normativamente estabelecidos, na fase pré-contratual, na fase de celebração do contrato, ao longo de sua vigência e após sua cessação (inclusive durante o processo judicial trabalhista).

Analisando a renúncia nos momentos contratuais, a proibição à renúncia na fase pré-contratual e no momento da celebração do contrato de trabalho se justifica porquanto se assim não fosse nenhum empregado seria contratado antes de renunciar aos direitos que lhes são devidos. Caso assim fosse permitido, a renúncia se apresentaria como condição para a contratação.

No período da vigência do contrato de trabalho, a renúncia é mais ainda repelida, em vista da subordinação jurídica, da falta de garantia no emprego e do temor do desemprego. Caso autorizada a renúncia durante o curso do contrato, ela se apresentaria como condição para a manutenção do vínculo empregatício. Nesse diapasão, SOUTO MAIOR:

Trata-se, portanto, de importante preceito valorativo, que é a base da própria sobrevivência do direito do trabalho, visto que a situação de inferioridade econômica do trabalhador, ainda que coletivamente considerado – na atual conjuntura –, faz com que este, com facilidade, troque as garantias já conquistadas pela manutenção do emprego.<sup>612</sup>

Em se considerando a renúncia efetuada após o término do contrato de trabalho, embora o vínculo e, conseqüentemente, a subordinação jurídica já estejam rompidos, deve-se examinar se houve ou não coação por parte do empregador, posto que em muitos casos persiste e, até mesmo, agrava o estado de inferioridade e dependência econômica do trabalhador. Ora, estas circunstâncias são fortes elementos a implicar a renúncia por parte do trabalhador a alguns de seus direitos, sobretudo para receber imediatamente outros que lhes são devidos. Também nessas hipóteses a renúncia deverá ser considerada nula.

---

<sup>611</sup> “Acontece, assim, que quando o legislador se preocupa em garantir a segurança do trabalho e organiza um complexo sistema, permeado de obrigações a cargo dos empregadores, dos dirigentes e dos prepostos, não deixa de também instituir obrigações específicas impostas ao próprio trabalhador, sancionando-lhes penalmente a inobservância. Torna isto evidente que o legislador considera um bem preeminente, no plano geral e publicístico, o da integridade pessoal do trabalhador, e conseqüentemente da sua segurança, e tende assim a colocá-lo ao abrigo de qualquer atentado, mesmo quando provenha da própria parte interessada”. PEDREIRA DA SILVA, *Principiologia do Direito...*, 2. ed., p. 125.

<sup>612</sup> SOUTO MAIOR, *O Direito do Trabalho...*, p. 298.

Já no que se refere à transação e à renúncia perante a Justiça do Trabalho – amplamente praticadas e fomentadas pelo Judiciário Trabalhista, por meio da “conciliação judicial” –, contam com a interveniência do juiz e costumam versar sobre pedidos objetos do processo judicial ou sobre todos os direitos trabalhistas decorrentes do contrato de trabalho (hipótese prática mais comum).

Referida conciliação, contudo, seja na fase de conhecimento e, especialmente, na fase da execução do processo trabalhista, deve ser *a priori* refutadas e vista com muita cautela.

Ora, se, por certo, a conciliação é ótima para o advogado (que não precisa recorrer), para o juiz (que não precisa sentenciar e respeita às estatísticas para fins de promoção) e para o empregador-reclamado (que pagará menos e de forma parcelada), o mesmo raciocínio não é verdadeiro para o empregado. Sem dúvidas o credor trabalhista vai receber mais rápido os seus direitos quando “concilia” – sem as notórias delongas processuais –, entretanto, apenas parte deles. E a parte transacionada – diga-se (para a maior parte das vezes) renunciada – é motivada pela necessidade e urgência de o trabalhador de perceber os seus direitos.

Importante recordar o caráter alimentar das parcelas trabalhistas e o fato de que, geralmente, o trabalhador-autor encontra-se desempregado quando da propositura da ação judicial, o que potencializa a sua necessidade de recebimento e macula a livre manifestação da vontade na escolha do conteúdo conciliado.

E o pior de tudo é que o trabalhador acredita que fez um bom negócio com a conciliação: alegria falsa, vista apenas como uma monta financeira que ele nunca juntaria enquanto assalariado; alegria provisória, porque em poucos meses o *quantum* percebido com a conciliação será gasto com o atendimento de suas necessidades imediatas, e ele nada mais poderá reclamar porquanto deu quitação total do contrato de trabalho.

Neste esteio, SOUTO MAIOR:

Impõe-se, de uma vez por todas, uma mudança de perspectiva no Judiciário trabalhista a respeito da eficácia dos direitos sociais, até por conta da alteração constitucional imposta pela EC n. 45 ao art. 114, uma vez que foi retirada a ênfase que antes existia sobre a conciliação. A Justiça do Trabalho, que era competente, para conciliar e julgar, agora deve “processar e julgar.”<sup>613</sup>

---

<sup>613</sup> SOUTO MAIOR, A supersubordinação... In: *Revista do Tribunal...*, p. 191.

Dessa forma, com exceção da conciliação judicial que versa efetivamente sobre parcelas envoltas pela *res dúbia* (principalmente quando sobre elas recai o ônus probatório do trabalhador, cf. arts. 818<sup>614</sup> e 769<sup>615</sup> da CLT, c/c art. 333<sup>616</sup> do CPC), deve ser questionada e repelida a tão aclamada conciliação judicial, essencialmente sob os auspícios do princípio da irrenunciabilidade.

Depois de apreciados os diversos momentos nos quais a renúncia na seara trabalhista deve ser afastada, resta a esta oportunidade saber quais são as fontes jurídicas que emanam direitos irrenunciáveis. PINHO PEDREIRA assevera com precisão: os direitos assegurados por leis, convenções coletivas, acordos coletivos e contratos individuais de trabalho<sup>617</sup>, “todos esses atos normativos são insuscetíveis de derrogação, seja pela vontade de uma das partes ou de ambas, salvo se a derrogação for mais favorável ao trabalhador”.<sup>618</sup>

Para aqueles que comungam a ideia de que o agrupamento dos trabalhadores promove melhora em suas posições e, conseqüentemente, faz desaparecer a presunção de falta de higidez na manifestação de suas vontades, é permitida a renúncia de direitos por instrumentos normativos concluídos coletivamente.<sup>619</sup>

Em contrapartida, para aqueles que fundamentam o princípio da irrenunciabilidade na natureza indisponível das normas trabalhistas – posição teórica adotada neste trabalho – entende-se que as normas irrenunciáveis continuam sendo irrenunciáveis, seja o renunciante um sujeito individual ou coletivo, já que a convenção e o acordo coletivo não são meios hábeis para suprimir garantias trabalhistas mínimas já conquistadas.

PLÁ RODRIGUES levanta uma questão: as partes negociadoras da convenção coletiva podem autorizar renúncias por parte dos trabalhadores atuando individualmente? E esclarece:

---

<sup>614</sup> Art. 818 da CLT: “A prova das alegações incumbe à parte que as fizer”.

<sup>615</sup> Art. 769 da CLT: “Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título”.

<sup>616</sup> Art. 333 do CPC: “O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”.

<sup>617</sup> A irrenunciabilidade dos direitos oriundos dos contratos individuais de trabalho deriva do princípio da inalterabilidade contratual lesiva, positivado no art. 468, da CLT: “Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia”.

<sup>618</sup> PEDREIRA DA SILVA, *Principiologia do Direito...*, 2. ed., p. 128-9.

<sup>619</sup> PLÁ RODRIGUES cita CAMERLYNCK como um dos pensadores que se posiciona neste sentido: “Uma renúncia formalmente proibida ao trabalhador será permitida ao sindicato, porque o fato de igualar a nível coletivo os antagonistas sociais faz decair, ao menos em parte, o cuidado do legislador pela posição de inferioridade do trabalhador individual frente a seu empregador”. CAMERLYNCK, G. H. *La renonciation du salaire em droit social*. p. 628, *apud* PLÁ RODRÍGUEZ, *Princípios de Direito...*, p. 102.

Em princípio, os direitos procedentes das convenções coletivas são tão irrenunciáveis como os emanados de uma lei, já que todas as normas trabalhistas são irrenunciáveis. Só caberia a possibilidade de renúncia na hipótese, nada provável na prática, de que as próprias normas da convenção coletiva houvessem autorizado essa renúncia.<sup>620</sup>

Não obstante, é possível, em certa medida, discordar da posição de PLÁ RODRIGUES, vez que direitos advindos por intermédio de instrumentos coletivos não podem ser objeto de transação ou renúncia no plano do contrato individual de trabalho. E mesmo se houvesse esta previsão na própria convenção coletiva, tal dispositivo estaria violando princípio da indisponibilidade, que carrega em si uma diretriz normativa geral orientadora do Direito do Trabalho.

Questão outra surgiu com o advento da Constituição Federal de 1998, diante das hipóteses flexibilizatórias previstas no seu art. 7º, incisos VI, XIII, XIV, *in verbis*:

Art. 7º - São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem a melhoria de sua condição social:

VI – irredutibilidade de salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;

XIII – duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro horas semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;

XIV – jornada de seis horas para trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva (sem grifos no original).

A polêmica teve início quando aqueles autores favoráveis à flexibilização dos direitos trabalhistas elaboraram tese que ampliava a dispositividade (liberdade normativa) dos instrumentos coletivos, objetivando reduzir aqueles constitucionalmente garantidos. Essa corrente ergueu, dessa maneira, a bandeira de que seria possível diminuí-los por meio de acordo ou convenção coletiva, alegando que aos demais incisos do art. 7º da Magna Carta aplicar-se-iam analogicamente as exceções dos incisos VI, XIII e XIV. O principal fundamento era que, se é possível reduzir salário por intermédio de negociações coletivas, a todos os demais direitos isto também seria permitido.

Ocorre que tal absurda tese viola a Constituição da República, que, acima de tudo, não contém palavras inúteis ou desnecessárias. Caso se desejasse ampliar a liberdade dos instrumentos coletivos para diminuir direitos dos trabalhadores, isso teria sido dito no *caput* do art. 7º, e não tão somente nos incisos ora transcritos ou, quando muito, não teria havido previsão quanto a apenas três incisos.

Sobre o assunto PINHO PEDREIRA pontua:

---

<sup>620</sup> PLÁ RODRÍGUEZ, *Princípios de Direito...*, p. 103.

A derrogação foi facultada somente por gestão da autonomia coletiva. Ainda assim parece-nos temerária a flexibilização autorizada constitucionalmente num país de tão grande desigualdade de poder dos sindicatos de trabalhadores nas diversas regiões econômicas e nas diferentes categorias profissionais. O certo, porém, é que não se conhecem, até agora, resultados desastrosos da permissão constitucional, sobretudo quanto à redutibilidade do salário, possivelmente porque os salários, em regra, nenhuma redução comportam. **A flexibilização referida, constituindo exceção aos princípios da inderrogabilidade e irrenunciabilidade, há de merecer interpretação estrita, não podendo se estender além das hipóteses estritamente previstas na Constituição**<sup>621</sup> (sem grifos no original).

Dessa forma, como regra, entendimento *a priori* deve ficar claro: não cabe interpretar extensivamente os incisos VI, XIII e XIV do art. 7º da CRFB porquanto estes constituem exceções aos princípios da inderrogabilidade e da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas, além de não ser autorizado aos sindicatos profissionais a renúncia de direitos das categorias representadas por intermédio da convenção e do acordo coletivos de trabalho.

Pela índole imperativa das normas trabalhistas e pelo teor de irrenunciabilidade dos direitos e garantias jurídico-trabalhistas instituídos normativamente, as abdições dos trabalhadores, individual ou coletivamente, quanto a estas normas e a estes direitos são viciadas, nulas de pleno direito (cf. art. 9º<sup>622</sup>, CLT). MORAIS FILHO ratifica esse entendimento:

As normas do direito do trabalho, pelo seu conteúdo econômico e moral a um só tempo, são de ordem pública, impedindo que os indivíduos, seus destinatários e beneficiários, abram mão de sua tutela ainda que em aparente manifestação de autonomia da vontade. Aqui a vigência plena do conhecido refrão de Paulo: *ius publicum privatorum pactis mutari non potest*, contido no art. 9º da CLT.<sup>623</sup>

Deve-se informar: o que se considera nulo é a cláusula normativa que implica a renúncia, e não o contrato de trabalho propriamente dito ou o diploma negociado coletivamente, que permanecerão vigorando no tempo tal como orientação do princípio da continuidade da relação empregatícia e do princípio da continuidade das leis.

Como a decretação da nulidade de uma cláusula contratual ou constante de diploma normativo (inclusive, convenções e acordos coletivos de trabalho) provoca um vazio na regulação de uma dada temática, esse vazio deverá ser automaticamente preenchido pela norma laboral renunciada ilicitamente, retornando ao obreiro o que lhe é de direito.

<sup>621</sup> PEDREIRA DA SILVA, *Principiologia do Direito...*, 2. ed., p. 127.

<sup>622</sup> Art. 9º, da CLT: “Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação”.

<sup>623</sup> MORAIS FILHO; MORAIS, *Introdução ao Direito...*, p. 121.



Outro ponto importante a ser mencionado reside no fato de que a nulidade da renúncia tem efeito *ex tunc*, isto é, desde o começo. Exemplifica-se: se um empregado celebrar um contrato renunciando aos repouso semanais remunerados, esta cláusula será nula. Todavia, deverá o trabalhador perceber os dias que deveriam ter sido de repouso e que, em verdade, foram laborados, em dobro, sem prejuízo da remuneração referente ao repouso (cf. Súmula 146<sup>624</sup>, TST).

É de se destacar que esse princípio não é absoluto, comportando exceção quando a renúncia manifestada pelo trabalhador não lhe acarrete prejuízo; ao contrário, gerando-lhe benefícios. A título elucidativo, exemplificam-se com dois clássicos exemplos. O primeiro deles é a hipótese de renúncia válida ao aviso prévio concedido pelo empregador quando o trabalhador comprovadamente já tenha obtido novo emprego de início imediato. *A priori*, a renúncia ao aviso prévio concedido pelo empregador é nula, mas no caso em comento o cumprimento desse aviso acarretaria ao trabalhador prejuízo maior: a perda de novo vínculo empregatício. É o que dispõe a Súmula 276<sup>625</sup> do TST. Semelhante raciocínio era empregado para o caso de o trabalhador renunciar à estabilidade decenal a seu favor quando alcançava outra colocação profissional com maiores vantagens.

De toda forma, não pode haver dúvida: a regra no Direito do Trabalho é a irrenunciabilidade de direitos e garantias pelo trabalhador, comportando exceção apenas quando a renúncia não lhe acarrete prejuízos, mas, ao revés, lhe seja vantajoso.

Conclui-se, então, que a indisponibilidade de direitos e garantias é a regra para o Direito do Trabalho, fundando-se na imperatividade, na inderrogabilidade e no caráter de ordem pública das normas juslaborais, mencionando ainda a presunção de vícios de consentimento de atos praticados pelo empregado, sobretudo em face de sua dependência em relação ao tomador de serviços.

---

<sup>624</sup> Súmula 146 do TST: “trabalho em domingos e feriados, não compensados – nova redação (incorporada a orientação jurisprudencial n.93, da SBDI-1) – Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003: O trabalho prestado em domingos e feriados, não compensados deve ser pago em dobro, sem prejuízo da remuneração relativa ao repouso semanal”.

<sup>625</sup> Súmula 276, TST: “Aviso Prévio – Renúncia pelo empregado. O Direito ao aviso prévio é irrenunciável pelo empregado. O pedido de dispensa de cumprimento não exime o empregador de pagar o respectivo valor, salvo comprovação de haver o prestador dos serviços obtido novo emprego (Res. 9/1988, DJ 1.3.1988).

## 6.2 A tríade valorativa das normas jurídicas – justiça, validade e eficácia – consoante Bobbio e Reale

Segundo BOBBIO, “toda norma jurídica pode ser submetida a três valorações distintas, e estas valorações são independentes umas das outras”.<sup>626</sup> São elas: a *justiça*, a *validade* e a *eficácia* da norma. Para o autor, estas três espécies de valorações da norma correspondem a três critérios distintos da investigação jurídica – independentes, mas não excludentes entre si –, que consubstanciam, de um lado, em três funções da Filosofia do Direito e, de outro, em objetos de três ramos distintos da Ciência do Direito.

Explica-se: a norma apreciada quanto ao critério *justiça* (valor) corresponde à função ontológica da Filosofia do Direito e também ao próprio objeto da Filosofia Jurídica; a norma analisada quanto ao critério de *validade* corresponde à função fenomenológica da Filosofia do Direito e também ao objeto da Dogmática Jurídica; e a norma perquirida sob o critério da *eficácia* corresponde à função deontológica da Filosofia do Direito e, ainda, ao objeto da Sociologia do Direito.

REALE, por seu turno, diante da sua *estruturação tridimensional* do Direito, entende que “a validade de uma norma de direito pode ser vista sob três aspectos: o da validade formal ou técnico-jurídica (*vigência*), o da validade social (*eficácia ou efetividade*) e o da validade ética (*fundamento*)”.<sup>627</sup> Assim, o autor engloba como requisitos da validade de uma norma (*lato sensu*), isto é, para que ela seja legitimamente obrigatória: o *fundamento* (de ordem axiológica), a *eficácia social* (em virtude de sua correspondência ao querer coletivo) e a *validade formal ou vigência* (por ser emanada do poder competente, com obediência aos trâmites legais).<sup>628</sup> Conclui o autor:

[...] fácil é perceber que a apreciação ora feita sobre a *vigência*, *eficácia* e *fundamento* vem comprovar a já assinalada *estrutura tridimensional* do Direito, pois a *vigência* se refere à *norma*; a *eficácia* se reporta ao *fato*, e o *fundamento* expressa sempre a exigência de um *valor*.<sup>629</sup>

<sup>626</sup> BOBBIO, *Teoria da norma...*, p. 45.

<sup>627</sup> REALE, *Fontes e modelos do Direito...*, p. 105.

<sup>628</sup> “Em resumo, são três os aspectos essenciais da validade do Direito, três os requisitos para que uma regra jurídica seja legitimamente obrigatória: o fundamento, a vigência, e a eficácia, que correspondem, respectivamente, à validade ética, à validade formal ou técnico-jurídica e à validade social”. REALE, *Fontes e modelos do Direito...*, p. 115.

<sup>629</sup> REALE, *Fontes e modelos do Direito...*, p. 115-6.

Pode-se auferir, então, que ambos, BOBBIO e REALE, ao apreciarem as normas jurídicas, analisam-nas sob os mesmos três aspectos: a sua base axiológica (denominada de *fundamento*, para REALE; e de *justiça*, para BOBBIO); o seu cunho dogmático (designada de *validade formal ou vigência*, para REALE; e de puramente *validade*, para BOBBIO); e o caráter do seu cumprimento social (cognominada de *eficácia social*, para REALE; e de simplesmente *eficácia*, para BOBBIO).

Tal semelhança, todavia, não representa o mesmo entendimento sobre as normas para ambos os autores. A diferença essencial entre os dois reside no fato de que para BOBBIO as três formas de apreciação das normas jurídicas (sua justiça, sua validade e sua eficácia) são independentes e não excludentes entre si. Para REALE, as três formas de apreciação das normas jurídicas integram-se, dinâmica e dialeticamente<sup>630</sup>, entre si (são interdependentes, pois); ou seja, a validade está simultaneamente na vigência (ou obrigatoriedade formal dos preceitos jurídicos), na eficácia (ou efetiva correspondência dos comportamentos sociais ao seu conteúdo) e no fundamento (ou valores capazes de legitimar a experiência jurídica).<sup>631</sup>

Neste diapasão, ALAÔR CAFFÉ ALVES também se incumbem em estabelecer, a partir desses três aspectos da norma jurídica (justiça, validade e eficácia), a distinção teórica entre BOBBIO e REALE:

Esta forma de entender os três critérios, de modo não reciprocamente dialético, ensejou o jusfilósofo brasileiro, Miguel Reale, a considerar que Bobbio propugnava por uma concepção tridimensional genérica do fenômeno jurídico – e não tridimensional específica, de base dialética, como a dele. Assim, Bobbio caracteriza, em tese, o direito como objeto de três ciências distintas: quanto a sua formação e evolução, isto é, quanto à eficácia a que correspondem os problemas de observância, aplicação efetiva e sanção da norma jurídica (sociologia do direito); quanto a sua estrutura formal, a que corresponde à questão da validade, ou seja, aos problemas de existência da norma jurídica (jurisprudência ou ciência formal do direito), independentemente do juízo de valor que sobre ela se possa emitir; e, finalmente, quanto ao seu valor, ao qual correspondem os problemas ideais de justiça ou injustiça da norma jurídica (filosofia do direito). Estes três critérios, segundo Bobbio, são independentes entre si, no sentido de que a justiça de uma norma jurídica não é condição de sua validade ou eficácia; que a sua validade nada tem a haver com a eficácia e a justiça; e, finalmente, que a eficácia igualmente independe da validade e da justiça. Isto supõe, na opinião do jusfilósofo brasileiro Miguel Reale, a simples generalização empírica das múltiplas facetas do direito e não, conforme o culturalismo jurídico de índole neokantiana professado por este último, a expressão

<sup>630</sup> A dialética adotada por REALE, por ele é denominada de "dialética de implicação-polaridade" ou "dialética da complementaridade entre fato, valor e norma". Elucida o autor: "Segundo a dialética de implicação-polaridade, aplicada à experiência jurídica, o fato e o valor nesta se correlacionam de tal modo que cada um deles se mantém irreduzível ao outro (polaridade) mas se exigindo mutuamente (implicação) o que dá origem à estrutura normativa como momento de realização do Direito. Por isso é denominada também "dialética de complementaridade"". REALE, *Fontes e modelos do Direito...*, p. 67.

<sup>631</sup> REALE, *Fontes e modelos do Direito...*, p. 116.

da dialética de implicação e polaridade recíproca entre aqueles aspectos, ao elevá-los a categoria de "dimensões" de um mesmo fenômeno.<sup>632</sup>

Não obstante as diferenças, pensa-se ser conciliável o entendimento dos dois autores sobre a temática, em verdade, complementares, na medida em que BOBBIO atribui uma visão mais lúcida e, paradoxalmente, mais concreta do que REALE, enquanto este atribui ao direito posto visão vanguardista, com base mais ética e valorativa, como algo inseparável.<sup>633</sup>

### 6.3 A justiça das normas oriundas dos instrumentos decorrentes da negociação coletiva

Sobre o problema da *justiça* da norma jurídica, BOBBIO esclarece:

[...] é o problema da correspondência ou não da norma aos valores últimos ou finais que inspiram um determinado ordenamento jurídico. [...] equivale a perguntar se é apta ou não a realizar os esses valores. [...] é um aspecto do contraste entre mundo ideal e mundo real, entre o que deve ser e o que é: norma justa é aquela que deve ser; norma injusta é aquela que não deveria ser. Pensar sobre o problema da justiça ou não de uma norma equivale a pensar sobre o problema da correspondência entre o que é real e o que é ideal. Por isso, o problema da justiça se denomina comumente de problema deontológico do direito.<sup>634</sup>

Reale, por sua vez, explana acerca do fundamento (justiça) da norma jurídica:

Toda regra jurídica, além de eficácia e validade, deve ter um fundamento. O Direito, consoante outra lição de Stammer, deve ser, sempre, “uma tentativa de Direito justo”, por visar à realização de valores ou fins essenciais ao homem e à coletividade. O fundamento é o valor ou fim objetivado pela regra de direito. É a razão de ser da norma, ou *ratio jûris*. Impossível é conceber-se uma regra jurídica desvinculada da finalidade que legitima sua vigência e eficácia.<sup>635</sup>

<sup>632</sup> Alaôr Caffé Alves, apresentação in BOBBIO, *Teoria da norma...*, p. 12-3.

<sup>633</sup> Ademais, constata o próprio REALE: “No que se refere à “teoria tridimensional do direito” – cujos pressupostos me pareciam presentes em seu pensamento –, Bobbio declarou ter-se aproximado de minha posição, pela seguinte razão. “Teoria tridimensional quer dizer exatamente que o mundo do direito tem de ser visto sob três pontos de vista inseparáveis: o ponto de vista dos valores, o ponto de vista das normas e o ponto de vista dos fatos. Daí surge a filosofia do direito propriamente dita, ou seja, a filosofia dos valores jurídicos, a teoria geral do direito que se ocupa do ordenamento jurídico, e a sociologia do direito que se ocupa do direito como fato. Creio que, se se quiser ter uma visão completa da experiência jurídica, será necessário ter em vista esses três pontos de vista. A diferença está em que jamais teorizei essas três dimensões do direito, embora as tenha aplicado, sem nunca ter elaborado uma teoria a respeito delas” (obra citada, página 30)”. REALE, *Os legados ... In: INSTITUTO Norberto...*

<sup>634</sup> BOBBIO, *Teoria da norma...*, p. 46.

<sup>635</sup> REALE, *Lições preliminares de Direito*, p. 115.

Dessa maneira, para ambos os autores a apreciação da justiça ou não de uma norma (ou do próprio ordenamento) está intimamente atrelada à aferição dos valores tidos como relevantes para uma dada ordem jurídica de uma nação em determinado momento histórico.

Aqui, convém salientar, conforme entendimento lançado de BOBBIO, que a justiça da norma jurídica (e do próprio Direito) é objeto pertinente *essencialmente* à Filosofia do Direito, o que, em certa medida, escapa ao corte metodológico proposto com esta pesquisa de se ater especialmente à apreciação de aspectos dogmáticos do Direito do Trabalho.

Mas, de outro lado, em consonância com REALE, é impossível se conceber uma regra jurídica desvinculada da sua finalidade (que legitima sua vigência e sua eficácia), isto é, apartada dos valores que inspiram e justificam a existência da norma no seu aspecto jurídico e enquanto uma exigência social.

Adverte-se também, previamente, que se afasta a doutrina do formalismo ético que entende que o justo equivale à lei e que, portanto, dissocia a possibilidade de uma análise do direito positivo por intermédio de um critério de justiça que não lhe seja atavio ou que lhe sobreponha.

Desse modo, alguns questionamentos sobre o valor justiça em correspondência às normas trabalhistas negociadas coletivamente merecem ser levantados, não com a pretensão de ser conclusiva, mas com o intuito de instigar a reflexão.

Sob o enfoque deontológico das normas negociadas coletivamente, então, pode-se dizer que elas, em alguns casos, contemporaneamente, não têm consubstanciado em justas, na medida em que precarizam normas irrenunciáveis e imperativas do Direito do Trabalho. Ilustram-se com a legitimação de práticas de horas extras ordinárias e habituais, mediante a instituição do sistema de compensação de jornadas denominado “banco de horas”; com os fracionamentos de intervalos intrajornada; e com a previsão de participação nos lucros e resultados da empresa fixada em parcelas fixas e em desrespeito à transparência que verídica participação nos lucros exige, dentre tantos outros exemplos corriqueiramente verificados.

Convém também destacar que o critério de justiça que deverá ser empregado para a apreciação das convenções e dos acordos coletivos deve ser pautado pelo prisma da dignidade da pessoa humana, do homem trabalhador, que, conforme REALE, consiste em uma *invariante axiológica*<sup>636</sup>, entendida como valor considerado universal e irrenunciável. E,

---

<sup>636</sup> “[...] graças às ciências culturais, é-nos possível reconhecer que, em virtude do incessante e multifário processo histórico, o gênero humano veio adquirindo consciência da irrenunciabilidade de determinados valores considerados universais e, como tais atribuíveis a cada um de nós. Correspondem eles ao que denominamos

conforme juízo de AFONSO DA SILVA, a dignidade humana consiste em um conceito *a priori* de toda experiência especulativa que, ao serem reconhecidas sua existência e sua eminência pela ordem constitucional vigente, transformou-a em um valor supremo da ordem jurídica.<sup>637</sup>

Ao contrário, caso analisado o prisma “justiça” sob o aspecto da empresa – ou da livre iniciativa –, certamente a resposta acerca do atendimento do critério justiça pela norma autônoma seria avessa e não se coadunaria com os propósitos do ramo juslaboral.

A partir dessas duas facetas de como pode ser focado o valor justiça em temáticas trabalhistas, um problema teórico maior emerge: a questão de como conciliar livre iniciativa e valor social do trabalho. Como sopesar esses aparentemente antagônicos interesses, ambos resguardados pela ordem constitucional pátria, que estrutura a República Federativa do Brasil sob esses fundamentos (especialmente, cf. art. 1º, IV<sup>638</sup>)?

Diz “aparentemente antagônico” porque, não obstante conflitantes, são umbilicalmente dependentes: o trabalhador necessita do emprego, que, por sua vez, é assegurado pelo tomador de serviços e, por outro lado, este precisa do trabalhador, em dois momentos, como produtor de mercadorias e serviços e, em um segundo momento, como consumidor desses mesmos produtos e serviços.

SÜSSEKIND afirma que “não obstante serem as finalidades do Direito do Trabalho de política social e não de política econômica, não se pode negar, igualmente, a repercussão, no mundo econômico, das medidas de índole social que consagra”.<sup>639</sup>

Claro que há mútua implicação entre Direito do Trabalho e Economia, mas aquele não pode se curvar aos imperativos desta, principalmente atrelados ao infundável anseio de lucro (sobremaneira os voláteis, que, definitivamente, não exercem qualquer função social).

A Economia e o Direito do Trabalho possuem interesses conflitantes, embora, inegavelmente, haja mutua dependência. Direito do Trabalho implica/objetiva a justiça distributiva e, ao impor normas que fixam condições mínimas de trabalho (*e.g.* salário, jornada e férias), aumenta o custo da produção. De outro lado, a economia objetiva

*invariantes axiológicas* ou *valorativas*, como as relativas à dignidade da *pessoa humana*, à salvaguarda da vida individual e coletiva, elevando-se até mesmo a uma visão planetária em termos *ecológicos*”. “A experiência histórica demonstra que há determinados valores que, uma vez trazidos à consciência histórica, se revelam ser constantes éticas inamovíveis que, embora ainda não percebidas pelo intelecto, já condicionavam e davam sentido à praxis humana”. REALE, *Lições preliminares de Direito*, p. 32; 313.

<sup>637</sup> AFONSO DA SILVA, Interpretação da... In: ROCHA; MORAES, *Direito Constitucional...*, p. 446.

<sup>638</sup> Art. 1º, CRFB: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político”.

<sup>639</sup> SÜSSEKIND *et al.* *Instituições de Direito...*, v. 1, p. 139.

concentração de riquezas, por essa razão, pugna pela flexibilização e desregulamentação daquele.

Se a ordem econômica requer medidas, que sejam elas alcançadas por meio de políticas-econômicas, e não por intermédio de desregulamentação do Direito do Trabalho, que tutela o homem, aliás, o centro e fim do ordenamento jurídico.

Boa é a sugestão é DELGADO no sentido de se deslocar a incidência da contribuição previdenciária por parte do empregador da folha salarial para outras bases de cálculo (faturamento, por exemplo), já que “semelhante reforma normativa iria favorecer, no sentido tributário, empresas mais agregadoras de mão de obra, desonerando seus encargos indiretos da contratação empregatícia”<sup>640</sup> e, de outro lado, implicaria maior onerosidade a quem mais acumula, de forma que realize sua função social.

Releva dizer, entretanto, que não se está a negar o direito legítimo à propriedade (e também ao lucro, estritamente porque eles encontram respaldo na ordem constitucional vigente), mas frisando que tais direitos devem ser exercidos de forma moderada, respeitadas as correspondentes funções sociais, sob pena de flagrante abuso de direito.

O desnível e a desigualdade social, a miséria e a fome não são valores assegurados pela ordem constitucional. Ao contrário, são repudiados. Crê-se que o fato de uns acumularem muito (possuindo casa, comida, moradia, educação, acessos etc.) e outros nada (ou muito pouco) não é um critério válido de justiça. Ao invés, reverbera a injustiça do sistema econômico que encontra, muitas vezes, respaldo no sistema jurídico.

BOBBIO reconhece: “[...] que o direito corresponda à justiça é uma exigência, ou se quisermos, um ideal a alcançar que ninguém pode desconhecer, mas não é uma realidade de fato”.<sup>641</sup>

Acredita-se, portanto, que a análise das convenções e dos acordos coletivos do trabalho deve ser pautada sempre pela ótica do ideal (ideal ao menos para este estudo e em respeito à inata dignidade do trabalhador), e não propriamente como resplandece no cotidiano da realidade jurídico-sindical brasileira.

Sob outro aspecto, releva dizer que a perquirição do justo – do universalmente justo – verificável e trazido a lume pela razão, tal como almejado pelas correntes jusnaturalistas, é de difícil alcance. O justo para uns corresponderia ao justo para outros? Como suplantar, para a aferição do que seja o justo, as inclinações e interesses particulares? BOBBIO exemplifica:

---

<sup>640</sup> DELGADO, *Curso de Direito...*, 9. ed., p. 76.

<sup>641</sup> BOBBIO, *Teoria da norma...*, p. 55.

Para Kant (e em geral para todos os jusnaturalistas modernos) a liberdade era natural; mas, para Aristóteles, era natural a escravidão. Para Locke, era natural a propriedade individual, mas para todos os utopistas socialistas, de Campanella a Winstanley e a Morelly, a instituição mais adequada à natureza humana era a comunhão de bens.<sup>642</sup>

Sempre haverá a polaridade. Pensa-se que o consenso humano é algo inalcançável.

Certo, porém, é que o justo não se equivale à vontade do mais forte, do soberano ou daquele que detém alguma parcela de poder (mesmo o econômico). O fato de alguns homens se submeterem ao forte antes de ser uma atitude pautada pela moral (pelo senso de dever ou de justiça) passa pela necessidade, pela conveniência ou pela simples sobrevivência. Ora, se a submissão (e a subordinação) se dá sob esses fundamentos, sem muito esforço percebe-se o vício na vontade, ou a completa ausência dela.

Outro questionamento que deve ser feito acerca da temática “normas autônomas” é: em que medida o chamado *ser coletivo*<sup>643</sup> obreiro resgata a dignidade, autonomia e vontade do trabalhador quando em reunião com seus pares, representado pelo sindicato? A tão constatada hipossuficiência, que justifica o princípio da proteção e edificou (e escora ainda hoje) o Direito individual do Trabalho – como mágica –, desaparece?

A mágica com o Direito, feita pelo Legislador – que, “quando quer, faz o direito sumir na cartola, ou o transforma num inofensivo coelho. Mistura e confunde realidade e fantasia, trocando a essência pela aparência”<sup>644</sup> –, também é atribuída aos legisladores dos próprios interesses (os trabalhadores através de seus sindicatos)?

Antes fosse de fato assim: atribuição aos sindicatos profissionais do poder de exterminar a hipossuficiência e a dependência do trabalhador ao tomador de seus serviços, como feitiço, pela simples representação. Eis o grande problema (real em contraponto ao ideal) de como são vislumbradas as convenções e os acordos coletivos do trabalho contemporaneamente.

Hoje se fala em um real utópico – fundado em equivalência de seres coletivos –, mas que, ao revés, legitima negociações coletivas prejudiciais aos trabalhadores, o que, em certa medida, dificulta a construção de real-ideal em termos justiça social.

<sup>642</sup> BOBBIO, *Teoria da norma...*, p. 56.

<sup>643</sup> DELGADO denomina *ser coletivo* aquele “ser cuja vontade é hábil a detonar ações e repercussões de impacto social, seja certamente na comunidade do trabalho, seja eventualmente até mesmo no âmbito comunitário mais amplo”. DELGADO, *Direito Coletivo...*, p. 24.

<sup>644</sup> VIANA, Os paradoxos da... *In: Revista do Tribunal...*, p. 163.



A principal função histórico-teleológica da negociação coletiva de trabalho era a de promover a melhoria das condições de vida e de labor do trabalhador. E só foi alcançada, nos primórdios dos movimentos sindicais, graças a não negação do conflito. Em verdade, a negação do conflito (ou a sua ocultação), quem veio fazê-la foi o próprio Estado Liberal, por meio da criação do Direito individual do Trabalho, retribuindo com um mínimo, o muito produzido por meio da exploração da força de trabalho humana e servindo para manter quietos (e domesticados) os trabalhadores, a serviço não só do empregador, mas também da manutenção do próprio sistema.

No momento contemporâneo, amordaça-se o conflito, nega-o.<sup>645</sup> VIEIRA, estabelecendo uma análise comparativa entre o conflito e o assédio moral, pontua:

Apesar de o conflito apresentar, sem dúvidas, maiores vantagens que o assédio moral, sob o prisma das organizações, percebe-se que as situações de conflito tendem a ser desestimuladas ou criticadas. Tal conduta (política organizacional) pode realmente significar um certo incentivo para o desenvolvimento do assédio moral.<sup>646</sup>

Para CÂMARA, o *agôn* (competição ou conflito) “tem por mola o rancor, o ressentimento, a inveja, que cada indivíduo experimenta quando confrontado com a excelência de outrem, que procura emular e superar”.<sup>647</sup> E completa:

Esta atmosfera de concorrência e conflito, segundo Nietzsche, é vista pelos Gregos pós-homéricos como benéfica e louvável, por ser motor do aperfeiçoamento pessoal e social. Do aperfeiçoamento pessoal, na medida em que leva cada indivíduo, movido pela inveja, a igualar ou suplantar o seu melhor. Do aperfeiçoamento social, porque essa luta pela glória só leva ao triunfo, quando este é definido pelo próprio indivíduo como um triunfo social, ou seja, como um acréscimo à glória da comunidade onde vive, a sua cidade, o seu Estado.<sup>648</sup>

NEVES DELGADO discorre sobre o papel do conflito na criação dos sindicatos, em consonância ao salientado por BOBBIO, MATTEUCCI e PASQUINO:

[...] em quase todos os países ocidentais, o fenômeno do sindicalismo teve dupla origem: de um lado, fundou-se na solidariedade e na defesa de direitos, e, de outro, na revolta contra o modo de produção e a sociedade capitalista. Assim o definem [Bobbio, Matteucci e Pasquino]: “O sindicalismo é um fenômeno completo e

<sup>645</sup> Em *Mal-Estar da civilização* (1930), “nesse texto fundamental, Freud examina as contradições produzidas por uma cultura que exige o recalque das tendências destrutivas/agressivas dos sujeitos em nome da felicidade coletiva (...)”. KEHL, *A mínima diferença...*, 14.

<sup>646</sup> VIEIRA, *Assédio moral no...*, p. 53.

<sup>647</sup> CÂMARA, *A competição em...*

<sup>648</sup> CÂMARA, *A competição em...*

contraditório. Ele nasce, de fato, como reação à situação de trabalhadores na indústria capitalista, mas constitui também uma força transformadora de toda a sociedade [...] Gera e alimenta o conflito dentro e fora da empresa, mas canaliza a participação social e política de grandes massas, contribuindo para integrá-las na sociedade”.<sup>649</sup>

Não obstante os aspectos positivos que podem ser atribuídos aos conflitos, o lema contemporâneo é a conciliação e paz social. Mas, em que medida pode haver paz enquanto uns não têm com nada e outros dormem no leito da abundância? Paz apenas para aqueles que não têm o que se preocupar e que podem dormir? Paz para uns à custa de se tornar invisíveis os problemas sociais graves com que convivem outros tantos?

Deve-se esclarecer que não se trata de repelir a abundância, a fartura, seja de alimentos, seja de educação, saúde, moradia e acessos. Ao contrário, o que pugna é que essa abundância seja estendida a todos, que a igualdade não seja nivelada na miséria e na pobreza, em aclamados “direitos sociais e trabalhistas *mínimos*”, mas em condições reais de civilidade, de honradez e de dignidade.

Corriqueiramente, afirma-se que a justiça social pode ser alcançada mediante a fixação de mínimos (heterônimo nacional e heterônimo internacional, normatização autônoma e contratual trabalhista), dizendo, inclusive, ser compatível com a excelência humana este “patamar civilizatório mínimo”. Todavia, pensa-se que não. A justiça social só pode ser alcançada por meio de um progresso ininterrupto de garantias social-trabalhistas, da elevação, quantitativa e qualitativa, de direitos, da redução da exploração do trabalho de uns homens por outros, da redução das desigualdades sociais e, mormente, por intermédio do efetivo respeito às diversas facetas da pessoa humana no que concerne à sua vida social, familiar, recreativa, educativa e profissional.

Assim, não se pode negar que a realização da justiça social está diretamente atrelada à satisfação do bem-estar material do homem. Daí a necessidade de a ordem jurídica assegurar condições reais de progresso também neste sentido.

Ora, a grande importância da negociação coletiva de trabalho, corporificada e concretizada pelos seus instrumentos (convenção e acordos coletivo de trabalho), estava em imprimir uma progressividade nas conquistas sociais trabalhistas, em termos bem concretos. Para ÁLVARES DA SILVA, a negociação é o meio de o trabalhador lutar ativamente pela melhoria de sua classe, sem esperar ajuda do legislador.<sup>650</sup> Já NASCIMENTO fala em um papel

<sup>649</sup> BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, *Dicionário de política*, p. 1150 *apud* DELGADO, *As relações de trabalho... In: HENRIQUE; DELGADO, Terceirização no...*, p. 29.

<sup>650</sup> Cf. ÁLVARES DA SILVA, *Direito Coletivo do Trabalho*, p. 203.

impulsionador da lei, “uma vez que diversos direitos trabalhistas nascem naquelas e depois passam para esta”.<sup>651</sup>

Esse movimento progressista de conquistas, entretanto, passa a ser de supressão (progressiva) dos direitos trabalhistas, a partir da década de 1990, no Brasil. Desde então, quem passou a quase desesperada defensiva foram os “sindicatos que não só já não se sentem animados a lutar por melhorias nas condições de trabalho, mas aceitam, inclusive, negociar concessões que reduzem os níveis de proteção e os benefícios anteriormente conquistados”.<sup>652</sup>

Por essa razão, pode-se falar que a necessidade contemporânea de se fixar limites claros e objetivos à negociação coletiva de trabalho apresenta-se como conjuntural, diante dos problemas estruturais do sindicalismo brasileiro, já que os sindicatos, em muitos casos, mostram-se destituído de capacidade de luta, pressão e reivindicação, em face da cada vez mais crescente proliferação de sindicatos inexpressivos.<sup>653</sup>

Afiança VIANA: “A crise do individual agrava a do coletivo: o sindicato já não luta para crescer, mas para sobreviver. E também o seu enfraquecimento tende a ser estrutural, na medida em que o são os fatores que o geram: instabilidade, precarização, desemprego”.<sup>654</sup>

Sobre o desemprego, VIANA também esclarece que “o mesmo sistema que o provoca serve-se dele, convencendo a opinião pública de que a solução é precarizar, ou seja: o desemprego legitima a espoliação. E ele agora está na mídia, pois atinge a classe média”.<sup>655</sup>

Somam-se a esse panorama de grande quantidade de mão de obra excedente (desempregados<sup>656</sup> e subempregados): a imposição de regimes e contratos de trabalho flexíveis; o novo redirecionamento do papel e da postura dos empregados no ambiente de

<sup>651</sup> NASCIMENTO, *Iniciação ao Direito...*, p. 88. Conforme VIANNA: “E, na realidade, através da convenção coletiva se encontram fórmulas para ajustar prontos de controvérsia, talvez a princípio abrangendo grupos mais reduzidos para, gradativamente, outros grupos adotarem o que se comprovou ser útil, com a aplicação dos pactos coletivos, e assim, forma-se um caudal de pensamento, de vontades, que levará o legislador a concretizá-lo em leis gerais”. Demais, o próprio Decreto 21.761, de 23.08.1931, já facultou ao Ministro do Trabalho estender os regimes de uma convenção coletiva a todos os empregadores e empregados de um Estado e Municípios. Cf. SÜSSEKIND *et al. Instituições de Direito...*, v. 2, p. 1066, p. 1043.

<sup>652</sup> BARBAGELATA, Héctor-Hugo. O particularismo do direito do trabalho. Revisão técnica Dr. Irany Ferrari. Tradução de Edilson Alkmim Cunha. São Paulo: LTr, 1996, p. 141 *apud* SOUTO MAIOR, A supersubordinação... *In: Revista do Tribunal...*, p. 161.

<sup>653</sup> “A causa da proliferação de sindicatos inexpressivos em nosso país, a ser corrigida, é a facilidade do desdobramento de categorias que afeta categorias tradicionais. O desdobramento deveria ser autorizado quando observados os requisitos exigidos pela CLT, para criação de sindicatos, e não independentemente de qualquer cuidado seletivo maior como hoje acontece, defeito cuja correção não depende da profunda interferência e centralização que se quer dar ao sistema”. NASCIMENTO, *Iniciação ao Direito...*, p. 85.

<sup>654</sup> VIANA, A proteção social do... *In: PIMENTA, et al. Direito do Trabalho...*, p. 165.

<sup>655</sup> VIANA, A proteção social do... *In: PIMENTA, et al. Direito do Trabalho...*, p. 168.

<sup>656</sup> Sobre o desemprego, VIANA discorre: “E o pior não é o desemprego em si, mas o seu caráter estrutural. Veio par ficar e tende a crescer, pois a redução dos custos e da resistência, como vimos, deve ser progressiva. Isso

trabalho (citam-se os trabalhos em equipe que “aguça-lhes a competição e paradoxalmente, o individualismo”<sup>657</sup>); a ruptura com o paradigma do Estado de Bem-Estar Social; o pensamento hegemônico neoliberal, implicando a prevalência de direitos privados sobre os públicos, sobremaneira os sociais trabalhistas; e, inquestionavelmente, a quebra da identidade coletiva, na qual “o indivíduo passa a se opor ao grupo, a massa inorganizada acaba minando a resistência do coletivo organizado”.<sup>658</sup>

NEVES DELGADO discorre sobre esse processo:

O processo de ruptura da identidade coletiva sofre, ainda, o incremento de algumas estratégias de controle de trabalho, consideradas muito mais sutis em face dos modelos antecedentes de produção. É o que o empregador começou a trabalhar valores subjetivos dos empregados, na tentativa de inseri-los cada vez mais na concepção de trabalho idealizada pela empresa. [...] O empregado, imerso num mundo invisível de coação e premido pela necessidade de manter o seu emprego, muda sua referência e percepção de identidade coletiva, diminuindo sua identificação com os sindicatos e aumentando-a com as empresas, cujos laços de dependência tornam-se mais sólidos do que nunca. [...] a força coletiva emanada dos sindicatos, legítimos representantes dos trabalhadores, tende a dissolver-se. Como parte do processo de decadência desencadeado, há nítido decréscimo do número de sindicalizados, muito em razão do declínio da consciência de classe obreira.<sup>659</sup>

Pelo exposto, e diante da mínima representatividade de algumas organizações sindicais brasileiras – quer numérica (fenômeno da dissociação de categorias), quer qualitativa (declínio da capacidade de combate e seriedade) –, acredita-se que a hipossuficiência do trabalhador permanece a mesma quando representado pelas organizações sindicais.

Em verdade, a hipossuficiência do trabalhador quando representado pelo sindicato é o reflexo da hipossuficiência do trabalhador individualmente considerado, de sua baixa escolaridade, da falta de politização e de seu desespero pelo atendimento imediato de suas necessidades vitais básicas. Crê-se, portanto, contemporaneamente, ser uma verdadeira falácia falar em equivalência entre seres coletivos.

---

gera nova contradição: sem emprego, quem consumirá os produtos? Mas a empresa pensa a curto prazo e em si própria”. VIANA, A proteção social do... *In: PIMENTA, et al. Direito do Trabalho...*, p. 164.

<sup>657</sup> “Sabem que o programa de tarefas do grupo a que pertencem tem de ser rigorosamente cumprido e, até mesmo, superado em termos de produtividade, comparando-se com os outros grupos da mesma empresa. Por isso, exercem controles bastantes rígidos sobre si próprios e sobre os colegas”. DELGADO, *As relações de trabalho...* *In: HENRIQUE; DELGADO, Terceirização no...*, p. 37-8.

<sup>658</sup> VIANA, A proteção social do... *In: PIMENTA, et al. Direito do Trabalho...*, p. 164.

<sup>659</sup> DELGADO, *As relações de trabalho...* *In: HENRIQUE; DELGADO, Terceirização no...*, p. 38-9.

Raciocina RENAULT: “Talvez o Estado tenha legislado muito, acertado pouco; tutelado em demasia; inibido o amadurecimento das categorias diretamente interessadas no aperfeiçoamento do sistema jurídico e para o qual poderia ter contribuído muito mais”.<sup>660</sup>

VIANA propõe as seguintes soluções para os problemas do sindicalismo brasileiro:

A nosso ver – e mais uma vez – deve imitar a empresa: se ela se descentraliza, que ele [sindicato] também o faça, mas exatamente como ela, sem perder a sua unidade. Tal como os produtos, que ele se desdobre, se fragmente, procurando em cada nicho do mercado os novos segmentos de trabalhadores – mas conservando-se inteiro. Que não seja um sindicato de empresa, mas na empresa; que não se restrinja aos trabalhadores formais, mas alcance os subempregados, os desempregados e até os excluídos – o que implica, naturalmente, reforma constitucional. Que se articule com a sociedade civil, tal como fez ao fim da ditadura militar – quando (talvez por isso mesmo) chegou ao auge da sua força. Que ele lute, por fim, para participar intensa e diretamente do processo legislativo, mesmo porque disso depende, em boa parte, a sua própria reestruturação.<sup>661</sup>

Soma-se a essas soluções o necessário resgate da principal função histórico-teleológica dos movimentos sindicais – melhoria das condições de vida e de trabalho –, mediante a imposição de limites materiais e formais às convenções e aos acordos coletivos de trabalho, de forma clara e condizente com as funções e princípios do Direito do Trabalho.

Falar hoje em limites à negociação coletiva é imperioso, vez que ela tem-se apresentado não como instrumento de conquistas sociais, mas de retrocesso social, mediante a precarização e a desregulamentação das condições de trabalho. A adoção desta medida impõe também, simultaneamente, freios ao capitalismo triunfante, conforme colocação de PATRUS ANANIAS, “capitalismo sem normas e limites éticos e sociais” que, “apresenta sua altíssima conta sintetizada no aumento brutal das desigualdades nacionais e sociais e crescente concentração dos bens”<sup>662</sup> e, de acordo com VIANA, “como um animal sempre faminto” que “depende de porções crescentes de alimento, tem como seu verbo ‘acumular’”.<sup>663</sup>

Registre-se, contudo: caso o contexto se mostrasse diverso, o discurso (e a proposição desta pesquisa) seria outro, pela plena liberdade sindical, nos termos de outrora.

<sup>660</sup> RENAULT, O que é isto... In: PIMENTA, *Direito do Trabalho...*, p. 18.

<sup>661</sup> VIANA, A proteção social do... In: PIMENTA, *et al. Direito do Trabalho...*, p. 181.

<sup>662</sup> SOUZA, *Uma história...*

<sup>663</sup> VIANA, A proteção social do... In: PIMENTA, *et al. Direito do Trabalho...*, p. 157.

## 6.4 A validade e a vigência das normas oriundas dos instrumentos de negociação coletiva

### 6.4.1 A validade material e a validade formal das normas jurídicas

Como salientado alhures, especificamente no capítulo 3 desta pesquisa, o Estado, ao delegar ou reconhecer uma fonte de direito, não atribui um poder normativo ilimitado, mas, ao contrário estabelece os limites dentre os quais ele pode ser exercido. Referida limitação dá-se em relação ao conteúdo (repertório) e em relação à forma (procedimentos, aqui incluída a legitimidade subjetiva) da edição normativa. Daí se falar em limites materiais e formais das normas jurídicas.

Segundo BOBBIO:

A observação desses limites é importante, porque eles delimitam o âmbito em que a norma inferior emana legitimamente: uma norma inferior que exceda os limites materiais, isto é, que regule uma matéria diversa da que lhe foi atribuída ou de maneira diferente daquela que lhe foi prescrita, ou que exceda os limites formais, isto é, não siga o procedimento estabelecido, está sujeita a ser declarada ilegítima e a ser expulsa do sistema.<sup>664</sup>

Dessa maneira, a pertinência de uma norma ao ordenamento – isto é, o atendimento desses citados limites – é aquilo que se costuma denominar “validade da norma”. Dizendo de outro modo, compreendem as condições necessárias para que uma norma seja considerada juridicamente válida.

FERRAZ JÚNIOR ratifica esse entendimento: “o problema dogmático da validade das normas é, pois, questão de identificá-las no ordenamento jurídico”<sup>665</sup>, “que a norma esteja *integrada* ao ordenamento. Exige-se, pois, que seja cumprido o processo de formação ou produção normativa, em conformidade com os requisitos do próprio ordenamento”.<sup>666</sup>

A validade de uma norma jurídica, portanto, é vista sob dois prismas complementares e interdependentes. A validade formal atrela-se à análise se houve ou não atendimento ao devido processo de instituição das normas, incluindo aqui se o órgão (ou a instituição) do qual foi provinda é legitimado para tal (legitimidade subjetiva). Já validade

<sup>664</sup> BOBBIO, *Teoria do ordenamento...*, p. 54.

<sup>665</sup> FERRAZ JÚNIOR, *Introdução ao estudo...*, p. 165.

<sup>666</sup> FERRAZ JÚNIOR, *Introdução ao estudo...*, p. 165.

material conecta-se ao exame se o repertório normativo (conteúdo regulado) foi atribuído àquele órgão prolator da norma e também se está em conformidade com os limites materiais autorizados pelo próprio ordenamento jurídico.

Note-se que os limites atinentes ao conteúdo regulado podem ser *positivos* ou *negativos*, conforme a ordem jurídica imponha ao detentor do poder normativo estabelecer normas numa determinada matéria ou proíba em outra.<sup>667</sup>

Menciona-se, ainda, que esses requisitos de validade material e formal são fixados, direta ou indiretamente, na Constituição de um país, devendo, pois, ser respeitados, sob pena de esterilização da norma (invalidação) por declaração de inconstitucionalidade.

Então, as convenções e os acordos coletivos de trabalho só poderão impor-se coercitivamente a seus destinatários (categoria representada ou trabalhadores das empresas representadas, respectivamente) caso observadas as condições de validade que o ordenamento jurídico lhes impõe. É disso que se passa a abordar a seguir.

#### **6.4.2 A validade formal das convenções e dos acordos coletivos de trabalho**

A validade formal de uma norma consiste na apreciação de dois aspectos: se foi emanada de órgão competente; e se houve obediência às exigências legais quanto ao modo de confecção por meio do qual o órgão ou a instituição exerceu o seu poder normativo: “é a *legitimidade do procedimento*, o que, na técnica do Direito norte-americano, se denomina *due process of Law*”.<sup>668</sup> Logo, sob esses prismas passa-se a analisar as convenções e os acordos coletivos de trabalho.

---

<sup>667</sup> BOBBIO, *Teoria do ordenamento...*, p. 55.

<sup>668</sup> REALE, *Lições preliminares de Direito*, p. 110.

#### 6.4.2.1 A legitimidade subjetiva para a celebração de convenções e de acordos coletivos de trabalho

Como assevera BOBBIO, “a primeira condição para que uma norma seja considerada válida é que ela advenha de uma autoridade com poder legítimo de estabelecer normas jurídicas”.<sup>669</sup>

Já para REALE a legitimidade subjetiva é considerada a “primeira condição da vigência da lei, é, pois, a de ser declarada pelo poder competente como tal reconhecido por uma norma constitucional ‘de reconhecimento’”.<sup>670</sup>

Nota-se que a legitimidade subjetiva – do órgão ou instituição para emanar determinado tipo de norma jurídica, em conformidade com a delegação ou com o reconhecimento de poder normativo que lhe atribui à norma fundamental – é analisada do mesmo modo pelos autores. Contudo, BOBBIO a considera condição de *validade* da norma, enquanto REALE a considera condição de *vigência* da norma.

Parece mais correto o enquadramento atribuído por BOBBIO, também sustentado por FERRAZ JÚNIOR, por meio do qual a análise da legitimidade subjetiva do órgão ou instituição do qual provém à norma está atrelada propriamente à validade formal da norma, sobretudo em face do significado de vigência, que, conforme será visto logo além, refere-se ao tempo de validade da norma, retidamente à sua duração enquanto regra jurídica obrigatória.

Constitui, então, uma das condições de validade das convenções e dos acordos coletivos de trabalho, especificamente quanto à legitimidade subjetiva para a sua celebração, a participação obrigatória dos sindicatos obreiros: associação com poder delegado, legitimado constitucionalmente, para estabelecer normas jurídicas com efeitos semelhantes aos da lei: ultracontraentes (*erga omnes*) e para o futuro. Com efeito, “estes detém a exclusividade, o monopólio da negociação”<sup>671</sup>, para determinada categoria e de acordo com a sua base territorial de representação, conforme a ordem constitucional vigente (art. 8º, II<sup>672</sup>).

---

<sup>669</sup> BOBBIO, *Teoria do ordenamento...*, p. 61.

<sup>670</sup> REALE, *Lições preliminares de Direito*, p. 107.

<sup>671</sup> NASCIMENTO, *Iniciação ao Direito...*, p. 488.

<sup>672</sup> Art. 8º, II, da CRFB: “é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município”. Trata-se da posituação constitucional da unicidade sindical, que corresponde à obrigatoriedade, decorrente de lei, da existência de um único sindicato representativo dos trabalhadores em uma dada base territorial. Com tal



Esclarece-se que o art. 8º, VI, da CRFB (que estabelece a obrigatoriedade de participação dos sindicatos na negociação coletiva) é uma norma de estrutura, na medida em que fixa, como condição para produzir normas de conduta válidas, a necessária e indispensável participação dos sindicatos. Igualmente, é norma de estrutura o art. 513, b, da CLT, que arrola como prerrogativa do sindicato a celebração de convenções coletivas de trabalho.

Pacífico, hoje, que o alcance do referido preceito constitucional considera como obrigatória a participação apenas das entidades sindicais profissionais<sup>673</sup>, entendimento que acarreta no consenso pela recepção constitucional dos acordos coletivos de trabalho.

Em consonância com a definição de convenções e de acordos coletivos constante no art. 611 da CLT, aquelas são celebradas entre sindicatos representativos das categorias profissionais e econômicas (ato intersindical), ao passo que estes são concluídos entre sindicato profissional e empresa (ou empresas) pertencente à respectiva categoria econômica.

Essa legitimidade negocial dos sindicatos é matéria diretamente afeta à titularidade da representação sindical e à existência de mandato legal dos subscritores da avença: a primeira, comprovada pelo registro junto ao Ministério do Trabalho<sup>674</sup> e Emprego (cf. art. 8º, I, da CRFB); e a segunda, na forma disposta pelos respectivos estatutos sindicais.<sup>675</sup>

---

determinação, veda-se a concorrência entre sindicatos e preconiza-se o monopólio de representação. No Brasil, prevalece o sistema da unicidade. Salienta-se que por um curto período de tempo (entre a Constituição de 1934 até 1935, com o estado de sítio) vigorou a pluralidade. É de ressaltar, ainda, que o sistema de unicidade, inquestionavelmente, afronta a autonomia privada coletiva, a liberdade sindical e, por via de consequência, as disposições das Convenções n. 98 e 87 da OIT. Em contraponto à unicidade sindical, o sistema de pluralidade organizativa se consubstancia na ampla liberdade sindical, ou seja, na liberdade atribuída aos próprios trabalhadores de escolherem como e por quem serão representados, prevalecendo o entendimento de livre concorrência entre os sindicatos. Consiste, ainda, na possibilidade de se criar mais de uma entidade sindical, de qualquer grau, dentro da mesma base territorial, para uma mesma categoria. Tal critério coaduna-se melhor com a idéia de pluralidade política além de evitar a acomodação de lideranças sindicais (os líderes “pelegos”). Já a unidade sindical (unidade de representação) é aquela alcançada não por imposição legal, mas fruto da própria liberdade e da maturidade sindical. Neste caso, parte-se da pluralidade até se chegar à unidade por livre escolha, traduzindo a união espontânea em torno de um único sindicato. Acredita-se que o sistema ideal é o de unidade alcançada por intermédio da pluralidade.

<sup>673</sup> “É que o empregador, por sua própria natureza, já é um ser coletivo (já estando, portanto, naturalmente encouraçado pela proteção coletiva) [...]”. DELGADO, *Curso de Direito...*, 10. ed., p. 1309. “Apesar de o citado inciso VI do art. 8º fazer alusão a sindicatos, no plural, vem-se entendendo que a participação obrigatória nas negociações refere-se ao sindicato profissional e é uma decorrência do princípio da tutela, que só se aplica ao empregado”. BARROS, *Curso de Direito do...*, p. 1177.

<sup>674</sup> Diante da vedação constitucional de interferência e intervenção do Estado nas organizações sindicais (art. 8º, I, CRFB), pacífico hoje o entendimento de que o registro dos sindicatos no Ministério do Trabalho e Emprego tem apenas o fim cadastral para aferir a unicidade sindical.

<sup>675</sup> Cf. SANTOS, As condições de validade..., *Revista do Tribunal...*, v. 67, n. 1, jan./mar. 2001, p. 166.

Destaca-se que, a teor do §2º do art. 611<sup>676</sup> da CLT, quando diante de categoria inorganizada em sindicato, é autorizado também às Federações e, na falta destas, às Confederações (entidades sindicais de grau superior) celebrar convenções coletivas de trabalho para regerem as relações jurídicas das categorias a elas vinculadas. Mas, percebe-se, essa legitimidade é subsidiária: apenas para casos de categorias não organizadas em sindicatos em determinada base territorial, não havendo autorização genérica para as Confederações ou as Federações negociarem entre si no texto celetista, embora a Constituição da República assegure a liberdade sindical (art. 8º).

Ainda, quanto à legitimidade subjetiva, importante registrar que, diante da previsão constitucional expressa e inequívoca (art. 8º, VI), bem como em face do princípio da autonomia sindical, é vedado aos empregados negociarem coletivamente diretamente com o empregador, tal como previsto no não recepcionado §1º, art. 617<sup>677</sup>, da CLT<sup>678</sup>.

Leciona REALE, “sem órgão competente e legítimo não existe regra jurídica válida, capaz de abrigar compulsoriamente”.<sup>679</sup> No entanto, no caso em tela o acordo celebrado pela empresa com os trabalhadores diretamente não será tecnicamente inválido, mas terá a validade estrita e semelhante às cláusulas contratuais, devendo, pois, respeitar a normatização heterônoma e autônoma, bem como o princípio da inalterabilidade contratual lesiva (art. 468, CLT). Nota-se, assim, que o pactuado pelos trabalhadores diretamente com o empregador não terá natureza de norma coletivamente ajustada, por carecer-lhes legitimidade para tal.

---

<sup>676</sup> Dispõe o art. 611, §2º, da CLT: “As Federações e, na falta destas, as Confederações representativas de categorias econômicas ou profissionais poderão celebrar convenções coletivas de trabalho para reger as relações das categorias a elas vinculadas, inorganizadas em sindicatos, no âmbito de suas representações”.

<sup>677</sup> Art. 617, da CLT: “Os empregados de uma ou mais empresas que decidirem celebrar acordo coletivo de trabalho com as respectivas empresas darão ciência de sua resolução, por escrito, ao Sindicato representativo da categoria profissional, que terá o prazo de 8 (oito) dias para assumir a direção dos entendimentos entre os interessados, devendo igual procedimento ser observado pelas empresas interessadas com relação ao sindicato da respectiva categoria econômica. §1º Expirado o prazo de 8 (oito) dias sem que o sindicato tenha se desincumbido do encargo recebido, poderão os interessados dar conhecimento do fato à federação a que estiver vinculado o sindicato e, em falta dessa, à correspondente confederação, para que, no mesmo prazo, assumam a direção dos entendimentos. Esgotado esse prazo, poderão os interessados prosseguir diretamente na negociação coletiva até final. §2º Para o fim de deliberar sobre o acordo, a entidade sindical convocará assembléia geral dos diretamente interessados, sindicalizados ou não, nos termos do art. 612”.

<sup>678</sup> Nesse sentido também DELGADO, *Direito Coletivo...*, p. 143. É de mencionar, entretanto, que este posicionamento teórico não é unânime, existindo na jurisprudência pátria entendimento de que é válida a celebração de acordo coletivo direto pelos trabalhadores com as respectivas empresas, quando o sindicato profissional se recusar em participar da negociação. Ilustram-se com os seguintes julgados: TST, AIRR 292/2004-007-05-40.4, 2ª Turma; Rel. Min. José Simpliciano Fontes de Faria Fernandes (DJU 24/08/2007); TST, AIRR 288/2004-007-05-40.6, 2ª Turma; Rel. Min. José Simpliciano Fontes de Faria Fernandes; (DJU 27/04/2007) TST, ROAD 45784/2002-900-09-00, Seção de Dissídios Coletivos, Rel. Min. Rider Nogueira de Brito (DJU 10/09/2004).

<sup>679</sup> REALE, *Lições preliminares de Direito*, p. 108.

Quanto às centrais sindicais – reconhecidas formalmente como entidades associativas de representação geral dos trabalhadores, constituídas em âmbito nacional e compostas por organizações sindicais profissionais (cf. art. 1º<sup>680</sup> da Lei 11.648/2008) –, a elas não é atribuída pelo ordenamento jurídico pátrio a legitimação para a celebração de convenções e acordos coletivos. Às centrais sindicais são atribuídas legalmente as seguintes prerrogativas: coordenar a representação dos trabalhadores por meio das organizações sindicais; e participar de negociações em espaços de diálogo social de composição tripartite nos quais estejam em discussão assuntos de interesse dos trabalhadores.

Caso as centrais sindicais convencionem condições de trabalho em nome dos trabalhadores diretamente com empresa ou com sindicatos econômicos, tecnicamente o pactuado não será norma, por faltar a estas associações poder normativo, inclusive para reger contratos individuais de trabalho. NASCIMENTO explana:

Se uma central sindical quiser negociar em conjunto para todos os sindicatos, o instrumento negociado terá de receber a anuência de cada sindicato em cuja base territorial as cláusulas contratuais serão aplicadas. No entanto, essas entidades de grau superior desenvolvem a articulação política da negociação e, de modo complementar, assinam, em conjunto com os sindicatos, os respectivos instrumentos.<sup>681</sup>

Dessa forma, a negociação coletiva no Brasil restringe-se ao nível sindical, não permitindo que as federações, confederações e centrais sindicais entabulem negociações coletivas em níveis superiores, de aplicação a um universo maior de trabalhadores, contrariamente ao recomendado pela OIT, que sugere que o direito à negociação coletiva seja amplo (cf. Recomendação n. 163). Nesse sentido, o modelo brasileiro de negociação afasta-se do de *negociação articulada* (coligada, iterativa) “como a Itália, inter-relacionando-se os contratos coletivos das centrais sindicais e os acordos coletivos de categorias e empresa, de modo que os primeiros estabelecem parâmetros máximos e mínimos que devem ser observados por estes”.<sup>682</sup>

---

<sup>680</sup> Art. 1º, L. 11.648/2008: “A central sindical, entidade de representação geral dos trabalhadores, constituída em âmbito nacional, terá as seguintes atribuições e prerrogativas: I - coordenar a representação dos trabalhadores por meio das organizações sindicais a ela filiadas; e II - participar de negociações em fóruns, colegiados de órgãos públicos e demais espaços de diálogo social que possuam composição tripartite, nos quais estejam em discussão assuntos de interesse geral dos trabalhadores. Parágrafo único. Considera-se central sindical, para os efeitos do disposto nesta Lei, a entidade associativa de direito privado composta por organizações sindicais de trabalhadores.”

<sup>681</sup> NASCIMENTO, *Iniciação ao Direito...*, p. 488.

<sup>682</sup> Cf. NASCIMENTO, *Iniciação ao Direito...*, p. 487-9. O modelo de negociação brasileira, segundo o autor, é da negociação desvinculada, sendo independentes as convenções e os acordos coletivos, hierarquicamente aplicável à cláusula mais favorável ao trabalhador na comparação entre as que foram em ambos fixadas (art. 620, CLT).

Menciona-se também, contrariamente à Convenção 154<sup>683</sup> da OIT - ratificada pelo Brasil, que versa sobre o fomento à negociação coletiva inclusive no que concerne à Administração Pública (art. 1<sup>o684</sup>) -, que o STF<sup>685</sup> e o STJ não têm considerado constitucional a negociação coletiva entre os sindicatos de servidores públicos e os respectivos empregadores entes públicos, por inaplicabilidade do instituto à esfera da administrativa.<sup>686</sup> Esse tem sido também o entendimento tradicional do TST quanto aos servidores públicos celetistas, conforme se reverbera da OJ 05<sup>687</sup> da SDC/TST.

Felizmente, o TST – sobretudo diante da recente ratificação pelo Brasil da Convenção 151<sup>688</sup> da OIT (08.04.10), *sobre a proteção do direito de sindicalização e procedimentos para definir as condições de emprego no serviço público* – tem entendido ser cabível a negociação coletiva de trabalho para a esfera da administração pública, embora adstritas às cláusulas sociais, destituídas de conteúdo econômico. O entendimento ainda restrito apenas às cláusulas sociais decorre da interpretação de que a Constituição da República impõe restrições à majoração de despesas para a administração pública, as quais ficam adstritas a diplomas legais (arts. 37, II, V, X, XI, e §8º; 39, 165, 169 da CRFB).<sup>689</sup>

<sup>683</sup> A Convenção 154 da OIT sobre o incentivo à negociação coletiva, foi concluída em Genebra, em 19.06.1981, e promulgada na República Federativa do Brasil pelo Decreto Presidencial 1.256, de 29.09.1994.

<sup>684</sup> Artigo 1, C. 154, da OIT: “A presente Convenção aplica-se a todos os ramos da atividade econômica. A legislação ou a prática nacionais poderão determinar até que ponto as garantias previstas na presente Convenção são aplicáveis às Forças Armadas e à Polícia. No que se refere à administração Pública, a legislação ou a prática nacionais poderão fixar modalidades particulares de aplicação desta Convenção”.

<sup>685</sup> Cf. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.492-DF na qual o STF reconheceu a inconstitucionalidade do art. 240, alíneas “d” (negociação coletiva) e “e” (ajuizamento de dissídio coletivo frente à Justiça do Trabalho constante da Lei n. 8.112/90, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.

<sup>686</sup> “Não se trataria, aqui, precisamente de falta de legitimidade do respectivo sindicato de servidores públicos, porém de inaplicabilidade do instituto negocial coletivo à esfera pública”. Cf. DELGADO, *Curso de Direito...*, 10. ed., p. 1314.

<sup>687</sup> OJ 05, SDC/TST: “Dissídio coletivo contra pessoa jurídica de direito público. Impossibilidade jurídica (inserida em 27.03.1998) Aos servidores públicos não foi assegurado o direito ao reconhecimento de acordos e convenções coletivos de trabalho, pelo que, por conseguinte, também não lhes é facultada a via do dissídio coletivo, à falta de previsão legal”.

<sup>688</sup> O Decreto Legislativo 206, de 08.04.2010, aprova, com ressalvas, os textos da Convenção 151 e da Recomendação 159 da OIT, ambas de 1978, sobre as Relações de Trabalho na Administração Pública. A Convenção 151 considera servidor público todas as pessoas admitidas pela Administração Pública (cf. art. 1º e 2º). Dispõem os arts. 7º e 8º, da convenção: “art. 7º. Medidas apropriadas às condições nacionais serão tomadas, quando necessário, para incentivar e promover o pleno desenvolvimento e utilização de mecanismos de negociação de termos e condições de trabalho entre as autoridades públicas concernentes e organizações de servidores públicos, assim como de outros métodos que permitam aos representantes de servidores públicos participar da definição dessas matérias. Art. 8º. Será buscada, de acordo com as condições nacionais, por meio da negociação entre as partes ou de mecanismo independente e imparcial, como mediação, conciliação e arbitragem, constituído de modo que assegure a confiança das partes envolvidas, a solução de conflitos que possam resultar da definição de termos e condições de trabalho”.

<sup>689</sup> Cf. DELGADO, *Curso de Direito...*, 10. ed., p. 1315. O autor arrola os seguintes precedentes da SDC, todos posteriores ao Decreto Legislativo 206, de 07.04.10: RXOF e RODC 2008000-03.2005.5.02.0000, Rel. Ministro Maurício Godinho Delgado, DEJT 20.08.2010; RXOF e RODC 2025300-70.2008.5.0000, Rel. Ministra Kátia

Negar o direito de negociação coletiva aos servidores públicos civis, em cenário constitucional que lhes reconhece direito de sindicalização e de greve (art. 37, VI e VII<sup>690</sup>, CRFB), significa limitar o alcance desses direitos assegurados pela Carta Política, vez que há uma interdependência natural entre direito de sindicalização, direito de greve e direito de negociação, “de modo que um não pode sobreviver sem o outro”.<sup>691</sup>

Ademais, embora a ordem constitucional vede a majoração no orçamento sem que haja previsão legal – e, historicamente, a mais intensa reivindicação dos trabalhadores seja o aumento salarial –, “nada impede que da mesa de negociação nasça um esboço de um projeto de lei contendo o acordado entre as partes”<sup>692</sup>, principalmente quanto às cláusulas de cunho econômico. Dessa maneira, o entendimento pela vedação *a priori* da negociação coletiva no que concerne às cláusulas econômicas apresenta-se como um contrassenso e em nada colide aos ditames constitucionais.

Conclui-se, então, que os legitimados para celebrar as convenções coletivas são os sindicatos (profissional e o econômico) e, no caso do acordo coletivo, o sindicato profissional (obrigatoriamente, por força do art. 8º, VI, da CRFB) e empresa ou empresas. Para as categorias inorganizadas em sindicatos, as entidades sindicais de grau superior (federação e, na falta desta, a confederação) são legitimadas subsidiariamente para ajustar a convenção e o acordo coletivo que lhes sejam aplicáveis. Ao contrário, não são legitimados, conforme ordem jurídica vigente, as centrais sindicais e trabalhadores ou grupo de trabalhadores sem a devida representação sindical.

#### 6.4.2.2 Os procedimentos para a celebração de convenções e de acordos coletivos de trabalho

Cumprir iniciar este tópico evidenciando que a Constituição da República, ao dispor que é livre a associação profissional e sindical e ao vedar ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical (art. 8º, *caput*, e inciso I), positivou o princípio da liberdade sindical, do qual é consectário direto o princípio da autonomia sindical.

---

Magalhães Arruda, DEJT 17.9.2010; ReeNec e RO-RODC 51000-22.2008.5.15.0000, Rel. Ministro Waldir Oliveira da Costa, DEFT 15.10.2010.

<sup>690</sup> Art. 37, CRFB: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: VI - é garantido ao servidor público civil o direito à livre associação sindical; VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica.”

<sup>691</sup> ARAÚJO, A negociação coletiva... In: VIANA, A reforma sindical..., p. 123.

<sup>692</sup> ARAÚJO, A negociação coletiva... In: VIANA, A reforma sindical..., p. 127.

Segundo REALE, “a autonomia consiste, tecnicamente, na maior ou menor capacidade que tem uma entidade para resolver, sem interferência de terceiros, problemas que lhe são peculiares”.<sup>693</sup>

Assim, a Carta de 1988 garantiu aos sindicatos o poder de autoconstituição (ressalvado o registro em órgão competente) e o poder de autogestão sem interferência do Estado ou empresarial. Dessa autonomia decorre ainda: a livre estruturação interna dos sindicatos; a livre atuação externa, inclusive na definição da melhor forma de defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria; sua sustentação econômico-financeira; e sua desvinculação de controles administrativos estatais ou em face do empregador.<sup>694</sup>

Por conseguinte, a autogestão sindical “transfere da lei para os estatutos a tarefa de respaldar a atividade administrativa dos sindicatos, de modo que, respeitados os princípios constitucionais, toda a matéria administrativa é questão interna do sindicato”.<sup>695</sup>

Nesse passo, como a CLT é anterior à Carta de 1988 e fruto de uma concepção sindical publicística que inspirou a organização sindical brasileira, diversos dispositivos nela contidos acerca da organização sindical, da negociação coletiva e dos instrumentos dela decorrentes, mostram-se não recepcionados pela ordem constitucional vigente, o que confere maior força aos estatutos e às assembleias gerais sindicais.

Portanto, alguns aspectos concernentes aos procedimentos de elaboração das convenções e dos acordos coletivos previstos no texto celetista apresentam-se não recepcionados pela Magna Carta, devendo ser a matéria remetida aos estatutos das organizações sindicais, bem como às decisões tomadas pelas assembleias gerais. Claro que os procedimentos previstos no próprio estatuto são obrigatórios e vão condicionar a validade das convenções e dos acordos coletivos.

É exatamente com a convocação de assembleia geral obreira que se iniciam os procedimentos para a celebração de convenções e de acordos coletivos. Ela deve ser convocada de forma ampla e especialmente para esse fim, nos moldes constantes dos respectivos estatutos sindicais, para que os trabalhadores autorizem a diretoria sindical a iniciar as tratativas e para aprovar a pauta de reivindicação. Concordante com entendimento

---

<sup>693</sup> REALE, *Lições preliminares de Direito*, p. 107.

<sup>694</sup> DELGADO, *Direito Coletivo...*, p. 51.

<sup>695</sup> NASCIMENTO, *Direito Sindical...*, p. 221.

esboçado pelo TST, a pauta reivindicativa deve necessariamente ser registrada em ata, como produto da vontade expressa da categoria (cf. OJ 08<sup>696</sup>, SDC).

A indispensabilidade de assembleia geral para a instauração da negociação coletiva e para a aprovação da pauta reivindicatória pelos trabalhadores reverbera condição fundamental para a legitimidade da atuação sindical e, conseqüentemente, da própria convenção e do acordo coletivo de trabalho. Não é demais dizer que a representação sindical se assemelha à representação política, conferida que é pelo voto da maioria dos representados.<sup>697</sup>

Menciona-se que, em face da vedação constitucional de interferência e de intervenção do Poder Público na organização sindical (art. 8º, I), restaram não recepcionadas as exigências de quórum para a convocação e a deliberação previstas no texto celetista (art. 612<sup>698</sup>). Tal inteligência está em consonância com o previsto expressamente no que concerne à autonomia sindical para a deflagração e cessação da greve (art. 4º da Lei 7.783/89<sup>699</sup>), ao amplamente afiançado pela doutrina<sup>700</sup>, e à recentemente manifestado pelo TST (2003), reverberado no cancelamento das OJS 13 e 21 da SDC (que julgavam recepcionado o quórum assemblear previsto no art. 612 da CLT).

Após a elaboração e aprovação da pauta de pretensões dos trabalhadores, ela é encaminhada ao sindicato econômico ou à direção da empresa (no caso de acordo) a fim de que a estude, apresente contraproposta ou aceite de plano (hipótese prática pouco comum). Esclareça-se que, por força do *caput* do art. 616<sup>701</sup> da CLT, o sindicato econômico e as empresas não podem recusar-se à negociação quando provocados.

---

<sup>696</sup> OJ 08, SDC/TST: “Dissídio coletivo. Pauta reivindicatória não registrada em ata. Causa de extinção. A ata da assembléia dos trabalhadores que legitima a atuação da entidade sindical respectiva em favor de seus interesses deve registrar, obrigatoriamente, a pauta reivindicatória, produto da vontade expressa da categoria”.

<sup>697</sup> Cf. SANTOS, As condições de validade..., *Revista do Tribunal...*, v. 67, n. 1, jan./mar. 2001, p. 170.

<sup>698</sup> Art. 612, CLT: “Os sindicatos só poderão celebrar convenções ou acordos coletivos de trabalhos, por deliberação de assembléia geral especialmente convocada para este fim, consoante o disposto nos respectivos estatutos, dependendo a validade da mesma do comparecimento e votação, em primeira convocação, de 2/3 (dois terços) dos associados da entidade, se se tratar de convenção, e dos interessados, no caso de acordo e, em segunda, 1/3 (um terço) dos membros. Parágrafo único O quorum de comparecimento e votação será de 1/8 (um oitavo) dos associados em segunda convocação, nas entidades sindicais que tenham mais de 5. 000 (cinco mil) associados”.

<sup>699</sup> Art 4º, Lei 7.783/89: “Caberá à entidade sindical correspondente convocar, na forma do seu estatuto, assembléia geral que definirá as reivindicações da categoria e deliberará sobre a paralisação coletiva da prestação de serviços”.

<sup>700</sup> Cf. SÜSSEKIND *et al. Instituições de Direito...*, v. 2, p. 1066, p. 1062.

<sup>701</sup> Art. 616, CLT: “Os Sindicatos representativos de categorias econômicas ou profissionais e as empresas, inclusive as que não tenham representação sindical, quando provocados, não podem recusar-se à negociação coletiva”.

Dessa maneira, dão início às discussões entre as partes, podendo, inclusive, haver mediação do Ministério do Trabalho e Emprego, por intermédio dos auditores fiscais do trabalho, com o fim de aproximar as partes e com o poder de convocação compulsória destas para o diálogo (cf. art. 616, §1º<sup>702</sup>, da CLT).

Caso haja consenso, os respectivos advogados das partes redigem o texto final da convenção ou do acordo coletivos, que é novamente submetido à aprovação de assembleia geral dos sindicatos e, após, finalmente, é assinado pelos convenientes.

Estabelece o parágrafo único do art. 613 que “as convenções e os acordos serão celebrados por escrito, sem emendas nem rasuras, em tantas vias quando forem os sindicatos convenientes ou as empresas acordantes, além de uma destinada a registro”. Assim, aufere-se que as convenções e os acordos coletivos de trabalho são instrumentos formais, solenes, necessariamente por escrito<sup>703</sup>, sendo a forma “requisito substancial do ato jurídico”.<sup>704</sup>

Posteriormente à conclusão dos textos das convenções e dos acordos a eles deve-se dar ampla publicidade, mediante: registro administrativo no Ministério do Trabalho e Emprego (para fins de arquivamento, cf. art. 614 da CLT); afixação, de forma visível, nos estabelecimentos das empresas e nos respectivos sindicatos (art. 614, CLT); e outros meios previstos nos próprios instrumentos (na internet, por meio da entrega de uma via a cada trabalhador abrangido pelo referido instrumento normativo<sup>705</sup> etc.). Ressalta-se que, à distinção das leis, não há exigência legal de publicação dos diplomas coletivos no Diário Oficial ou em órgão da imprensa.

Frisa-se, ainda, conforme será visto com maior detalhamento ao tratar da vigência dos instrumentos normativos coletivos, que o mencionado registro no Ministério do Trabalho e Emprego não é ato constitutivo ou homologatório da negociação. Portanto, a não realização “não esteriliza, evidentemente, sua natureza de fonte eficaz de norma jurídica”.<sup>706</sup>

---

<sup>702</sup> Art. 616, §1º, CLT: “§1º Verificando-se recusa à negociação coletiva, cabe aos Sindicatos ou empresas interessadas dar ciência do fato, conforme o caso ao Departamento Nacional do Trabalho ou aos órgãos regionais do Ministério do trabalho para convocação compulsória dos Sindicatos ou empresas recalcitrantes”.

<sup>703</sup> “(...) mesmo acolhendo-se a tese da revogação constitucional das exigências e procedimentos fixados pela CLT, não se pode considerar válida negociação coletiva que não cumpra requisitos e formalidades consistentes fixadas no estatuto sindical (convocação ampla, pauta publicizada, quórum razoável par a instalação e deliberação assemblear, lançamento a termo escrito das regras e cláusulas estipuladas etc)”. DELGADO, *Direito Coletivo...*, p. 144.

<sup>704</sup> Cf. BARROS, *Curso de Direito do...*, p. 1194.

<sup>705</sup> “Melhor seria que se impusesse a impressão e distribuição de cópias a todos os trabalhadores, pois em uma grande empresa industrial os empregados quando chegam se dirigem diretamente aos locais de trabalho, sem passar muitas vezes pelos escritórios”. SÜSSEKIND *et al. Instituições de Direito...*, v. 2, p. 1066, p. 1067.

<sup>706</sup> DELGADO, *Direito Coletivo...*, p. 145.



É de se destacar, por fim, que o art. 615 da CLT prevê as regras concernentes à prorrogação, revisão, denúncia e revogação de uma convenção ou acordo, total ou parcial, que devem seguir os mesmos ritos gerais para a celebração original desses diplomas. Quanto à extensão de convenção e de acordo para além das bases profissionais e econômicas representadas, não há autorização legal para tal (seja para o Judiciário ou o Executivo, seja para as entidades sindicais superiores), devendo os interessados entabularem autônomos instrumentos normativos coletivos.

#### **6.4.3** A validade material das convenções e dos acordos coletivos de trabalho: proposta de aplicação do princípio da progressividade e do princípio da vedação do retrocesso

O Estado, ao delegar ou reconhecer uma fonte jurídica, limita o poder normativo também em relação ao conteúdo (repertório), no âmbito do qual o poder normativo pode ser exercido. A essa limitação atribui-se o nome de “limites materiais das normas jurídicas” ou, ainda, “critérios de validade material das normas jurídicas” (ao lado dos limites formais ou critérios de validade formal das normas, supramencionados).

Os limites atinentes ao conteúdo regulado podem ser *positivos* ou *negativos*, conforme a ordem jurídica imponha ao detentor do poder normativo estabelecer normas em determinada matéria ou proíba em outra<sup>707</sup> e, ainda, editar normas em determinada direção (sentido) ou vede em outra.

Registre-se que os limites de validade material da norma são fixados, direta ou indiretamente, na Constituição da República (“fonte das fontes” ou “norma produtora por excelência”), posto que esta é a responsável pela atribuição de fundamento de validade a todas as outras fontes, na medida em que as reconhece ou as institui, seja como produtoras de outras normas ou como executoras dos próprios comandos constitucionais. Daí dizer que caso não respeitados os limites materiais quando fixados expressamente na Carta Política, a norma não apenas será inválida, em face do desrespeito aos critérios de validade material, mas também será inconstitucional, já que esses critérios e limites estão fixados diretamente na Constituição.

---

<sup>707</sup> BOBBIO, *Teoria do ordenamento...*, p. 55.

Quanto à convenção e ao acordo coletivos, eles não podem ser diferenciados quanto à matéria regulada, posto que ambos podem versar sobre a mesma temática. Contudo, diante da distinção do âmbito territorial de aplicação da convenção e do acordo coletivo (aquela, à categoria representada; este, aos trabalhadores das empresas acordantes), nota-se que o conteúdo do acordo tende a ser mais específico, enquanto o da convenção, é mais geral.

O conteúdo<sup>708</sup> de uma convenção e de um acordo coletivo contém normas jurídicas com duas finalidades distintas: a maioria destinada a reger os contratos individuais de trabalho, prevendo regras sobre as próprias condições das prestações de serviços, bem como a vigência, hipótese de revisão e prorrogação do instrumento coletivo; e algumas outras destinadas a estabelecer obrigações e direitos para as partes pactuantes (sindicatos e/ou empresas).

Evidencia-se, embora sejam fixados nas normas autônomas dois conjuntos de normas com finalidades distintas, que os dispositivos normativos destinados a regular os contratos individuais de trabalho da base representada “consustanciam a razão de ser da negociação coletiva, como mecanismo criador de fontes normativas autônomas do Direito do Trabalho”.<sup>709</sup>

Em consequência, os diplomas negociais coletivos produzem duplicidade de efeitos de acordo com as finalidades de suas normas: aquelas destinadas às partes convenientes são dotadas de efeitos *inter partes*; aquelas outras destinadas a reger contratos individuais de trabalho das bases profissionais e econômicas representadas, efeitos *erga omnes*.<sup>710</sup> Nota-se que se fala de efeitos *erga omnes*, já que os efeitos normativos produzidos não se atêm às partes convenientes (sindicatos entre si ou sindicato profissional e empresa), mas, ao contrário, “projetam-se sobre todas as pessoas que os sindicatos representam: os empregados que pertencem à categoria de trabalhadores e as empresas que integram a

---

<sup>708</sup> “O conteúdo da convenção coletiva de trabalho é a série de cláusulas ou condições que contém o instrumento celebrado entre as entidades sindicais ou, como resume *La Cueva*, “o grupo de normas que regulam a situação econômico-social objeto da instituição”. SÜSSEKIND *et al. Instituições de Direito...*, v. 2, p. 1066, p. 1064.

<sup>709</sup> DELGADO, *Direito Coletivo...*, p. 143.

<sup>710</sup> Como anota DELGADO, a jurisprudência, entretanto, tem restringido na prática os efeitos *erga omnes* dos preceitos normativos de convenções coletivas de trabalho de categorias diferenciadas (isto é, daquelas categorias entendidas como tais por força de lei, *e.g.* motoristas e professores), determinando que só são vinculantes ao empregador caso tenham sido eles representados pelos correspondentes sindicatos ou diretamente na respectiva pactuação coletiva, hipótese rara de ocorrência no plano real. DELGADO, *Direito Coletivo...*, p. 150. É o que se aúfere da Súmula 374 do TST: “Norma Coletiva - Categoria Diferenciada – Abrangência. (Res. 129/2005 - DJ 20.04.2005, conversão da OJ 55 da SDI-1) Empregado integrante de categoria profissional diferenciada não tem o direito de haver de seu empregador vantagens previstas em instrumento coletivo no qual a empresa não foi representada por órgão de classe de sua categoria”.

categoria econômica dos empregadores”.<sup>711</sup> Perceba-se, ainda, que os referidos diplomas aplicam-se a todos os membros da categoria representada (trabalhadores e empresas), independentemente de serem sindicalizados ou não.

O art. 613 da CLT prescreve que as convenções e os acordos coletivos de trabalho deverão conter obrigatoriamente:

- I designação dos sindicatos convenientes ou dos sindicatos e empresas acordantes;
- II prazo de vigência;
- III categorias ou classes de trabalhadores abrangidas pelos respectivos dispositivos;
- IV condições ajustadas para reger as relações individuais de trabalho durante sua vigência;
- V normas para a conciliação das divergências surgidas entre os convenientes por motivo da aplicação de seus dispositivos;
- VI disposições sobre o processo de sua prorrogação e de revisão total ou parcial de seus dispositivos;
- VII direitos e deveres dos empregados e empresas;
- VIII penalidades para os Sindicatos convenientes, os empregados e as empresas em caso de violação de seus dispositivos.

Assim, é de importância crucial que esses instrumentos indiquem com precisão a quem são dirigidos; isto é, a qual universo de trabalhadores e empregadores são destinados, de acordo com a categoria representada e com a base territorial de aplicação. Isso auxilia muito que os diplomas coletivos sejam efetivamente aplicados, o que lhes desenvolve maior eficácia social.

No que pertine aos limites materiais das normas autônomas trabalhistas, o primeiro limite se refere à matéria regulada: estipulação de condições de trabalho para o âmbito das respectivas representações, o que afasta a regulação de outras temáticas não afins (como religiosa e política, por exemplo).

É de ressaltar que não existe previsão legal expressa no ordenamento jurídico pátrio que determine especificamente quais condições de trabalho podem ser regulamentadas

---

<sup>711</sup> NASCIMENTO, *Iniciação ao Direito...*, p. 499.

por normas autônomas (*e.g.* férias, aviso prévio, décimo terceiro salário, estabilidade no empregado e segurança do trabalho), havendo, pois, concorrência no que concerne ao conteúdo normativo entre normas heterônomas e autônomas.<sup>712</sup>

Como limite negativo afeto à temática regulada, dispõe o art. 623<sup>713</sup> da CLT que nenhuma cláusula de CCT e ACT, sob pena de nulidade, pode contrariar, direta ou indiretamente, proibição ou norma disciplinadora da política econômico-financeira do Governo ou concernente à política salarial vigente.<sup>714</sup>

Entende-se que o conteúdo previsto em normas proibitivas estatais, igualmente, constitui limites negativos das convenções e dos acordos coletivos de trabalho, podendo a temática ser regulamentada por estes diplomas desde que não as contrarie ou, ao contrário, desenvolva-lhes os fundamentos (*telos*) da previsão legal. Ilustra-se com a fixação de idade mínima para o trabalho, que não poderá ser regulada de forma diversa (dezesesseis anos para qualquer trabalho, salvo na condição de aprendiz, a partir dos quatorze, cf. art. 7º, XXXIII, CRFB); a proibição de diferenças salariais, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil (art. 7º, XXX, CRFB); a proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência (art. 7º, XXXI, CRFB); e a proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos (art. 7º, XXXII, CRFB).

Quanto à direção material positiva do conteúdo regulado pelas normas autônomas (enquanto requisito da validade material das CCT e ACT), aufere-se da Constituição da República que as convenções e os acordos coletivos de trabalho devem ser norteados pelo princípio da progressividade e, como consectário lógico, a direção material negativa das normas autônomas deve ser orientada pelo princípio da vedação do retrocesso sociojurídico do trabalhador.

Explica-se: o limite material positivo das normas autônomas deve ser pautado pelo princípio da progressividade, que determina a melhoria das condições sociais trabalhistas

---

<sup>712</sup> “[A CLT] quando dispõe sobre o contrato individual de trabalho não determina os espaços normativos da lei e da convenção coletiva de trabalho, não define a matéria que pode ser regulada exclusivamente pela lei e os temas que podem ser compartilhados entre a lei e o contrato coletivo”. NASCIMENTO, *Iniciação ao Direito...*, p. 84.

<sup>713</sup> Art. 623, CLT: “Será nula de pleno direito disposições de convenção ou acordo que direta ou indiretamente, contrarie proibição ou norma disciplinadora da política econômica-financeira do Governo ou concernentes à política salarial vigente, não produzido quaisquer efeitos perante autoridades e repartições públicas, inclusive para fins de revisão de preços e tarifas de mercadorias e serviços. Parágrafo único. Na hipótese deste artigo, a nulidade será declarada, de ofício ou mediante representação, pelo Ministro do trabalho ou pela Justiça do trabalho, em processo submetido ao seu julgamento”.

<sup>714</sup> Para VIANNA, esse dispositivo contraria as normas internacionais do trabalho. SÜSSEKIND *et al.* *Instituições de Direito...*, v. 2, p. 1066, p. 1063.

por intermédio do aperfeiçoamento ininterrupto da ordem jurídica, sempre com vistas à proteção e à reafirmação da pessoa humana. E, de outro lado, o limite material negativo das normas autônomas deve ser direcionado pelo princípio da vedação do retrocesso, de forma a serem insusceptíveis de rebaixamento os padrões sociais trabalhistas alcançados e protegidos pela ordem jurídica. Frisa-se: independentemente de qual fonte é a instituidora dessas condições, garantias e direitos trabalhistas mínimos: normas heterônomas nacionais ou internacionais, normas autônomas, regulamentos empresariais e cláusulas contratuais trabalhistas.

A fixação do limite material das convenções e dos acordos coletivos do trabalho pelo princípio da progressividade e da vedação do retrocesso decorre dos auspícios dos seguintes dispositivos constitucionais: art. 4º, II, que determinou a prevalência dos direitos humanos como princípio fundamental da República federativa do Brasil; art. 5º, §2º, que estabeleceu que os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte; art. 7º, *caput*, que arrola dos direitos fundamentais sociais dos trabalhadores, sem prejuízo de outros que visem à melhoria de sua condição social; e art. 60, §4º, que inviabiliza o poder de emendar na direção de abolir direitos e garantias fundamentais individuais.

Anota BONAVIDES:

Pelos seus vínculos principiais [...], os direitos sociais recebem em nosso direito constitucional positivo uma garantia tão elevada e tão reforçada que lhes faz legítima a inserção no mesmo âmbito conceitual da expressão direitos e garantias individuais do art.60. Fluem, por conseguinte, uma intangibilidade que os coloca inteiramente além do alcance do poder constituinte ordinário, ou seja, aquele poder derivado, limitado e de segundo grau, contido no interior do próprio ordenamento jurídico.<sup>715</sup>

O estabelecimento deste limite material encontra respaldo, ainda, na princiologia do Direito do Trabalho, designadamente: no princípio da proteção, no princípio da norma mínima, no princípio da norma mais favorável, no princípio da imperatividade das normas juslaborais e no princípio da irrenunciabilidade de direitos trabalhistas.

A aplicação do princípio da progressividade e da vedação do retrocesso sociojurídico do trabalhador também se mostra compatível com a realização da função central do Direito do Trabalho: a tutela do trabalhador direcionada a imprimir-lhe uma melhoria

---

<sup>715</sup> BONAVIDES, *Curso de Direito...*, p. 594-5.

progressiva (ininterrupta e sem retrocessos) das condições de contratação, econômica e social; e com a função central do Direito Coletivo do Trabalho: de majoração quantitativa e qualitativa dos direitos sociotrabalhistas, de forma a promover a justiça distributiva e reduzir as desigualdades socioeconômicas dos homens.

De outro lado, conforme proposta de VIANA, na esfera das relações coletivas de trabalho, deve-se lutar por uma estrutura que sustente e amplie a ação sindical, estendendo-a aos trabalhadores precários, aos desempregados e aos excluídos.<sup>716</sup>

É de registrar, ainda, que a importância histórico-teleológica dos movimentos reivindicativos sindicais e da negociação coletiva é de realização da progressividade vertical em matéria justralhista, pautada pelo aperfeiçoamento e elevação do patamar normativo juslaboral, independentemente de quais sejam suas fontes instituidoras.

Dessa forma, a ordem jurídico-trabalhista de matiz constitucional determina que as convenções e os acordos coletivos de trabalho atuem em função complementar e suplementar dos diplomas normativos heterônomos (nacionais e internacionais) e contratuais, promovendo a progressão social do trabalhador, mediante a cumulação de vantagens jurídico-trabalhistas, jamais como instrumento precarizador da proteção à pessoa humana ou redutor de direitos e garantias mínimas.

Ademais, registre-se que o princípio da progressividade e o princípio da vedação do retrocesso são o mesmo limite material imposto às sentenças normativas proferidas pela Justiça do Trabalho, que deverá “respeitar as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente (art. 114, §2º, CRFB).

É também o mesmo limite imposto pelo texto celetista à autonomia privada individual que determina ser lícita somente a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento e, ainda assim, desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado e de que não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos diplomas coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia (cf. princípio da inalterabilidade contratual lesiva positivado nos arts. 444 e 468 da CLT).

Assim, os direitos e as garantias trabalhistas alcançados por norma heterônoma nacional e internacional, por normas autônomas anteriormente celebradas, por normas contratuais e por regulamentos empresariais não podem ser suprimidas pelas normas autônomas trabalhistas. Conforme leciona CANOTILHO, “os direitos sociais e econômicos (ex:

---

<sup>716</sup> VIANA, A proteção social do... In: PIMENTA, et al. *Direito do Trabalho...*, p. 183.

direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez alcançados ou conquistados, passam a constituir, simultaneamente, uma *garantia institucional* e um *direito subjetivo*”.<sup>717</sup>

Ensina MURADAS:

É de observar que tanto o princípio da norma mais favorável quanto o princípio da progressividade dos direitos humanos sociais, analisados sob o prisma da produção legislativa nacional, não estabelecem a imutabilidade dos preceitos justralhistas; ao contrário, determinam o constante aperfeiçoamento do ramo juslaboral, a sua adaptação às novas necessidades sociais, sempre encerrando o sentido de proteção, atávico ao Direito do Trabalho.<sup>718</sup>

Frisa-se que a aplicação do princípio da progressividade e do princípio da vedação do retrocesso como limites materiais dos diplomas coletivos não estabelece a imutabilidade dos preceitos justralhistas, mas, ao contrário, determina o contínuo aperfeiçoamento da ordem jurídico laboral. Dessa maneira, pode haver alteração de algumas cláusulas constantes de convenções e de acordos coletivos de trabalho anteriormente celebradas desde que traduzam progresso das condições sociojurídicas dos trabalhadores representados e não impliquem retrocesso sociojurídico ao trabalhador.

Caso as cláusulas de convenções e de acordos coletivos do trabalho direcionadas a instituir condições de trabalho desrespeitem os limites materiais que lhe impõe a Constituição da República, notadamente o princípio da progressividade e o da vedação do retrocesso, elas serão nulas de pleno direito (cf. art. 9º da CLT) e, ainda, cravadas da mácula de inconstitucionalidade. Como a decretação da nulidade de uma norma constante de diploma normativo coletivo provoca um vazio na regulação de uma dada temática, esse vazio deverá ser automaticamente preenchido pela norma laboral abdicada ilicitamente, mesmo que constante de convenção e acordo anteriormente celebrado.

Não é demais ressaltar que a proposta desta pesquisa de aplicar o princípio da progressividade e da vedação do retrocesso às convenções e aos acordos coletivos de trabalho atribui maior grau de eficácia e efetividade a estes princípios tão caros ao Direito do Trabalho, inclusive de matiz na dignidade humana, e direcionados à redução das desigualdades sociais.

<sup>717</sup> CANOTILHO, *Direito Constitucional*, p. 468.

<sup>718</sup> MURADAS, *O princípio da...*, p. 21.

#### 6.4.3.1 Hipóteses excetivas e provisórias autorizadoras de retrocesso por intermédio das convenções e dos acordos coletivos de trabalho

A Constituição da República prevê no art. 7º, incisos VI, XIII e XIV, respectivamente: a “irreduzibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo”, a “duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho” e a “jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva”.

Dessa forma, a própria Constituição autoriza três hipóteses de redução de direitos e garantias sociais trabalhistas: a redução salarial, a compensação de sobrejornada e a ampliação de jornada para turnos ininterruptos de revezamento.

Trata-se de hipóteses flexibilizadoras por intermédio da negociação coletiva. Portanto, devem ser interpretadas restritivamente e não comportam recurso à analogia e tampouco à interpretação extensiva, por colidirem com o núcleo principiológico, as funções e a gênese do Direito do Trabalho.

Mesmo assim, as hipóteses autorizadoras de precarização das normas trabalhistas por intermédio da negociação coletiva devem ser antecedidas por outras medidas menos gravosas aos trabalhadores.

Tais previsões excepcionais permitem o uso da negociação coletiva como instrumento de superação de crises da empresa<sup>719</sup> e, exclusivamente, para essa finalidade. Por tal razão, é indispensável que haja transparência por parte da empresa e do sindicato econômico, para justificar a adoção de tais medidas gravosas, não sendo demasiada e ilícita a exigência do sindicato obreiro da abertura das contas da empresa para fins de consentir com referidas precarizações sociais.

Devem, ainda, ser norteadas referidas negociações pelo princípio da boa-fé. Conforme preleciona SOUTO MAIOR:

A noção de que os contratos devem ser baseados em clima de boa-fé atinge, igualmente, a esfera coletiva do direito do trabalho. Com apoio nesta noção jurídica, expressamente acatada pelo Código, pode-se desconsiderar a validade de cláusulas de contratos coletivos de trabalho que signifiquem meramente redução de direitos e que foram fruto de uma “negociação” feita sob a ameaça do desemprego (sem

<sup>719</sup> Cf. NASCIMENTO, *Iniciação ao Direito...*, p. 490.



qualquer apresentação de documentos que comprovem, satisfatoriamente, a necessidade econômica da empresa, para pleitear a redução). Ora, uma negociação de boa-fé exige troca de informações que se demonstrem, inequivocamente, em dados reais, para que o ato jurídico que dela resulta não se concretize sob o manto das ameaças, ainda mais quando de um lado está o poder econômico e de outro pessoas (mesmo representadas) que dependem do trabalho para sobreviver.<sup>720</sup>

AMOROSO LIMA citado por PATRUS ANANIAS também assevera que

[...] o segredo é a alma do negócio [...]. A supressão do segredo econômico – a cuja sombra se acolheram as grandes negociatas, os lucros extraordinários, as percentagens fantásticas, a formação de fortunas gigantescas, que trouxeram o descrédito total ao sistema capitalista de produção – essa supressão do segredo e a sua substituição pela mais ampla publicidade de todos os negócios, representa a meu ver um passo decisivo para a transição pacífica do capitalismo para uma democracia econômica.<sup>721</sup>

Assim, a negociação coletiva *in pejus* deve consubstanciar-se em medida excetiva, jamais como regra geral e somente em casos em que a redução de direitos trabalhistas se justifique em prol de um bem maior fundado na dignidade e na proteção do trabalhador – por exemplo, a própria manutenção do emprego.

Como situações excepcionais, a redução salarial, a compensação de sobrejornada e a ampliação de jornada para turnos ininterruptos de revezamento devem ser adotadas em caráter de provisoriedade, limitando-se ao estrito período necessário à superação da crise empresarial e ao retorno ao *status quo*.

Quanto à redução salarial, em conformidade com o asseverado por DELGADO<sup>722</sup>, a Constituição da República recepcionou em parte o art. 503 da CLT, que dispõe ser lícita em caso de força maior ou de prejuízos devidamente comprovados a redução geral dos salários dos empregados da empresa, proporcionalmente aos salários de cada um, não podendo, entretanto, ser superior a 25% (vinte e cinco por cento), respeitado, em qualquer caso, o salário mínimo. E, também, o art. 2º da Lei 4.923/65, que permitia a redução salarial em virtude de conjuntura econômica adversa da empresa, mediante negociação coletiva, facultando ao empregador interpor ação específica perante o Judiciário Trabalhista em caso de recusa sindical.

Dessa forma, a redução salarial, seja unilateral ou por meio de sentença jurisdicional, não se mostra compatível e recepcionada pela Carta de 1988, que, como regra, determina a irredutibilidade salarial, permitindo-a como exceção somente por intermédio de

<sup>720</sup> SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *A proteção contra...*, p. 19.

<sup>721</sup> SOUZA, *Uma história...*

<sup>722</sup> DELGADO, *Curso de Direito...*, 9. ed., p. 702.

convenções e de acordos coletivos de trabalho, devidamente firmados pelo sindicato profissional (cf. arts. 7º, VI, e 8º, I, da CRFB).

Recepcionou, contudo, os três motivos tipificados pelos diplomas legais hábeis a autorizar a redução salarial via convenções e acordos coletivos: força maior, prejuízos comprovados e conjuntura econômica adversa, o que afasta, por consequência, a redução salarial mesmo que legitimada por normas autônomas, quando não devidamente justificada por estas hipóteses legais tipificadas.

Quanto ao parâmetro máximo de redução fixado pelo art. 503 da CLT limitando a redução salarial a 25% (vinte e cinco por cento) proporcionalmente ao salário de cada funcionário respeitado o salário mínimo, em conformidade com MURADAS, a autonomia coletiva pode pactuar de forma diversa, com base no critério da proporcionalidade e diante das reais conjunturas empresarias, contudo respeitado sempre o mínimo legal, posto que padrão mínimo remuneratório indispensável ao atendimento das necessidades vitais básicas de qualquer ser humano.<sup>723</sup>

Aconselhável também seja pactuado pelos sindicatos profissionais cláusula condicionante da redução salarial a supressão total de repasses financeiros para os sócios da empresa, como medida condizente e solidária com a tão drástica medida imposta aos trabalhadores.

É de ressaltar que a redução salarial indireta, decorrente da redução de jornada de trabalho ou de serviços, deve também ser autorizada por norma autônoma, com base nos seguintes parâmetros já fixados: provisoriamente, excepcionalmente, embasadas (e devidamente comprovadas) conforme as hipóteses justificadoras tipificadas e, ainda, respeitando o salário mínimo legal.<sup>724</sup>

Quanto à autorização constitucional para a ampliação da jornada para turnos ininterruptos de revezamento, igualmente, deve ser autorizada somente de forma provisória e para atender a necessidades imperiosas da empresa, devidamente comprovadas. Jamais como regra geral, notadamente em face da natureza de normas de saúde laboral aquelas limitadoras de jornada de trabalho e da agressividade típica dos turnos ininterruptos de revezamento para a integridade psicofísica do trabalhador sujeito a esse regime. Ainda assim, essa ampliação tem como baliza o padrão geral de jornada de trabalho fixado na Carta de 1988 (oito horas diárias e quarenta e quatro semanais), sendo esse limite intransponível.

---

<sup>723</sup> MURADAS, Crise do Estado *In*: PIMENTA *et al. Direito do Trabalho...*, p. 204.

<sup>724</sup> Claro que a redução da jornada com a correspondente redução salarial motivada por interesse do empregado (*e.g.* para fins de estudo e aprimoramento profissional) tende a ser aceita pela doutrina.

MURADAS ratifica que

[...] a autorização de ampliação, por meio da autonomia coletiva, da jornada para trabalho em turnos ininterruptos de revezamento somente pode se dar na medida em que se lhe estenda até o montante padrão geral trabalhista, sendo mister a concessão de intervalo de alimentação.<sup>725</sup>

No que concerne à compensação de horários mediante convenção e acordo coletivos de trabalho que autoriza seja a sobrejornada perpetrada em um dia compensada em outro, igualmente, deve sofrer severas limitações, sob pena de abuso do direito por parte da empresa. Não é demais ressaltar a flagrante inconstitucionalidade da Lei 9.601/98 e das sucessivas medidas provisórias de sua alteração que fixaram o parâmetro de compensação de jornada como anual.

Esclarece-se que a prática de horas extras, extrapolando o limite de oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, não pode, de forma alguma, ser habitual, já que a restrição da jornada, de um lado, atua na limitação do tempo em que o empregador pode contar com a disponibilidade do empregado e, de outro, estabelece o direito do empregado em ter livre o tempo para suas outras atividades sociais.

Dessa maneira, como regra, a negociação coletiva deve ser pautada pelo princípio da progressividade e pelo princípio da vedação do retrocesso, admitindo-se a precarização pelas normas autônomas apenas em caráter excepcional e provisório, e mesmo assim, desde que devidamente fundamentados e comprovados em fortes motivos também de cunho social.

#### 6.4.4 A vigência das convenções e dos acordos coletivos de trabalho

Para REALE, a vigência (ou validade formal) de uma norma é a “executoriedade compulsória de uma regra de direito, por haver preenchido os requisitos essenciais à sua feitura ou elaboração”.<sup>726</sup> Ainda, segundo o autor, a regra jurídica, para ser obrigatória e ter condições de vigência, deve reunir três requisitos: a legitimidade do órgão de que emana; a competência *ratione materiae*; e a legitimidade de procedimentos.<sup>727</sup>

---

<sup>725</sup> MURADAS, Crise do Estado In: PIMENTA *et al.* *Direito do Trabalho...*, p. 205.

<sup>726</sup> REALE, *Lições preliminares de Direito*, p. 108.

<sup>727</sup> REALE, *Lições preliminares de Direito*, p. 110.

Como já apreciado, esses requisitos lançados por REALE dizem respeito propriamente à validade da norma, e não a sua vigência, notando-se que: “validade e vigência não se confundem. Uma norma pode ser válida sem ser vigente, embora a norma vigente seja sempre válida. Os critérios dogmáticos de reconhecimento da validade não são os mesmos da vigência”.<sup>728</sup>

Opta-se, portanto, pelo entendimento de FERRAZ JÚNIOR acerca do significado de vigência: “é uma qualidade da norma que diz respeito ao tempo de validade, ao período que vai do momento em que ela entra em vigor (passa a ter força vinculante) até o momento em que é revogada, ou em que se esgota o prazo prescrito para sua duração”.<sup>729</sup>

Sintetiza-se: a análise da vigência da norma é ulterior à da sua validade. Deve, pois, ser entendida a vigência como o tempo de validade de uma norma. Isto é, a duração de uma norma enquanto ela for dotada de obrigatoriedade e força vinculante.

O marco inicial da vigência ocorre, geralmente, com a publicação da norma. Contudo, pode ser postergada no tempo, em conformidade com o disposto no art. 1º da LINDB: “salvo disposição contrária, a lei começa a vigorar em todo o país quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicada”. Esse prazo, como regra de quarenta e cinco dias, denomina-se de *vacatio legis* e consiste no interstício entre a publicação da norma e o termo inicial da sua vigência. Durante esse período, a norma é válida (já pertence ao ordenamento), mas ainda não vige, posto que tem a sua validade suspensa.<sup>730</sup>

Quanto ao marco final de vigência, como regra e em face do princípio da continuidade das leis (que determina que sejam elas elaboradas com prazo indeterminado de vigência, cf. art. 2º<sup>731</sup> da LINDB), ocorre no momento em que a norma é revogada ou modificada expressa ou tacitamente por outra lei. A exceção são as leis temporárias (raras, aliás), que, em seu próprio corpo normativo, determinam o marco final de sua vigência, sendo um clássico exemplo as leis orçamentárias (vigoram por um ano).

Após analisado o significado e alguns aspectos da temática “vigência das normas”, resta apreciar detidamente a vigência das normas decorrentes dos instrumentos de negociação coletiva de trabalho.

---

<sup>728</sup> FERRAZ JÚNIOR, *Introdução ao estudo...*, p. 166.

<sup>729</sup> FERRAZ JÚNIOR, *Introdução ao estudo...*, p. 171.

<sup>730</sup> FERRAZ JÚNIOR, *Introdução ao estudo...*, p. 166.

<sup>731</sup> Art. 2º, LINDB: “Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue”.

O art. 613, II, da CLT arrola como item obrigatório de convenção e de acordo coletivos de trabalho a previsão do prazo de vigência e o art. 614, §3º, da CLT determina que não será permitido estipular duração de convenção e acordo coletivo de trabalho por um prazo superior a 2 (dois) anos.<sup>732</sup> Dessa forma, segundo a CLT, os diplomas negociais coletivos devem ser celebrados por prazo determinado limitado a dois anos.

É de reconhecer que, na dinâmica concreta das relações coletivas de trabalho, esses instrumentos normativos originários da negociação coletiva têm sido firmados pelo prazo de 1 (um) ano, “em razão da frequente mutação das condições econômicas existentes no momento de sua celebração”.<sup>733</sup>

Não obstante, sustenta-se, ante as finalidades inerentes à tutela do trabalhador por intermédio da regência normativa coletiva, que a vigência indeterminada, seguindo a dinâmica da revisão ou da revogação das normas autônomas por novos diplomas, mostra-se com maior compatibilidade ante a sistemática do Direito do Trabalho, em contraponto à vigência predeterminada prevista obsoletamente no texto celetista e sem qualquer respaldo constitucional.

Registre-se, inclusive, a tese da inconstitucionalidade da pré-determinação do prazo prevista pelo texto celetista, defendida por ÁLVARES DA SILVA, principalmente em face da ampla liberdade de atuação sindical - na defesa dos interesses da categoria representada, sem interferência do Poder Público -, assegurada pela Constituição da República (cf. art. 8º, *caput*, incisos I e III<sup>734</sup>). Esteia, ainda, o autor que a Carta de 1988 reconheceu de forma ampla as convenções e os acordos coletivos (cf. art. 7º, XXVI<sup>735</sup>), não os condicionando às restrições estabelecidas por normas heterônomas infraconstitucionais anteriormente à sua promulgação.<sup>736</sup> Com efeito, segundo essa corrente, cabe aos sindicatos fixar o prazo de vigência das normas autônomas da forma que lhes aprouver, o que implica também a possibilidade de o término da vigência se dar tal como as leis em geral, pela sua revogação ou modificação por novo instrumento normativo negociado coletivamente.

---

<sup>732</sup> Caso a convenção e o acordo coletivos prevejam prazo de vigência superior aos dois anos, VIANNA entende que a fixação desse “prazo superior não anula a convenção ou o acordo; apenas a limitação da sua vigência estará restrita ao que permite a lei”. SÚSSEKIND *et al.* *Instituições de Direito...*, v. 2, p. 1066, p. 1067.

<sup>733</sup> PORTO, A vigência dos... *In: VIANA, A reforma sindical...*, p. 91.

<sup>734</sup> Art. 8º, *caput*, incisos I e III, da CRFB: “É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: I - a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical; [...] III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas.”

<sup>735</sup> Art. 7º, XXVI, CRFB: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho”.

<sup>736</sup> Cf. ÁLVARES DA SILVA, *Temas de Direito do Trabalho...*

Neste diapasão, também NASCIMENTO, que assevera: “as cláusulas das convenções e acordos coletivos podem ser estipuladas por prazo determinado, como, também, indeterminado com efeitos permanentes mesmo depois da data-base [...]”.<sup>737</sup>

Não é demais dizer que a vigência predeterminada das normas autônomas, tal como fixado na CLT, não encontra respaldo jurídico e tampouco fático para estabelecer uma exceção à regra da continuidade das normas (em anteposição às normas temporárias), sobretudo quando implica efeitos práticos graves e reversos aos objetivos do Direito do Trabalho e a todo o seu arcabouço principiológico.

O grande problema prático que decorre da vigência das convenções e dos acordos coletivos de trabalho é verificado quando, atingido o termo final da vigência, não é entabulada de imediato nova convenção ou acordo coletivo e tampouco proferida sentença normativa para regular os contratos individuais de trabalho abrangidos pela base sindical representada. Durante esse decurso de tempo (entre o fim da vigência de um diploma coletivo e o início de outro), conforme entendimento jurisprudencial majoritário, pautado na Lei 10.192/01, os contratos individuais de trabalho não são regidos por norma coletiva alguma, em inequívoco retrocesso social ao trabalhador.

A Lei 10.192/01<sup>738</sup>, especificamente o art. 18, revoga expressamente os parágrafos 1º e 2º do art. 1º da Lei 8.542 (de 23.12.1992) que previam:

Art. 1º A política nacional de salários, respeitado o princípio da irredutibilidade, tem por fundamento a livre negociação coletiva e reger-se-á pelas normas estabelecidas nesta lei.

§1º As cláusulas dos acordos, convenções ou contratos coletivos de trabalho integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser reduzidas ou suprimidas por posterior acordo, convenção ou contrato coletivo de trabalho.

§2º As condições de trabalho bem como as cláusulas salariais, inclusive os aumentos reais ganhos de produtividade do trabalho e pisos salariais proporcionais à extensão e à complexidade do trabalho, serão fixados em contrato, convenção ou acordo coletivo de trabalho, laudo arbitral ou sentença normativa, observadas dentre outros fatores, a produtividade e a lucratividade do setor ou da empresa (grifos acrescidos).

Nesse sentido, esteia a Súmula 277, do TST:

<sup>737</sup> NASCIMENTO, *Iniciação ao Direito...*, p. 500.

<sup>738</sup> A Lei 10.192, de 24.02.2001, converteu em lei reiteradas medidas provisórias que fixaram medidas complementares ao Plano Real e deram outras providências (desde a primeira MP n.1.053/95 até a MP n. 2.074-73/2001). A revogação dos parágrafos 1º e 2º do art. 1º da Lei 8.542 foi arguida em sede da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.2.081, cujo pedido liminar foi indeferido pelo STF. Após, essa ação foi extinta, sem julgamento do mérito, diante do entendimento de que a petição inicial deveria ter sido aditada para acompanhar as medidas provisórias reeditadas.

Sentença normativa. Convenção ou acordo coletivos. Vigência. Repercussão nos contratos de trabalho (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno em 16.11.2009)  
I – As condições de trabalho alcançadas por força de sentença normativa, convenção ou acordo coletivos vigoram no prazo assinado, não integrando, de forma definitiva, os contratos individuais de trabalho. II – Ressalva-se da regra enunciada no item I o período compreendido entre 23.12.1992 e 28.07.1995, em que vigorou a Lei nº 8.542, revogada pela Medida Provisória nº 1.709, convertida na Lei nº 10.192, de 14.02.2001.

Dessa forma, a referida Lei 10.192/01 e a Súmula 277 do TST atribuem força à teoria da “aderência limitada ao prazo de vigência”, segundo a qual a vigência das normas coletivas se atém ao prazo previsto no próprio diploma, não aderindo de forma definitiva aos contratos individuais de trabalho.

É de ressaltar, todavia, que a Lei 10.196/01, a Súmula 277 do TST e a teoria da aderência dos diplomas coletivos limitada ao prazo de vigência mostram-se inconstitucionais por afronta direta ao art. 7º, *caput* e incisos V e XXVI, e ao art. 114, §2º, da Constituição Federal, que garantem aos trabalhadores “além de outros que visem à melhoria de sua condição social” (art. 7º, *caput*), direito a “ piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho” (art. 7º, V), ao “reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho” (art. 7º, XXVI) e sentença normativa proferida pela Justiça do Trabalho “respeitadas às disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente” (art. 114, §2º).

Ademais, as mencionadas bases legal, jurisprudencial e teórica violam o princípio da progressividade dos direitos humanos trabalhistas e o seu consectário lógico da vedação do retrocesso sociojurídico positivados: no art. 4º, II, da CRFB (que estabelece a prevalência dos direitos humanos como fundamento da República Federativa do Brasil), no art. 5º, §2º (que constitui que os direitos e garantias expressos na Constituição “não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”), no *caput*, do art. 7º (que arrola os direitos fundamentais dos trabalhadores, “sem prejuízo de outros que visem à melhoria de sua condição social”) e no art. 60, §4º (que inviabiliza alterações que venham a suprimir direitos e garantias fundamentais individuais).

Dessa forma, não pode haver dúvidas que a vigência dos diplomas coletivos e a corolária aplicação aos contratos individuais de trabalho limitado ao prazo previsto nos respectivos instrumentos são contrários a todo arcabouço normativo principiológico do Direito do Trabalho, de matiz constitucional, implicando grave retrocesso sociojurídico ao trabalhador, sobretudo enquanto não vigente novo instrumento coletivo subsequente.

Para resolver esse problema prático, tradicionalmente, a doutrina sustenta mais duas teorias (a par da teoria da aderência limitada ao prazo de vigência), a fim de estabelecer a relação do ponto de vista temporal entre as regras constantes das convenções e dos acordos coletivos com pertinentes contratos individuais. Esclareça-se, ainda, que essas teorias são edificadas, já que os trabalhadores e empregadores não podem celebrar contratos individuais de trabalho, ou dar continuidade àqueles pre-existentes, estabelecendo condições contrárias ao previsto nas convenções e nos acordos coletivos (art. 619<sup>739</sup>, CLT), inclusive os infratores estando sujeitos à multa (art. 622<sup>740</sup>, CLT).

A primeira delas, *aderência irrestrita* (também denominada “teoria da incorporação”<sup>741</sup>), alega que os dispositivos normativos coletivos ingressam com duração indeterminada nos contratos individuais, não podendo deles ser suprimidos, sendo dotados de efeitos similares às cláusulas contratuais (cf. princípio da inalterabilidade contratual lesiva, positivado no art. 468, CLT). Nesta direção, VIANNA:

Quanto aos contratos individuais que foram modificados pela vigência de uma convenção, sendo ela extinta eles não podem ser alterados para voltar às condições anteriores de trabalho, pois se incorporam as novas cláusulas ao contrato individual, e este não pode sofrer alterações nos termos do artigo 468 da CLT.<sup>742</sup>

A crítica que se tece à teoria da aderência irrestrita consiste na grande distinção de direitos assegurados aos trabalhadores vinculados ao mesmo tomador de serviços, de acordo com a admissão anterior ou posterior à celebração de pactos coletivos de trabalho, o que atentaria contra a diretriz de tratamento equânime aos trabalhadores.

A segunda vertente, intermediária, capitaneada por DELGADO, sustenta a *vigência limitada por revogação* – isto é, até que novo diploma negocial seja instaurado. Tal posição é “tecnicamente mais correta, por se estar tratando de norma jurídica – e norma provisória é, regra geral, uma excepcionalidade. Doutrinariamente mais sábia, por ser mais harmônica aos

<sup>739</sup> Art. 619 da CLT: “Nenhuma disposição de contrato individual de trabalho que contraria normas de convenção ou acordo coletivo de trabalho poderá prevalecer na execução do mesmo, sendo considerada nula de pleno direito”.

<sup>740</sup> Art. 622 da CLT: “Os empregados e as empresas que celebrarem contratos individuais de trabalho, estabelecendo condições contrárias ao que tiver sido ajustado em convenção ou acordo que lhes for aplicável, serão passíveis da multa nelas fixada. parágrafo único. A multa a ser imposta ao empregado não poderá exceder da metade daquela que, nas mesmas condições, seja estipulada para a empresa”.

<sup>741</sup> PEDREIRA DA SILVA, *Principiologia do Direito...*, 2. ed., p. 75.

<sup>742</sup> SÜSSEKIND *et al.* *Instituições de Direito...*, v. 2, p. 1065. Nesta linha, também José Augusto Rodrigues Pinto cf. DELGADO, *Curso de Direito...*, 10. ed., p. 1327.



objetivos do Direito Coletivo do Trabalho”.<sup>743</sup> Neste sentido, a jurisprudência já tem se manifestado, embora restritamente às parcelas salariais. Quanto à temática, DELGADO constata:

[...] a jurisprudência tem considerado – com razão – que o patamar salarial resultante de instrumentos coletivos fixadores de reajustes salariais adere, sim, permanentemente, aos contratos de trabalho em vigor no período de vigência do respectivo diploma mesmo após cessada tal vigência. Isso ocorre por força do princípio especial da intangibilidade dos salários (ou sua irredutibilidade). De fato, se se retornasse ao nível salarial anterior ao correspondente diploma (um ou dois anos antes), em situações de falta de nova negociação, poder-se-ia assistir uma brutal redução salarial dos trabalhadores envolvidos. Não há tese jurídica qualquer que justifique violência social; assim, além do princípio específico da irredutibilidade, os princípios gerais e constitucionais da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana inviabilizariam tal efeito social desagregador.<sup>744</sup>

Não obstante as citadas correntes doutrinárias tradicionais, pensa-se que o problema não deve se ater à construção teórica da aderência ou não contratual, que, em verdade, servem apenas para sustentar, diretamente ou por via oblíqua (de acordo com o enfoque de cada uma delas), a possibilidade de norma decorrente de instrumentos coletivos precarizar e reduzir direitos trabalhistas mínimos.

Em verdade, a questão teórica da aderência contratual apresenta-se como irrelevante, uma vez que as duas problemáticas que envolvem as regras oriundas dos instrumentos de negociação coletiva se atêm: à sua validade material (solucionada pela aplicação do princípio progressividade, em conjunto com o princípio da vedação do retrocesso, como fixadores dos limites materiais do repertório normativo, conforme proposto nesta pesquisa); e à sua vigência (limitada à revogação ou modificação por novo instrumento coletivo).

Ademais, não se devem estabelecer critérios distintos para as normas justralhistas (e simplesmente), pelo fato de serem provenientes de fontes diversas. Regras contratuais, regras de regulamentos empresariais, regras de diplomas heterônomos internacionais e nacionais, e regras de diplomas coletivos, todas são normas jurídicas,

<sup>743</sup> DELGADO, *Curso de Direito...*, 10. ed., p. 1328. Delgado cita a seguinte emenda de acórdão: SENTENÇA NORMATIVA – DURAÇÃO NO TEMPO – POSSIBILIDADES E LIMITES – No Direito brasileiro pode a sentença normativa vigorar, desde que seu termo inicial, até que novo diploma coletivo, judicial ou privado (sentença normativa, convenção coletiva de trabalho ou acordo coletivo de trabalho), produza sua revogação expressa ou tácita, respeitado, porém, o prazo máximo legal de quatro anos de vigência. Recurso ordinário em dissídio coletivo a que se dá provimento (TST-RODC – 1439/2004-000-04-00-0. Sessão de 10.4.2008. DOU/DJ de 9.5.2008. Relator: Ministro Mauricio Godinho Delgado). Cf. DELGADO, *Direito Coletivo...*, p. 36.

<sup>744</sup> DELGADO, *Curso de Direito...*, 10. ed., p. 1329. Este entendimento também é sustentado por BARROS: “Não obstante, em se tratando de vantagens salariais, a jurisprudência tem-se inclinado no sentido de autorizar a sua incorporação ao pacto laboral”. BARROS, *Curso de Direito do...*, p. 1178-1179.

integrantes do ordenamento jurídico laboral e, portanto, direcionadas rumo à progressividade das conquistas sociais do trabalhador, a reafirmação da sua inata dignidade e a realização da justiça social.<sup>745</sup>

Além disso, o princípio cardeal da proteção, o princípio da norma mínima, o princípio hermenêutico *in dubio pro operario*, o princípio da norma mais favorável, o princípio da progressividade e, como consectário negativo deste, o princípio da vedação do retrocesso sociojurídico do trabalhador estabelecem claramente a diretriz solucionadora do problema da vigência das normas dos diplomas coletivos, independentemente de linhas teóricas pela aderência ou não contratual. Ou seja: se após o fim da vigência do diploma coletivo não for pactuado novo diploma – com vigência imediata ao término do anterior –, automaticamente estará prorrogado o prazo de vigência daquele instrumento, sob pena de afronta a todos os supracitados princípios peculiares, da própria ruína do Direito do Trabalho e de grave violência prática perpetrada em desfavor dos trabalhadores.<sup>746</sup>

Não é demais lembrar: aos princípios é reconhecida a função normativa autônoma, inclusive, sendo-lhes reconhecida a capacidade de afastar regra legal específica que contrarie todo o sistema jurídico e principiológico de um dado ramo do Direito, conforme aprofundado por BANDEIRA DE MELLO<sup>747</sup>, FLÓREZ-VALDÉS<sup>748</sup> e BONAVIDES.<sup>749</sup>

---

<sup>745</sup> É de mencionar que esse não é o entendimento esboçado pelo TST que entende que cláusulas contratuais e regulamentos empresariais possuem natureza jurídica distinta de normas oriundas de convenções, acordos coletivos e sentenças normativas, estas semelhantes às leis. Exemplifica-se com as Súmulas 51 e 277 do TST.

<sup>746</sup> Essa não é, contudo, a posição do TST, que pode ser auferida da OJ 322, da SBDI-I, TST: “Acordo coletivo de trabalho. Cláusula de termo aditivo prorrogando o acordo para prazo indeterminado. Inválida. Nos termos do art. 614, §3º, da CLT, é de dois anos o prazo máximo de vigência dos acordos e das convenções coletivas. Assim sendo, é inválida, naquilo que ultrapassa o prazo total de dois anos, a cláusula de termo aditivo que prorroga a vigência do instrumento coletivo originário por prazo indeterminado (DJ 9.12.2003)”. Referida posição teórica merece severas críticas, porquanto viola a livre transação coletiva realizada pelos sindicatos no sentido de prorrogar a vigência do instrumento negociado anteriormente.

<sup>747</sup> “Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório mas a todo sistema de comandos. É mais grave forma de inconstitucionalidade, conforme escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra”. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. Malheiros Editores, São Paulo: 7. ed. 1995, p. 537-538 *apud* PEDREIRA DA SILVA, *Principiologia do Direito...*, 2. ed., p. 12.

<sup>748</sup> “Los principios generales son ahora una fuente supletoria, desde luego; pero, principalmente, una fuente material básica y primaria de nuestro ordenamiento jurídico, capaz de adquirir primacía, em un puro orden jerárquico, sobre la ley y la costumbre; con virtualidad para matizarlas, fuerza para generar-las, com potencialidad para invalidarlas”. ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, *Los principios generales...*, p. 55.

<sup>749</sup> “Daqui já se caminha para o passo final da incursão teórica: a demonstração do reconhecimento da superioridade e hegemonia dos princípios na pirâmide normativa; supremacia que não é unicamente formal, mas sobretudo material, e apenas possível na medida em que os princípios são compreendidos e equiparados e até mesmo confundidos com os valores, sendo, na ordem constitucional dos ordenamentos jurídicos, a expressão mais alta da normatividade que fundamenta a organização do poder”. BONAVIDES, *Curso de Direito...*, 23. ed., p. 288.

Por fim, é de ressaltar, diante do infeliz entendimento majoritário sob a vigência das normas coletivas, que dissídio coletivo instaurado com fins de modificação das normas coletivas (CCT, ACT ou sentença normativa) deverá ser suscitado dentro de sessenta dias antes de expirado o prazo da vigência do instrumento anterior, para que o novo instrumento possa ter vigência no dia imediato a esse termo. É o que prescreve o §3º do art. 616 da CLT. Menciona-se que essa é uma norma muito importante para que não haja retrocesso jurídico ao trabalhador durante o lapso entre o termo final do instrumento normativo anterior e o início da vigência da sentença normativa, que, mesmo com todas as notórias delongas processuais, vai ter efeito *ex tunc*, ou seja, retroagindo à data do término do instrumento anterior, ainda que prolatada tempos depois.

Quanto ao marco inicial da vigência, a CLT dispõe que se iniciará três dias após o depósito dos referidos instrumentos no Ministério do Trabalho e Emprego (cf. art. 614, §1º<sup>750</sup>). Embora o TST entenda pela recepção constitucional desse mandamento (cf. OJ 34<sup>751</sup>, da SDC), parte da doutrina sustenta entendimento reverso. Nesse diapasão, DELGADO: “os fins do ato junto ao Ministério do Trabalho e Emprego são essencialmente administrativos e, apenas em segundo lugar, de difusão”.<sup>752</sup> Para o autor, as partes têm conhecimento do seu teor, é documento comum a elas, “não sendo razoável e proporcional a alegação de seu desconhecimento jurídico ou de sua falta de efetividade”.<sup>753</sup> Assim, o início da vigência do diploma coletivo se dará na forma que for pactuado pelas próprias partes e previsto no respectivo instrumento normativo.

De outro lado, a determinação celetista de afixação, de forma visível, das convenções e dos acordos coletivos nas sedes dos sindicatos, bem como nos estabelecimentos das empresas compreendidas no seu campo de aplicação (art. 614, §2º<sup>754</sup>), mostra-se pertinente à dinâmica da produção normativa pátria: por atuar na difusão do teor das normas autônomas, inclusive para fins de fiscalização do trabalho; por informar os trabalhadores

<sup>750</sup> Art. 614, §1º, CLT: “§1º As convenções e os Acordos entrarão em vigor 3 (três) dias após a data da entrega dos mesmos no órgão referido neste artigo (Ministério do Trabalho e Emprego)”. A finalidade desse dispositivo, sob a ótica de VIANNA é para dar publicidade do teor do convencionado coletivamente em relação ao governo. SÜSSEKIND *et al. Instituições de Direito...*, v. 2, p. 1066.

<sup>751</sup> OJ 34 SDC, do TST: “acordo extrajudicial. homologação. justiça do trabalho. prescindibilidade (inserida em 07.12.1998) É desnecessária a homologação, por Tribunal Trabalhista, do acordo extrajudicialmente celebrado, sendo suficiente, para que surta efeitos, sua formalização perante o Ministério do Trabalho (art. 614 da CLT e art. 7º, inciso XXVI, da Constituição Federal)”.

<sup>752</sup> DELGADO, *Direito Coletivo...*, p. 146.

<sup>753</sup> DELGADO, *Direito Coletivo...*, p. 146.

<sup>754</sup> Art. 614, §2º, CLT: “Cópias autênticas das convenções e dos acordos deverão ser afixadas de modo visível, pelos sindicatos convenientes, nas respectivas sedes e nos estabelecimentos das empresas compreendidas no seu campo de aplicação, dentro de 5 (cinco) dias da data do depósito previsto neste artigo”.

acerca de seus direitos; e por concretizar o princípio da publicidade, “que decorre do eixo democrático da República brasileira”.<sup>755</sup> Nesse sentido, VIANNA afirma ser a publicidade “imprescindível para a vigência dos acordos e convenções coletivas”.<sup>756</sup>

### 6.5 A eficácia das normas oriundas dos instrumentos decorrentes da negociação coletiva<sup>757</sup>

O Direito, que consiste em prescrições ou imperativos, existe para ser obedecido, para ser aplicado. Segundo IHERING, citado por SÜSSEKIND, ele existe para se realizar, pois “não basta a ‘pretensão normativa’, ou seja, a *validade* das normas jurídicas. Para que o direito cumpra sua missão, é necessário também, a ‘efetividade social’”.<sup>758</sup>

A verificação se as normas são aplicadas e cumpridas e em que medida isso se dá, geralmente, fica a cargo da Sociologia Jurídica<sup>759</sup>, que tem por objeto a busca da averiguação concreta do direito em movimento. Ou seja, tem por escopo a investigação de como o direito e a norma vêm sendo aplicados e cumpridos ao longo dos tempos em uma dada nação.

Sobre a eficácia das normas, REALE esclarece:

A eficácia se refere, pois, à aplicação ou execução da norma jurídica, ou por outras palavras, é a regra jurídica enquanto momento da conduta humana. A sociedade deve viver o Direito e como tal reconhecê-lo. Reconhecido o Direito, é ele incorporado à maneira de ser e de agir da coletividade. Tal reconhecimento, feito ao nível dos fatos, pode ser o resultado de uma adesão racional deliberada dos obrigados, ou manifestar-se através do que Maurice Hauriou sagazmente denomina “assentimento costumeiro”, que não raro resulta de atos de adesão aos modelos normativos em virtude de mera intuição de sua conveniência ou oportunidade. O certo é, porém, que não há norma jurídica sem um mínimo de eficácia, de execução ou aplicação no seio do grupo.<sup>760</sup>

<sup>755</sup> “A publicação é requisito de vigência da norma jurídica no direito brasileiro. A sua exigência decorre do eixo democrático da República brasileira, firmado constitucionalmente, e também por disposição expressa no plano infraconstitucional, nos termos do art. 1º da Lei de Introdução ao Código Civil”. MURADAS, *O princípio da...*, p. 132.

<sup>756</sup> SÜSSEKIND *et al. Instituições de Direito...*, v. 2, p. 1066.

<sup>757</sup> Parte da temática aqui exposta reporta-se a artigo MESQUITA. A negociação coletiva... *In: Anais...*, p.10495-10514.

<sup>758</sup> SÜSSEKIND *et al. Instituições de Direito...*, v. 1, p. 187-8.

<sup>759</sup> “A Sociologia Jurídica apresenta-se, hodiernamente, como uma ciência positiva que procura se valer de rigorosos dados estatísticos para compreender como as normas jurídicas se apresentam *efetivamente*, isto é, como experiência humana, com resultados que não raro se mostram bem diversos dos que eram esperados pelo legislador. [...] a Sociologia Jurídica não visa à norma jurídica como tal, mas sim à sua *eficácia* ou *efetividade*, no plano do *fato social*”. REALE, *Lições preliminares de Direito*, p. 20.

<sup>760</sup> REALE, *Lições preliminares de Direito*, p. 112-3.

O terreno da aplicação das normas está diretamente atrelado à análise da eficácia da norma, se ela é ou não seguida pelas pessoas a quem é dirigida (os chamados “destinatários da norma”). Também consubstancia análise atávica à eficácia das normas a apreciação dos meios coercitivos institucionalizados pela ordem jurídica para atribuir às normas maior efetividade social.

“Que uma norma exista como norma jurídica não implica que seja também constantemente seguida”.<sup>761</sup> E, ao contrário, a falta de eficácia de uma norma (ineficácia, ou ausência de um mínimo de efetividade) “não afeta sua validade, pois a norma editada entrou no ordenamento jurídico, ainda que nunca tivesse produzido efeitos”.<sup>762</sup>

Dessa maneira, a validade e a eficácia, embora sejam análises complementares das normas jurídicas, não se confundem. A validade está atrelada ao atendimento dos requisitos indispensáveis a sua pertença ao ordenamento jurídico, isto é, ao atendimento dos requisitos formais e materiais, ao passo que a eficácia está ligada ao cumprimento da norma, bem como aos mecanismos que dispõe o Direito para torná-las efetivas socialmente.

A partir do século XX, inicia-se um processo de críticas à coerção/sanção como elemento *essencial* à norma jurídica<sup>763</sup>, bem como a atribuição de maior relevo à questão da eficácia, não entendida como elemento integrante da norma, mas enquanto fundamento de validade e legitimação do próprio ordenamento jurídico.<sup>764</sup>

Segundo BOBBIO, a sanção deve ser vista como resposta à violação da norma, não dizendo respeito à sua validade (elemento que lhe é atávico), mas sim à eficácia, enquanto ferramenta que se vale o Estado para que as normas sejam menos violadas ou que as consequências da violação sejam menos graves.<sup>765</sup>

Para se evitar a dicotomia rígida entre o ser e o dever-ser, entende o autor que a sanção é elemento *externo* à norma e *institucionalizado*, referindo-se, pois, não a cada norma individualmente considerada, mas ao ordenamento jurídico como um todo. Refletindo dessa

<sup>761</sup> BOBBIO, *Teoria da norma...*, p. 47.

<sup>762</sup> FERRAZ JÚNIOR, *Introdução ao estudo...*, p. 167.

<sup>763</sup> Para HANS Kelsen, a força é objeto de regulamentação jurídica. Ou seja, o Direito consiste em um conjunto de normas que regulam o exercício da força numa determinada sociedade. É o que se auffer da seguinte passagem: “Uma regra é uma regra jurídica não porque a sua eficácia é garantida por uma outra regra que dispõe uma sanção; uma regra é uma regra jurídica porque dispõe uma sanção. O problema da coerção não é problema de garantir a eficácia das regras, mas o problema de conteúdo das regras”. Kelsen, *Teoria geral do...*, p.?. Pode-se dizer, então, que a diferença no pensamento de Norberto Bobbio em relação ao de Hans Kelsen no que se refere à coerção/sanção reside no fato de que para este a coerção/sanção consiste em objeto de regulação jurídica e para aquele consiste em um dos instrumentos de que se vale o ordenamento jurídico para tornar válidas as normas.

<sup>764</sup> BOBBIO, *Teoria do ordenamento...*, p. 29.

<sup>765</sup> BOBBIO, *Teoria do ordenamento...*, p. 27 e FERRAZ JÚNIOR, (apresentação), In: BOBBIO, *Teoria do ordenamento...*, p. 7-19.

maneira, BOBBIO abre espaço maior para as sanções positivas (ou direito premial), encorajando o cumprimento da norma e redimensionando a função promocional do Direito.<sup>766</sup>

Claro que o Direito ordena e promove mudanças na sociedade, mas, de outro lado, é influenciado por reclamos e necessidades sociais. Por essa razão, “não sustenta o uso exclusivo da força como instrumento de adesão às normas”.<sup>767</sup>

Então, imperioso perquirir mecanismos outros de ampliação da adesão da sociedade ao cumprimento das regras jurídicas, não apenas por meio da imposição de sanções negativas, somadas a uma maior fiscalização do Estado, mas também de sanções positivas.

A temática “eficácia das normas” (e do próprio ordenamento) para o Direito do Trabalho, incluindo o estudo e a adoção de medidas fomentadoras do seu cumprimento, mostra-se de fundamental importância, principalmente diante do cenário contemporâneo, em que o estímulo têm se mostrado no sentido inverso, pelo seu descumprimento.

Explica-se: com o contrato de emprego em curso, apresenta-se como vantajoso para o empregador descumprir as normas laborais, porquanto, sob a sombra do desemprego e com a incidência da prescrição, raros são os casos de ingresso do trabalhador na Justiça do Trabalho pleiteando por seus direitos.

A par desse fato, a fiscalização realizada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, não obstante o empenho no exercício de função de tamanho relevo social, muitas vezes, apresenta-se pouco expressiva diante de inúmeras violações.

De outro lado, já ocorrido o término do contrato, é extremamente vantajoso para o empregador demandar – e protelar – na Justiça do Trabalho, porquanto os juros aplicados são visivelmente inferiores aos do mercado (de 1% ao mês, enquanto a taxa de mercado é de, em média, 10%<sup>768</sup>) e só incididos a partir da data da proposição da ação.

Dessa forma, os créditos trabalhistas transformam-se em capitais de giro ou capitais de investimento, durante todo o curso da ação, dizendo ÁLVARES DA SILVA haver um “verdadeiro mercado de capitais com os direitos trabalhistas”.<sup>769</sup>

É de mencionar, ainda, as frequentes “conciliações” perante o juiz do trabalho, inclusive no curso da fase de execução, o que configura, em muitos casos, verídicas renúncias aos direitos sociais trabalhistas.

---

<sup>766</sup> BOBBIO, *Teoria do ordenamento...*, p. 27 e FERRAZ JÚNIOR, (apresentação), In: BOBBIO, *Teoria do ordenamento...*, p. 7-19.

<sup>767</sup> SOARES, *Teoria da Legislação...*, p. 37.

<sup>768</sup> ÁLVARES DA SILVA, *Cinco estudos de Direito...*, p. 22.

<sup>769</sup> ÁLVARES DA SILVA, *Revolução no... Editora Decisório...*

Fomentando ainda mais o descumprimento das normas juslaborais, as multas administrativas previstas no texto celetista, exatamente para casos de descumprimento, estranhamente não são aplicadas pelos juízes do trabalho.<sup>770</sup>

Ora, “a reação contra a desobediência das normas é uma necessidade jurídica e política. Se o Direito convive com ela e se omite, desmorona-se o ordenamento e cria-se na mentalidade do cidadão a execrável convicção de que as normas não precisam ser cumpridas”.<sup>771</sup>

Imprescindível, então, que a legislação trabalhista atenda às exigências de eficácia, eficiência e efetividade, alcançando da melhor forma possível seus fins (*telos*), bem como sendo aceita (e cumprida) por seus destinatários.

Daí se falar em *política legislativa de qualidade* e em *Teoria da Legislação*<sup>772</sup>, também no campo do Direito do Trabalho, como mais uma réplica ao problema da inoperância e ineficácia da lei.

Segundo ALMEIDA, para alcançar uma *política legislativa de qualidade*, mostra-se necessário o atendimento dos seguintes elementos/princípios, não exaustivos:

1º - necessidade a lei; 2º - respeito aos princípios fundamentais do direito (tais como, legalidade, universalidade, igualdade, proporcionalidade etc); 3º - responsabilidade do legislador pelos efeitos da lei; 4º – transparência do procedimento legislativo; 5º – acessibilidade da lei; 6º – desenvolvimento de programas de formação interdisciplinar na área da Teoria da Legislação; 7º – partilha de saber (informação e conhecimentos); 8º – identificação de entidades dinamizadoras da política de legislação.<sup>773</sup>

Oportuno assentar que, quanto à análise da necessidade da lei trabalhista, especificamente o Estado regulamentando o contrato de trabalho, a normatização heterônoma mostra-se indispensável, tendo em vista que objetiva, ao menos em termos, nivelar os sujeitos contratuais, atribuindo proteção e tutela ao hipossuficiente, além de consubstanciar o rol mínimo de direitos deferível ao trabalhador.

<sup>770</sup> Esclarece ÁLVARES DA SILVA: “Se, pela nova redação do art. 114, compete à Justiça do Trabalho julgar as ações “oriundas da relação de trabalho”, fica mais do que claro que entre estas “ações” está a aplicação de multas administrativas, que provém tipicamente da relação de trabalho entre empregado e empregador [...]”.ÁLVARES DA SILVA, *Cinco estudos de Direito...*, p. 23.

<sup>771</sup> ÁLVARES DA SILVA, *Cinco estudos de Direito...*, p. 15.

<sup>772</sup> Segundo ALMEIDA, baseando-se na classificação do domínio feita por Ulrich Karpen, diz que a Teoria da Legislação é uma ciência autônoma e interdisciplinar “que tem um objecto claro – o estudo de todo o circuito da produção das normas – e para a qual convergem vários métodos e diferentes conhecimentos científicos. É assim uma «ciência normativa», mas é também uma «ciência de acção», que nos permite analisar o comportamento dos órgãos legiferantes, as características dos factos legislativos e identificar instrumentos úteis para a prática legislativa”. ALMEIDA, *A contribuição da...*, p. 2.

<sup>773</sup> ALMEIDA, *A contribuição da...*, p. 12-13.

Sob outro aspecto, atualmente, a doutrina e a sociedade exigem da lei o cumprimento de nova legitimidade, não apenas ligada ao respeito ao devido processo legal legislativo, mas também uma legitimidade relacionada ao conteúdo normativo.<sup>774</sup>

Melhor dizendo, essa nova legitimidade da lei, no que concerne à escolha do seu conteúdo, diretamente relaciona-se a uma legitimidade moral e ética, atrelada ao atendimento das necessidades sociais, aos princípios e aos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Assim, a *Legística Material*, enquanto segmento da *Legisprudencia*<sup>775</sup>, apresenta diretrizes para solucionar o problema específico da escolha do conteúdo normativo pelo legislador.

Cumprindo observar que a abordagem realizada pela Legística Material (substancial ou metodologia legislativa) – fenômeno da década de 1960, graças ao enfoque inovador de Peter Noll –, ultrapassa os limites da Legística Formal<sup>776</sup> (que, em linhas gerais, cuida da redação legislativa), “mudando a ênfase para os conteúdos normativos e também para a metodologia de preparação das decisões legislativas”.<sup>777</sup>

A Metodologia Legislativa cuida do teor normativo da legislação. Designadamente, “propõe uma forma metódica de se elaborar o seu teor normativo”<sup>778</sup>, mediante o desenvolvimento de ferramentas de uso prático que venham a instrumentalizar as diferentes etapas analíticas; ou seja, a sequência de passos inerentes à abordagem metodológica.<sup>779</sup>

Dito isso, auferem-se a relevância da Legística Material, ao determinar métodos, procedimentos e momentos (fases) conectados à escolha objetiva do conteúdo normativo pelo

<sup>774</sup> ALMEIDA, *A contribuição da...*, p. 5.

<sup>775</sup> MARDER prefere o designativo “Legisprudência” em detrimento do epíteto “Teoria da Legislação” e em analogia à jurisprudência, sob o fundamento de que expressa melhor as dimensões da disciplina, considerados os aspectos práticos e teóricos, definindo-a como: “uma matéria bastante abrangente e multidisciplinar, que inclui os mais diversos aspectos do fenômeno legislativo e que leva igualmente em consideração perspectivas de cunho teórico e também dimensões e ações práticas e pragmáticas. Contudo, o seu principal propósito é explorar a dimensão prática, e não somente teórica, da atividade legislativa”. Segundo o autor, a nova abordagem da disciplina “leva em consideração o contexto anterior à tomada da decisão legislativa, tentando, dessa forma, estabelecer e avaliar qual será o seu efeito real, o seu impacto sobre a realidade social”. MADER, *Legística; história...*; *In: Legística; qualidade...*, p. 45-46; 50.

<sup>776</sup> A respeito da Legística Formal *strito sensu*, LUZIUS MADER define o seu objeto: “A técnica legislativa trata dos aspectos formais e legais da legislação: os diferentes tipos de atos normativos, as instituições jurídicas, a estrutura formal dos atos normativos e a forma por meio da qual novas leis são introduzidas ou integradas no arcabouço normativo preexistente. Em termos práticos, isso significa que os especialistas em Legística, ou os legistas – as pessoas que preparam leis –, devem desenvolver um conceito e um limite claros para a nova lei, antes de começarem a articular seus dispositivos”. MADER, *Legística; história...*; *In: Legística; qualidade...*, p. 47.

<sup>777</sup> MADER, *Legística; história...*; *In: Legística; qualidade...*, p. 45.

<sup>778</sup> MADER, *Legística; história...*; *In: Legística; qualidade...*, p. 46.

<sup>779</sup> MADER, *Legística; história...*; *In: Legística; qualidade...*, p. 46.



legislador, sobretudo porque neles incluí a fase de consulta (ou fase de participação popular) na elaboração da lei.

A fase de consulta – participação dos diferentes atores sociais na preparação da lei – é hodiernamente considerada como uma das fases de maior importância no procedimento legislativo, sobretudo porque “é uma forma de legitimação da lei, traz maior transparência ao procedimento legislativo e proporciona uma recolha de dados e de informações fundamentais para a identificação e avaliação dos problemas em debate”.<sup>780</sup>

SOARES acrescenta:

[...] o contraditório, torna-se vital e, por imperativo lógico, deve ser repensada no contexto de formação da lei, com a mesma importância e vivacidade com a qual é identificada nos processos judiciais ou mesmo nos procedimentos administrativos (disciplinares ou não); é neste ponto que a participação popular emerge como privilegiada situação dialógica.<sup>781</sup>

Ademais, a participação popular representa o retorno do representado ao discurso normativo<sup>782</sup>, na escolha (paradigma) *do repertório e no repertório*. Ou seja, tanto na escolha de qual fato social (temática) deverá ser regulado quanto na eleição de qual o conteúdo constará da legislação (os legissignos).

Dessa maneira, admite-se elencar, de forma não exaustiva, as vantagens da participação popular na produção e escolha do conteúdo normativo: estabelece espaço de discussão social, ligando os legisladores à sociedade; faculta o maior fluxo de informações de diversos setores sociais e áreas de conhecimento; “tende a minimizar a ausência de adesão às normas jurídicas”<sup>783</sup>; e, assim, atende aos requisitos de qualidade e eficiência da lei, já que propicia que elas alcancem o seu *telos* (fins pugnados há época da elaboração).

Ainda, a participação popular na elaboração da lei mostra-se mais relevante no contexto atual, de crise do sistema representativo, no qual a vontade do Estado (ou propriamente dos representantes) apresenta-se frequentemente diversa e antagônica às dos representados.

<sup>780</sup> ALMEIDA, *A contribuição da...*, p. 4.

<sup>781</sup> SOARES, *Teoria da Legislação...*, p. 27.

<sup>782</sup> SOARES, *Teoria da Legislação...*, p. 38.

<sup>783</sup> SOARES, *Teoria da Legislação...*, p. 37. De acordo com FABIANA DE MENEZES SOARES, “Um dos fatores que leva uma norma a ser internalizada é o diálogo com a sociedade durante o processo legislativo. No Brasil, há iniciativas que promovem esse diálogo, algumas até mesmo únicas no mundo, como, por exemplo, o orçamento participativo. Há também algumas iniciativas que propiciam consultas eletrônicas e audiências públicas no curso da tramitação do projeto.” SOARES, *Legística...*, *In: Legística; qualidade...*, p. 59.

Reitera-se que o exercício direto da soberania popular, inclusive na construção da norma jurídica, encontra respaldo constitucional, especificamente no título “Dos Princípios Fundamentais”, porquanto dispõe o parágrafo único do art. 1º: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. Dessa maneira, por força constitucional, a participação cidadã e a soberania popular podem (e devem) ser exercidas também de forma direta, inclusive na construção do discurso normativo.

Desse modo, a abertura para o diálogo social no processo de elaboração da norma e na escolha do legíssimo reafirma o elemento democracia no regime representativo. Explicando: a democracia e a soberania popular deixam de ser exercidas exclusivamente no momento da escolha do representante e passam também a integrar o exercício do poder de normatizar.

Nessa faceta da democracia participativa, o exercício da soberania deixa de encontrar-se em um único emissor (o representante eleito) e retorna, ainda que de forma indireta (diálogo social na construção da lei), aos detentores do poder: o povo, em respeito aos ditames do parágrafo único do art. 1º da CRFB.

Nessa perspectiva, não é difícil imaginar a importância das convenções e dos acordos coletivos de trabalho na construção do discurso normativo heterônomo e de uma ordem jurídica fundada no sentido substancial de democracia.

Preceitua o art. 14 da Constituição que a soberania popular será exercida por meio do sufrágio universal (voto direto e secreto) na escolha dos representantes e também de forma direta, mediante plebiscito, referendo e iniciativa popular, “nos termos da lei”.

SOARES explica:

A instrumentalização da soberania articula-se no sistema constitucional através das suas modalidades dispostas no Título II Dos Direitos e Garantias Fundamentais, que condiciona a interpretação e o sentido dessas modalidades sob a égide dos direitos fundamentais. A primeira é a consulta sobre o conteúdo de uma norma, antes de sua produção – plebiscito (*juízo de escolha do conteúdo normativo*) e a outra a aprovação ou não da escolha de conteúdo da norma proposta – referendo (*juízo de adesão*). A segunda modalidade proposta é a típica escolha *no repertório*. As necessidades e interesses sociais provocam um impulso em direção à produção normativa sem representantes: a *iniciativa popular*.<sup>784</sup>

Completa ainda a autora, referindo-se à soberania popular (parágrafo primeiro do art. 1º da CF/88):

<sup>784</sup> SOARES, *Teoria da Legislação...*, p. 32.

O poder constituinte ao definir o âmbito do sentido daquela soberania o fez com a expressão “nos termos, desta constituição”, isto é, não nomeou somente, expressa e exclusivamente o artigo 14 que trata do exercício da soberania direta através de plebiscito, referendo e iniciativa popular, mas autorizou a sua *densificação* através do *sistema* de regras e princípios constitucionais (destaque no original).<sup>785</sup>

Dessa maneira, e sob outro enfoque, a par desses instrumentos de exercício direto da soberania arrolados pelo art. 14 (referendo, plebiscito e iniciativa popular), reconhece a Carta de 1988 a negociação coletiva de trabalho, realizada por intermédio dos legitimados constitucionalmente: os sindicatos obreiros (cf. art. 8º, VI, CRFB).

Chega-se, assim, à conclusão que a Constituição Federal, ao reconhecer a negociação coletiva de trabalho (art. 8º, inciso VI), estabeleceu mais uma forma de exercício da soberania popular – e do próprio poder normativo –, de forma direta e delegada: pelo trabalhador, no âmbito da sociedade civil, por intermédio da interveniência obrigatória dos sindicatos profissionais.

Importante dizer, com pesar, que o grande problema fático-jurídico atrelado às normas jurídico-trabalhistas negociadas coletivamente é o desvirtuamento de sua função central, histórico-teleológica, qual seja, a melhoria das condições de pactuação e o gerenciamento da força de trabalho.<sup>786</sup>

Ora, o tecer da História mostra que quando do surgimento do Direito do Trabalho, no século XIX, a negociação coletiva – propiciada pela reunião, reivindicação e luta dos trabalhadores – foi que acarretou o progresso das condições de trabalho, fixando condições de labor mais condizentes com a dignidade humana.

Ainda, o produto da negociação coletiva – especificamente, as cláusulas normativas constantes das convenções e dos acordos coletivos de trabalho – atuou como propulsor da generalização dos progressos juslaborais. Tais progressos, alcançados setorialmente por sindicatos obreiros mais organizados, foram incorporados ao estuário normativo estatal, estendendo direitos a um universo maior de trabalhadores.

Daí se afigura a importância seja da normatização estatal seja da autônoma na manutenção e elevação das condições sociais do trabalho, realizando o “movimento ascendente” (da coletividade para o Governo) na construção da norma estatal, norteando a ação e atuação do Poder Legislativo.

<sup>785</sup> SOARES, *Teoria da Legislação...*, p. 54.

<sup>786</sup> Explana DELGADO: “A função justrabalhista central, consistente na *melhoria das condições de pactuação da força de trabalho na ordem socioeconômica*, comparece, indubitavelmente, ao Direito Coletivo. Insista-se que a desatenção, como um todo, a essa função primeira suprime a própria justificativa histórica de existência e vida de todo segmento jurídico trabalhista.” DELGADO, *Direito Coletivo...*, p. 29.

Dessa maneira, a tradição histórica sindical, essencialmente nos países capitalistas centrais, foi de estabelecer avanços sociais trabalhistas, organizando e mobilizando trabalhadores e, ainda, de outro lado, direcionando a normatividade estatal, até então omissa (matiz do Estado Liberal).

Quanto à evolução do Direito do Trabalho no Brasil, verifica-se que não houve passagem por uma fase de sistematização e consolidação.<sup>787</sup> A saber: não se verificou o gerenciamento dos conflitos trabalhistas de forma relevante, no seio da sociedade civil, nem tão expressiva foi a atuação sindical na construção de melhores condições de vida e de labor.

Já no cenário contemporâneo – marcado por crises econômicas, globalização, revolução tecnológica e organizacional das empresas e, ainda, atrelada à insuficiência e incapacidade do sistema sindical pátrio – transmutou, em certa medida, o papel desempenhado pela negociação coletiva. Ou seja, ao invés de reverberar instrumento de elevação dos direitos sociais trabalhistas (atribuindo concretude ao art. 7º, *caput*, da CRFB), reafirmando a dignidade da pessoa humana e dos valores sociais deferíveis ao trabalho, apresenta-se, em vários momentos, como instrumento precarizador dos direitos laborais.

Tal precarização sendo levada a efeito a par da vedação aos sindicatos de agirem contra os representados, renunciando ou transacionando direitos indisponíveis e em visível violação aos princípios da progressividade e da vedação do retrocesso sociojurídico do trabalhador. Não se desconsiderando, ainda, o contexto no qual a premissa de igualdades entre os seres coletivos<sup>788</sup> está cada vez mais distanciada da realidade.

Retomando a ideia da adesão da sociedade ao discurso normativo, podem-se identificar duas situações favoráveis, quais sejam: “I – Revelação do consenso/positivação da tradição, usos e costumes em torno de valores e interesses. II – O conhecimento do modo mediante o qual tutela os valores/interesses/necessidade em face da tradição, dos usos, dos costumes”.<sup>789</sup>

A partir dessa constatação, antevê-se como sendo extremamente vantajosa – em um processo de elaboração normativa que privilegie o diálogo social e também o diálogo entre as fontes do Direito (*in casu*, normatização heterônoma e normatização autônoma) – a escolha pelo legislador do conteúdo normativo constante das convenções e dos acordos coletivos de trabalho.

---

<sup>787</sup> Denominação atribuída a DELGADO, *Curso de Direito...*, 7. ed., p. 105 e seg.

<sup>788</sup> Segundo DELGADO, ser coletivo é o “ser cuja vontade é hábil a detonar ações e repercussões de impacto social, seja certamente na comunidade do trabalho, seja eventualmente até mesmo no âmbito comunitário mais amplo”. DELGADO, *Direito Coletivo...*, p. 24.

<sup>789</sup> SOARES, *Teoria da Legislação...*, p. 45.

Contudo, salienta-se: a escolha pelo legislador do conteúdo normativo constante das convenções e dos acordos coletivos de trabalho deve ser sempre norteada e pautada no sentido de extensão de direitos trabalhistas. Isso em absoluto respeito ao art. 7º, inciso I, da CRFB, que positivou o princípio da norma mais favorável ao trabalhador e, aos incisos III e IV do art. 1º da CRFB, que fundamentam o Estado Democrático de Direito na dignidade da pessoa humana e nos valores sociais do trabalho.

Caso assim seja, no processo de escolha do conteúdo normativo heterônomo, a opção do Legislador (representante) pelo repertório contido em normatização autônoma (CCT ou ACT), estendendo direitos alcançados por categorias de trabalhadores mais desenvolvidas – no sentido de capacidade de luta e de pressão –, realiza, por via indireta e simultaneamente, a participação popular (ou diálogo social) na construção da norma estatal, a justiça social e o fortalecimento do modelo constitucional democrático.

Ademais, como a negociação coletiva é procedimento voluntário jurígeno, porquanto decorre do comum acordo entre as partes convenientes, tende a promover melhor atendimento da exigência de eficácia da ordem jurídica.

Imprescindível à negociação coletiva que haja boa-fé entre os pactuantes, agindo de forma leal, honesta e transparente, para gerar entre as partes confiança mútua. Inclui-se como consequência do princípio da boa-fé na negociação coletiva o dever formal de negociar, consubstanciado na obrigatoriedade do exame de propostas recíprocas, na formulação de contrapropostas, na discussão das razões da rejeição de determinada cláusula, na prestação de informações necessárias e na negociação com antecedência em relação a data-base, para evitar convolações súbitas<sup>790</sup>, além de propiciar a imediata vigência do diploma coletivo após o término da vigência do anterior.

Note-se que, diante do caráter convencional dos diplomas coletivos admite-se que sua aplicação possa retroagir a data anterior ao início de sua vigência.<sup>791</sup> Dessa forma, é aconselhável que no início das tratativas sindicais seja acordado este caráter retroativo dos diplomas, fixando como termo inicial de vigência a data imediatamente subsequente ao termo final de vigência do instrumento normativo anterior, a fim de que não haja retrocesso social ao trabalhador.

---

<sup>790</sup> BERNARDES, *Princípios da negociação...*, p. 357 e ss. *apud* BARROS, *Curso de Direito do...*, p. 1318.

<sup>791</sup> BARROS, fundando-se em entendimento de MARANHÃO, salienta que essa retroatividade das normas coletivas não pode alcançar os contratos individuais extintos antes do início da vigência do novo instrumento coletivo, porque estaria atingindo situações jurídicas constituídas. Cf. BARROS, *Curso de Direito do...*, p. 1191.

Igualmente no início das tratativas, é aconselhável que o sindicato profissional pegue documento emitido pelo sindicato econômico ou empresa no sentido de que, em caso de não lograr êxito a negociação coletiva, que a parte desde já manifeste sua concordância com a interposição de dissídio coletivo, principalmente para o atendimento do requisito “comum acordo”, inserido ao §2º do art. 114<sup>792</sup> da CRFB pela EC 45/2004.

É aconselhável, ainda, que haja fundamentação ou exposição de motivos para determinadas cláusulas negociais e condições, a fim de facilitar-lhes a aplicação pelas partes bem como pelos magistrados. Aliás, esta é uma exigência para o caso de interposição de dissídio coletivo, conforme se aúfere da OJ 32<sup>793</sup> da SDC do TST.

VIANNA sugere que, a fim de dar maior publicidade ao teor normativo constante nos instrumento de negociação coletiva, conste a obrigação de as empresas distribuírem uma cópia a cada trabalhador abrangido, para lhes informar os seus direitos. E, de outro lado, diante da falta de previsão legal de penalidade para as empresas que descumprirem a obrigação de divulgação da norma coletiva (mesmo a simples fixação de forma visível nos estabelecimentos), sugere o autor que haja penalidade expressamente prevista para esta hipótese.<sup>794</sup>

Igualmente, muito importante é a fixação de multas, inclusive agravadas em caso de reincidência, para o caso de descumprimento das disposições normativas regentes dos contratos individuais de trabalho pelas empresas, a teor da autorização expressa constante no já citado art. 622, da CLT.

---

<sup>792</sup> Art. 114 §2º da CRFB: “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”.

<sup>793</sup> OJ 32, SDC/TST: “Reivindicações da categoria. Fundamentação das cláusulas. Necessidade. Aplicação do PN 37 do TST. É pressuposto indispensável à constituição validade e regular da ação coletiva a apresentação em forma clausulada e fundamentada das reivindicações da categoria, conforme orientação do item VI, letra e, da IN n. 04/93”.

<sup>794</sup> SÚSSEKIND *et al.* *Instituições de Direito...*, v. 2, p. 1066, p. 1066-7.

## 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Teoria Geral do Direito do Trabalho consubstancia um forte instrumento de reafirmação de aspectos dogmáticos e principiológicos do ramo juslaboral, na medida em que, atuando como elo unificador de seus segmentos Individual, Coletivo e Internacional, propicia sua melhor caracterização, fixando de forma precisa suas diretrizes axiológicas, seu valor finalístico e seus contornos específicos, como um todo orgânico, como uma unidade.

De outro lado, a Teoria Geral do Direito do Trabalho estabelece um paralelo entre o Direito do Trabalho e o Direito como um todo, além de permitir a compreensão das convenções e dos acordos coletivos de trabalho sob dois ângulos complementares e interdependentes: como parte componente do ordenamento jurídico laboral e como fonte de norma jurídica.

A proposta de aplicação do princípio da progressividade e da vedação do retrocesso às convenções e aos acordos coletivos de trabalho, de modo a fixar-lhes limites materiais e restringir a autonomia privada coletiva, apresenta-se importante contemporaneamente por dois motivos. Primeiro, em face da necessidade de insurgência contra a tendência de flexibilização e a de desregulamentação da ordem jurídico-trabalhista, dotadas de nítida direção regressiva e precarizadora das garantias trabalhistas mínimas. Segundo, diante do quadro de crise sindical, marcado pelo processo de ruptura da identidade coletiva e pela inexpressividade de algumas organizações sindicais, graças à falta de representatividade quantitativa (fenômeno de dissociação de categorias) e qualitativa (declínio de capacidade de luta, pressão e reivindicação).

Pensa-se, assim, que é possível resgatar a principal função histórico-teleológica dos instrumentos normativos decorrente da negociação coletiva caso a eles se apliquem os princípios da progressividade e o seu corolário lógico, o princípio da vedação do retrocesso. Essa aplicação corrobora na tentativa de recuperar a gênese finalística essencial do Direito do Trabalho: a tutela do trabalhador direcionada a imprimir-lhe a melhoria progressiva (ininterrupta e sem retrocessos) das condições de contratação, econômica e social.

## 8 PERSPECTIVAS DE NOVAS PESQUISAS

Diante do corte metodológico adotado nesta pesquisa de se ater especialmente à apreciação de aspectos dogmáticos do Direito do Trabalho pátrio, outras pesquisas atreladas ao objeto deste estudo ora são ventiladas:

- 1<sup>a</sup>) Análise dos fundamentos filosóficos do Direito do Trabalho, notadamente das organizações sindicais profissionais e dos instrumentos normativos decorrentes da negociação coletiva de trabalho.
- 2<sup>a</sup>) Perquirição da eficácia das convenções e dos acordos coletivos de trabalho, mediante o exame de que forma e em que medida o princípio da progressividade e o da vedação do retrocesso sociojurídico do trabalhador têm sido respeitados, isso com base em pesquisa de campo voltada a casos concretos, no âmbito de determinadas categorias profissionais e durante determinado período histórico.
- 3<sup>a</sup>) Investigação dos limites materiais e dos limites formais dos instrumentos normativos decorrentes da negociação coletiva de trabalho em outros Estados Democráticos de Direito, valendo-se para tanto do Direito Comparado.



## REFERÊNCIAS

AFONSO DA SILVA, José. Interpretação da Constituição e democracia. In ROCHA, Fernando Luiz Ximenes; MORAES, Filomeno (Coords). *Direito Constitucional contemporâneo*; estudos em homenagem ao professor Paulo Bonavides. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 439-452.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALKMIM, Gustavo Tadeu. Um juiz especial para uma Justiça Especial. In SENA, Adriana Goulart de et al. (coords.). *Processo do trabalho atual*; e temas conexos. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 251-260.

ALMEIDA, Marta Tavares de. *A contribuição da legística para uma política de legislação: concepções, métodos e técnicas*. Disponível em: <[http://www.almg.gov.br/eventos/Legistica/imagens/Marta\\_Tavares.pdf](http://www.almg.gov.br/eventos/Legistica/imagens/Marta_Tavares.pdf)>. Acesso em: 25 jul. 2009.

ALVARADO, Martin. *Temas de Derecho Obrero*, 1942, p. 27 *apud* SÜSSEKIND, Arnaldo et al. *Instituições de Direito do Trabalho*. Participação de João de Lima Teixeira Filho. 12. ed. São Paulo: LTr, 1992, p. 141. v. 1.

ÁLVARES DA SILVA, Antônio. *Direito Coletivo do Trabalho*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1979.

ÁLVARES DA SILVA, Antônio. *A convenção 158 da OIT*. Belo Horizonte: RTM, 1996.

ÁLVARES DA SILVA, Antônio. *Flexibilização das relações de trabalho*. São Paulo: Editora LTr, 2002.

ÁLVARES DA SILVA, Antônio. *Competência penal trabalhista*. São Paulo: LTr, 2006.

ÁLVARES DA SILVA, Antônio. *Temas de Direito do Trabalho comparado* (notas de aula). Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFMG, 2º semestre de 2009.

ÁLVARES DA SILVA, Antônio. *Cinco estudos de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr Editora, 2009.

ÁLVARES DA SILVA, Antônio. Revolução no processo do trabalho. *Editora Decisório Trabalhista*. Disponível em: <<http://www.otrabalho.com.br/Jsp/Site/EntrevistaRevista.jsp?DocId=23676>>. Acesso em: 08 set. 09.

AMEGLIO, Eduardo J.. Decretos reguladores. In: PLÁ RODRIGUEZ, Américo (Coord.). *Estudios sobre as fontes do Direito do Trabalho*; grupo das quartas-feiras. São Paulo: LTr, 1998, p. 133-147.

ANASTASIA, Antônio Augusto Junho. Legislação, desenvolvimento e democracia. *In: ASSEMBLÉIA Legislativa de Minas Gerais. Legística; qualidade da lei em desenvolvimento.* Belo Horizonte: Assembléia Legislativa de Minas Gerais, 2009, p. 27-40.

ARAÚJO, Eduardo Marques Vieira. A negociação coletiva no setor público. *In: VIANA, Márcio Túlio (Coord.). A reforma sindical; no âmbito da nova competência trabalhista.* Belo Horizonte: Mandamentos editora, 2005, p. 123-128.

ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín. *Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional.* Madrid: Cuadernos Cívitas, 1990.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo.* Malheiros Editores, São Paulo: 7. ed. 1995, p. 537-538 *apud* PEDREIRA DA SILVA, Luiz de Pinho. *Principiologia do Direito do Trabalho.* 2. ed. São Paulo: LTr Editora, 1999, p. 12.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho.* São Paulo: Editora LTr, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 59, 1 out. 2002. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/3208>>. Acesso em: 8 mar. 2011.

BARZOTTO, Luciene Cardoso. *Direitos humanos e trabalhadores; atividade normativa da Organização Internacional do Trabalho e limites do Direito Internacional do Trabalho.* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

BEVILAQUA, Clovis. *Direito Internacional Privado.* 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Barros, 1938.

BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade; para uma teoria geral da política.* Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1990.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico.* Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 6. ed. São Paulo: Editora Universidade de Brasília, 1995.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica.* Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. São Paulo: EDIPRO Edições, 2001.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico; lições de filosofia do Direito.* Tradução e notas de Márcio Pugliesi; Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone Editora, 2006.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política.* Trad. Carmem C. Varriale. 5ª Ed., Brasília: UnB/São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000, v. II, p. 1150 *apud* DELGADO, As relações de trabalho... *In: HENRIQUE; DELGADO, Terceirização no...*

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* São Paulo: Malheiros, 2002.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* 23. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

CÂMARA, João Bettencourt da. *A competição em Nietzsche ou o agôn das idéias.* Disponível em:

<[http://www.adelinotorres.com/sociologia/Jo%C3%A3o%20Bettencourt%20da%20C%C3%A2mara\\_A%20COMPETI%C3%87%C3%83O%20EM%20NIETZSCHE.pdf](http://www.adelinotorres.com/sociologia/Jo%C3%A3o%20Bettencourt%20da%20C%C3%A2mara_A%20COMPETI%C3%87%C3%83O%20EM%20NIETZSCHE.pdf)>. Acesso em: 12 nov. 08.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997, v. 1. p. 22 *apud* MURADAS, Daniela. *O princípio da vedação do retrocesso no Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr Editora, 2010, p. 142.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional Didático*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

CARVALHO, Nathalie de Paula. *A normatividade dos princípios no pós-positivismo; uma análise à luz da teoria de Robert Alexy*. 2006. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3012.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2011.

CASARIL, Agenor. *A pessoa humana como centro e fim do Direito*. Instituto Jacques Maritain do Rio Grande do Sul. Disponível em: <<http://www.maritain.com.br/index2.php?p=windowPrintProduct&iProduct=92>>. Acesso em: 24 mar. 2011.

CASTILHO, Santiago Pérez del. Hierarquia das fontes no Direito do Trabalho. *In*: PLÁ RODRIGUEZ, Américo (Coord.). *Estudos sobre as fontes do Direito do Trabalho*; grupo das quartas-feiras. São Paulo: LTr, 1998, p. 30-64.

CATHARINO, *Compêndio universitário de Direito do Trabalho*. São Paulo: Editora Universitária, 1972, p. 99-101.

CESARINO JÚNIOR, A. F.. *Direito Social*. São Paulo: LTr Editora, 1980.

DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico*. Atualizado por Nagib Slaibi Filho e Geraldo Magela Alves. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

DELGADO, Gabriela Neves. As relações de trabalho e de emprego no mundo capitalista contemporâneo. *In*: HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira; DELGADO, Gabriela Neves (Coords.). *Terceirização no Direito do Trabalho*. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2004, p. 19-49.

DELGADO, Gabriela Neves. *Direito fundamental ao trabalho digno*. São Paulo: LTr Editora, 2006.

DELGADO, Maurício Godinho. *Princípios de Direito Individual e coletivo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2001.

DELGADO, Maurício Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego; entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução*. São Paulo: LTr Editora, 2007.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Direito Coletivo do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: Editora LTr, 2008.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 7. ed. São Paulo: Editora LTr, 2008.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 9. ed. São Paulo: Editora LTr, 2010.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 10. ed. São Paulo: Editora LTr, 2011.

DEVEALI, Mario. *Lineamientos de Derecho del Trabajo*. 1948, p. 15 *apud* SÜSSEKIND, Arnaldo *et al. Instituições de Direito do Trabalho*. Participação de João de Lima Teixeira Filho. 12. ed. São Paulo: LTr, 1992, v. 1, p. 131.

DONATO, Messias Pereira. *Curso de Direito do Trabalho*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1982.

DUTRA, Renata Queiroz. *A ilegitimidade da discriminação da trabalhadora doméstica na Constituição Federal Brasileira*. 2008. (Monografia) Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2008.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito; técnica, decisão, dominação*. 6. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio (apresentação), *In: BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 6. ed. São Paulo: Editora Universidade de Brasília, 1995.p. 7-19.

FILETI, Narbal Antônio Mendonça. O princípio da proibição de retrocesso social. Breves considerações. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2059, 19 fev. 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/12359>>. Acesso em: 11 jun. 2011.

FIUZA, César. *Novo Direito Civil; curso completo*. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

FRAGA, Mirtô. *O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno; estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 127 *apud* MURADAS, Daniela. *O princípio da vedação do retrocesso no Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr Editora, 2010, p. 112.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 501 *apud* PEDREIRA DA SILVA, Luiz de Pinho. *Principiologia do Direito do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr Editora, 1999, p. 135.

GONÇALVES, Antônio Fabrício de Matos. *Flexibilização trabalhista*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

GURVITCH, Georges. *L' idée de Droit Social*. Paris, 1932 *apud* SÜSSEKIND, Arnaldo *et al. Instituições de Direito do Trabalho*. Participação de João de Lima Teixeira Filho. 12. ed. São Paulo: LTr, 1992, v. 1. p. 113-4.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do Direito*. Tradução de Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997, §336 *apud* MURADAS, Daniela. *O princípio da vedação do retrocesso no Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr Editora, 2010, p. 110.

HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2001.

KEHL, Maria Rita. *A mínima diferença; masculino e feminino na cultura*. Rio de Janeiro: Imago, 1996.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do Direito e do Estado*. Tradução de Luis Carlos Borges. 3. ed. 2ª Tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LAFER, Celso. *Miguel Reale (1910-2006) uma homenagem*. *Revista USP*, São Paulo, n. 70, p. 110-119, jun./ago. 2006.

LAFER, Celso. *Miguel Reale (1910-2006) uma homenagem*. Disponível em: <<http://www.revistasusp.sibi.usp.br/pdf/revusp/n70/11.pdf>>. Acesso em: 23 fev. 2010.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr Editora, 2009.

MADER, Luzius. Legística; história e objeto, fronteiras e perspectivas. *In: Assembléia Legislativa de Minas Gerais. Legística; qualidade da lei em desenvolvimento*. Belo Horizonte: Assembléia Legislativa de Minas Gerais, 2009, p. 43-54.

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

MELGAR, Montoya. *Derecho Del Trabajo*. 9. ed. Madri: Editorial Tecnos, 1988, p. 211 *apud* PEDREIRA DA SILVA, Luiz de Pinho. *Principiologia do Direito do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr Editora, 1999, p. 41-48.

MESQUITA, Carolina Pereira Lins. A contratação do trabalhador na campanha eleitoral; reflexões acerca da (in)constitucionalidade do art. 100 da Lei nº. 9.504/97. *In: XIX Encontro Nacional do CONPEDI*. 2010. Fortaleza: Conpedi, *Anais...* 2010, p. 8996-9014. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3667.pdf>>. Acesso em: 6 ago. 2010.

MESQUITA, Carolina Pereira Lins; REIS, Daniela Muradas. Composição tripartite: gérmen democrático na Organização Internacional do Trabalho?. *In: I Congresso da Associação Mineira de Pós-Graduandos em Direito - Edição Belo Horizonte*. 2010. *Anais...* Belo Horizonte: FDUFG (mídia digital).

MESQUITA, Carolina Pereira Lins. A negociação coletiva de trabalho na construção da democracia, do discurso normativo e da justiça social. *In: XVIII Congresso Nacional do CONPEDI*. São Paulo: Conpedi, *Anais...* 2009, p.10495-10514. Disponível em: <[http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao\\_paulo/2411.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2411.pdf)>. Acesso em: 14 jul. 2010.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil; parte geral*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 1.

MORAIS FILHO, Evaristo de; MORAIS, Antônio Carlos Flores de. *Introdução ao Direito do Trabalho*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: LTr, 2000.

MURADAS, Daniela. *Trabalho, ética e Direito; fundamentos da ética hegeliana para a restrição jurídica da negociação coletiva*. 2002. Dissertação (mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2002.

MURADAS, Daniela. Crise do estado social e negociação coletiva. In; PIMENTA, José Roberto Freire *et al.* (Coords.). *Direito do Trabalho: evolução, crise, perspectivas*. São Paulo: LTr, 2004, p. 184-209.

MURADAS, Daniela. *O princípio da vedação do retrocesso no Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr Editora, 2010.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Direito Sindical*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

NASCIMENTO, Amauri Mascado do. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. 36. ed. São Paulo: LTr Editora, 2011.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Manual de procedimentos em matéria de convenções e recomendações internacionais do trabalho*. Brasília: Ministério do Trabalho/MTb, 1993a.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Princípios, normas e procedimento da organização internacional do trabalho referentes a liberdade sindical*. Brasília: Ministério do Trabalho/MTb, 1993b.

PEDREIRA DA SILVA, Luis de Pinho. *Principiologia do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1997.

PEDREIRA DA SILVA, Luiz de Pinho. *Principiologia do Direito do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr Editora, 1999.

PIOVESAN, Flávia. Sistema internacional de proteção dos direitos humanos: inovações, avanços e desafios contemporâneos. In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (Org.). *O Brasil e os novos desafios do Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 294 *apud* MURADAS, Daniela. *O princípio da vedação do retrocesso no Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr Editora, 2010, p. 142.

PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. *Princípios de Direito do Trabalho*. Tradução de Wagner D. Giglio. São Paulo: LTR, 1978.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. Princípios do Direito do Trabalho e peculiaridades do sistema de fontes. In: RODRIGUEZ, Américo Plá (Coord.). *Estudos sobre as fontes do Direito do Trabalho; grupo das quartas-feiras*. São Paulo: LTr, 1998, p. 19-29.

POLETTI, Ronaldo. *Introdução ao Direito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

PORTO, Lorena Vasconcelos. A necessidade de uma releitura universalizante do conceito de subordinação. In: *Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário*, nº 24, p. 05-30, maio/jun. 2008.

PORTO, Lorena Vasconcelos. A vigência dos contratos coletivos e seus reflexos na disciplina das relações individuais de trabalho. In: VIANA, Márcio Túlio (Coord.) *A reforma sindical;*

no âmbito da nova competência trabalhista. Belo Horizonte: Mandamentos editora, 2005, p. 89-99.

RACCIATTI, Octavio Carlos. Tratado internacional como fonte do Direito do Trabalho. In: RODRIGUEZ, Américo Plá (Coord.). *Estudos sobre as fontes do Direito do Trabalho*; grupo das quartas-feiras. São Paulo: LTr, 1998, p. 94-121.

REALE, Miguel. *Direito natural/Direito positivo*. São Paulo: Saraiva, 1984.

REALE, Miguel. *Fontes e modelos do Direito*; para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 1994.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27. ed. 8ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2009.

REALE, Miguel. Os legados de Norberto Bobbio. In: INSTITUTO Norberto Bobbio, cultura, democracia e direitos humanos. 2009. Disponível em: <<http://norbertobobbio.wordpress.com/2009/12/13/os-legados-de-norberto-bobbio-miguel-reale/>>. E também em: <<http://www.academia.org.br/abl/media/prosa13.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2011.

RENAULT, Luiz Otávio Linhares. O que é isto – O Direito do Trabalho? In: PIMENTA, José Roberto Freire *et al* (Coords.). *Direito do Trabalho*: evolução, crise, perspectivas. São Paulo: LTr, 2004.

RENAULT, Luiz Otávio Linhares. *O novo código civil, a proteção ao emprego e o velho contrato de trabalho*. Disponível em: <[http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/ano2\\_2/O%20NOVO%20CODIGO%20CIVIL%20E%20O%20VELHO%20CONTRATO%20DE%20TRABALHO.pdf](http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/ano2_2/O%20NOVO%20CODIGO%20CIVIL%20E%20O%20VELHO%20CONTRATO%20DE%20TRABALHO.pdf)>. Acesso em: 20 nov. 2009.

ROCCO, Alfredo. *Corso di Diritto Commerciale – parte generale*. Padova: La Litotipo – Editrice Universitaria, 1921, p. 76 *apud* DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 9. ed. São Paulo: Editora LTr, 2010, p. 64.

RUPRECHT, Alfredo J., *La autonomia del Derecho procesal del trabajo* (conferência mimeografada) *apud* PEDREIRA DA SILVA, Luiz de Pinho. *Principiologia do Direito do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr Editora, 1999, p. 44.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Adeus aos métodos? Hermenêutica, pragmática e argumentação constitucional. In: ROCHA, Fernando Luiz Ximenes; MORAES, Filomeno (Coords). *Direito Constitucional contemporâneo*; estudos em homenagem ao professor Paulo Bonavides. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 361-437.

SANTOS, Marly Nunes de Moraes. As condições de validade das convenções coletivas de trabalho após a vigência da Constituição Federal de 1988. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 67, n. 1, p. 160-174, jan./mar. 2001. Disponível em: <[http://www.tst.gov.br/Ssedoc/PaginadaBiblioteca/revistadotst/Rev\\_67/67\\_1/revtst\\_67-1\\_pg160a174.pdf](http://www.tst.gov.br/Ssedoc/PaginadaBiblioteca/revistadotst/Rev_67/67_1/revtst_67-1_pg160a174.pdf)>. Acesso em: 20 jun. 11.

SCHOPENHAUER, Arthur. *A arte de escrever*. Trad. Pedro Sússekind. Coleção L&PM Pocket, vol. 479. Porto Alegre: L&PM POCKET, 2009.

SOARES, Fabiana de Menezes. *Teoria da legislação; formação e conhecimento da lei na idade tecnológica*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2004.

SOARES, Fabiana de Menezes. *Legística; história e objeto, fronteiras e perspectivas*. In: *Legística; qualidade da lei em desenvolvimento*. Belo Horizonte: Assembléia Legislativa de Minas Gerais, 2009.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. A supersubordinação; invertendo a lógica do jogo. In: *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*. Belo Horizonte, v. 48, n. 78, p.157-193, jul./dez. 2008. Disponível em: <[http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev\\_78/jorge\\_luiz\\_souto\\_maior.pdf](http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_78/jorge_luiz_souto_maior.pdf)>. Acesso em: dez. 2010.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Carta aberta aos “terceirizados” e a comunidade jurídica*. 2011. Disponível em: <<http://www.diariotrabalhista.com/2011/04/carta-aberta-de-jorge-luiz-souto-maior.html>>. Acesso em: 04 abr. 2011.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *O Direito do Trabalho com instrumento de justiça social*. São Paulo: LTr, 2000.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *A proteção contra...*, p. 19.

SOUZA, Patrus Ananias de. *Uma história de amor pela humanidade*. Instituto Jacques Maritain do Rio Grande do Sul. Disponível em: <<http://www.maritain.com.br/index2.php?p=productMore&iProduct=58>>. Acesso em: 24 mar. 2011.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Convenções da OIT*. 2. ed. São Paulo: LTr Editora, 1998.

SÜSSEKIND, Arnaldo *et al.* *Instituições de Direito do Trabalho*. Participação João de Lima Teixeira Filho. 12. ed. São Paulo: LTr, 1992. v. 1.

SÜSSEKIND, Arnaldo *et al.* *Instituições de Direito do Trabalho*. Participação João de Lima Teixeira Filho. 12. ed. São Paulo: LTr, 1992. v. 2.

SÜSSEKIND, Arnaldo *et al.* *Instituições de Direito do Trabalho*. 17. ed. São Paulo: LTr, 1997. v. I.

TEODORO, Maria Cecília Máximo. *O princípio da adequação setorial negociada no Direito do Trabalho*. São Paulo: Editora LTr, 2007.

URIARTE, Oscar Ermida. A Constituição e o Direito do Trabalho. In: RODRIGUEZ, Américo Plá (Coord.). *Estudos sobre as fontes do Direito do Trabalho; grupo das quartas-feiras*. São Paulo: LTr, 1998, p. 67-79.

VIANA, Márcio Túlio. A proteção social do trabalhador no mundo globalizado. In PIMENTA, José Roberto *et al* (Org). *Direito do Trabalho: evolução, crise e perspectivas*. São Paulo: LTr Editora, 2004, p. 155-183.

VIANA, Márcio Túlio. Os paradoxos da prescrição; quando o trabalhador se faz cúmplice involuntário da perda de seus direitos. In: *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*. Belo Horizonte: v. 47, n. 77, p. 163-172, jan./jun. 2008. Disponível em:



<[http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev\\_77/Marcio\\_Viana.pdf](http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_77/Marcio_Viana.pdf)>. Acesso em: 25 nov. 2009.

VIANA, Márcio Túlio. Aspectos curiosos da prova testemunhal; sobre verdades, mentiras e enganos. *In: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*. Belo Horizonte: v. 48, n. 78, p. 123-156, jul./dez. 2008. Disponível em: <[http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev\\_78/marcio\\_tulio\\_viana.pdf](http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_78/marcio_tulio_viana.pdf)>. Acesso em: 25 nov. 2009.

VIEIRA, Ana Carolina Gonçalves. *Assédio moral no ambiente de trabalho, uma violação silenciosa à dignidade humana no âmbito das relações de emprego*. 2007. 268f. Dissertação (Mestrado em Direito do Trabalho) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Minas Gerais, Belo Horizonte, 2007.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Relação de emprego; estrutura legal e supostos*. 3. ed. São Paulo: LTr Editora, 2005.