

NÃO HÁ QUEBRA DA HIERARQUIA DAS NORMAS NO DIREITO DO TRABALHO

Francisco Rossal de Araújo¹
Rodrigo Coimbra²

RESUMO: O presente ensaio visa discutir e desfazer o mito constantemente repetido na doutrina e na jurisprudência trabalhista de que na Justiça do Trabalho quebra-se a hierarquia das normas, em face da aplicação do princípio protetor, na sua modalidade da norma mais favorável ao trabalhador. Pretende-se demonstrar que esse mito é equivocado e menospreza o Direito e o Processo do Trabalho. Sustenta-se que as normas trabalhistas obedecem ao raciocínio da estrutura escalonada das normas consagradas por Kelsen, não se resolvendo eventual conflito por inversão de valores (quebra da hierarquia das normas), mas por análise de espaços de poder cedidos em distintas esferas de legislação.

Palavras-chaves: Fontes materiais. Fontes formais. Hierarquia das fontes. Quebra. Mito.

INTRODUÇÃO

No presente estudo pretende-se aprofundar o estudo das fontes de Direito do Trabalho, enfrentando questões intrincadas sobre esse tema fundamental para a compreensão adequada do Direito do Trabalho Brasileiro, notadamente o problema da constante repetição em manuais e outras obras especializadas de que na Justiça do Trabalho quebra-se a hierarquia das normas, em face da aplicação do princípio protetor, na sua modalidade da norma mais favorável ao trabalhador. Trata-se de um mito, equivocado, e que menospreza o Direito e o Processo do Trabalho.

¹ Desembargador Federal do Trabalho da Quarta Região. Doutorando pela Universidade Pompeu Fabra (Barcelona). Mestre em Direito pela UFRGS. Professor de Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho da UFRGS.

² Advogado. Doutor em Direito pela PUCRS. Mestre em Direito pela UFRGS. Professor de Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho na graduação e na pós-graduação da UPF e dos cursos de pós-graduação em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho da PUCRS, UNIRITTER, IMED-POA e UNISC.

A importância do estudo desse problema é revelada pelo fato de que a teoria das fontes do direito pode ser considerada como a base de todos os estudos jurídicos, a ela se prendendo as questões fundamentais da própria essência do direito³.

Pretende-se abordar essa temática em duas partes: na primeira serão remontadas as fontes materiais do Direito do Trabalho, chegando-se na relação entre as fontes materiais e formais, para que se possa, na segunda parte, abordar a hierarquia das fontes formais do Direito do Trabalho, desfazendo, fundamentadamente, o mito de que no Direito do Trabalho (material e processual) quebra-se a hierarquia das normas em nome do princípio protetor.

Como método científico de abordagem do assunto será utilizado o método dedutivo, que é aquele cujo antecedente é constituído de princípios universais, plenamente inteligíveis, do qual se chega a um conseqüente menos universal, inferir e concluir ao final⁴.

A abordagem da pesquisa se dará pelo modelo qualitativo na medida em que se buscará o entendimento do fenômeno em seu próprio contexto. Em função das peculiaridades da pesquisa qualitativa a mesma tende a ser menos estruturada, de modo a trabalhar com o que é importante para os indivíduos, sistemas sociais, políticos, jurídicos e econômicos, utilizando-se para tanto, da investigação profunda sobre o tema proposto na presente pesquisa. Desta forma a mesma parte de questões ou focos de interesse amplos, que vão se definindo à medida que o estudo se desenvolve⁵.

DAS FONTES MATERIAIS ÀS FONTES FORMAIS DO DIREITO DO TRABALHO

O sentido da palavra fonte relaciona-se com a expressão origem. No plano jurídico, o estudo das fontes consiste em saber donde vem o Direito e donde dimana a

³ SUSSEKIND, Arnaldo et al. **Instituições de direito do trabalho**. 20. ed. São Paulo: Ltr, 2002, v. 1, p. 150.

⁴ FINCATO, Denise Pires. **A pesquisa jurídica sem mistérios**: do projeto de pesquisa à banca. Porto Alegre: Notadez, 2008, p. 38.

⁵ MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 110.

jurisdicção das normas⁶. O tema é realmente vasto e, para a sua melhor compreensão no âmbito do Direito do Trabalho, necessárias são algumas referências dentro da Teoria Geral do Direito.

A teoria das fontes constitui um instrumento primordial da ciência dogmática moderna, na medida em que torna possível o aparecimento contínuo e plural de normas de conduta, sem abalar a segurança e a certeza das relações por meio da organização do conjunto em um todo coerente, proporcionando uma série de regras estruturais do sistema, conforme ensina Tércio Sampaio Ferraz Junior⁷.

Cada ordenamento jurídico possui um sistema de fontes do Direito próprio. No mundo ocidental, existem dois grandes sistemas jurídicos e diversas são as suas fontes. O sistema romano-germânico (*civil law*) tem como principal fonte de direito a lei, enquanto o sistema da *common law* tem como fonte principal as decisões da jurisprudência.

O estudo das fontes do Direito do Trabalho remonta a origem, a formação histórica desse ramo do Direito, de onde emergem o conjunto de fenômenos sociais que contribuíram para a formação da substância, da matéria do direito (fontes materiais), que por sua vez são a razão de ser da produção das normas jurídicas de direito positivo (fontes formais), que instrumentam as fontes materiais, modelando a sua forma.

As fontes materiais indicam o conteúdo da regra, estando, a rigor, fora do Direito, pois significam a justificação da regra, seja por origem divina, sociológica, filosófica e outras⁸. As fontes materiais são fontes potenciais do Direito e compreendem o conjunto de fenômenos sociais que contribuem para formação da substância, da matéria do direito. Em outras palavras, as fontes materiais são os fatos sociais relacionados com a criação da ordem jurídica⁹.

E a compreensão do conjunto de fenômenos sociais que contribuem para formação do Direito do Trabalho, passa pela retomada, ainda que brevemente, do contexto histórico do surgimento desse ramo do Direito (fontes materiais do Direito do Trabalho).

⁶ MATA-MACHADO, Edgar de Godoi da. **Elementos de Teoria Geral do Direito**. Belo Horizonte: Vega, 1976, p. 213.

⁷ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo: Atlas, 1991, p. 203.

⁸ MATA-MACHADO, 1976, p. 213.

⁹ CATHARINO, José Martins. **Compêndio de direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 80.

O conjunto de fenômenos sociais que contribuíram para formação do Direito do Trabalho está intrinsecamente relacionado ao advento da Revolução Industrial, cuja primeira fase é um fenômeno localizado na Inglaterra, a partir da segunda metade do século XVIII até o início do século XIX, marco de um conjunto de transformações decorrentes da descoberta do vapor como fonte de energia e da sua aplicação nas fábricas e meios de transportes. Esse conjunto de fatores econômicos e sociais, atuando de forma interligada, provocou uma revolução sem precedentes na história da humanidade.

Até a revolução Industrial, os trabalhadores dominavam o conhecimento de todo o processo produtivo: adquiriam a matéria-prima, transformavam e beneficiavam o produto, comercializam os bens e se apropriavam do resultado de seu trabalho na integralidade. Com a Revolução Industrial, os trabalhadores perderam o controle do processo produtivo, uma vez que passaram a trabalhar para outrem (industrial), ao qual pertenciam todos os lucros da atividade econômica. A contraprestação de seu trabalho era apenas o salário ou remuneração. Em outras palavras: até a Revolução Industrial o resultado do trabalho ficava com quem o produzia (trabalho livre). A partir desse momento o resultado do trabalho não fica mais com o trabalhador, que passa a trabalhar para outrem (trabalho subordinado). O trabalho subordinado (por conta alheia) passa a ser a forma hegemônica, em comparação com o trabalho autônomo, com o trabalho prestado em corporações ou com o trabalho servil.

A revolução industrial começa em um contexto político e sociológico de derrubada de monarquias e de uma sociedade estamental (divisão por classes ou estamentos) profundamente enraizada por séculos de feudalismo. Mesmo a burguesia teve de lutar politicamente para ter reconhecido o direito de celebrar contratos em condições de igualdade com a nobreza e que esses contratos deviam ser respeitados por si só, sem a possibilidade de alteração leonina e unilateral pelo simples fato de pertencer a estamento social superior. Somente depois de muitas décadas é que a burguesia conseguiu impor uma legislação formalmente de igualdade, representada, principalmente pela Codificação Civil. Assim, os trabalhadores não participam da primeira noção de sujeito de direitos e obrigações, pois, nessa época apenas os cidadãos proprietários tinham a condição completa de cidadania e de capacidade de exercer direitos e obrigações.

O Direito do Trabalho foi concebido como consequência da concretização de dois princípios: o princípio da autonomia coletiva e o princípio da intervenção estatal. A autonomia coletiva foi a base do movimento sindical e das normas, estando relacionada com a concepção liberal da economia e o “livre jogo das forças do mercado”, segundo o qual o Estado não deve intervir nas relações privadas (ocorrendo de forma mais completa na Inglaterra). A intervenção estatal foi a concretização da ideia oposta, mediante algumas medidas de proteção, primeiramente em relação a grupos discriminados como mulheres e crianças¹⁰.

A reação a todo o contexto acima descrito é dada pelo direito coletivo (trabalhadores agrupados em sindicatos), que começará a se formar na segunda fase da Revolução Industrial (a partir da segunda metade do século XIX ao início do século XX), quando o fenômeno ultrapassa as fronteiras da Inglaterra e se expande pela Europa Continental – França, Bélgica, Holanda Alemanha e norte da Itália, alguns locais na Espanha (Catalunha e País Basco), e América do Norte (Norte dos EUA e Canadá), chegando ao Japão. Decorre de uma série de desenvolvimentos dentro da indústria química, elétrica, de petróleo e de aço.

Todo esse contexto gerou significativas reações por parte dos trabalhadores, que, unidos em sindicatos, reivindicavam um direito que os protegesse minimamente, capaz de coibir os abusos do empregador e preservar a sua dignidade. Pressionaram os patrões a atenderem seus pleitos, por meio de greves, por vezes travando choques violentos entre as massas e as forças policiais (ainda movimentadas pela classe capitalista), praticando atos de sabotagem, e tornou-se famosa a luta sob o nome de *cacanny* ou braços caídos¹¹.

Esse é o momento histórico onde aparecem de forma mais clara e abrangente as fontes materiais do Direito do Trabalho, que são absolutamente essenciais para a compreensão do tratamento diferenciado dado posteriormente por esse ramo do direito as suas fontes formais típicas, bem como ao mecanismo de solução de eventuais conflitos entre suas fontes formais. Tudo emana desse contexto histórico, que infelizmente é

¹⁰ HEPLE, Bob. **La formación del Derecho del Trabajo em Europa**. Madrid: Ministério de Trabajo y Seguridad Social, 1994, p. 337.

¹¹ SUSSEKIND, 2002, p. 42; CESARINO JÚNIOR, Antônio Ferreira; CARDONE, Marly Antonieta. **Direito Social: teoria geral do direito social, direito contratual do trabalho, direito protecionista do trabalho**. 2. ed. São Paulo: Ltr, 1993, p. 64.

muitas vezes desconhecido ou esquecido pelos que criticam o Direito Trabalho e suas características peculiares.

O dimensionamento jurídico das relações normativas entre empregados e empregadores, na sua forma atual se dá pela influência das relações coletivas, que vão gerar as normas básicas de negociação coletiva e as normas individuais de redução de jornada, repousos remunerados, férias, entre outros¹².

O Direito Trabalho, no âmbito coletivo, inova em relação ao Direito Civil, engloba uma nova classe social (os trabalhadores) no conceito de cidadania, reorganiza conceitos pensados somente para a burguesia e reenvia novos institutos jurídicos para o âmbito individual do Direito do Trabalho. Não haveria princípio protetivo ou mesmo um mínimo de intervenção do Estado na regulamentação dos conflitos entre capital e trabalho, se não houvesse o movimento coletivo¹³.

Quando se estuda as fontes formais do Direito do Trabalho é importante ter em mente que as normas trabalhistas vivem num constante equilíbrio instável, uma vez que são muito mais relacionadas com a criação da riqueza do que com a distribuição da riqueza, como as normas de Direito Civil.

Como as normas trabalhistas estão relacionadas com a produção da riqueza, é natural que as alterações econômicas sejam muito mais sentidas no âmbito das normas trabalhistas do que no âmbito das normas de Direito Civil ou Direito Comercial.

A revolução industrial (acima contextualizada) desencadeou em um “turbilhão”, nas palavras de Russomano¹⁴, havendo a ruptura do modelo de Estado Liberal¹⁵ (aspecto político mais importante), impondo-se ao Estado intervir na ordem econômica e social limitando a liberdade plena das partes, por meio da criação de normas de ordem pública, garantindo condições mínimas ao trabalhador nas relações de trabalho¹⁶.

¹² COIMBRA, Rodrigo; ARAÚJO, Francisco Rossal de. Direito do Trabalho: evolução do modelo normativo e tendências atuais na Europa. **Revista Ltr.** São Paulo, v. 73, n. 08, p. 953-962, em especial p. 960, ago. 2009.

¹³ Para um estudo aprofundado da formação histórica do Direito do Trabalho em termos mundiais sugere-se ver COIMBRA, ARAÚJO, 2009.

¹⁴ RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de Direito do Trabalho.** 4.ed. Curitiba: Juruá, 1993, p. 7.

¹⁵ No modelo de Estado Liberal, o capitalista podia impor livremente, sem interferência do estado, as suas condições ao trabalhador, pois esse regime fundava-se na liberdade individual (exaltada na Revolução Francesa e consagrada no preâmbulo da Constituição de 1791 desse País), tendo como símbolo do liberalismo a expressão “laissez-faire” (deixar fazer). Neste sentido, BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho.** 4.ed. São Paulo: Ltr, 2008, p. 62.

¹⁶ SUSSEKIND, 2002, p. 41; NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho.** 24.ed. São Paulo: Ltr, 1998, p. 43.

Esse processo foi lento e iniciou na Europa continental, por meio de leis esparsas¹⁷. Na Alemanha, entretanto, surgiram as ordenações industriais metodizadas. E, sob o comando de Bismarck, foi criada a ideia de seguro social obrigatório¹⁸.

Note-se que aqui começam a aparecer, ainda que lentamente, as primeiras fontes formais do Direito do Trabalho, intimamente ligadas as suas fontes materiais, conforme se pode perceber claramente do contexto histórico acima descrito. As fontes formais são os meios pelos quais se estabelece a norma jurídica. São as responsáveis pela criação do direito positivo.

O Direito do Trabalho surge no final do século XIX e adentra no século XX com sua autonomia e independência plenamente caracterizada. No início do século XIX, não havia propriamente normas de Direito do Trabalho, mas, sim, um contrato de emprego, ligado ao Código Civil. Posteriormente, vão surgindo algumas regras de exceção, sem, contudo, haver uma nítida separação. Aos poucos, vão surgindo princípios, métodos e institutos jurídicos próprios da disciplina, que levam à sua independência do Direito Civil¹⁹.

A subdivisão mais importante das fontes formais é a que divide em fontes formais autônomas e fontes formais heterônomas. As fontes formais autônomas se caracterizam pela criação de normas pelos seus próprios destinatários, não tendo na origem da criação da norma a imposição por parte de um terceiro estranho aos destinatários (normalmente o Estado).

Ainda que haja antiga divergência doutrinária sobre algumas delas, pode-se dizer que são fontes formais autônomas típicas do Direito do Trabalho: a convenção coletiva, o acordo coletivo do trabalho.

Diferentemente das fontes formais autônomas, as fontes formais heterônomas não são estabelecidas pelos próprios destinatários. São impostas pelos órgãos estatais. O ordenamento jurídico brasileiro tem como fonte principal a lei (em sentido amplo). Sua tradição é romano-germânica. No Direito do Trabalho não é diferente. A maioria das

¹⁷ Sobre essa matéria recomenda-se: HEPLÉ, 1994; MORAES, Evaristo de. **Apontamentos de Direito Operário**. 4. ed. São Paulo: Ltr, 2002, p. 32-36.

¹⁸ Por meio de leis disciplinando: seguro doença (1883); seguro acidente do trabalho (1884) e seguro invalidez e velhice (1889), conforme HUECK, A.; NIPPERDEY, H.C. Compendio de derecho del trabajo. **Revista de Direito Privado**, Madrid, p. 29-30, 1963.

¹⁹ COIMBRA, Rodrigo; ARAÚJO, Francisco Rossal de. A natureza jurídica do Direito do Trabalho. **Justiça do Trabalho**. Porto Alegre, n. 308, p. 87, ago. 2009.

normas trabalhistas tem caráter imperativo. Essa imperatividade decorre da própria natureza do Direito do Trabalho, que se caracteriza pela intervenção do Estado, por meio do poder legislativo, no âmbito da autonomia da vontade dos trabalhadores e dos empregadores. As principais fontes heterônomas do Direito do Trabalho são: a Constituição Federal, a Lei (em sentido amplo), os Tratados e as Convenções Internacionais, a Sentença Normativa e as Súmulas Vinculantes do Supremo Tribunal Federal.

Existem ainda as chamadas fontes formais de difícil ou polêmico enquadramento seja como fonte formal ou não, seja como fonte formal autônoma ou heterônoma, dentre as quais estão: o costume, o regulamento da empresa, a analogia, os princípios gerais do Direito, a equidade, a jurisprudência, a sentença arbitral, as cláusulas do contrato individual de trabalho.

HIERARQUIA DAS FONTES FORMAIS NO DIREITO DO TRABALHO

Uma dessas questões fundamentais da essência do direito é o questionamento que indaga se as normas jurídicas têm hierarquia uma sobre a outra e, em caso positivo, como funcionaria esse sistema. Quando se fala em hierarquia das normas jurídicas (fontes formais) comumente vem a cabeça do estudante a lembrança da pirâmide (estrutura escalonada) formulada por Kelsen.

Hans Kelsen traz notável contribuição ao estudo da norma jurídica e de suas fontes. Em sua concepção, a aplicação do Direito é simultaneamente produção do Direito. Assim, existe uma norma fundamental (pressuposto teórico) vazia de conteúdo, mas que justifica a existência de uma Constituição, sem que ela (norma fundamental) seja, ao mesmo tempo, aplicação de uma norma superior. Mas a criação dessa Constituição realiza-se por aplicação desta norma fundamental²⁰.

Sucessivamente, a legislação ordinária, de natureza infraconstitucional, nasce da aplicação da Constituição. Em aplicação dessas normas gerais, realiza-se, através da concreção judicial (atividade jurisdicional) e das resoluções administrativas, a criação de novas regras. Por último, somente os atos de execução material é que não criariam uma norma, mas consistiriam em apenas aplicação.

²⁰ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987, p. 252-253.

Em outras palavras, a aplicação do Direito é criação de uma norma inferior com base numa norma superior ou execução do ato coercitivo estatuído por uma norma²¹. Nos polos extremos, haveria ou só produção legal (norma fundamental), ou só execução (ato executivo). Nessas condições, Kelsen situa a norma fundamental como o supremo fundamento de validade de uma ordem normativa²². Sem a norma fundamental, conforme afirma Bobbio, as normas seriam um amontoado, e não um ordenamento²³.

Essa é a tradicional hierarquia das fontes do Direito, segundo o positivismo-normativista, que cria uma pirâmide de normas, em cujo vértice se encontra a norma fundamental, e, em sentido decrescente, vêm as normas constitucionais, as leis ordinárias, os regulamentos, as decisões jurisprudenciais e, por último, os atos de execução material. Por uma limitação do objetivo desta exposição, não será abordado o problema do pluralismo jurídico, que inclui ordens jurídicas de origem não-estatal. O pressuposto, portanto, é que as fontes formais aqui analisadas são de origem estatal, ou têm, ainda que secundariamente, como no caso dos acordos e convenções coletivas de trabalho, a previsão legal a emprestar-lhes validade jurídica.

Dentro do critério tradicional (Kelseniano) da hierarquia formal a Constituição ocupa um papel de destaque perante as outras fontes. Em seguida, estariam a legislação infraconstitucional, a sentença normativa, os acordos e convenções coletivos e, por último, usos e costumes. A fonte negocial e o regulamento empresarial são considerados isoladamente, mais restritos ao caso concreto.

Notáveis autores de Direito do Trabalho²⁴ afirmam que em se tratando de hierarquia de fontes trabalhistas, a pirâmide kelseniana não é aplicável, pois sempre ocupará o vértice a norma mais favorável. Esta, aliás, é uma inclinação mundial²⁵, sob a seguinte argumentação: no Direito do Trabalho a hierarquia das fontes formais do Direito é relativizada, pois por força do princípio da proteção aplica-se a norma mais

²¹ KELSEN, 1987, p. 252-253.

²² O referido autor retoma o problema da norma fundamental em KELSEN, Hans. **Teoria Geral das Normas**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1986, p. 326.

²³ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Brasília: Polis, 1991, p. 49.

²⁴ Por exemplo: NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 295; MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 44.

²⁵ Por exemplo: OLEA, Manuel Alonso. **Derecho del Trabajo**. 14. ed. Madrid: Universidad de Madrid, 1995, p. 827-838; PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios do Direito do Trabalho**. São Paulo: Ltr, 1978, p. 58.

favorável ao trabalhador, mesmo que ela seja de hierarquia inferior à de outra norma, menos favorável, que também trate da mesma matéria.

Contudo, sustenta-se no presente ensaio que a hierarquia das fontes formais trabalhistas não se dá por inversão de valores (quebra ou inversão da hierarquia das normas), mas por análise de espaços de poder cedidos em distintas esferas de legislação.

A hierarquia das fontes formais, em forma de pirâmide, é uma construção que vem antes do século XVIII (Puchta – hierarquia de conceitos; Kant – hierarquia de normas *in* Metafísica dos costumes). No século XX, com a ideia de Constituição totalmente assentada, fixou-se “a estrutura escalonada do ordenamento jurídico” (Kelsen – Teoria Pura do Direito)²⁶.

A norma superior é o pressuposto de validade da norma inferior. Dito de outro modo, a norma inferior só é válida se estiver de acordo formal e materialmente com a norma superior, ou seja, deve observar a forma de produção prevista na norma superior (competências, ritos, etc – aspecto formal) e não contrariar intrinsecamente o seu conteúdo material.

As normas trabalhistas obedecem a este raciocínio. Uma norma mais benéfica só será válida se existir previsão de espaço na norma superior para que assim proceda. O problema é que as normas trabalhistas não dizem expressamente: “a norma inferior poderá determinar o pagamento de adicional superior ao previsto”. Em geral, dispõem de outro modo: “o adicional mínimo é de tanto”. Ou seja, prevêm garantias mínimas e não máximas.

Por essa razão, quando aplicada uma norma inferior que vai além da garantia mínima, ela não está contrariando a norma superior, mas indo ao seu encontro, pois foi autorizada a concessão de direito superior ao mínimo previsto.

Nada disso é inversão de hierarquia de fontes. É apenas aplicação do sistema jurídico em seu conjunto.

No sentido do ora explanado, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 7º, *caput*, estabelece direitos dos trabalhadores como garantias mínimas, e nunca máximas: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, *além de outros* que visem à melhoria de sua condição social” (grifo do autor). Note-se que mesmo aqui há a previsão expressa da Constituição Federal delegando espaços de poder para as normas inferiores.

²⁶ KELSEN, 1987, p. 252-253.

Quando uma convenção coletiva concede a uma determinada categoria de trabalhadores o adicional noturno de 40% sobre a hora diurna ela não está subvertendo a CLT, que prevê que o trabalho realizado entre as 22 (vinte e duas) horas de um dia e as 5 (cinco) horas do dia seguinte implicará no pagamento do acréscimo de 20% (vinte por cento), pelo menos, sobre a hora diurna (art. 73). Ou seja, essa Convenção Coletiva está apenas se utilizando do espaço expressamente cedido pela CLT para a previsão um adicional maior²⁷.

Quando uma Convenção Coletiva reduz o salário dos trabalhadores de determinada categoria por determinado período ela está atuando dentro do espaço conferido pela Constituição Federal (art. 7º, VI²⁸), que prevê a possibilidade excepcional de redução do salário por meio de acordo ou convenção coletiva de trabalho, o que na prática muitas vezes ocorre mediante troca por estabilidade no emprego durante o período de redução salarial²⁹.

Atente-se que essa situação talvez não seja mais favorável ao trabalhador individualmente, mas coletivamente é possível por haver expressa concessão de espaço de poder pela Constituição Federal por meio de delegação as convenções e acordos coletivos.

É louvável a importância do princípio protetor especialmente na modalidade de aplicação da norma mais favorável ao trabalhador, princípio que é a base de todas as características diferenciadas do Direito Trabalho, mas sua aplicação não se trata de um critério absoluto. O princípio da proteção tem certas restrições, e a maior delas é o interesse da coletividade. Ainda que o Direito do Trabalho tenha um campo de atuação muito amplo, as relações trabalhistas e profissionais, assim como os interesses individuais dos trabalhadores ou os interesses de suas categorias profissionais, sempre

²⁷ CLT, art. 73: “Salvo nos casos de revezamento semanal ou quinzenal, o trabalho noturno terá remuneração superior à do diurno e, para esse efeito, sua remuneração terá um acréscimo de 20% (vinte por cento), pelo menos, sobre a hora diurna”.

²⁸ Constituição Federal, art. 7º: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: ... VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo”.

²⁹ Arnaldo Sussekind admite tratar-se de “uma fenda do princípio das normas de proteção ao trabalho”, mas é enfático que sua admissão requer a observância: a) dos “limites do sistema jurídico nacional”; b) “sempre sob tutela sindical” (SUSSEKIND, 2002, p. 206).

terão de observar os limites do interesse público, pois o interesse da coletividade deve sempre prevalecer³⁰.

Nesse sentido, não é válido que uma convenção coletiva reduza, retire ou mesmo troque o 13º salário por outro direito, pois as normas que o prevêm (art. 7º, VIII, da Constituição Federal e Lei n. 4.090/62³¹) não concedem nenhum espaço, nem coletivamente (individualmente nem se fala, pois aí vige a norma do art. 468 da CLT).

O essencial no princípio protetor é a verdadeira dimensão do trabalho humano, descaracterizando-o como mercadoria e emprestando-lhe conteúdo mais amplo, no sentido de compreendê-lo como elemento valioso na dignidade do ser humano.

A própria ordem jurídica, assume, portanto, um papel de nivelamento de desigualdades. O princípio da proteção ao trabalhador, conforme Sussekind resulta das normas imperativas (de ordem pública), que caracterizam a intervenção do Estado no âmbito da autonomia da vontade. A necessidade da proteção social dos trabalhadores constitui a raiz sociológica do Direito do Trabalho e é imanente a todo o seu sistema jurídico³².

³⁰ HUECK, Alfred e NIPPERDEY, H. C. Compendio de Derecho del Trabajo. **Revista de Derecho Privado**, Madrid, p. 46-47, 1963.

³¹ Constituição Federal, art. 7º - “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: ... VIII - décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria”.

Lei n. 4.090/62, art. 1º: “No mês de dezembro de cada ano, a todo empregado será paga, pelo empregador, uma gratificação salarial, independentemente da remuneração a que fizer jus.

§ 1º - A gratificação corresponderá a 1/12 avos da remuneração devida em dezembro, por mês de serviço, do ano correspondente.

§ 2º - A fração igual ou superior a 15 (quinze) dias de trabalho será havida como mês integral para os efeitos do parágrafo anterior”.

³² SUSSEKIND, 2002, p. 128. Javillier destaca que há um caráter de ambivalência no Direito do Trabalho. De um lado está a característica de direito protetor dos assalariados contra todas as formas de exploração que possam sofrer. Entretanto, a melhora social, no caso de limitar-se a uma determinada fatia dos assalariados em detrimento dos demais poderia colidir com o bem comum, pois toda a regra de Direito do Trabalho tem a sua contrapartida econômica. Por um lado o econômico condiciona o social, afirmando que a proteção deve estar em relação íntima com as condições econômicas e, singularmente, a condição da empresa. Por outro lado, a melhora das condições sociais poderia gerar na empresa, através de novas técnicas de gestão de pessoal, um aumento na produtividade e na competitividade. A observação, sem dúvida, deixa o estudioso do Direito do Trabalho entre caminhos de difícil escolha. Outra observação pertinente o referido autor faz sobre o caráter protetor do Direito do Trabalho e sua relação com a subordinação. Sabe-se que esta é a principal característica da relação de emprego, ao lado da continuidade, da contraprestação mediante salário e da pessoalidade. O princípio protetor mantém o trabalho subordinado e de certa forma legitima o poder exercido pelo empregador sobre o empregado. No exercício do direito de greve também há um caráter limitador da liberdade, pois, já ao definir o direito em questão, sem dúvida que a liberdade está restringida. É certo que, atualmente, várias empresas têm iniciativas de gestão conjunta com seus empregados, e mesmo técnicas de melhora de produtividade e competitividade. A ambivalência, entretanto, permanece (JAVILLIER, Jean-Claude. **Manual de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr., 1988, p. 30-31).

É lógico que o sistema jurídico guarde correlação com o sistema econômico. Pela visão marxista, a grosso modo, o sistema econômico será a estrutura, enquanto o Estado e demais estruturas sociais comporiam a superestrutura. Dentro dessas premissas, o Direito do Trabalho deve ser compreendido no contexto do capitalismo, sendo que o trabalho assalariado é um dos pressupostos desse sistema, juntamente com o lucro, a propriedade privada e a liberdade de mercado. Trata-se, portanto, de uma correção da ficção de igualdade formal, um dos postulados básicos da Revolução Francesa³³.

O principal ponto de conflito que surge do mundo dos fatos e reflete diretamente no Direito do Trabalho se dá entre a autonomia da vontade e a liberdade de mercado. Não se pode negar o fato de que o Direito do Trabalho surge no bojo de um sistema econômico capitalista e vive até hoje nesse sistema. Essa ressalva é feita para que não se tenha a ingênua ilusão de que o Direito do Trabalho serviria como panaceia para todos os males decorrentes dos conflitos entre trabalho e capital. Na verdade, seus limites são bem definidos.

Eventuais conflitos envolvendo normas ou condições de trabalho serão resolvidos pela aplicação do princípio protetivo e suas modalidades (norma mais favorável, condição mais benéfica ou *in dubio pro operario*). Nesse contexto há norma expressa na CLT dizendo que havendo conflito entre as condições estabelecidas em Convenção Coletiva poderá prevalecer sobre as estipuladas em acordo coletivo, desde que sejam mais favoráveis e que se o disposto em acordo ou convenção coletivo for mais benéfico ao trabalhador prevalecerão em relação ao estabelecido no contrato de trabalho (arts. 619 e 620 da CLT).

Outra questão é saber o que significa ser mais favorável, pois esta noção contém, intrinsecamente, um juízo de valor. Note-se que uma determinada questão pode ser mais favorável imediatamente e ser prejudicial em um futuro um pouco mais distante. A aplicação de uma determinada norma, em outra hipótese, pode ser mais benéfica a um trabalhador, isoladamente; entretanto, se aplicada a todos os trabalhadores de uma determinada empresa, pode levar à inviabilidade econômica desta. Estes problemas exegéticos aparecem com frequência ao julgador, que deve discernir, entre várias opções,

³³ O princípio da Igualdade, juntamente com o Princípio da Liberdade, Princípio da Separação dos Poderes e o Princípio da Legalidade, fazem a base do Estado de Direito, nascido com a queda do Estado Absolutista e cujo ponto culminante foi a Revolução Francesa (1789).

aquela que realmente atinge melhor a noção de benefício. Não há, nesse caso, como escapar da valorização do caso concreto, mas sempre é bom lembrar que o intérprete deve enxergar também os efeitos que sua decisão vai provocar no mundo real, como forma de evitar a iniquidade.

Na dúvida de aplicação entre normas de distinta hierarquia, aplica-se a mais favorável ao empregado. Trata-se de uma decorrência das normas de ordem pública, que outorgam aos trabalhadores vantagens mínimas, e nunca máximas. Se a Constituição Federal contém dispositivos sobre a forma da remuneração do trabalho, das férias, do adicional noturno, das horas extras, é porque o legislador constituinte optou por alçar ao nível constitucional determinados preceitos considerados de suma importância. Nada impede, entretanto, que a lei ordinária, os acordos ou convenções coletivas e mesmo o contrato individual de trabalho tragam normas mais benéficas.

A regra de hermenêutica, é que os direitos assegurados pela legislação têm caráter geral, e as exceções que os limitam, têm caráter especial. Portanto, as exceções e limitações têm de vir de forma expressa, sob pena de ser interpretadas pelo sentido do caráter geral do benefício dado pela legislação.

Além disso, a limitação existente no princípio da aplicação da regra mais favorável está também na prevalência do interesse público. Por questões de razoabilidade, o ordenamento jurídico proíbe que o interesse individual ou o interesse de determinadas categorias possa prevalecer sobre o interesse do conjunto da sociedade. Não poderia ser de outra forma, já que o ordenamento jurídico consiste em uma organização racional de pautas de conduta, ou diretrizes, segundo as quais, o primeiro interesse é o de toda a coletividade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após a análise de todas as questões acima, resta claramente demonstrado quão rico e inquietante é o tema da hierarquia das fontes formais no Direito do Trabalho, dada suas características singulares.

Quando se estuda as fontes formais do Direito do Trabalho é importante ter em mente que as normas trabalhistas vivem num constante “equilíbrio instável”, uma vez

que são muito mais relacionadas com a criação da riqueza do que com a distribuição da riqueza, como as normas de Direito Civil.

O Trabalho (recursos humanos), junto com a Terra (recursos naturais) e com o Capital (comodidades para produzir), é um dos fatores de produção. Todo o bem economicamente apreciável tem, na constituição do seu preço, a conjunção dos custos dos fatores de produção, além dos tributos e do lucro. Como as normas trabalhistas estão relacionadas com a produção da riqueza, é natural que as alterações econômicas sejam muito mais sentidas no âmbito das normas trabalhistas do que no âmbito das normas de Direito Civil ou Direito Comercial.

Por todo o exposto, diferentemente do que ocorre o Direito Comum, no Direito do Trabalho não há uma contradição inconciliável entre as fontes formais heterônomas e as fontes formais autônomas coletivas (entre o Direito do Estado e o Direito dos grupos sociais), mas uma espécie de incidência concorrente: a norma que disciplinar uma dada relação de modo mais favorável ao trabalhador, prevalecerá sobre as demais, sem derrogação permanente, mas mero preterimento, na situação concreta, não por inversão de valores (quebra da hierarquia das normas), mas por análise de espaços de poder cedidos em distintas esferas de legislação.

THERE ARE NO BREAKS IN THE HIERARCHY OF NORMS LABOR LAW

ABSTRACT: This paper aims to discuss and dispel the myth constantly repeated in the doctrine and jurisprudence that labor in the labor courts to break the hierarchy of norms in the face of the principle protector in its modality of standard more favorable to workers. We intend to demonstrate that this myth is wrong and undermines the law and the Labour Process. It is argued that labor standards follow the reasoning of the staggered structure of standards established by Kelsen, does not solve any conflict by inversion of values (breaking the hierarchy of norms), but analysis of assigned positions of power in different spheres of legislation.

Keywords: Material sources. Mormal sources. The hierarchy of sources. Break. Myth.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 4. ed. São Paulo: Ltr, 2008.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Brasília: Polis, 1991.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, nº 191-A, Brasília: Senado Federal, 1988.

_____. Decreto-Lei N.º 5.452, de 1º de maio de 1943. **Diário Oficial da União**, Brasília: Senado Federal, 1943.

CATHARINO, José Martins. **Compêndio de direito do trabalho**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1982.

COIMBRA, Rodrigo; ARAÚJO, Francisco Rossal de. A natureza jurídica do Direito do Trabalho. **Justiça do Trabalho**. Porto Alegre, n. 308, ago. 2009.

_____. Direito do Trabalho: evolução do modelo normativo e tendências atuais na Europa. **Revista Ltr**. São Paulo, v. 73, n. 08, ago. 2009.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo: Atlas, 1991.

FINCATO, Denise Pires. **A pesquisa jurídica sem mistérios**: do projeto de pesquisa à banca. Porto Alegre: Notadez, 2008.

HEPLE, Bob. **La formación del Derecho del Trabajo em Europa**. Madrid: Ministério de Trabajo y Seguridad Social, 1994.

HUECK, A.; NIPPERDEY, H.C. Compendio de derecho del trabajo. **Revista de Direito Privado**, Madrid, p. 29-30, 1963.

JAVILLIER, Jean-Claude. **Manual de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr., 1988.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral das Normas**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1986.

_____. **Teoria Pura do Direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

MATA-MACHADO, Edgar de Godoi da. **Elementos de Teoria Geral do Direito**. Belo Horizonte: Vega, 1976.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 24.ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MORAES, Evaristo de. **Apontamentos de Direito Operário**. 4. ed. São Paulo: Ltr, 2002.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 24. ed. São Paulo: Ltr, 1998.

OLEA, Manuel Alonso. **Derecho del Trabajo**. 14. ed. Madrid: Universidad de Madrid, 1995.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios do Direito do Trabalho**. São Paulo: Ltr, 1978.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de Direito do Trabalho**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 1993.

SUSSEKIND, Arnaldo. et. al. **Instituições de direito do trabalho**. 20. ed. São Paulo: Ltr, 2002.