

## AS FONTES NO DIREITO DO TRABALHO

Patrícia Helena Azevedo Lima\*

### CONSIDERAÇÕES INICIAIS

As fontes no direito do trabalho, em razão de ser um direito social, compreendem também, entre outros aspectos, a coexistência de fontes de produção normativa autônomas e heterônomas.

Amauri Mascaro reconhece ser a lei a fonte formal do direito sindical. Contudo, adverte sobre a existência do compartilhamento normativo de outras regras: “o direito sindical é produzido por outras fontes também: os costumes, os convênios coletivos, normas elaboradas pelos próprios interlocutores sociais e que, em alguns sistemas jurídicos, desempenham um papel relevante, superior, em alguns casos, ao das leis.”<sup>99</sup>

Esse quadro plural de fontes é uma das características principais do Direito do Trabalho, o pluralismo normativo, em um processo de produção normativa múltiplo, amplo, compreendendo o processo legislativo

\* Advogada, professora e mestra em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho, Universidade de São Paulo – USP. Especialista em Direito do Trabalho pelo Núcleo Mascaro e Mannrich. Membro fundadora do Instituto Goiano do Direito do Trabalho.

(legislação), a prática “constante da sociedade (usos e costumes), as decisões judiciais (jurisprudência) e a autonomia coletiva dos particulares (convenções e acordos coletivos de trabalho)”<sup>100</sup>

Esclarecendo a respeito das fontes do direito internacional do trabalho, Evaristo de Moraes Filho afirma que “é pacífico, os costumes e os tratados constituem as fontes principais do direito internacional”<sup>101</sup>

As normas de direito podem ser postas pelo legislador, pelos juízes, pelos usos e costumes, de forma negocial, podendo ser autônomas ou heterônomas.

Além das fontes acima mencionadas, pode-se também enumerar as normas de direito externo: tratados internacionais, convenções internacionais, contratos coletivos internacionais, protocolo, convênio acordo ou ajuste, notas reversais e recomendações da OIT. Não se pode olvidar dos regulamentos de empresa e do contrato individual do trabalho.

### CONCEITO DE FONTES

Partindo de uma concepção pluralista do direito, Alessandro Pizzorusso assinala que “cada fonte de direito refere-se a um determinado ordenamento, e todas as fontes que

<sup>99</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de direito sindical*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 29.

<sup>100</sup> *Idem*. *Teoria geral do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1998. p. 67. c

<sup>101</sup> MORAES FILHO, Evaristo. *Introdução ao Estudo de Direito do Trabalho*. 11. ed. São Paulo: Editora LTr, 2015. p. 129.

operam no âmbito de um mesmo ordenamento forma um sistema de fontes distinto de qualquer outro referente a um diverso ordenamento”. Denomina-se fonte de direito qualquer “fato jurídico ao qual siga a criação, modificação ou extinção de uma norma jurídica”.<sup>102</sup>

Para Norberto Bobbio, as fontes constituem “aqueles fatos ou atos dos quais o ordenamento jurídico faz depender a produção de normas jurídicas”.<sup>103</sup>

Sempre com alusão ao centro poder, vigência e eficácia, Miguel Reale compreende por “fonte do direito” os “meios em virtude dos quais as regras jurídicas se positivam com legítima força obrigatória, isto é, com vigência e eficácia. O Direito resulta de um complexo de fatores que a Filosofia e a Sociologia estudam, mas se manifesta, como ordenação vigente e eficaz, através de certas formas, diríamos mesmo de certas fôrmas, que são o processo legislativo, os usos e costumes jurídicos, a atividade jurisdicional e o poder negocial”.<sup>104</sup>

Para Giorgio Del Vecchio, o conceito de fontes advém das “regras da convivência social, embora correspondendo sempre à vontade social preponderante, podem ser

expressas por diversos modos. Ora são precisamente estes modos que tecnicamente se chamam fonte de direito”.<sup>105</sup>

Miguel Reale assinala que se faz necessário dizer algo a mais sobre fonte, e nesse destaque enfatiza que as fontes estão intrinsecamente ligadas às estruturas normativas, dotadas de um poder de decidir sobre o seu conteúdo, manifestando a vontade da autoridade relacionada à fonte correspondente, podendo ser *erga omnes* (fonte legal e da consuetudinária) *inter partes* (fonte jurisdicional e negocial).<sup>106</sup>

O estudo das fontes do Direito pode ter várias acepções, como sua origem, fundamento de validade das normas jurídicas e a própria exteriorização do direito.<sup>107</sup>

Para José Martins Catharino, o conceito de fonte encontra-se vinculado às causas e às maneiras pelas quais o direito se revela.<sup>108</sup>

Eduardo Garcia Maynez, com fundamento na norma superior como centro de poder, afirma que as fontes são processos que conduzem à criação de normas jurídicas de caráter genérico, “porque cada um deles está

<sup>102</sup> PIZZORUSSO, Alessandro. *Fonti del diritto*, p.14 *apud* RIVAS, Daniel. *Estudos sobre as fontes do direito do trabalho*. Grupo das Quartas-Feiras. Coordenador Américo Plá Rodriguez. São Paulo: Editora LTr, 1998. p. 234.

<sup>103</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: Ed. da UnB, 1999. p. 45.

<sup>104</sup> REALE, Miguel. *Lições preliminares do direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 140-141.

<sup>105</sup> DEL VECCHIO, Giorgio. *Direito, Estado e filosofia*. Rio de Janeiro: Politécnic, 1952. p. 101.

<sup>106</sup> REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1994/ 2010. p. 11.

<sup>107</sup> MAGANO, Octávio Bueno. *Manual do Direito do Trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 1991. p. 94, *apud* CUETO, FUENTES, Julio. *Del Derecho*. Abeledo-Perrot, 1961. p. 13.

<sup>108</sup> CATHARINO, José Martins. *Compêndio de Direito do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1981. p. 81. v. 1.

constituído por uma série de etapas por meio das quais os órgãos criadores do direito realizam as suposições condicionantes da produção de novas normas”.<sup>109</sup>

Denota-se que Miguel Reale, Evaristo de Moraes Filho e Eduardo Garcia Mayens conceituam as fontes com base na teoria de Kelsen, ao partirem da concepção de validade determinada por uma norma superior, escalonada, validando outras normas jurídicas.

### **CLASSIFICAÇÃO DAS FONTES AUTÔNOMAS E HETERÔNOMAS**

Ao expor a respeito de imperativos autônomos e heterônomos, Norberto Bobbio conceitua como “autônomos aqueles imperativos nos quais uma mesma pessoa é quem formula e quem executa a norma. Diz-se heterônomos aqueles nos quais quem formula a norma e quem a executa são pessoas diversas”. Portanto, a distinção está na identificação ou não de quem constitui e executa a norma.<sup>110</sup>

A validade objetiva das normas está em que, apesar de podermos criticá-las, tem-se a obrigatoriedade de se aderir a elas, independentemente da vontade, e segundo Miguel Reale, “essa validade objetiva e transpessoal das normas jurídicas, as quais se põem, por assim dizer, acima das pretensões dos

sujeitos de uma relação, superando-as na estrutura de um querer irreduzível ao querer dos destinatários, é o que se denomina heteronomia.

O autor afirma ter sido “Kant o primeiro pensador a trazer à luz essa nota diferenciadora, afirmando ser a Moral autônoma, e o Direito heterônimo”.

Há um distanciamento entre a norma heterônoma e o indivíduo, notadamente em face da imposição por terceiro do que deve ser cumprido pelo indivíduo. Contudo, na visão de Miguel Reale, o “Estado é constituído pela sociedade dos homens, de maneira que, em última análise, estamos nos governando a nós mesmos. É uma satisfação poder pensar que nós mesmos estamos nos governando e ditando regras a que devemos obedecer.”<sup>111</sup>

De acordo com a concepção de modelos de Miguel Reale, dentro das fontes autônomas têm-se os modelos jurídicos negociais e costumeiros, e nas fontes heterônomas têm-se os modelos legais e jurisdicionais.

Evaristo Moraes Filho, ao classificar as fontes do Direito do Trabalho como autônomas e heterônomas em substituição à classificação clássica de fonte material e formal, em razão da peculiaridade do Direito do Trabalho, define as fontes heterônomas como as resultantes do comando normativo do Estado, que “vem de fora da vontade das partes ou da parte principal,

<sup>109</sup> MAYNEZ, Eduardo Garcia. *Filosofia del derecho*. 2. ed. México: Porrúa, S. A., 1977. p. 188-189/191-192.

<sup>110</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. 4. ed. rev. São Paulo: Edipro, 2008. p. 89.

<sup>111</sup> REALE, Miguel. *Lições preliminares do direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 49.

seja o Estado, o tribunal do trabalho ou o próprio empregador”. Quanto às fontes autônomas, as partes interessadas que compõem, de forma “remota ou proximamente”, a norma a que se submeterão, organizando a própria vida econômica e profissional.<sup>112</sup>

O citado autor afirma que existem muitas possibilidades de classificação das fontes; no caso do Direito do Trabalho, podem ser classificadas de acordo com sua origem,

*uma vez que no Direito do Trabalho há a convivência entre aquelas oriundas do Estado e as elaboradas pelas partes, formando um complexo de normas jurídicas”. Nessa perspectiva divide as fontes em estatais, heterônomas, (Constituições, leis, decretos e sentenças normativas), fontes internacionais (tratados internacionais, as declarações de direitos e outras normas internacionais) e fontes negociais, autônomas, (contrato de trabalho, o regulamento de empresa, quando bilaterais e as convenções coletivas).<sup>113</sup>*

Adota-se no presente trabalho a classificação das fontes como autônomas e heterônomas, e dentro dessa classificação não serão considerados como fontes independentes os tratados e as convenções internacionais. Esses atos, depois de ratificados pelo Congresso Nacional, transformam-se em lei. Portanto, a lei

no sentido genérico compreende a legislação interna e internacional.

## **FONTES HETERÔNOMAS**

### **FONTES LEGAIS**

Fazem parte do modelo jurídico legal as seguintes fontes formais: a Constituição, as leis, os decretos, os regulamentos, os atos do Poder Executivo, próprias da atividade pública. A legislação, lato sensu, compreende as normas legais, as normas emanadas dos órgãos legislativos do Estado.

### **A LEI**

A elaboração das leis trabalhistas é concebida no sistema bicameral, na Câmara dos Deputados e no Senado Federal.

No entanto, no Brasil, o parágrafo único do art. 22 da Constituição autoriza o Estados a legislar a respeito de questões específicas relacionadas a Direito do Trabalho. A competência para legislar sobre Direito do Trabalho é privativa da União, contudo, com a prerrogativa desse artigo, a união pode delegar, por lei complementar, tal atribuição aos Estados-membros, em matérias específicas.

<sup>112</sup> MORAES FILHO, Evaristo. *Introdução ao Estudo de Direito do Trabalho*. 11. ed. São Paulo: Editora LTr, 2015. p. 161.

<sup>113</sup> MORAES FILHO, Evaristo. *Introdução ao Estudo de Direito do Trabalho*. 11. ed. São Paulo: Editora LTr, 2015. p. 162.

Amauri Mascaro leciona que a elaboração das leis pelo estado está submetida a regras de distribuição de competências do poder político, na dependência de cada Estado, e realça que a distribuição de competência para legislar, no âmbito trabalhista, é uma questão de direito interno, sendo dois “sistemas de competência legislativa para trabalho: a concentrada, na qual a competência para legislar é do poder central, caso em que a lei trabalhista é uma só e mesma para todo o país, e a descentralizada em unidades políticas menores, regionais ou provinciais, caso em que haverá uma legislação trabalhista para cada unidade”.<sup>114</sup>

Geancarlo Perone, ao analisar as fontes do Direito do Trabalho, infere que a lei está no centro de gravidade, mesmo não “representando a fonte típica do ordenamento ‘justrabalista’, por evidenciar-se por meio do contrato coletivo, desempenhou e desempenha a função de instrumento mais forte para a proteção compensatória da fraqueza contratual dos trabalhadores, função principal, esta, do próprio Direito do Trabalho.”<sup>115</sup>

Na opinião de Evaristo Moraes Filho, a lei, na atualidade, é fonte basilar do direito, como a Constituição, pode ser formal e material. Nela se reúnem, afinal de contas, “os dois elementos

da verdadeira norma jurídica, o material e o formal. É nesse sentido que se fala da lei como fonte do direito, e particularmente do Direito do Trabalho”.

Evaristo Moraes Filho discrimina as principais leis ordinárias, como fontes do Direito do Trabalho:

*Consolidação das Leis do Trabalho, promulgada em 1943; as leis extravagantes, não consolidadas (acidente do trabalho, aprendizagem industrial e comercial, repouso semanal remunerado, numerosas regulamentações profissionais, salário-família, fundo de Garantia do Tempo de Serviços, etc); Lei n. 8.212/1991, que dispõe sobre a organização da Seguridade Social e institui o Plano de Custeio; Lei n.8.213/1991, que dispõe sobre os planos de Benefício da Previdência Social; convenções internacionais ratificadas.*<sup>116</sup>

## O REGULAMENTO

Para Clèmerson Merlin Clève, o poder regulamentar consiste em atividade normativa secundária exercida pelo Poder Executivo. Segundo o autor, o mecanismo mais relevante por meio do qual a Administração Pública exerce a atividade normativa secundária<sup>117</sup>

<sup>114</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Teoria geral do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1998. p. 67.

<sup>115</sup> PERONE, Giancarlo. *Lineamenti di diritto del lavoro: evoluzione e partizione della materia, tipologie e fonti*. Giappichelli: Torino, 1999. p. 246.

<sup>116</sup> MORAES FILHO, Evaristo. *Introdução ao estudo de Direito do Trabalho*. 11. ed. São Paulo: Editora LTr, 2011. p. 163.

<sup>117</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 152. Segundo o autor, a atividade normativa secundária se expressa

consiste no poder regulamentar, conferido constitucionalmente ao Presidente da República. Entretanto, a atividade normativa secundária do Poder Executivo não se limita à edição de regulamentos. A Administração Pública, por meio de suas autoridades, edita uma série de outros atos normativos, como, por exemplo, as instruções, as circulares, os regimentos, as ordens de serviço e os estatutos.

O princípio da legalidade impõe a obrigatoriedade de lei para criar, extinguir ou modificar um direito, inexistindo, desta forma, a figura do regulamento autônomo em nosso ordenamento jurídico. Daí que em nosso sistema, de direito, a função do regulamento é muito modesta.

A Constituição Federal prevê a edição de regulamentos apenas e tão somente como garantia para a fiel execução da lei. Isso porque a lei deve estabelecer regras gerais, não podendo prever todas as situações que por ela serão abrangidas. Destarte, a lei não prevê os pormenores nem especifica sua forma de aplicação, tarefa esta deixada a encargo do regulamento. Daí a exigência de interferência do Executivo, ao criar normas sobre o modo pelo qual a lei deverá ser cumprida.

Evaristo Moraes Filho, com base em

---

nos "atos praticados com fundamento na lei e insuscetíveis de inovar, originariamente, a ordem jurídica: os regulamentos".

<sup>118</sup> MORAES FILHO, Evaristo. *Introdução ao Estudo de Direito do Trabalho*. 11. ed. São Paulo: Editora LTr, 2011. p. 163.

Ferrara, argumenta que o exercício do poder regulamentar é em sentido estrito, em consonância com a lei, "sem ampliá-las nem restringi-las, constituindo-se numa especialização e numa integração do poder de legislar".<sup>118</sup>

Os regulamentos, atos administrativos normativos, têm em comum com a lei o fato de emanarem normas, ou seja, atos gerais e abstratos. Segundo a lição de Hely Lopes Meirelles, atos administrativos normativos "são aqueles que contêm um comando geral do Executivo, visando à correta aplicação da lei. O objetivo imediato de tais atos é explicitar a norma legal a ser observada pela Administração e pelos administrados. Esses atos expressam em minúcia o mandamento abstrato da lei, e o fazem com a mesma normatividade da regra legislativa, embora sejam manifestações tipicamente administrativas".<sup>119</sup>

Como explica Geraldo Ataliba, "a lei tem cunho inaugural, inovador – e o regulamento é ato menor, inferior, de aplicação. É ato secundário e, pois, meramente administrativo".<sup>120</sup>

## FONTE JURISDICIONAL

<sup>119</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 170.

<sup>120</sup> ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 136.

Miguel Reale, ao atribuir à jurisprudência o exercício de jurisdição, afirma que pela “palavra “jurisprudência” (*stricto sensu*) devemos entender a forma de revelação do direito que se processa por meio do exercício da jurisdição, em virtude de uma sucessão harmônica de decisões dos tribunais”.<sup>121</sup>

Guilherme Feliciano conceitua jurisprudência como a estabilização judiciária do “pensamento jurídico acerca de determinadas matéria, aferida a partir da repetição interativa e constante das decisões dos tribunais judiciais em um determinado sentido”.<sup>122</sup>

Cabe aos juízes a aplicação do direito nos casos concretos, solucionando conflitos, oportunidade em que utilizam técnicas de interpretação, de hermenêuticas. Na experiência jurídica, usualmente, lidam com contrastes, interpretações conflitantes. Integram a hermenêutica na experiência jurídica de acordo com o sistema vigente.

Na atualidade a jurisprudência adquiriu uma posição permanente de proeminência, ultrapassando as demais fontes.

O sistema jurídico guarda em si a tendência à concreção, como uma destinação continuamente almejada e como ideal de plena realização de seus objetivos ligados à estabilidade das situações de fato.

A compatibilidade entre o abstrato e o

genérico, como o modo de atrair um maior número de situações, e o distanciamento que isto representa em relação à realidade é a contradição do direito, é o enigma que se oferece ao intérprete e ao aplicador.

Miguel Reale não se preocupa com o fato de a jurisdição criar direito ou não; em sua opinião, a “jurisdição é uma das forças determinantes da experiência jurídica”.

A relevância da jurisdição torna-se cada vez mais crescente, e para o citado autor, isto se dá “pela necessidade de ajustar as normas legais cada vez mais genéricas ou tipológicas, como modelos normativos abertos (*standards*) às peculiaridades das relações sociais”.<sup>123</sup>

Giancarlo Perone entende que a jurisprudência no Direito do Trabalho tem um papel de destaque, em comparação com os outros ramos, porque é na experiência jurídica que se dá realmente a configuração do Direito do Trabalho. A “jurisprudência como efetiva fonte do Direito do Trabalho é uma estrada aberta a partir das lacunas, das imprecisões e da contraditoriedade – ou pelo menos difícil harmonização – dos juízos de valor, que encontramos no direito legal. Lacunas que precisam ser preenchidas, imprecisão e contraditoriedade que devem ser resolvidas por

<sup>121</sup> REALE, Miguel. *Lições preliminares do direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 167.

<sup>122</sup> FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Curso crítico de Direito do Trabalho, teoria geral de*

*Direito do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 181.

<sup>123</sup> REALE, Miguel. *Lições preliminares do direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 167.

meio da interpretação jurisdicional”.<sup>124</sup>

No ordenamento da *common law* a jurisprudência é a essência do sistema, por se caracterizar como efetiva fonte formal, e os institutos juslaborais são criados a partir do enredo entre o direito legal e o direito jurisprudencial. Nos ordenamentos de matriz corporativa, também, a Magistratura do Trabalho funciona como fonte formal, por meio de sentenças em matéria de conflitos coletivos econômicos.<sup>125</sup>

A preocupação de elevar a jurisprudência e aproximá-la ao ideal de objetividade era um dos principais escopos de Hans Kelsen quando sinalizou claramente essas inquietações no prefácio do livro *Teoria pura do direito*, ao declarar em essência de forma ideal como ciência deve-se perfilhar pela objetividade e exatidão.<sup>126</sup>

Miguel Reale entende que a jurisprudência “é o momento regulativo ou normativo da experiência jurídica”. O autor aduz que a identificação do direito com a norma é uma tentativa de esvaziar a Jurisprudência de sua essencial normatividade.<sup>127</sup>

É na jurisprudência que se tem a aplicação concreta dos modelos jurídicos, quando na experiência jurídica plasman estruturas normativas, em constante cotejo entre

situações e os modelos descritos nos códigos, leis, em uma construção de modelos sociais.

Partindo desse pressuposto, a jurisprudência deveria encontrar-se na perspectiva dos modelos jurídicos ao aplicar as estruturas normativas, a fim de se tornar objetiva e próxima dos agentes sociais.

Ante essas premissas, pode-se afirmar ser necessário que a jurisprudência esteja intrinsecamente ligada à estruturação do sistema, como condição da cientificidade do pensamento jurídico, viabilizando a formação da unidade entre a pluralidade dos elementos que o compõem.

As decisões pautadas na conjugação dos elementos do sistema jurídico proporcionarão uma interdependência desses elementos, trazendo coesão às decisões, por estarem adstritas aos limites da unidade do sistema, na estrutura jurídica, com o seu correspondente modelo.

Deflui-se, portanto, que decisões que compreendem as fontes legais deveriam ser julgadas na perspectiva dos modelos legais, na ordem normativa. Nas decisões com base nas fontes consuetudinárias, o julgamento deveria estar nos limites dos modelos consuetudinárias, e o mesmo deveria acontecer com relação às fontes negociais, cujo julgamento deveria estar

<sup>124</sup> PERONE, Giancarlo. *Lienamenti di diritto del lavoro*. Evoluzione e partizione dela matéria tipologie lavorative. Torino: Giappichelli e Fonti, 1999. p. 278.

<sup>125</sup> *Idem*, loc. cit.

<sup>126</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998/1999. p. XI.

<sup>127</sup> REALE, Miguel. *O direito como experiência*. 2. ed. fac-similar. São Paulo: Saraiva, 1992/2010. p. 60.



adstrito ao modelo negocial, em sua perspectiva e como afirmado anteriormente, em interdependência com o ordenamento jurídico, no sistema jurídico.

Além do explanado nas decisões puramente jurisdicionais, no Direito do Trabalho destaca-se outra decisão jurisdicional de especial relevância, a qual é denominada sentença normativa, resultante da solução de conflitos no âmbito coletivo, a qual será delineada no item seguinte.

### SENTENÇA NORMATIVA

Faz parte da teoria das fontes do Direito do Trabalho a sentença normativa. A sentença normativa tem uma dimensão equivalente às normas coletivas.

Não obstante a sentença normativa guardar feição de lei, ela é eminentemente uma fonte formalmente jurisdicional.

Para Evaristo Moraes Filho, a sentença normativa é uma solução jurisdicional do conflito coletivo do trabalho, suscitada perante os tribunais. “O limite máximo de sua aplicação é a categoria devidamente representada pelo sindicato, dentro da respectiva base territorial”. Apesar de ser uma solução de conflitos de interesses coletivos pela via jurisdicional sob o ponto de vista formal, mas, “materialmente, participa do poder constitutivo da lei. Abstrata,

indeterminada, geral, serve de título jurídico válido para as reclamações concretas, individuais, dos interessados perante a Justiça do Trabalho (Art. 872, parágrafo único, da CLT)”.<sup>128</sup>

A sentença normativa tem eficácia limitada ao território de jurisdição do tribunal regional do trabalho. Como afirmado acima, materialmente a sentença normativa, como a lei, produz efeitos *erga omnes*, distinguindo-se dela pelo raio de ação de seus efeitos específicos, limitada que está a condições de temporariedade, campo individual e espaço territorial de sua aplicação. Do ponto de vista da imperatividade de suas normas, assemelha-se à lei pela inderrogabilidade de suas decisões. Os contratos individuais de trabalho não podem ajustar cláusulas menos favoráveis do que as previstas na sentença normativa.

Com o advento da Emenda Constitucional 45/2004, foi alterado o poder normativo da Justiça do Trabalho. Manteve-se o dissídio coletivo econômico, desde que “proposto de comum acordo entre as partes, mas do Judiciário trabalhista, o poder de criar normas e condições de trabalho, com o que desapareceram da sentença normativa algumas das suas características”. De acordo com Amauri Mascaro, a sentença normativa passou a ser chamada de “sentenças coletivas”.<sup>129</sup>

### FONTES AUTÔNOMAS

<sup>128</sup> MORAES FILHO, Evaristo. *Introdução ao Estudo de Direito do Trabalho*. 11. ed. São Paulo: Editora LTr, 2011. p. 163.

<sup>129</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 445.

## FONTES CONSUETUDINÁRIAS

Giorgio Del Vecchio, fundado na manifestação da vontade social preponderante, define costume, em sentido restrito, como “uma repetição constante, dentro de um grupo social, de certos comportamentos determinados; repetição acompanhada da convicção ou do sentimento da sua obrigatoriedade podendo esta ser coativamente exigida, em caso de transgressão, por outros sujeitos”.<sup>130</sup>

O mesmo autor afirma que o elemento material extrínseco, que compreende a repetição constante dos atos, não é o suficiente para se tornar um costume jurídico. Coloca o autor que a inclusão do atributo de obrigatoriedade não torna o costume jurídico; para que resulte em um costume jurídico faz-se necessária a coação, que a obrigatoriedade possa ser exigida, e ao final afirma que “é preciso que a repetição seja valorizada pela persuasão de o comportamento em questão seja obrigatório, de modo que os outros o possam exigir, e, portanto, não dependa do mero arbítrio subjetivo. Este elemento psicológico é o que os romanos denominam *opinio juris* ou *necessitatis*”.<sup>131</sup>

<sup>130</sup> DEL VECCHIO, Giorgio. *Direito, Estado e Filosofia*. Rio de Janeiro: Livr. e Ed. Politécnica, 1952. p. 102.

Norberto Bobbio pondera que uma norma consuetudinária passa a ser jurídica quando faz parte de um ordenamento jurídico, questionando quando exatamente ocorreria este pertencimento, esta inserção da norma consuetudinária no ordenamento jurídico:

*Essa transmutação pode ser assim expressa: enquanto, pela teoria tradicional, um ordenamento se compõe de normas jurídicas, na nova perspectiva normas jurídicas são aquelas que venham a fazer parte de um ordenamento jurídico. Em outros termos, não existem ordenamentos jurídicos porque há normas jurídicas, mas existem normas jurídicas há um ordenamento jurídico distinto dos ordenamentos não-jurídicos. O termo “direito”, na mais comum acepção de Direito objetivo, indica um tipo de sistema normativo, não um tipo de norma.*<sup>132</sup>

O autor supra assevera que o fundamento da validade das normas consuetudinárias estaria assim situado no poder do juiz ao acolher tais práticas reiteradas na solução das lides, e transcreve o conceito de Austin:

*Na sua origem, o costume é uma regra de conduta observada espontaneamente e não em execução a uma lei posta por um político superior. O costume é transformado em direito*

<sup>131</sup> Idem. *Lições de filosofia do direito*. Coimbra: Sucessor, 5ª edição, 1979, p. 405.

<sup>132</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: Ed. da UnB, 1999. p. 30.

*positivo quando é adotado como tal pelos Tribunais de Justiça e quando as decisões judiciais formadas com base nele são feitas valer com a força do poder do Estado. Antes de ser adotado pelos tribunais e receber uma sanção legal, o costume é apenas uma regra da moralidade positiva, uma regra geralmente observada pelos cidadãos ou súditos, mas derivando sua força, que se pode dizer que possui, da reprovação geral que recai sobre aqueles que a transgridem.*<sup>133</sup>

Norberto Bobbio enfoca o direito consuetudinário sob a coincidência entre validade e eficácia, por entender que não se pode imaginar uma norma consuetudinária que seja válida, mas não seja eficaz, porque a ausência da eficácia resultaria, simultaneamente, na ausência da repetição constante, uniforme, geral. Mas de forma paradoxal, o autor leciona que essa afirmação não é de todo exata. Por entender não ser o bastante que a validade venha conjuntamente com a eficácia, para ele não basta que o comportamento, constante, uniforme, seja seguido, porque o relevante é que o conteúdo do costume receba uma forma jurídica, por afirmar que:

*É necessário, precisamente, que o que se chama “validade”, ou seja, aquele comportamento constante que constitui o conteúdo do costume, receba uma forma jurídica, ou venha a*

*ser acolhido em determinado sistema jurídico, como comportamento obrigatório, isto é, cuja violação implica em sanção. Essa forma jurídica é atribuída ao direito consuetudinário pela lei, quando o invoca, ou pelo juiz quando ele traz como matéria de sua decisão um costume, ou pela vontade concorde das partes. Os juristas dizem que para formação de um costume jurídico se dá, além da repetição, também o requisito interno ou psicológico da *opinio iuris*, isto é, a convicção que o comportamento é obrigatório, é necessário que ele seja qualificado como obrigatório por qualquer norma válida do sistema e isto implica, em última análise, que a norma que o regula não seja apenas eficaz, mas também, naquele sistema, válida.*

Guilherme Feliciano conceitua o costume como “(...) a norma jurídica não escrita que estabelece como o uso (prática reiterada no tempo de certos atos ou omissões, idênticos ou semelhantes, associados a certa *facti specie*), o seu elemento material-objetivo, e com a *opinio iuris vel necessitatis* (convicção de uma coletividade quanto à obrigatoria observância do uso), o seu elemento psicológico-subjetivo”.

Deflui-se daí a diferença entre uso e costumes: “nesses últimos há o elemento psicológico-subjetivo (*opinio necessitatis*), enquanto no primeiro há apenas o elemento

<sup>133</sup> Idem. *O positivismo jurídico, lições de filosofia do direito*. Compiladas por Nello Morra. Tradução e

notas Márcio Pugliesi, Edison Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

material-objetivo (a repetição coletiva de atos ou omissões), sem um sentido generalizado de necessidade”.<sup>134</sup>

François Geny define costume como “o uso existente em grupo social, que expressa um sentimento jurídico dos indivíduos que compõem esse grupo”.<sup>135</sup>

O costume foi definido por Du Pasquier como “uso implantado em uma coletividade e por ela considerado como juridicamente obrigatório”.<sup>136</sup>

Garcia Maynez, com base nos doutrinadores François Geny e Du Pasquier, conclui que o direito consuetudinário possui duas características:

1ª) é integrado por um conjunto de regras sociais derivadas de um uso mais ou menos amplo (elemento objetivo);

2ª) essas regras tornam-se direito positivo quando os indivíduos que as praticam lhes reconhecem a obrigatoriedade, como se se tratasse de uma lei (elemento subjetivo);

Amauri Mascara esclarece que o surgimento do costume não está fundado em lei e tampouco em procedimento, “ele se cria”, não se igualando com a prática que se realiza de forma espontânea objetiva e reiterada de um

ato. “O costume é o reconhecimento jurídico dessa prática. É a prática quando adquire caráter de norma jurídica. O costume é uma norma, e a prática é um fato”. Quanto ao uso, o autor afirma que há usos que não se tornam obrigatórios, não se revestindo de característica jurídica. O uso, como o costume, na prática pode produzir efeitos jurídicos. Contudo, realça o autor que uso não possui “a mesma generalidade do costume. Mas tanto os usos como os costumes pressupõem a *opinio necessitatis*, que é a convicção social de sua existência e necessidade, e a continuidade da prática”.<sup>137</sup>

Em suma, o costume diferencia-se do uso notadamente porque falta a este o elemento subjetivo (*opinio juris*).

Octávio Bueno Magano entende costume como “regra de conduta criada espontaneamente pela consciência comum do povo, que a observa por modo constante e uniforme e sob a convicção de corresponder a uma necessidade jurídica. Comporta três modalidades: *secundum legem*, *praeter legem* e *contra legem* o que se atrita com disposição

<sup>134</sup> FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Curso crítico de Direito do Trabalho, teoria geral de Direito do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 178.

<sup>135</sup> FRANÇOIS GENY *apud* GARCIA MAYNEZ, Eduardo. *Introducción al estudio del derecho*. 63. ed. México: Porrúa, 2011. p. 61.

<sup>136</sup> DU PASQUIER *apud* GARCIA MAYNEZ, Eduardo. *Introducción al estudio del derecho*. 63. ed. México: Porrúa, 2011. p. 61.

<sup>137</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Teoria geral do direito do trabalho*. São Paulo: Ltr, 1998. p. 166-167.

legal e por isso mesmo não pode prevalecer”.<sup>138</sup>

Os costumes *secundum legem* agem em complementaridade à lei trabalhista, complementando-a, na concessão de adicionais salariais em valores superiores aos previstos pelas leis, pagamento de adicional de horas extraordinárias em valores superiores aos definidos em lei, acolhendo-se o princípio da norma mais favorável.

Cite-se como exemplo de costume *secundum legem* o artigo 5º da Lei n. 5.889/1973, “quando regula os intervalos para repouso ou alimentação”, observados os usos e costumes da região, não se computando este intervalo na duração do trabalho.<sup>139</sup>

A atuação do costume *praeter legem*, no vazio da lei, tem como escopo a atuação em matéria não prevista em lei. A título de exemplo citam-se o pagamento de adicional por tempo de serviço e a licença prêmio. Em síntese, atua na concessão de direitos que a lei não dispôs.

O costume *contra legem* resulta na atuação contrária a lei, o que é vedado pelo nosso ordenamento jurídico trabalhista. O entendimento do costume *contra legem* restringe-se a benefícios inferiores à lei ou de

forma ilícita e contra a moral e os bons costumes.

Há uma confusão entre costume e obrigação tácita, em razão de serem considerados fontes normativas ou obrigações recíprocas. Como exemplo disso tem-se o costume da empresa adiantar salário todo mês, que alguns podem considerar costume ou obrigação contratual tácita. No entanto, a diferença está na amplitude. A obrigação tácita surge no contrato individual do trabalho. O costume requer a certeza no âmbito geral da sua existência.<sup>140</sup>

Evaristo de Moraes Filho declara que a Consolidação das Leis do Trabalho faz referência ao costume como “fonte informadora da relação de trabalho em alguns dispositivos, aqui sumariamente enumerados: arts. 8º, 458 e 460, inclusive no sentido de usos do negócio, que Mossa chama de “ordem do exercício”, e Barassi, de “usos interpretativos”, isto é, a prática das empresas.<sup>141</sup>

Os usos e costumes trabalhistas podem surgir na empresa, no contrato individual do trabalho, nas categorias econômicas. Exemplos de produção de direito consuetudinário na empresa é o fato dela instituir sindicância administrativa antes de aplicar a justa causa,

<sup>138</sup> MAGANO, Octávio Bueno. *Manual do Direito do Trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 1991. p. 94. apud Cabanellas, p. 98.

<sup>139</sup> MORAES FILHO, Evaristo. *Introdução ao Estudo de Direito do Trabalho*. 11. ed. São Paulo: Editora LTr, 2011. p. 165.

<sup>140</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Teoria geral do direito do trabalho*. São Paulo: Ltr, 1998. P. 167. *Direito do Trabalho*.

<sup>141</sup> MORAES FILHO, Evaristo. *Direito do Trabalho*. *Loc. cit.*

resultando na obrigação do cumprimento dessa etapa para todos os empregados que venham a ser dispensados por justa causa. No que concerne ao contrato de trabalho, tem-se o pagamento de gratificação, habitual. No âmbito das categorias econômicas, há a prática do pagamento de gorjeta.

Não se pode olvidar da importância dos costumes no Direito do Trabalho; em muitas ocasiões, essa foi a fonte que a posteriori resultou em vários preceitos legais; a título de exemplo, têm-se: aviso-prévio, justo motivo para dispensa, descanso, férias, o décimo terceiro salário, etc.<sup>142</sup> O regulamento de empresa também se originou das fontes consuetudinárias, segundo Amauri Mascaro.<sup>143</sup>

## FONTES NEGOCIAIS

É, sobretudo, na fonte negocial, em especial pelas normas coletivas – acordo e convenção coletiva do trabalho – que se encontram latentes o termômetro das necessidades de transformação, nelas transparecem os agentes sociais e seus conflitos.

Se há uma fonte do Direito do Trabalho com característica do plurinormativismo do direito é a fonte negocial, por meio das normas coletivas, que compreendem as convenções e acordos coletivos.

As fontes negociais no Direito do Trabalho têm como base autonomia coletiva que se exterioriza na manifestação da vontade no sentido da edição de uma norma de conduta destinada a disciplinar as relações dos sujeitos-polos da relação de emprego, com conotação jurídica em um âmbito predefinido de eficácia e da validade.

De acordo com Giorgio Del Vecchio, a vontade privada deve conformar-se com a norma estatal. Em verdade, o negócio privado já existe, mas é o Estado que lhe atribui efetividade e positividade.<sup>144</sup>

O referido autor explica que a atribuição do Estado por meio de um processo de “concentração e de subordinação das energias divergentes não se realiza mecanicamente, mas só com esforço do espírito, e muitas vezes até não sem grande sacrifício”.

Inicialmente autônomas, as organizações são atraídas pela órbita Estatal, e para Giorgio Del Vecchio, o “Estado instaura a sua soberania sobre as várias organizações. Estas recebem então o seu cunho e tornam-se seu instrumento no exercício das faculdades

<sup>142</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Introdução ao Estudo de Direito do Trabalho*. 11. ed. São Paulo: Editora LTr, 2011. p. 165.

<sup>143</sup> Idem, *op. cit.*, p. 171.

<sup>144</sup> VECCHIO, Giorgio del. *Lições de filosofia do direito*. Trad. Antônio José Brandão. Coimbra: Armênio Amado, 1979. p. 76.

normativas que lhes são reconhecidas ou atribuídas”.<sup>145</sup>

No Direito do Trabalho a fonte intrinsecamente negocial é a norma coletiva, que compreende a convenção coletiva e o acordo coletivo. Porém, também, enquadram-se como fonte negocial o contrato individual do trabalho e o regulamento de empresa, com algumas peculiaridades a serem explanadas ulteriormente.

### **NORMAS COLETIVAS – CONVENÇÃO E ACORDO COLETIVO**

No sistema brasileiro há dois instrumentos essencialmente coletivos que fazem parte das normas coletivas; um é a convenção (artigo 611, da CLT) e outro é o acordo coletivo (artigo 611, § 1º, da CLT). As principais distinções entre ambos são a abrangência em termos espaciais, a distinção das partes e a extensão da matéria. Quanto à abrangência espacial, a convenção coletiva tem abrangência mais ampla, no âmbito da categoria, *erga omnes*, e no acordo é menos ampla, restringe-se aos trabalhadores no âmbito de uma ou mais empresas. Quanto às partes, no acordo coletivo a negociação ocorre entre uma ou mais empresas e o sindicato da categoria. Na convenção coletiva, a negociação é entre

sindicatos, empregados e empresas. Quanto à extensão da matéria, na convenção coletiva é mais abrangente, generalista por envolver toda a categoria, e no acordo é menos abrangente, no âmbito da empresa, porém mais específica, setorista, pormenorizada, tem o atributo da especialidade no campo de uma determinada empresa.

### **CONCEITO**

Carlos Moreira de Lucca, acolhendo a concepção normativa de contratos, define as normas coletivas “como um negócio jurídico formal por meio do qual sindicatos ou outros sujeitos devidamente legitimados compõem conflitos de interesses e de direitos entre grupos profissionais que compreendam empregados e empregadores.”<sup>146</sup>

Evaristo Moraes Filho entende que a convenção é a fonte relevante do Direito do Trabalho ao fundamento de compor os interesses das partes sem a intervenção de terceiros, da lei, do poder legislativo, dos tribunais, e alega que para demonstrar o seu caráter normativo, “Basta citar-se aqui o dispositivo no artigo 611 da CLT: Convenção coletiva de trabalho é o 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

<sup>145</sup> VECCHIO, Giorgio del. *Lições de filosofia do direito*. Trad. Antônio José Brandão. Coimbra: Armênio Amado, 1979. p. 88-89.

<sup>146</sup> LUCCA, Carlos Moreira de. *Convenção Coletiva do Trabalho – um estudo comparativo*. São Paulo: Ltr, 1991. p. 134.

representações, às relações individuais de trabalho”.<sup>147</sup>

Giancarlo Perone, com base na autonomia coletiva e aos sujeitos, designa que:

*O contrato coletivo é ato de autonomia privada, enquanto um ato análogo concluído, em um diverso regime sindical, por sujeitos de direito público, assim como ocorria nos ordenamentos corporativos, é apenas na aparência um contrato, mas na substância apresenta a natureza de um ato público. Trata-se de uma espécie de lei ou de regulamento, cuja emanção o Estado descentraliza, na forma contratual, aos sujeitos, públicos, que lhe oferecem requisitos seguros de conformidade aos seus próprios desígnios de controle da realidade social.*<sup>148</sup>

Fazendo menção à função normativa do contrato coletivo, o autor em referência informa que em essência a função do contrato coletivo de trabalho é de solucionar o conflito coletivo do trabalho, enunciando as regras que uniformizarão os contratos individuais do trabalho.<sup>149</sup>

Por meio da universalização das relações trabalhistas, Giancarlo Perone também destaca o contrato coletivo:

*O contrato coletivo se revela como um meio de realização de interesses coletivos: e precisamente do interesse do grupo de trabalhadores, que tende*

*a um mesmo bem adequado à satisfação de uma necessidade comum, isso é, à fixação de uma disciplina coletiva à qual todos eles estão vinculados. Vem, assim, impedido o esmagamento da negociação, entre eles e o empregador, em tantos episódios singulares e separados, nos quais sem remédio restaria a inferioridade substancial dos trabalhadores, obrigados, a partir da alternativa de aceitar ou recusar as condições oferecidas pela contraparte preponderante, a aceitar condições insatisfatórias, se não de mera sobrevivência.*<sup>150</sup>

Vallebona inclui os contratos coletivos como atos do direito privado, que para ele não criam fonte de direito objetivo, “Porém, contêm sempre uma regulamentação muito articulada, que constitui um componente fundamental da disciplina das relações que fazem parte do relativo âmbito de aplicação, cujo número é muito alto pelos acordos interconfederais e pelos contratos nacionais das maiores categorias.”<sup>151</sup>

## NATUREZA JURÍDICA

A doutrina diverge nesse ponto, alguns entendem ser contratual e outras regulamentar a natureza jurídica da convenção coletiva.

Para Amauri Mascaro, não é importante se convenção coletiva tem ou não natureza

<sup>147</sup> MORAES FILHO, Evaristo. *Introdução ao Estudo de Direito do Trabalho*. 11. ed. São Paulo: Editora LTr, 2011. p. 164.

<sup>148</sup> PERONE, Giancarlo. *Sindicatos na União Europeia e no Brasil, estímulos para uma reflexão comparativa*. São Paulo: LTr, 2015. p. 96.

<sup>149</sup> *Idem*, p. 93.

<sup>150</sup> *Ibidem*, loc. cit.

<sup>151</sup> VALLEBONA, Antônio. *Breviario di diritto del lavoro*. Giappichelli: Torino, 2012. p. 22.



contratual ou regulamentar, o relevante para ele é o fato de ser uma norma, que produz direito:

*Nossa opinião é que, independentemente da natureza contratual ou regulamentar, a convenção coletiva é uma norma, desde que se dissocie o conceito de norma do conceito de lei ou ato estatal. Na teoria jurídica moderna, norma não é unicamente, um ato estatal. Há normas privadas. O contrato é, também, norma. Norma individualizada, como ensina Kelsen. De outro lado, o pluralismo demonstra que há produção do direito positivo não estatal, do qual as convenções coletivas são uma forma.*<sup>152</sup>

O ponto de partida para uma visão mais moderna na definição da natureza jurídica da convenção coletiva aparece com Leon Duguit. Impressiona ver transformação do direito público e privado, a compreensão da delicadeza das questões que envolviam a convenção coletiva e, acima de tudo, a impossibilidade de defini-la a partir de critérios extraídos dos sistemas tradicionais, mais especialmente do direito civil.<sup>153</sup>

O autor a entende como uma categoria jurídica absolutamente nova e “por completo

fora dos quadros tradicionais do direito civil” e a situa como um convênio-lei que

*regula as relações de suas classes sociais. Não é um contrato que produza obrigações especiais, concretas e temporais entre dois sujeitos de direito. É uma lei que estabelece relações permanentes e duradouras entre dois grupos sociais, o regime legal segundo o qual deverão pactuar-se os contratos individuais entre os membros desses grupos. Destarte, na opinião de Duguit é o verdadeiro ponto de vista. Essa é a forma como se poderá resolver a dificuldade e construir a teoria jurídica do contrato coletivo.*<sup>154</sup>

Como desdobramento dessa, outras teorias vieram. Entre elas a conhecida afirmação de Carnelutti, segundo o qual a convenção coletiva teria corpo de contrato e alma de lei.<sup>155</sup>

Lyon-Caen, Pelissier e Supliot concluem que a natureza jurídica, remontando às anteriores ideias, é de um acordo criador de normas (de regras) e que ela é a principal fonte da ordem jurídica sócio-profissional, distinta da estatal<sup>156</sup>.

A consequência imediata, porém, está na presença do fator coativo (coercitivo). Este se encontra na raiz da elaboração de uma regra, como jurídica, razão pela qual a convenção

<sup>152</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de Direito Sindical*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 457.

<sup>153</sup> DUGUIT, Leon. *Las transformaciones del derecho público y privado*. Trad. Adolfo G. Posada y Ramón Jaén. Buenos Aires: Heliasta, 1975. p. 229-30. CUEVA, Mario de La. *Derecho mexicano del trabajo*. 2. ed. Mexico: Porrúa, 1959. p. 545. v. 2.

<sup>154</sup> DUGUIT, Leon, *op. cit.*, p. 231.

<sup>155</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Teoria del regolamento collettivo dei rapporti di lavoro*. 7. Migliaio. Padova: CEDAM, 1936. p. 117. “... há il corpo del contratto e l'anima della legge; attraverso il soggetto, e si sprigiona un movimento, che va oltre il rapporto giuridico tra le parti lavoro.”

<sup>156</sup> LYON-CAEN, Gérard; PELISSIER, Jean; SUPLIOT, Alain. *Droit du travail*. 17. ed. Paris: Dalloz, 1994. p. 686.

coletiva, na acepção de Kahn-Freund, apenas aparentemente não é uma obrigação jurídica, porque, no fundo (e formalmente também) acaba sendo-o.

No entanto, na observância do destinatário da sanção poder-se-á compreender o sentido da definição da presença das cláusulas normativas e de cláusulas obrigacionais.<sup>157</sup>

A distinção está em que as cláusulas obrigacionais preveem sanções aplicáveis aos sindicatos – como partes contratantes, em seu sentido típico – e as cláusulas normativas preveem sanções aplicáveis aos destinatários da norma coletiva – empregados e empregadores.

As consequências do descumprimento da norma coletiva podem vir da legislação ordinária ou dela própria. Enquanto a violação das cláusulas obrigacionais atinge a relação havida entre as partes contratantes – geralmente entre os dois sindicatos –, a violação das cláusulas normativas comumente induz à violação do contrato individual a que elas aderem, pelo que pode ser pedido o cumprimento da obrigação ou, inviabilizando este, por qualquer motivo, a reparação do dano, com o pagamento da indenização correspondente<sup>158</sup>. Os princípios em que se baseia a cláusula *exceptio inadimpleti contractus* também atuam eficientemente no que tange à convenção coletiva.<sup>159</sup>

Toda essa discussão doutrinária quanto à natureza jurídica das normas coletivas torna-se

infrutífera se o ordenamento jurídico brasileiro a reconhece como normativa, a teor do artigo 611 da CLT.

## CONTRATO INDIVIDUAL DO TRABALHO

A primeira questão a ser enfrentada quanto a esse tema é superar a discussão doutrinária se o contrato de trabalho é fonte do direito ou não. Superada essa questão, surge outra, não menos importante: o contrato de trabalho é fonte autônoma ou heterônoma?

Para Juan Raso Delgue, a complexidade desse estatuto está na coexistência de normas de fontes diversas e de hierarquia. São três as fontes que o alimentam e regulam:

*a lei (norma heterônoma por excelência), a convenção coletiva (norma autônoma que tem origem numa vontade privada coletiva) e o contrato individual de trabalho (no qual se expressa a vontade de negociar do empregador e do trabalhador, estando a vontade deste último muitas vezes reduzida à simples aceitação da renda numa relação comandada pela vontade do empregador nos limites impostos pela normativa aplicável).*<sup>160</sup>

Otávio Pinto e Silva afirma que a discussão do contrato de trabalho ser fonte é em razão da “grande generalidade dos casos, o

<sup>157</sup> KROTOSCHIN, Ernesto. *Instituições de derecho del trabajo*. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1968. p. 273-4.

<sup>158</sup> KROTOSCHIN, Ernesto. *Instituições de derecho del trabajo*. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1968. p. 350-1.

<sup>159</sup> *Ibidem*, p. 357.

<sup>160</sup> CASTILHO, Santiago Perez Del. *Estudios sobre as fontes do Direito do Trabalho*. Grupo das Quartas-Feiras. Coordenador Américo Plá Rodríguez. São Paulo: Editora LTr, 1998, *Direito do Trabalho*, p. 153-154.

trabalhador simplesmente adere às condições de trabalho impostas pelo empregador, inexistindo então uma atividade negocial capaz de gerar normas jurídicas”.

Para o autor em referência, o debate cinge-se “justamente no fato de que as cláusulas do contrato individual de trabalho não possuem as características de generalidade e da abstração: para quem entende que tais características são requisitos da norma jurídica, o contrato não é fonte do Direito”.<sup>161</sup>

Guilherme Feliciano insurge com o argumento de o contrato de trabalho não ser fonte de direito por lhe faltar “generalidade e abstração”.<sup>162</sup>

O autor citado, com fulcro no artigo 8º da CLT, sustenta que a ausência de generalidade resulta de serem os atos negociais “regidos pelo princípio da intranscendência ou relatividade, de modo que os seus efeitos não se estendem *ipso iure* a terceiros quaisquer”. Partindo dessa premissa, infere que o contrato de trabalho não resulta em norma jurídica, apenas em obrigações. Traz também à luz o fato de os contratos fazerem lei entre as partes ser um dogma conceitual.

Otávio Pinto e Silva, perfilhando a posição de o contrato de trabalho ser fonte de direito, pondera que as características de

generalidade e abstração não são essenciais à norma jurídica e cita como exemplo a convenção condominial.<sup>163</sup>

A questão essencial está na característica da norma jurídica no ordenamento jurídico produzir efeito *erga omnes*, para que seja considerada ou não fonte de direito, sob o prisma dos doutrinadores que se identificam com a posição da necessidade de generalidade e abstração para ser considerada fonte de direito.

Miguel Reale definiu as seguintes premissas para a existência de uma fonte: 1 – ligação da fonte às estruturas normativas; 2 – essas estruturas deverão ser dotadas de poder para decidir sobre o conteúdo da fonte; 3 – a manifestação da vontade da autoridade no ordenamento jurídico que compõe a fonte; 4 – essa vontade pode ser *erga omnes*, nas fontes legais e consuetudinária, e *inter partes*, nas fontes jurisdicional e negocial.

Miguel Reale entende que os fatos, para serem considerados fontes, têm de ser reconhecidos pelo sistema jurídico de que fazem parte.

Não se pode desconsiderar que o conceito de fonte equivale ao conceito de norma, posto que certos fatos serão considerados normas em razão da escolha de cada ordenamento.

<sup>161</sup> SILVA, Otávio Pinto. *A Contratação coletiva como fonte do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1998. p. 36.

<sup>162</sup> FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Curso crítico de Direito do Trabalho, teoria geral de*

*Direito do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 160.

<sup>163</sup> SILVA, Otávio Pinto, *op. cit.*, p. 37.

Giorgio Del Vecchio leciona que a característica da generalidade da norma não é, a rigor, essencial. “De fato, pode muito bem conceber-se uma norma jurídica estabelecida para uma dada relação individualmente determinada”.<sup>164</sup> Nesse caso, compreenderia a norma individualizada como apregoado por Adolph Merkl, Hans Kelsen e Eduardo Garcia Mayenez.<sup>165</sup>

Ante as considerações dos doutrinadores acima, deflui-se que o contrato de trabalho, por criar normas, ser reconhecido no ordenamento jurídico, fazer parte da estrutura normativa e criar obrigações de forma coativa, é uma fonte do Direito do Trabalho.

Os autores que consideram o contrato de trabalho como fonte, além de Otávio Pinto e Silva, supramencionado, são: Adolph Merkl, Hans Kelsen, Miguel Reale, Eduardo Garcia Mayenez, Giorgio Del Vecchio, Octávio Bueno Magano, Amauri Mascaro Nascimento, Ronaldo Lima dos Santos, Luigi Ferri, Orlando Gomes, etc.<sup>166</sup>

Ao enfrentar a segunda questão – ser o contrato fonte autônoma ou heterônoma – pode-se dizer que apesar de o contrato de trabalho ser regido por fontes heterônomas, isso não implica

dizer que ele perdeu a sua essencial tipologia contratual, negocial. A regulamentação heterônoma da relação de trabalho visa à proteção do trabalhador, e por isso caracteriza sua imperatividade e inderrogabilidade.

No entanto, no caso do contrato de trabalho, fica em aberto a possibilidade de as partes concorrerem para a regulação da relação dentro dos limites impostos à autonomia privada individual, prevalecendo, portanto, a sua característica autônoma.

## REGULAMENTO DE EMPRESA

O regulamento de empresa teve origem consuetudinária, no interior das Fábricas, “tendo como âmbito de validez o ordenamento concreto da empresa”.<sup>167</sup> Atualmente, “não é menor a sua expressão, constituindo-se em forma de direito admitida na França, Itália, Alemanha, Espanha, Bélgica e outros países”.<sup>168</sup>

Para Amauri Mascaro Nascimento, não é importante o fato de o regulamento ser unilateral ou bilateral, sendo na primeira hipótese sem a participação do trabalhador e na segunda com a participação do trabalhador. “O regulamento de empresa é uma forma de direito

<sup>164</sup> VECCHIO, Giorgio Del. *Lições de filosofia do direito*. 4ª edição corrigida e atualizada da 10ª edição Italiana. Trad. Antônio José Brandão. Coimbra: Armênio Amado, 1972. p. 103, vol. II.

<sup>165</sup> GARCIA MAYNEZ, Eduardo. *Introducción al estudio del derecho*. 63. ed. México: Porrúa, 2011, p. 82-84.

<sup>166</sup> Importante consultar a respeito de as disposições contratuais serem uma fonte de direito no autor

MAGANO, Octávio Bueno. *Manual do Direito do Trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 1991, p. 106-109.

<sup>167</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Teoria Geral do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2009. p. 171.

<sup>168</sup> *Idem*. *Direito contemporâneo do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 314.

caracterizada pelo âmbito de validade, que é ordenamento concreto da empresa”. Consiste num conjunto sistemático de normas sobre condições gerais de trabalho, prevendo diversas situações a que os interessados se submeterão na solução dos casos futuros.<sup>169</sup>

Há na doutrina uma perspectiva de reconhecer os regulamentos bilaterais, em razão da participação do trabalhador, o que o torna um instituto democrático e elaborado pelas partes, autônomo, na sua plenitude. Partilham dessa opinião Evaristo de Moraes Filho, Ronaldo Lima dos Santos, Alice Monteiro de Barros, etc.

Segundo Giancarlo Perone, os usos empresariais têm grande importância “justralhista”, por exercer função normativa, gerar direitos e obrigações recíprocas entre as partes, empregador e trabalhadores, sendo formados por elementos análogos com aqueles usos normativos. A distinção dos usos empresariais em relação aos usos normativos está no perfil funcional dos usos empresariais, qualificados por referências negociais.<sup>170</sup>

Em consonância com o autor, designam-se usos empresariais as “práxis seguidas pelo empregador – ainda que não sejam impostas pela lei, nem pelo contrato coletivo, nem por expressos acordos individuais – e consideradas idóneas para atribuir, em razão da observância constante e pacífica, direitos aos

trabalhadores que de tais práxis se beneficiem”.

O elemento essencial para se compor o uso empresarial é a espontaneidade da conduta empresarial e a atribuição de uma vantagem a todos os trabalhadores. Importa notar a necessidade de “que possuam os mesmos requisitos e a repetição para um considerável espaço de tempo dessa conduta”.<sup>171</sup>

A concessão do benefício pelo empregador não está condicionada à lei e tampouco aos contratos coletivos. Contudo, toda vontade expressa nas práxis empresariais está totalmente ligada ao contrato de trabalho individual, tanto no direito brasileiro como na Itália.

O autor destaca que, em relação ao contrato de trabalho, o uso empresarial irá integrar o seu conteúdo nas cláusulas do contrato de trabalho:

*Os usos empresariais inserem-se automaticamente no conteúdo do contrato, tornando-se parte integrante dele e tornando-se com natureza de preceito negocial como as cláusulas pactuadas expressamente, independentemente de qualquer tácita referência e do mesmo conhecimento por parte dos signatários. A práxis empresarial leva repetidas e idênticas modificações ao conteúdo do contrato de trabalho, no sentido de que introduz nele, como cláusulas de uso, novos preceitos que se tornaram típicos do contexto em que as partes*

<sup>169</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Direito contemporâneo do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 314.

<sup>170</sup> PERONE, Giancarlo. *Sindicatos na União Europeia e no Brasil, estímulos para uma reflexão comparativa*. São Paulo: LTr, 2015. p. 252.

<sup>171</sup> *Idem, loc. cit.*

*contratuais operam.*<sup>172</sup>

A integração do uso independe da anuência das partes, “a cláusula torna-se elemento pré-constituído do conteúdo do contrato de trabalho, exceto no caso em que as partes excluam a inserção no contrato”. A habitualidade é o elemento instituição da inserção no contrato de trabalho do que “afaste-se da vontade das partes contratuais e impõe-se a tal vontade, permanecendo os indivíduos vinculados a tais práticas mesmo que eles ignorem a existência destas”.<sup>173</sup>

Importa notar que a cláusula de uso deve “existir no momento da conclusão do contrato de trabalho, caso contrário não poderia se cumprir a vontade das partes dirigida a excluir a inserção. Os usos empresariais são, portanto, eficazes apenas para os trabalhadores em relação aos quais foi mantida a conduta do empregador, e não para os novos admitidos.”<sup>174</sup>

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito constitui fenômeno de larga expressão sociológica, refletindo a realidade do tempo com injunções políticas e econômicas, o que torna a abordagem histórica da evolução dos conceitos, sob o ponto de vista doutrinário-científico, especialmente pertinente à

compreensão do fenômeno em interdependência, no qual as fontes se inserem.

Essa especificidade não resulta apenas da existência da autonomia negocial coletiva e dos produtos desta, as convenções coletivas, ainda que a presença da convenção coletiva seja, de fato, um dos traços mais idiossincráticos deste direito.

Essencialmente, toda fonte de direito implica uma estrutura normativa de poder, que é a nomogênese jurídica. A sua ocorrência é basicamente resultante da intervenção de um centro de poder, o qual, na experiência jurídica, leva em consideração os fatos e valores, de forma dialética, na escolha objetiva de uma saída normativa. O poder de legislar, originando as novas situações jurídicas válidas, considerando a legitimidade quanto a vigência e eficácia, resulta em uma série de atos que formam a nomogênese legal – o processo legislativo.<sup>175</sup>

As fontes negociais, autônomas, fazem parte da esfera do Estado, contribuindo em um centro comum de irradiação da vontade social. Entre o Estado e as forças autônomas, no qual há uma força centrípeta e uma centrífuga, que agrega e desagrega. Essa irradiação guarda afinidade por meio das forças sociais com o Estado.

<sup>172</sup> PERONE, Giancarlo. *Sindicatos na União Europeia e no Brasil, estímulos para uma reflexão comparativa*. São Paulo: LTr, 2015. p. 253.

<sup>173</sup> *Idem, loc. cit.*

<sup>174</sup> *Idem, op. cit.*, p. 254.

<sup>175</sup> REALE, Miguel. *Lições preliminares do direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 141.

Para se compreender toda a gama de situações em que as fontes encontram-se, em interdependência, o intérprete deverá acolhê-las em seus respectivos modelos.

Os modelos equivalem à junção de fatos e valores na experiência jurídica, representando uma saída temporária ou duradoura, da análise dialética dessa junção, fatos e valores, cujo escopo é a interferência do poder.<sup>176</sup>

A interpretação das fontes por meio dos modelos é de natureza teleológica, mas intimamente ligada à experiência concreta.<sup>177</sup> Isso nos leva a concluir que toda a análise e a interpretação das fontes deverão estar adstritas aos respectivos modelos, que é um conjunto de elementos correlacionados, em uma ordenação lógica de objetivos, com base nas relações sociais e nas fontes que originam em prospecção. Essa abrangência deverá acolher os modelos jurídicos legais, jurídico costumeiro, jurisdicionais e jurídicos negociais.

## REFERÊNCIAS

ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: Ed. da UnB, 1999.

\_\_\_\_\_. *Teoria da norma jurídica*. 4. ed. rev. São Paulo: Edipro, 2008.

\_\_\_\_\_. *O positivismo jurídico, lições de filosofia do direito*. Compiladas por Nello Morra. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edison Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

CATHARINO, José Martins. *Compêndio de Direito do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1981.

CARNELUTTI, Francesco. *Teoria del regolamento collettivo dei rapporti di lavoro*. 7. Migliaio. Padova: CEDAM, 1936.

CASTILHO, Santiago Perez Del. *Estudos sobre as fontes do Direito do Trabalho*. Grupo das Quartas-Feiras. Coordenador Américo Plá Rodriguez. São Paulo: Editora LTr, 1998.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CUEVA, Mario de La. *Derecho mexicano del trabajo*. 2. ed. Mexico: Porrúa, 1959.

VECCHIO, Giorgio Del. *Direito, Estado e filosofia*. Rio de Janeiro: Politécnica, 1952.

\_\_\_\_\_. *Lições de filosofia do direito*. Coimbra: Sucessor, 5ª edição, 1979.

DUGUIT, Leon. *Las transformaciones del derecho público y privado*. Trad. Adolfo G. Posada y Ramón Jaén. Buenos Aires: Heliasta, 1975.

DU PASQUIER *apud* MORAIS FILHO, Evaristo. *Introdução ao Estudo de Direito do Trabalho*. 11. ed. São Paulo: Editora LTr, 2011.

DURAND, Paul; JAUSSAUD. *Traité de droit du travail*. Paris: Librairie Dalloz, 1947.

<sup>176</sup> *Idem*, *Filosofia do direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 20. ed. 2002/ 4. tiragem. 2007. p. 554.

<sup>177</sup> *Idem*, *Lições preliminares do direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 4. ed. 1977. p. 164.

- FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Curso crítico de Direito do Trabalho, teoria geral de Direito do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- GARCIA MAYNEZ, Eduardo. *Introducción al estudio del derecho*. 63. ed. México: Porrúa, 2011.
- \_\_\_\_\_. *Filosofia del derecho*. 2. ed. México: Porrúa, S. A., 1977.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998/1999.
- KROTOSCHIN, Ernesto. *Instituições de derecho del trabajo*. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1968.
- LUCCA, Carlos Moreira de. *Convenção Coletiva do Trabalho – um estudo comparativo*. São Paulo: LTr, 1991.
- MAGANO, Octávio Bueno. *Manual do Direito do Trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 1991.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- MORAES FILHO, Evaristo. *Introdução ao estudo de Direito do Trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2011.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Direito contemporâneo do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- \_\_\_\_\_. *Teoria Geral do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr Editora, 1998.
- \_\_\_\_\_. *Compêndio de Direito Sindical*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 457.
- PERONE, Giancarlo. *Sindicatos na União Europeia e no Brasil, estímulos para uma reflexão comparativa*. São Paulo: LTr, 2015.
- \_\_\_\_\_. *Lineamenti di diritto del lavoro: evoluzione e partizione della materia, tipologie e fonti*. Giappichelli: Torino, 1999.
- PIZZORUSSO, Alessandro. Fonti del diritto, p.14 *apud* RIVAS, Daniel. *Estudos sobre as fontes do direito do trabalho*. Grupo das Quartas-Feiras. Coordenador Américo Plá Rodriguez. São Paulo: Editora LTr.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares do direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1977.
- \_\_\_\_\_. *Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1. ed. 1994/4. Tiragem, 2010.
- \_\_\_\_\_. *O direito como experiência*. 2. ed. fac-similar. São Paulo: Saraiva, 1992/2010.
- \_\_\_\_\_. *Filosofia do direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 20. ed. 2002/4. Tiragem, 2007.
- SILVA, Otávio Pinto. *A Contratação coletiva como fonte do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1998.
- VALLEBONA, Antônio. *Breviario di diritto del lavoro*. Giappichelli: Torino, 2012.