

UM ESTUDO CRÍTICO SOBRE AS FONTES DO DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL E SUA APLICAÇÃO

*Marco Aurélio Lustosa Caminha**

Sumário : 1 Introdução; 2 Noção de Sistema Jurídico; 3 O Sistema Jurídico do Brasil; 4 As Fontes do Direito; 4.1 O que se deve entender por Fontes do Direito; 4.2 Classificação das Fontes do Direito; 4.3 As fontes que têm e as que não têm força obrigatória e sua classificação; 4.4 Fontes do Direito e a distinção entre Direito Objetivo e Subjetivo; 4.5 A fonte ou fundamento unitário de validade de um sistema de Direito Positivo; 4.6 As formas de produção do Direito de modo originário e de modo derivado; 4.7 Validade das fontes do Direito; 4.8 Hierarquia das fontes do Direito; 4.9 As Fontes do Direito no Brasil e sua hierarquia; 5 As Fontes do Direito do Trabalho No Brasil; 5.1 A autonomia do Direito do Trabalho; 5.2 As espécies de Fontes do Direito do Trabalho no Brasil; 5.3 Enumeração das fontes formais do Direito do Trabalho no Brasil e sua hierarquia; 5.4 A validade das normas jurídicas de Direito do Trabalho no Brasil; 6 Crítica; 7 Conclusão; Bibliografia

* Prof. de Direito na UFPI. Procurador do Trabalho. Doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais

1 INTRODUÇÃO

Para que se possa apreender satisfatoriamente alguma matéria pertinente a qualquer área do conhecimento humano, impõe-se recorrer à base científica sobre a qual esta se assenta. No campo do Direito, essa assertiva se aplica com especial ênfase, pois, o profissional que não conhece os fundamentos de diversas ordens — históricas, filosóficas, sociológicas etc. — pelo menos dos principais institutos jurídicos, não poderá jamais aspirar ao alcance de uma posição de destaque.

Qualquer que seja a ciência de que se trate, somente a experiência e a observação é que revelam situações novas para serem desvendadas. Partindo desse pressuposto e tratando especificamente da Ciência do Direito, pode-se afirmar que dificilmente se apontará um repositório tão fértil de fatos ou situações merecedoras de considerações científicas como a prática forense, ou seja, a atividade jurídica no “forum” (=em juízo). Daí a razão pela qual, no Brasil, muitas das soluções mais inteligentes para problemas jurídicos são propostas por esses profissionais, embora se saiba que, na maioria das vezes, não se trata de pesquisadores, mas de técnicos.

Foi exatamente na labuta diária, como Membro do Ministério Público da União, atuando junto à Justiça do Trabalho (no Brasil), que colhemos uma, dentre tantas outras questões polêmicas, para tratar nesta monografia. Trata-se de uma problemática que diz respeito ao sistema jurídico brasileiro, mais precisamente à validade, à hierarquia e à aplicação de certas fontes do Direito do Trabalho.

O problema se nos apresentou porque temos verificado, em vários temas de Direito do Trabalho, sobre os quais existem regras que se apresentam claras na Constituição ou em atos legislativos de hierarquia inferior, que os juízes e tribunais da Justiça do Trabalho no Brasil, muito freqüentemente, insistem em aplicar soluções buscadas na

Jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, nas jurisprudências dos Tribunais Regionais do Trabalho, nos costumes e na doutrina, em detrimento da solução apontada pela lei. Isso tem refletido nitidamente na oferta de emprego no Brasil, pois, notadamente nos dias de hoje — em que se prima cada vez mais pela eficiência da produção e redução de despesas — o mínimo que o empresário espera, ao contratar um empregado, é conhecer as cláusulas do contrato ao qual está se obrigando. Na prática, isso tem sido impossível, pois, o que se dá no Brasil é que ao ser rompido um contrato de trabalho, mesmo pagando todas as verbas trabalhistas previstas em lei e nas cláusulas do contrato, muitas vezes o empregador é surpreendido, logo em seguida, com ação judicial movida pelo seu ex-empregado, pleiteando outros direitos relacionados com o contrato de trabalho rompido. Em regra, este aponta, como fundamento, doutrinas contendo interpretações da legislação trabalhista de modo muito mais benéfico para si ou postula direitos trabalhistas “instituídos” pela jurisprudência dos Tribunais do Trabalho, especialmente do Tribunal Superior do Trabalho — a mais alta Corte da Justiça do Trabalho no Brasil.

Disso tudo tem resultado uma visível insegurança para os empregadores em geral, que, para minimizarem os riscos que ensejam a contratação de empregados, têm, na medida do possível, optado pela terceirização de suas atividades, pela automação de sua atividade e até mesmo preferido o encolhimento de suas atividades. Esse processo, sem dúvida alguma, contribui sensivelmente para o aumento do já alto índice do desemprego.

A jurisprudência e a doutrina (muitas vezes, também, os costumes) não são consideradas fontes formais (imediatas) do Direito, nos países que adotam o sistema romanista de Direito. Assim, pode causar perplexidade a qualquer jurista o fato de que no Brasil, em que vigora este sistema jurídico, as referidas “fontes” jurídicas muitas vezes

sejam aplicadas pelos juízes ou tribunais, com preferência sobre a solução — diferente — apontada na lei.

Nesta monografia procuraremos a razão para a problemática mencionada. Para que isso se torne possível, faremos, antes, uma razoável explanação sobre sistemas jurídicos, fontes do Direito, validade e hierarquia das fontes e outros assuntos correlatos, com especial enfoque para o Brasil. Depois, cuidaremos de abordar algumas situações práticas do problema cogitado, a fim de que, no final, possamos decifrar a razão de sua ocorrência e apontar possíveis soluções.

2 NOÇÃO DE SISTEMA JURÍDICO

Para captarmos a noção de sistema jurídico, é preciso termos, antes, as noções de sistema dedutivo de enunciados e de sistema normativo. Segundo Nino (1998, p.102), Tarski define sistema dedutivo de enunciados como um conjunto qualquer de enunciados que compreende todas as suas conseqüências lógicas. Partindo desta noção, Alchourrón & Bulygin apud Nino (1998, p.102), caracterizam os sistemas normativos como aqueles sistemas dedutivos de enunciados entre cujas conseqüências lógicas há ao menos uma norma, é dizer, um enunciado que correlaciona um caso determinado com uma solução normativa (ou seja, com a permissão, a proibição ou a obrigatoriedade de certa ação).

Destarte, as normas que integram um ordenamento jurídico vigente em um dado momento, apesar de terem distintas origens, mesmo sendo dotadas de diferentes níveis de hierarquia e conquanto destinem-se, cada uma, a resolver variados casos da vida social, não estão postas a esmo no ordenamento, pois guardam entre si íntima relação. Nesse sentido, referindo-se aos diferentes preceitos que integram um dado ordenamento jurídico, Siches (1997, p. 292) salienta que eles “guardan entre si una *conexión formal*, es decir, se dan en una articulación orgánica a pesar de las diferentes fuentes de su procedencia y de sus caracteres dispares.”

A pluralidade de normas, consoante estabeleceu o pensamento jusfilosófico mais moderno e como tem confirmado a experiência, constitui um todo ordenado e hierarquizado e, por isso mesmo, um *sistema*. Diz-se, assim, que um conjunto de normas constitui um sistema quando todas elas derivam de uma norma comum, na qual todas se apoiam, e que, por isso mesmo, recebe em relação a todas as demais a denominação de “norma fundamental”.

O sistema jurídico abarca todos os diversos preceitos que integram o ordenamento de um Estado num dado momento, desde a norma mais geral até as mais individualizadas. Nesse sentido, pode-se afirmar que integram o sistema jurídico de um Estado a sua Constituição, as leis e todas as demais normas jurídicas, tais como contratos, testamentos, sentenças judiciais etc.

Kelsen (1998, p. 222-223) é um dos jusfilósofos que expuseram com profundidade essa matéria e, em uma passagem de sua Teoria Pura do Direito, torna bem clara a relação existente entre as normas de um sistema jurídico, bem assim o fundamento de validade dessas normas. Para tanto, Kelsen toma como exemplo uma sentença penal. Formulando uma pergunta acerca de por que esta norma individual (a sentença penal) é válida como parte de um sistema jurídico determinado, o próprio Kelsen responde, em síntese, que é: “porque foi criada de acordo com uma lei penal. Esta lei recebe, por sua vez, sua validade da Constituição, já que foi estabelecida pelo órgão competente que a Constituição estabelece. Se perguntamos por que a Constituição é válida, quiçá nos remitamos a outra Constituição que foi a primeira, do ponto de vista histórico, mas que foi estabelecida ou por um usurpador ou por uma assembléia.”

Kelsen, explicando a estrutura lógica do ordenamento jurídico, afirmou que constitui “não um sistema de normas jurídicas de igual hierarquia, situadas umas ao lado das outras, por assim dizer, mas sim uma ordem graduada de diferentes camadas de normas”.

Merkel, discípulo de Kelsen apud Torré (1997, p. 238-239), comparou essa estrutura com uma pirâmide, e essa feliz comparação — que ficou conhecida como Teoria da Pirâmide Jurídica — se difundiu tanto, que hoje se fala de pirâmide jurídica como significado de cada ordenamento jurídico singular e até mesmo do internacional, no qual estão harmonizados todos aqueles. Na pirâmide jurídica, as normas se distribuem nos diferentes graus, que se escalonam desde o vértice até a base, diminuindo no mesmo sentido sua generalidade: no plano mais alto estão as normas constitucionais (em sentido positivo) e na base da pirâmide estão as normas individuais. Entre os dois extremos se encontram as leis *stricto sensu* e abaixo das normas individuais, encontram-se os atos de execução material destas normas.

3 O SISTEMA JURÍDICO DO BRASIL

Tomando-se em consideração a principal fonte do Direito como sendo, respectivamente, a legislação (em sentido amplo) ou a jurisprudência, o mundo civilizado está dividido em dois grupos de sistemas jurídicos: 1) o dos sistemas preponderantemente legislados¹; e 2) o dos sistemas preponderantemente jurisprudenciais.²

Ao tratar desse assunto, Torré (1997, p. 391) adverte que a referida classificação não tem valor absoluto, porque os dois sistemas mencionados, embora há muito tempo

¹ Classe de sistema esta que também se denomina *continental* ou *romanista* - a denominação "continental" se sobrentende "europeu", qualificação que o sistema preponderantemente legislado recebeu em atenção ao lugar em que começou a vigorar e ainda vigora, já que, uma vez desaparecido da antiga Roma, o Direito Romano sobreviveu como Direito privado de todos os países da Europa Continental, salvo Gibraltar, desde o século XVIII, quando a Inglaterra dele se apoderou; este qualificativo (continental) também se presta para diferenciar o sistema romanista do "sistema insular"; e a qualificação "romanista" remete à origem dessa espécie de regime jurídico, que provém, direta ou indiretamente, do Direito Romano.

² Ou sistemas do "common law", ou ainda "sistema insular", denominação que recebe porque a Inglaterra, lugar onde se iniciou, situa-se numa ilha; e serve, por sua vez, para contrapor à denominação do outro sistema, ou seja, o sistema continental

existam, vigoram apenas nos países civilizados e, por isso mesmo, pode ocorrer que na atualidade haja povos que vivam em forma primitiva, regendo-se por um regime jurídico puramente consuetudinário, até porque, entre os povos primitivos, todo o Direito sempre foi consuetudinário.

Apesar da advertência, a classificação dos sistemas jurídicos segundo a sua origem (em Romanista ou do "Common Law") é universalmente aceita.

No mais, resta óbvio, que o sistema de Direito vigente no Brasil é do tipo Romanista. Aliás, o sistema Romanista ocorre com toda a América do Sul, em toda a América Central e, como visto, em toda a Europa Continental, salvo Gibraltar, — incluídas até mesmo Suécia e Noruega.³

Nos países de filiação romana — e, portanto, também no Brasil — os juristas têm uma maneira particular de pensar o Direito, que é predominantemente racionalista, porque consideram em primeiro plano as normas jurídicas, especialmente a lei, deixando os fatos em segundo plano, assim como as demais fontes do Direito (incluída a Jurisprudência), que são subordinadas à lei.

Além da circunstância de ser um sistema preponderantemente legislado, os juristas costumam apontar também as seguintes características do sistema continental: 1) permite mudanças mais rápidas, já que uma lei, por exemplo, pode ser reformada ou substituída em um prazo relativamente breve, o que é uma vantagem sobre o outro sistema, numa época como a atual, em que a realidade social muda aceleradamente; 2) é tecnicamente mais avançado que o "common law", bastando citar, para ilustrar, que todos os países do sistema romano, devido à codificação, se tornaram Estados constitucionais e neles vigora o princípio da supremacia da Constituição, o que traz inegáveis vantagens; e

³ Na própria Grã-Bretanha o sistema Romanista penetrou, para reger a Escócia; na América do Norte, esse sistema vigora no México e no Estado da Louisiana dos Estados Unidos, bem como na província de Quebec do Canadá; vigora, também, em quase todo o continente africano; e na Ásia, em países como a China, Ceilão, Indonésia, Japão, nas ilhas Hawai, nas Filipinas etc..

3) oferece, em princípio, mais segurança jurídica, dada a maior certeza que surge devido às leis, permitindo predizer com maior probabilidade de acerto qual haverá de ser a interpretação judicial em caso de conflito (daí a razão pela qual, nos países do "common law" há a tendência de se legislar sobre matérias que exigem grande certeza e segurança, como por exemplo o comércio); e, oferece ainda maior segurança, porque, em se tratando de Estados constitucionais, as prescrições da Constituição não podem ser validamente violadas por leis comuns.

4 AS FONTES DO DIREITO

4.1 O que se deve entender por fontes do Direito

A locução "fontes do Direito" é multívoca, ou seja, pode ser empregada em distintas acepções. Torr  (1997, p. 299-301) fundamenta muito bem essa assertiva, ilustrando que a expressão "fontes do Direito", dentre outras acepções: 1) presta-se para designar as *fontes de conhecimento* ou *históricas*: são os documentos (inscrições, papiros, livros, coleções legislativas etc.), que cont m o texto de uma lei ou conjunto de leis. Por exemplo, as Institutas, o Digesto etc., são fontes de conhecimento do Direito Romano; 2) designa as *fontes de produção*: alguns autores empregam esta expressão para estabelecer uma diferença com as fontes de conhecimento e outros o fazem por entender que se agrupam sob esta denominação uma série de questões heterog neas; 3) de um ponto de vista geral e filosófico, tem o significado de *o espírito humano*, que, como afirmou Del Vecchio é a fonte primária e inesgotável do Direito; 4) serve para designar a *autoridade criadora* do Direito: por exemplo, se diz que o Congresso é a fonte das leis; 5) presta-se para fazer referência ao *ato criador do Direito*. Neste sentido se fala do costume, enquanto fato social, do ato legislativo etc., como fontes do Direito; 6) refere-se   *fonte do conteúdo das normas*: são as

chamadas **fontes materiais ou reais**, que podem ser definidas como os fatores e elementos que determinam o conteúdo de tais normas.

Também influi no conteúdo das normas — são, portanto, fontes materiais — o *sentimento jurídico*, que contribui não só para conformar o conteúdo da legislação como também o da jurisprudência; 7) tem o sentido de *fontes formais*, ou seja, as diferentes maneiras pelas quais se manifestam as normas jurídicas (lei, jurisprudência, contratos etc.); e 8) equivale à *fonte de validade* do Direito; ou a *vontade do Estado*, que é a fonte de validade de todo o Direito.

Serpa Lopes (1996, p. 81), ensina que pela expressão “*fontes do Direito*” podem ser entendidos dois aspectos especiais da origem do Direito: ou num sentido real, dogmático, isto é, os sistemas de fato que dão ao Direito a sua própria razão de ser, ou as próprias necessidades individuais ou sociais a que o Direito é destinado a satisfazer, caso em que as fontes se confundem com o próprio Direito; ou então a expressão *fontes do Direito* pode significar, mais exata e especificamente para o jurista, os órgãos sociais donde imediatamente deriva o Direito. No primeiro caso, as fontes do Direito representam o elemento básico de todos os estudos jurídicos, de que foram pioneiros Geny e Lambert; no segundo caso, que é o que mais interessa ao jurista, constitui uma categoria formal.

Serpa Lopes (1996, p.82), propõe a seguinte distinção para as fontes do direito: 1º) fonte do Direito, entendida como causa última do próprio Direito, o fundamento da realidade do ordenamento jurídico, e que constitui o objeto de especulações da Filosofia do Direito, investigação da sua legitimação objetiva e sua validade sociológica; 2º) fontes do Direito Positivo, isto é, as forças sociais que produzem legitimamente, dentro de uma organização jurídica, os vários tipos de normas jurídicas, que constituem seu ordenamento jurídico; 3º) as fontes de conhecimento do Direito Positivo, ou

material usado para poder averiguar o conteúdo das normas jurídicas.

Inúmeros outros autores classificam as fontes do Direito, simplesmente, em *fontes formais* e *fontes materiais*. Estas últimas correspondem aos fatos sociais e históricos que precisam de ser disciplinados e, por isso, fazem surgir Direito (equivalem às “fontes de Direito”, simplesmente, a que se refere Serpa Lopes); e as primeiras correspondem às normas que são efetivamente acatadas como lei pelos membros de uma sociedade e cuja necessidade de observância é não só reconhecida, mas também imposta, coativamente, pelos órgãos estatais com poder para tanto (equivalem às “fontes de Direito Positivo”, referidas por Serpa Lopes).

Bittar (1994, p.21), usa a expressão *fontes do Direito* para designar tão-somente as *fontes materiais* (os mananciais de onde promanam as normas jurídicas, que são, para ele, o Direito Natural e o arbítrio humano); e adota a locução *meios de expressão do Direito*, sem agregar o uso da palavra fontes, quando quer se referir às fontes formais.

Independentemente do termo utilizado, fontes do Direito, enquanto objeto da Teoria Geral do Direito, são as normas que regulam coativamente a vida social.

4.2 Classificação das fontes do Direito

À Teoria Geral do Direito não cabe se ocupar do estudo das fontes quanto aos seus demais sentidos, incumbindo-lhe averiguar as fontes do Direito somente enquanto normas de conduta efetivamente acatadas em um dado sistema jurídico. Os demais aspectos das fontes do Direito devem ser vistos em matérias como a Sociologia Jurídica e a Filosofia do Direito, além de outras ciências especiais que também se ocupam do fenômeno do Direito sob distintos prismas.

Oportuno, por isso, estabelecer uma classificação que nos permita identificar, com precisão, o

verdadeiro sentido das fontes de Direito a que estivermos nos referindo.

A maioria dos juristas brasileiros concorda em que as fontes formais do Direito são uma categoria composta de fontes preestabelecidas e portadoras de um caráter estático e que, porém, o movimento das sociedades humanas não se contenta com essas bases exclusivamente estáticas, de modo que pede e exige outras, mais compatíveis com a sua dinâmica. Por isso, as fontes formais do Direito são seguidas de outras, que certos juristas denominam de não formais; e alguns juristas ainda criar uma terceira categoria, de modo que na bibliografia brasileira são encontradas referências a três espécies de fontes: 1) as *imediatas* ou *formais*, que são as leis no seu sentido amplo, de regras sociais obrigatórias; 2) as *mediatas* ou *geradoras*, que são o costume, a doutrina (ou Ciência do Direito) e a jurisprudência dos tribunais; e 3) as *fontes subsidiárias* do Direito, isto é, os preceitos jurídicos aplicáveis aos casos não previstos (analogia, equidade e princípios gerais do Direito).

Outros juristas simplificam essa classificação, reduzindo-as a dois graus: 1) fontes *diretas* ou *imediatas*, representada por aquelas fontes que sejam suficientes para produzir a regra jurídica por sua própria força; e 2) fontes *indiretas* ou *mediatas*, quando insuficientes a produzir a regra por sua própria força.

4.3 As fontes que têm e as que não têm forças obrigatórias e sua classificação

Em harmonia com a classificação acima exposta, as fontes que têm força obrigatória — efetivamente capazes de produzir de pronto a regra jurídica — são as fontes *formais*, também denominadas *diretas* ou *imediatas*.

São fontes revestidas de tais atributos — e, por isso, fontes formais, diretas ou imediatas — a lei e o costume⁴, dependendo, é claro, do tipo de sistema jurídico ao qual se esteja filiado (nos sistemas filiados ao tipo “common law” os costumes sempre são fontes diretas; e no sistema do tipo Romanista isso ficará a critério da legislação, podendo esta determinar que se tratam de fontes primárias ou de fontes secundárias).

São fontes *indiretas, mediatas ou geradoras* (incapazes de produzir, por si próprias, regra jurídica), conforme a maioria dos juristas brasileiros, a jurisprudência dos tribunais e a doutrina.

Como fontes subsidiárias, aparecem os princípios gerais do Direito, a analogia e a equidade, dada a sua função de colmatar as normas positivas ou de orientar o aplicador para melhor aplicar a lei.

Há ainda quem insira o contrato como fonte jurídica *formal, direta ou imediata*. O contrato tem força obrigatória, mas não tem o caráter geral e abstrato, como a lei em sentido amplo. A teoria clássica exclui os atos jurídicos (gênero de que faz parte o contrato) da categoria de fontes do Direito, porque se destinam a reger casos particulares, regulando somente situações individualizadas, em oposição ao conceito de lei. A doutrina clássica manteve vivo contraste entre as fontes do Direito propriamente ditas e os atos jurídicos, dando este causa a situações individuais, a Direito subjetivo ou poderes de Direito. No fim do século XIX e começo do século XX, os autores de Direito Público criticaram essa concepção clássica e, partindo do conceito de ato jurídico,

⁴ É necessário salientar que no Direito positivo brasileiro os costumes estão colocados em nível inferior ao da legislação, servindo como mero elemento interpretativo ou destinado à colmatação das lacunas da legislação. Todavia, a ordem jurídica pode admitir perfeitamente, em termos gerais, a possibilidade de um Direito com o seu campo de ação independente da legislação consciente e refletida. A inserção dos costumes entre as fontes indiretas (ou mediatas ou, ainda, geradoras) ou entre as diretas (ou imediatas ou, ainda, formais) relaciona-se tão-só com o momento histórico por que passa o sistema jurídico. A posição das fontes constitui um fato histórico, de modo que depende da organização política, o que se pode comprovar simplesmente citando o caso do Direito Inglês, em que os costumes não só são fontes imediatas, como também estão colocados em nível superior ao da legislação.

como manifestação de vontade, exteriorizada com o objetivo de produzir um efeito de Direito, entenderam tal conceito como perfeitamente ajustável (equiparado) à decisão do legislador, da qual decorrem efeitos de Direito, sob a forma de uma regra nova.

Assim, com base na doutrina publicista, podem-se acrescentar os contratos como fontes jurídicas formais diretas ou imediatas, na medida em que — embora, diferentemente da lei, sem eficácia generalizada, mas sim voltado para um caso concreto — eles proporcionam a criação de direitos, tal como a lei.

Desse modo, reiteramos que nesta monografia nos ocupamos de problemas relacionados tão-somente com as fontes do Direito no seu sentido de normas cogentes, integrantes de um ordenamento jurídico.

4.4 Fontes do Direito e a distinção entre Direito Objetivo e Subjetivo

É necessário esclarecer, também, que em Teoria Geral do Direito, quando falamos em “fontes do Direito”, referimo-nos às fontes do Direito com força de norma coativa, ou seja, falamos do Direito Objetivo.

Realmente, seria impróprio pretender nortear o estudo das fontes do Direito para pretensas fontes do Direito Subjetivo, porque isso constituiria em incorrer, embora para outro fim, no mesmo equívoco em que incidiu Kelsen, ao supor que Direito Objetivo é o mesmo que Direito Subjetivo, quando afirmou que Direito Subjetivo é o mesmo Direito Objetivo, em relação com o sujeito de cuja declaração de vontade depende a aplicação do ato coativo estatal, assinalado por uma norma.

Tecnicamente, quando se fala de Direito, deve-se ter em mente o Direito Positivo, posto que este, na feliz expressão de Torr  (1997, p. 299), é o único Direito que existe. De fato, o Direito Subjetivo não tem existência material, existindo apenas abstratamente, em decorrência de uma norma

positiva, ou seja, é “uma possibilidade de ação autorizada por uma norma jurídica”.

Essa conclusão — de que o Direito que existe concretamente é apenas o Direito Positivo —, ressalvada na Teoria Formalista, de Kelsen, pode ser deduzida de qualquer das principais teorias existentes a respeito da natureza do Direito Subjetivo. Para corroborar esse entendimento, nada melhor do que examinar o enunciado das principais teorias que afirmam a natureza do Direito Subjetivo.

São muitas as teorias que foram formuladas, visando a apontar a natureza do Direito Subjetivo, sendo mais conhecidas as seguintes (inclusive a de Kelsen), consoante explicações de García Maynez apud Torr  (1997, p. 210-211), 1) Teoria da Vontade (de Windscheid) — para este autor, o Direito Subjetivo é um poder ou senhorio da vontade, reconhecido pelo ordenamento jurídico; 2) Teoria do Interesse (de Ihering) — Ihering sustentou que Direito Subjetivo é um interesse juridicamente protegido ou, em outras palavras, é um interesse tutelado pela lei; 3) Teoria Eclética (de Jellinek) — afirma que o Direito Subjetivo é um interesse tutelado pela lei, mediante o reconhecimento da vontade individual; 4) Teoria Formalista (de Kelsen) — parte do entendimento de que Direito Subjetivo é o mesmo que Direito Objetivo, em relação com o sujeito de cuja declaração de vontade depende a aplicação do ato coativo estatal, assinalado por uma norma; e 5) Teoria da Faculdade Jurídica Normatizada — consoante esta teoria, o Direito Subjetivo é uma possibilidade de a  o de acordo com uma norma jurídica.

A teoria considerada ideal   esta última, porque no seu enunciado se destaca a verdadeira essência do Direito Subjetivo e sua relação iniludível com a norma jurídica, na medida em que não há faculdade jurídica sem uma norma que a estabeleça. Mas, como é evidente, a existência de dita relação não impede que se trate de coisas distintas, mesmo que relacionadas entre si.

Na formulação da sua teoria, Kelsen, como visto antes, incorreu no erro de afirmar que, em determinada relação com sujeito, Direito Subjetivo é o mesmo que Direito Objetivo. Com efeito, isso significa o mesmo que confundir norma com faculdade, que é coisa diferente. A circunstância de que todo Direito deriva de uma norma não demonstra que norma e faculdade sejam o mesmo.

Também mereceram críticas — que não serão comentadas por não interessarem diretamente a este estudo — as demais teorias, porém, em todas estas se pode notar aquilo que se visava a expor, ou seja, que não se confunde Direito Objetivo com Direito Subjetivo, porque aquele é norma existente, com força coativa, e este é uma possibilidade de agir decorrente da existência da norma.

Talvez, melhor seja afirmarmos que no estudo de Teoria Geral do Direito, quando falamos pura e simplesmente em “Direito”, queiramos mencionar a norma, o Direito com força coativa, e saber que dessa norma (Direito) pode decorrer relação jurídica, bem como que, dentro desta, seja possível diferenciar o Direito Subjetivo (faculdade do sujeito ativo de exigir algo que a norma lhe assegure) e dever jurídico (algo que o outro sujeito — passivo — deva cumprir).

4.5 A fonte ou fundamento unitário de validade de um sistema de Direito positivo

Conforme vimos em tópico anterior, o Direito tem variados modos de expressão ou, em outros termos, variadas “fontes”. Todavia, todas as fontes do Direito têm uma fonte de validade comum e unitária ou — para afastar mal-entendidos vocabulares e conseqüente desvirtuamento daquilo de que realmente se trata aqui — um fundamento de validade comum.

Sobre este assunto, Siches (1997, p. 284-285) fornece excelente subsídio, ao explicar que o fundamento de validade de todo o Direito é a vontade do Estado. Todo Direito

Positivo, qualquer que seja a sua natureza (consuetudinário, jurisprudencial, legislado, contratual, institucional etc.) só é Direito Positivo se consistir na expressão da vontade do Estado. Esta é, portanto, a única fonte formal das normas jurídicas positivas vigentes, e é assim porque toda norma positiva, seja qual for sua origem efetiva, constituirá Direito vigente na medida em que deva ser aplicada, imposta pelo Estado, ou seja, por seus órgãos.

Órgãos do Estado são aqueles que o Direito estabelece como tais, porque determinados atos deles não são a eles atribuídos, mas sim ao Estado. Os órgãos do Estado deixam de ser tais quando aquilo que realizam não está previsto na ordem jurídica como vontade do Estado. Mas tudo aquilo que os órgãos do Estado realizam, dentro do âmbito de sua competência formal e material, vale como vontade do Estado (mesmo que de fato haja sido criado em outra instância: consuetudinária, institucional, contratual etc.).

Um costume, uma norma contratual, uma norma institucional ou qualquer outra espécie normativa não é Direito Positivo, não é Direito vigente, quando não for suscetível de obter aplicação pelos tribunais ou por outros órgãos do Estado, isto é, não é Direito Positivo uma norma cujo cumprimento não seja imposto inexoravelmente pelo Estado. Se um costume (ou qualquer outro tipo normativo) é aplicado por um órgão estatal com competência para tanto, só por isso já se torna uma manifestação da vontade do Estado; ou, dizendo de outro modo, é pelo fato de se considerar que o Estado faz sua a vontade expressada nessa norma que ela é aplicada pelos órgãos estatais.

Se de fato existe, por exemplo, um vigoroso costume normativo que parece ter a pretensão de constituir regra jurídica, mas não é reconhecida como tal pelos órgãos do Estado, os quais não a aplicam, não impõem o seu cumprimento, teremos que reconhecer que esse costume não é Direito vigente, ainda que fique a salvo a estimação crítica de que acaso devesse ser Direito.

Portanto, a vontade do Estado — entendida esta como o centro comum de imputação de todos os mandados contidos no ordenamento jurídico — é a fonte ou a razão unitária formal do Direito Positivo, e não deve ser confundida com os modos de expressão do Direito.

4.6 As formas de produção do Direito de modo originário e de modo derivado

Trata-se de uma classificação muito usual das fontes do Direito a que as distingue em fontes originárias e fontes derivadas (ou formas de produção do Direito de modo originário e formas de produção do Direito de modo derivado), tomando em consideração, respectivamente, a circunstância de a norma nascer com fundamento em outra norma ou não.

Convém, contudo, advertir que nesta classificação, embora se utilize a denominação de fontes, incluem-se objetos de distintas essências. Para ilustrar essa assertiva, tomemos como exemplo uma revolução: segundo o critério ora expandido, trata-se de uma fonte originária de Direito, mas, sem dúvida alguma, é um fato social e histórico, além de se tratar, também, de uma fonte material de Direito. A importância da classificação em análise, a nosso ver, encontra-se no fato de que ela serve para aclarar ainda mais a noção que já passamos a respeito de sistemas jurídicos, além de facilitar a compreensão do estudo da hierarquia das fontes, de que trataremos mais adiante.

Produção originária é aquela em que se cria a norma fundamental de um sistema ou ordem, fazendo nascer, assim, esse sistema, sem apoio em nenhuma norma jurídica positiva preexistente. Produção derivada é a que tem lugar quando se produzem normas a teor do disposto em um sistema jurídico já constituído, pelas competências e segundo os procedimentos nele estabelecidos.

São exemplos de fontes originárias: a) o costume jurídico, pois surge espontaneamente da convivência

social; b) a justiça e a equidade, conforme citam alguns autores, na medida em que nenhuma norma preexistente (lei, por exemplo) diz em que elas consistem (convindo advertir que a justiça e a equidade se inserem também na classificação das fontes materiais do Direito); c) o estabelecimento de uma comunidade jurídica em um território não pertencente a nenhum Estado, porque dá nascimento a uma ordem jurídica ou sistema jurídico, sem apoiar-se em nenhuma norma anterior — eis que inexistia; d) pelas mesmas razões do exemplo anterior, a fundação de um novo Estado; a revolução, o golpe de Estado e a conquista triunfantes (que, enquanto fontes, são, também, fatos sociais). Nesse sentido, à guisa de ilustração, pode-se concluir que a fonte originária do Direito indiano foi a conquista da América pelos espanhóis; e) a ocupação originária: por exemplo, o estabelecimento de colônia em lugares desabitados e, portanto, desprovidos de Direito. Ilustrativo é o célebre caso da colônia Pitcair, constituída nessa ilha polinésica por alguns marinheiros ingleses amotinados, em 1790.

Por sua vez, **são exemplos de fontes derivadas do Direito:** a) as leis ordinárias, posto que ditadas pelo Poder Legislativo, que é consagrado pela Constituição; b) os regulamentos decretados pelas autoridades competentes para tanto, consoante preestabelecido em outra norma; c) as decisões produzidas pelos tribunais competentes, segundo o previsto nas leis aplicáveis; d) os contratos formalizados pelos particulares, que sejam capazes, segundo a lei, dentro do campo por esta admitido; e e) a jurisprudência, enquanto surgida do marco da lei etc..

4.7 Validade das fontes do Direito

Como bem salienta Nino (1998, p. 132), a expressão “validade” é ambígua, quer quando se aplica para qualificar uma norma jurídica, quer quando se usa em relação a toda uma ordem jurídica. Segundo bem explicita o mesmo

autor, a palavra “validade” pode ser empregada: 1) para expressar que uma norma ou um sistema normativo *existem*, isto porque uma norma ou um sistema só existem porque são válidos e vice-versa; 2) significando a justificabilidade de uma norma ou de um sistema jurídico na sua força obrigatória moral. Neste sentido, uma norma existe se e somente se estiver moralmente justificada, na medida em que aquilo que declara proibido, obrigatório ou permitido é, efetivamente, proibido, obrigatório ou permitido; 3) para expressar que uma norma jurídica vale como tal porque há outra norma do sistema jurídico que declara como obrigatória sua aplicação ou observação.; 4) para expressar que uma norma jurídica é oriunda de uma autoridade competente, dentro dos limites de sua competência, o que significa que tal norma foi produzida em consonância com o que autorizam outras normas jurídicas; 5) para dizer que uma norma em questão pertence a um certo sistema jurídico; e 6) significando que uma norma ou um sistema jurídico têm vigência ou eficácia, ou seja, que são geralmente observados e aplicados.

Em sentido amplo, realmente, cada um dos significados acima expressa uma razoável noção de validade das normas jurídicas. Convém, todavia, que busquemos uma definição que expresse com mais precisão aquilo que se deve entender por validade da ordem jurídica (as normas numa consideração global) ou mesmo de uma norma jurídica singular, ou seja, de uma fonte de Direito.

Ao estudar o tema dos Sistemas Jurídicos (item 2.), vimos que Kelsen nos fornece a clara noção de como se dá a estrutura lógica de um ordenamento jurídico, evidenciando que não se trata de um sistema de normas de igual hierarquia, simplesmente situadas umas ao lado das outras, mas sim de uma ordem graduada de diferentes camadas de normas. Vimos, também, que Merkl comparou essa estrutura com uma pirâmide, dando origem à expressão “Pirâmide Jurídica”, que se tornou clássica, dada sua larga utilização pelos juristas, para fazer referência a uma dada ordem jurídica dotada de *validade*.

Isso basta para evidenciar que a validade das normas jurídicas é um tema que tem íntima relação com o tema dos sistemas jurídicos.

O conceito de validade pode ser dado sob uma ótica *normativa* ou sob o sentido *descritivo*. Se a designação do conceito de validade inclui a justificabilidade ou força obrigatória moral das normas ou do sistema jurídico de cuja validade se cogita, o conceito se converte em uma noção *normativa*. Não incluindo esse predicado, o sentido de “validade” será *descritivo*, tendo, assim, algum dos significados elencados no primeiro parágrafo deste tópico “4.7”, conforme a hipótese a que se aplique.

Pelo sentido *normativo* da expressão “validade”, dizer que uma norma ou um sistema são válidos implica afirmar que *devem* ser observados e aplicados, ou seja, que são bastantes em si para justificarem uma ação ou decisão. Não se pode deixar de notar, contudo, que nessa afirmação há uma visível auto-contradição. Com efeito, considerando-se a palavra “validade” com o seu significado normativo, toda vez que afirmarmos, por exemplo, que uma norma é válida, mas que não deve ser obedecida ou aplicada — por ser injusta ou por alguma outra razão — isso constituirá uma auto-contradição. Advertimos, também, que quando se usa a expressão “validade” com o significado normativo — sustentando, portanto, que uma regra só é norma jurídica se é válida, ou seja, se está justificada ou tem força obrigatória — está-se pressupondo uma definição não positivista do direito, ou seja, uma definição que alude não às normas reconhecidas por certos órgãos, mas sim às normas que *devem ser* reconhecidas por eles.

No sentido *descritivo*, “validade” abrange qualquer um daqueles significados, que estão associados com a vigência de uma norma ou de um sistema, ou com a circunstância da norma pertencer a um sistema ou, ainda, com a circunstância de que uma norma haja sido permitida ou declarada obrigatória por outra. A aplicabilidade destes

distintos conceitos de validade depende somente de verificações fáticas, ou seja, conforme aquilo de que se trate. Outrossim, vale observar que, diferentemente da noção anterior, trata-se de significados de cunho positivista, estes a que acabamos de nos referir.

Por isso é que buscamos subsídios no ensinamento de Kelsen e na Teoria da Pirâmide Jurídica, resultante daquela comparação feita por Merkl, para definirmos “validade” de uma norma ou de uma ordem jurídica (sistema).

Não podemos deixar de anotar que existem duas interpretações acerca do conceito de “validade” Kelseniano, uma considerando que ele segue a noção descritiva e outra considerando que ele segue o sentido normativo quando dá o conceito de “validade”.

A nosso ver, seja sob uma ótica normativista ou mesmo descritiva, o fato é que Kelsen conceituou muito bem a validade de uma norma ou sistema jurídico. Essa discussão gerada em torno do seu pensamento serve para nos recomendar que mantenhamos cuidadosamente separados o conceito normativo dos conceitos descritivos de validade (ou existência) de uma norma ou sistema jurídico, apenas para que, quando formos empregá-los, o façamos adequadamente.

Nesse contexto, parece-nos salutar a orientação de Nino (1998, p.139), de que é melhor utilizar a palavra “validade” para fazer referência à justificabilidade ou força obrigatória das normas jurídicas e outorgar à palavra “existência” exclusivamente um significado descritivo.

Desse modo, para concluir este tópico, e sem perder de vista as duas noções (normativa e descritiva) de validade, parece-nos que melhor é definir validade como o atributo de uma norma jurídica que foi originada de acordo com uma outra norma, dita fundamental, a qual, por sua vez, é pressuposta como válida. Conseqüentemente, uma norma jurídica válida é geralmente observada por seus destinatários e aceita efetivamente em suas decisões por órgãos que têm a possibilidade fática de pôr em movimento o monopólio da

força estatal para executar as medidas coativas que o sistema autoriza.

4.8 Hierarquia das fontes do Direito

Conforme já ressaltamos, os temas relativos à noção e conceito das fontes do Direito, aos sistemas jurídicos, à validade das fontes e à hierarquia das fontes guardam entre si acentuada conexão. Muitas vezes acontece que o aplicador do Direito se depara com um problema e não sabe enquadrá-lo, com exatidão, dentro da ciência jurídica, para buscar a melhor solução à luz da teoria geral exposta na doutrina. Isso ocorre com frequência no caso dos temas mencionados, devido à evidente conexão existente entre eles, criando, por assim dizer, uma “zona cinzenta”. Estudando os referidos temas em tópicos separados, podemos captar suas respectivas sutilezas, e, sempre que nos depararmos com um problema envolvendo algum deles, saberemos situá-lo acertadamente dentro da teoria pertinente e, por conseguinte, poderemos encontrar a melhor solução.

As normas que constituem um sistema jurídico, de acordo com o que já expusemos, ordenam-se segundo certos níveis de hierarquia, de modo que, ante o conflito entre a aplicação de uma ou de outra norma, deve ser aplicada aquela que está em plano hierárquico superior.

Porém, a hierarquia das fontes jurídicas — no sentido de fontes com força coativa própria — não é algo uniforme, pois varia de sistema para sistema, de modo que deve ser examinada dentro do contexto de cada um. Outrossim, não se pode estabelecer, “a priori”, qual ou quais das diversas fontes do Direito são admitidas em cada sistema jurídico em particular, devendo a resposta para essa questão ser buscada mediante a aplicação de técnica específica.

Em outras palavras, não existe uma escala hierárquica taxativa, que se aplique indistintamente para qualquer sistema jurídico. Para estabelecer a escala hierárquica num sistema

jurídico, devemos primeiro considerá-lo isoladamente, em seguida verificar quais são as formas de criar Direito que são usualmente obedecidas nesse sistema e depois partir para a última etapa, que é a de saber quais são as normas que têm preferência sobre outras e qual a razão dessa preferência.

Para averiguar por que umas normas têm preferência sobre outras, podemos nos socorrer dos critérios vigentes para identificação das normas pertencentes a um sistema e para definição da base desse sistema.

Um dentre vários critérios de identificação, utilizado por muitos autores, é o **critério da cadeia de validade**, segundo a qual pertencem a um sistema as normas derivadas, ou seja, aquelas normas cujos atos de ditá-las estão autorizados por outra norma que pertença ao sistema jurídico em questão. Assim, para determinar se uma norma pertence a um sistema, devemos chegar, através do que Raz denomina “cadeia de validade” e von Wright de “cadeia de subordinação”⁵, a uma norma ou conjunto de normas que consideramos que já forma parte do sistema. Cadeia de validade, segundo Raz apud Nino (1998, p.114), é o conjunto de todas aquelas normas tais que: 1) cada uma delas autorize a criação de uma só das restantes, exceto uma que não autorizará a criação de nenhuma; e 2) a criação de cada uma delas esteja autorizada por uma norma do conjunto.

Nesse particular, “mutatis mutandis”, o citado jurista segue diretriz semelhante à de Kelsen apud Nino (1998, p.115), o qual sustenta que uma norma é válida quando concorda com o estabelecido por outra norma válida no que diz respeito ao órgão que deve ditá-la, ao procedimento mediante o qual deve ser sancionada e ao conteúdo que deve ter dita norma. Pressupondo que a validade de cada norma reside no fato de ser derivada de outra norma válida, chega sucessivamente até a primeira norma positiva do sistema — a Constituição, por exemplo —, e então se pergunta se esta

⁵ Cfe. NINO, p. 114

também é válida. Se a resposta for positiva, resta confirmada a validade de todas as normas que derivam dessa norma primeira. Esta norma última da cadeia, Kelsen denominou de norma **fundamental** ou **básica**, que não é uma norma ditada por algum legislador humano ou divino, mas simplesmente um pressuposto epistemológico, uma espécie de hipótese de trabalho que utilizam implicitamente os juristas em suas elaborações (Nino, 1998, p.121).

Enfim, pelo critério da cadeia de validade — ou de derivação das normas — podemos identificar as normas que estão na base, as que estão na parte intermediária e a que se encontra no ápice de um sistema ou ordenamento jurídico qualquer.

Outra maneira de identificar as normas que integram um certo sistema jurídico é através das regras que Hart(1994,p.89-109), denomina de **regras de reconhecimento**. Esse autor considera que o Direito não se reduz a um só tipo de regras e propõe que o ordenamento jurídico é uma união de diferentes tipos de normas que classifica em primárias e secundárias. Regras primárias são as regras que prescrevem aos indivíduos o que devem ou não fazer e regras secundárias são regras que não tratam diretamente do que os indivíduos devem ou não fazer, mas se ocupam, tão-somente, das regras primárias. Estas, por sua vez, Hart (1994, p.89-109) as subdivide em **regras de conhecimento**, regras de mudança e regras de adjudicação (as duas últimas sub-classificações não interessam ao tema de que estamos tratando).⁶

Para explicar em que consistem as regras de conhecimento de Hart, talvez seja melhor mediante a repetição de uma pergunta e sua resposta, dadas por ele. À pergunta sobre por que os juízes são obrigados a aplicar certas normas, Hart (1994, p.118) responde que é porque “ela surge de uma

⁶ Regras de mudança são as que permitem dinamizar o ordenamento jurídico, indicando procedimentos para que as regras primárias mudem no sistema; e regras de adjudicação são as regras que atribuem competência a certos indivíduos - os juízes - para estabelecer se em uma ocasião particular houve ou não infração de uma regra primária.

prática ou regra social, desenvolvida principalmente por eles mesmos, que estabelece que as normas que satisfazem certas condições (como ter sido ditadas por determinado órgão legislativo) são válidas, ou seja, devem ser aplicadas”.

Portanto, **regra de reconhecimento** pode ser definida como a prática social de reconhecimento de certas normas, que pode se manifestar de diversos modos, como por exemplo na aplicação reiterada dessas normas, na forma de justificar essa aplicação, nas críticas a quem não as aplica etc.. Assim, qualquer que seja a forma pela qual os juízes justifiquem ou devessem justificar suas conclusões acerca de que normas eles devem aplicar, a convergência nessas conclusões entre distintos juízes gera uma prática comum de reconhecimento que pode ser tomada em conta por um observador externo, interessado em descrever o conteúdo do sistema jurídico, para determinar que normas os juízes desse sistema consideram válidas e obrigatórias. Uma regra de reconhecimento simples seria, por exemplo, a que declarasse: “São Direito neste país todas as regras ditadas pelo legislador “A” ou por quem ele autorizar”.

Pois bem, através de um desses critérios de reconhecimento acima tratados, facilmente se poderá identificar a base de um sistema jurídico. Esses critérios podem revelar, por exemplo, que na base de um dado sistema jurídico existem duas classes distintas de normas — digamos, “*verbi gratia*”, todas as normas ditadas por uma convenção constituinte e, além destas, um conjunto de normas consuetudinárias — e revelar, também, que uma dessas classes de normas tem prelação sobre a outra, não porque as normas da segunda classe “derivem” das normas da primeira, mas simplesmente, em caso de conflito, estas prevalecem sobre aquelas.

Há outro modo de constatar a ordem de prelação das normas de um sistema, que, pelo seu grande uso, merece menção: **através do que, eventualmente, disponham as próprias normas do sistema.** Com efeito, uma norma de um

sistema pode estabelecer a prelação que deve existir quanto à validade das normas inferiores a ela.

Para encerrarmos a citação de critérios, devemos registrar que também serve como critério para exame da hierarquia das normas num sistema jurídico a verificação da espécie a que pertine o sistema analisado: se de origem romanista ou do "common law", por exemplo. Assim, em se tratando de um sistema que deriva do sistema Romanista, é claro que as leis "stricto sensu" predominarão sobre quaisquer outras espécies de normas. Por outro lado, cuidando-se de um sistema derivado do "common law", estarão no nível máximo os precedentes (ou jurisprudência, como denominam os latinos).

Finalmente, concluímos dizendo que, seguindo os critérios de reconhecimento que se utilizam para identificar a base de um sistema jurídico e o que dispõem as normas do próprio sistema, podemos diagramar razoavelmente a estrutura hierárquica de qualquer ordenamento ou sistema jurídico. Exemplo prático disso damos logo abaixo, quando tratamos das fontes do Direito no Brasil e ali esboçamos a sua prelação ou hierarquia.

4.9 As fontes do Direito no Brasil e sua hierarquia

Depois de termos anotado que há diferentes critérios dos quais o jurista pode fazer uso para identificar as normas que integram um sistema jurídico e definir qual é a sua base de sustentação, parece-nos que já temos elementos que nos permitem traçar o perfil das fontes jurídicas no Estado Brasileiro e a sua hierarquia.

Devemos, inicialmente, relembrar que as fontes de que estamos a tratar são as fontes de Direito formais, ou seja, não nos referimos a simples influências históricas ou causais, mas, nas palavras de Hart (1994, p. 277), "a um dos critérios de validade jurídica aceitos no sistema jurídico em questão".

Primeiramente, sendo o sistema brasileiro do tipo Romanista, é óbvio que a lei (*strictu sensu*) é a sua fonte jurídica formal por excelência e a Constituição é a sua norma fundamental ou básica. Assim, de plano já podemos adotar a seguinte conclusão: a Constituição é a regra que se encontra no ápice da pirâmide jurídica que representa o ordenamento jurídico do Brasil, de modo que todas as demais regras jurídicas a ela são subordinadas.

Por outro lado, examinando a legislação brasileira (que consiste em mais uma regra de reconhecimento de Hart), encontramos diversas leis estabelecendo o seguinte princípio: "quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito". Nesse exato sentido dispõe o artigo 4º do Decreto-Lei nº 4.657, de 4/9/42 (que é a lei de introdução ao código civil, mas, além disso, trata de muitos outros temas importantíssimos, como a aplicação das leis no tempo e no espaço, normas de interpretação e de integração do ordenamento jurídico etc.), "in verbis":

"Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito."

De modo semelhante ao do artigo supratranscrito, consta no art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º/5/43, que:

"Art. 8º. As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que

nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

No mesmo sentido, também, o Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25/10/66), que no seu artigo 108 estabelece:

“Art. 108. Na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará sucessivamente, na ordem indicada:

I) a analogia

II) os princípios gerais de direito tributário;

III) os princípios gerais de direito público;

IV) a equidade.”

Daí já se pode notar, claramente, que, por força de lei (a qual, no Brasil, já se viu que prevalece sobre outras espécies de normas) a analogia, os costumes e os princípios gerais do Direito não são fontes imediatas do Direito, mas sim, como afirmam vários autores brasileiros, fontes *subsidiárias* do Direito, na medida em que o aplicador está autorizado a utilizá-las para buscar neles a fundamentação para a solução dos casos somente quando a lei for omissa sobre esta. Trata-se, pois, reitere-se, não de fontes diretas do Direito, mas sim de meios de integração do Direito ou, no máximo, fontes mediatas ou, conforme Serpa Lopes, geradoras.

A jurisprudência, no Brasil, também não é fonte imediata do Direito, ou seja, só pode ser compreendida como uma fonte *mediata* ou *indireta*, uma vez que, sendo o sistema jurídico brasileiro do tipo Romanista, a jurisprudência não pode ser considerada como fonte imediata. A única hipótese em que, num sistema romanista, a jurisprudência pode vir a ter força de norma obrigatória (primária, portanto) é quando o próprio Direito Positivo (a lei *strictu sensu*) assim o declarar.

Cretella Júnior (1984, p. 85), salienta que, para alguns autores, a jurisprudência nada mais é do que uma forma de aplicação doutrinária, não lhe cabendo o papel de fonte do Direito; e que, para outros, o papel do Judiciário não é o de criar o Direito, função inerente ao Legislativo, mas o de aplicá-lo, resolvendo, pois, as questões, “secundum legis” e não “de legibus”, não devendo a jurisprudência ser considerada, pois, como fonte do Direito, ou seja, só pode ser compreendida entre as fontes *mediatas* ou *indiretas* do Direito. Diz, ainda, o mesmo autor que, “somente quando o Direito positivo desse eficácia obrigatória aos princípios baseados em determinado número de sentenças uniformes é que a jurisprudência poderia ser tida como fonte direta.”

Advertimos para o fato de que, no Brasil, o artigo 114 da Constituição Federal atribui às decisões dos Tribunais do Trabalho⁷, no julgamento de dissídios coletivos, o “status” de norma jurídica, destinada a reger as relações trabalhistas das categorias envolvidas, durante o tempo que fixar. Dissídios coletivos são o tipo de ação em que são partes antagônicas sindicatos de trabalhadores e de empresas, na qualidade de substitutos de seus respectivos representados, instaurado a pedido de uma dessas duas categorias ou do Ministério Público do Trabalho (este, no caso de paralisação do serviço essencial), visando à decisão do Tribunal no sentido de solucionar os conflitos coletivos de trabalho, com o estabelecimento de novas condições de salário e trabalho (dissídios de natureza econômica) ou com vistas à interpretação de cláusula(s) de acordo ou convenção coletiva ou à interpretação de uma sentença normativa (dissídios de natureza jurídica).

O caso referido não se trata, propriamente, de jurisprudência como fonte jurídica, sendo mais correto dizer que ao Judiciário se delega a função de criar a lei — em

⁷ Foi recentemente enviado pelo Presidente da República proposta de Emenda à Constituição para reduzir esse poder normativo dos Tribunais do Trabalho.

hipótese específica — destinada a reger as relações trabalhistas das categorias envolvidas no dissídio.

Destarte, a Jurisprudência, no Brasil, não é fonte primária do Direito, sendo apenas um forte referencial, no sentido de que, se os Tribunais estiverem decidindo, de um certo modo, um dado tipo de problema, talvez seja porque essa solução que estão aplicando (a jurisprudência) é a melhor para aquele tipo de caso⁸.

Por último, a Doutrina, que é motivo de divergência entre os autores — sobre se se trata ou não de fonte formal (imediata) do Direito —, no Brasil constitui mera fonte indireta do Direito, na medida em que apenas influi (não obriga) na estruturação das teses jurídicas, discutidas perante os Tribunais.

Também, os princípios gerais do Direito, como já visto acima, no Brasil são somente um critério seguro de interpretação da lei, que pode ser utilizado no suprimento de lacunas por elas deixados. Assim, os princípios gerais do Direito, no Brasil, não são fonte imediata, mas instrumento de integração das normas jurídicas, podendo ser classificados, também, conforme Serpa Lopes (1996, p.185-188), como fonte subsidiária.

Essas mesmas considerações se aplicam à analogia e à equidade. Relativamente a esta última, a propósito, no Código de Processo Civil Brasileiro encontra-se enfatizado o seu caráter de fonte subsidiária, no artigo 127, com o seguinte teor:

“Art. 127. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.”

Para melhor entendimento do assunto, relacionamos as espécies legislativas (leis “*stricto sensu*”)

⁸ Até 1982, o art. 902, § 1º, da Consolidação das Leis do Trabalho estabelecia efeito vinculante para os demais órgãos da Justiça do Trabalho aos “prejulgados” do Tribunal Superior do Trabalho (nome então atribuído à súmula da jurisprudência deste Tribunal), tendo sido revogado, por não ter logrado eficácia.

existentes no Brasil, quais sejam: *emenda à constituição, lei complementar; leis ordinárias, decretos legislativos, resoluções do Senado, leis delegadas e medidas provisórias.*

É claro que para a execução desses atos legislativos, encontramos outros atos que se impõe com força coativa, mas todos eles são subordinados à lei em sentido estrito. Dentre tais espécies de atos infra-legais, citam-se o decreto-regulamento, as resoluções, as portarias, as instruções normativas etc.

Desse modo, podemos estabelecer o seguinte esboço da Pirâmide Jurídica pela qual o sistema jurídico brasileiro se retrata: 1º plano: Constituição Federal e emendas à Constituição; 2º plano: lei-complementar à constituição federal; 3º plano: lei ordinária — decreto legislativo — resolução do Senado — lei delegada — medida provisória; 4º plano: atos administrativos normativos, destinados à complementação dos atos legislativos acima (decreto-regulamento do presidente da república e outros atos do Presidente da República e das autoridades administrativas federais, destinadas a tornar praticáveis as várias espécies de atos legislativos federais, tais como resolução, instrução normativa, portaria etc.); 5º plano: Constituição Estadual; 6º plano: lei-complementar à Constituição Estadual; 7º plano: lei ordinária estadual e decreto-legislativo estadual; 8º plano: atos administrativos normativos destinados a facilitar a exigibilidade e cumprimento dos atos legislativos acima (decreto-regulamento do Governador de Estado e outros atos do Governador de Estado e das autoridades administrativas estaduais, destinadas a tornar praticáveis as várias espécies de atos legislativos estaduais, tais como resolução, instrução normativa, portaria etc.); 9º plano: leis orgânicas dos Municípios; 10º plano: leis municipais; e 11º plano: atos administrativos normativos, destinados a facilitar a exigibilidade e cumprimento dos atos legislativos municipais.

Convém registrar que a escala hierárquica acima proposta não se aplica aos atos legislativos e infra-legislativos

que versem matérias inerentes ao exercício de sua autonomia administrativa, pelos Estados-Membros da União, pelo Distrito Federal e pelos Municípios. É que a Constituição Federal, no seu artigo 18, garante expressamente (e implicitamente nos arts. 25, 29, 32 e 34), a autonomia dos Estados-Membros da União, do Distrito Federal e dos Municípios integrantes dos Estados-Membros. Essa autonomia é de natureza administrativa, ou seja, para legislar sobre o modo de organizar e exercer a sua administração, realizar seus serviços públicos, contratar seus funcionários públicos etc., respeitadas certas regras inarredáveis constantes da Constituição Federal. Desse modo, quando se deparar com o conflito entre uma norma municipal ou estadual frente a uma norma constitucional, a norma estadual deverá prevalecer **exclusivamente** quando o caso a que ela se aplique seja uma expressão do exercício da autonomia **administrativa** da pessoa jurídica de Direito Público de que se cuida.

5 AS FONTES DO DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL

5.1 A autonomia do Direito do Trabalho

O Direito, enquanto um sistema normativo, constitui um todo unitário, tendo em vista que as normas jurídicas estão estreitamente vinculadas por relações de coordenação e de subordinação. Contudo, tanto por exigências científicas como por razões práticas impostas pela necessidade da divisão do trabalho, a grande massa de normas que constituem uma ordem jurídica qualquer tem sido classificada em diversos setores ou “ramos”.

A ordenação do Direito em múltiplos ramos se dá, principalmente, em consideração ao distinto caráter das relações sociais regidas pelas normas jurídicas, ou seja, pelo diferente caráter de conteúdo das normas. Não é possível estabelecer limites precisos entre os diversos ramos do Direito, pois, na realidade, há uma zona comum nas suas fronteiras, que

abarca elementos integrantes de ambos os campos limítrofes e que será mais ou menos ampla, segundo os ramos de que se trate.

Essa distribuição do Direito Positivo em distintos setores, como é lógico, deu origem às respectivas Ciências Jurídicas que estudam em particular um determinado setor dessa realidade jurídica. Assim, quando se menciona o ramo do Direito denominado Direito do Trabalho se está fazendo referência do Direito do Trabalho-Norma ou Direito do Trabalho propriamente dito, que deve ser diferenciado do Direito do Trabalho-Ciência ou Ciência do Direito do Trabalho, que é um ramo da Dogmática Jurídica ou Ciência Dogmática do Direito, voltado para o estudo científico do Direito do Trabalho.

Pode-se dizer que se formou um setor ou “ramo” do Direito, quando esse setor do Direito adquiriu autonomia científica, autonomia didática e autonomia legislativa. A autonomia científica existe quando a disciplina em questão busca fundamento em um setor da realidade jurídica que tem caracteres próprios e esteja submetido a princípios e normas mais ou menos diferentes dos demais setores. Por sua vez, a autonomia didática de um ramo do Direito consiste na existência de cátedras destinadas ao ensino dessa matéria e a autonomia legislativa existe quando há abundante legislação referente a um setor do Direito Positivo e, especialmente, se as normas estão codificadas.

Por atender a todas essas características, o Direito do Trabalho é um ramo autônomo do Direito.

5.2 As espécies de fontes do Direito do Trabalho no Brasil

Sendo o Direito um todo unitário, ao relacionar as fontes do Direito, o fizemos quanto a qualquer que seja o ramo, inclusive o Direito do Trabalho. Assim, salientamos que tudo aquilo que já estudamos sobre as fontes do Direito aplica-se também ao Direito do Trabalho, salvo algumas peculiaridades que iremos anotar.

Conforme já expusemos em outros tópicos, a expressão "fonte do Direito" é uma metáfora adequadamente utilizada para indicar de onde surgiu uma norma jurídica. Persistimos, assim, naquela tática de deixar de lado o problema das fontes materiais do Direito do Trabalho, porque se confundem com os seus próprios fundamentos e razões históricas, diretamente saídas do húmus social, e de lembrar que estamos a tratar das fontes formais (aquelas que conferem à regra jurídica o caráter de Direito Positivo).

Para apontarmos as fontes formais do Direito do Trabalho, o faremos seguindo um misto do critério de classificação de Délio Maranhão e Luiz Inácio B. Carvalho, que nos parece bem elucidativo, com o critério de classificação adotado por Evaristo de Moraes Filho e Antonio Carlos Flores de Moraes, semelhante, mas um pouco mais simplificado.

Para os autores Maranhão & Carvalho (1992, p.18-19), as fontes formais do Direito do Trabalho dividem-se em *fontes formais de origem estatal comuns ao Direito em geral* (a Constituição, os atos legislativos infraconstitucionais e atos normativos infra-legais), *fonte formal de origem estatal peculiar ao Direito do Trabalho* (sentença normativa), *fonte formal de origem autônoma peculiar ao Direito em geral* (costume) e *fontes formais de origem autônoma peculiares ao Direito do Trabalho* (convenção coletiva, acordo coletivo e, para alguns, o regulamento de empresa).

Segundo Moraes Filho & Moraes (1993, p.143-144), mais simplificadamente, dividem as fontes formais do Direito do Trabalho em fontes formais *heterônomas* e fontes formais *autônomas*. São heterônomas as fontes quando o comando normativo vem de fora da vontade das partes ou da parte principal, ou seja, do Estado, do Tribunal do Trabalho ou do próprio empregador. Por sua vez, quando se diz que as normas são autônomas é porque são os interessados que a constróem, remota ou aproximadamente, isto é, constróem a norma a que deverão se submeter, auto-disciplinando a sua vida econômica e profissional. Dentre as fontes heterônomas,

encontram-se a lei, o regulamento, a sentença normativa, o regulamento de empresa, quando unilateral (oriundo dos conselhos de empresa); e dentre as fontes autônomas, estão o costume, a o acordo e a convenção coletiva de trabalho e o regulamento de empresa, quando bilateral.

A menção dos autores em geral às fontes *autônomas* não significa que nos demais ramos do Direito não se reconheça a existência de fontes autônomas — pois elas existem — mas sim que no Direito do Trabalho tais espécies de fontes têm papel bem mais preponderante, porque inclusive algumas (acordo coletivo e convenção coletiva) são encontradas somente nesse ramo do Direito. Tanto é assim que se costuma afirmar que a Teoria Pluralista das Fontes do Direito — aquela segundo a qual existe mais de uma “ordem jurídica” na sociedade, eis que a figura do “legislador” não cobre todo o campo de produção jurídica — encontra no Direito do Trabalho um excelente campo para a comprovação da sua análise.

Observamos, por fim, que nos filiamos aos critérios de classificação desses autores acima mencionados, mas não concordamos com eles quando apontam o costume como fonte formal (ou imediata, ou, ainda, direta) do Direito do Trabalho no Brasil, pois, coerentemente com o que já havíamos exposto, entendemos que o costume é apenas uma fonte subsidiária, pois, não tem força de norma obrigatória por si só⁹.

As mesmas considerações que fizemos no item “4.9” se aplicam à analogia e aos princípios gerais do Direito (e do Direito do Trabalho “in casu”). Aliás, neste ponto estamos de acordo com os quatro autores em destaque, não considerando a analogia nem os princípios gerais do Direito (e do Direito do Trabalho) fontes formais de Direito Positivo.

⁹ Ressalvam-se casos isolados de costumes “contra-legal”, como os contratos verbais de qualquer valor, no mercado de gado, em Barretos, Estado de São Paulo, conforme notícia Maria Helena Diniz (Curso de Direito Civil, Brasileiro, 1º volume, p. 57).

Semelhante consideração merecem a Jurisprudência e a Doutrina, ou seja, não são fontes imediatas do Direito, mas apenas salutares referenciais para o intérprete e para o aplicador (e, neste ponto, nosso pensamento se confunde com o dos dois grupos de autores citados).

Urge todavia reiterar, em harmonia com aquilo que já afirmamos na introdução, que, no Brasil, ocorre um fenômeno interessante, pois, com frequência, os juízes e Tribunais do Trabalho deste País (do Trabalho, reitere-se) têm deixado de aplicar, em casos concretos, a norma legal "stricto sensu" (às vezes até da própria Constituição Federal), dando preferência à aplicação de orientações doutrinárias ou jurisprudenciais (as quais não são fontes imediatas do Direito e, por isso, nem mesmo podem figurar na pirâmide jurídica que representa o sistema brasileiro) que estabelecem maiores garantias ou direitos para os empregados em relação àquelas contidas em lei "stricto sensu".

Para ilustrar, vejamos alguns casos:

1) A Constituição Federal estabelece que ninguém é obrigado a filiar-se ou manter-se filiado a sindicato (art. 8º, V, da Constituição Federal). Todavia, os Tribunais trabalhistas decidem contrariamente a essa regra constitucional, baseado em doutrina e em jurisprudência em sentido contrário. Exemplo disso se dá quando a Justiça do Trabalho condena uma empresa a pagar para um ou mais de seus empregados o piso salarial (superior) praticado por outra empresa do mesmo ramo, sob o argumento de que existe uma convenção coletiva celebrada por um dado sindicato de categorias econômicas que se arvora de representante de todas as empresas do mesmo ramo daquelas já referidas, obrigando a todas quanto ao cumprimento do piso salarial superior. Ocorre que, se uma dada empresa não se filiou ao sindicato, ela não poderia em hipótese alguma ser compelida a cumprir a convenção coletiva de trabalho, pois, o sindicato que celebrou tal convenção não é o seu legítimo representante, nos termos da regra constitucional citada.

2) O Tribunal Superior do Trabalho editou o Enunciado nº 291, da Súmula de sua Jurisprudência, instituindo, para todos os empregados que prestam habitualmente serviços em jornada superior à jornada normal — e que por isso recebem a remuneração extraordinária correspondente —, o direito (não previsto em lei alguma) a uma indenização correspondente ao valor de um mês do acréscimo remuneratório que recebia pelo trabalho extraordinário, por cada ano em que existiu a prestação de serviços extraordinários, caso o empregador cesse a exigibilidade dos serviços extraordinários. Isso, segundo o Tribunal Superior do Trabalho (TST), seria uma forma justa de compensar a perda da remuneração extra habitual (denominada pela doutrina de “estabilidade econômica”) que o empregado até então auferia.

3) A Constituição Federal estabelece, no seu artigo 37, inciso II e § 2º, que são nulos de pleno direito, não gerando por isso direito algum para os beneficiários, os contratos de trabalho celebrados pela Administração Pública Federal, Estadual, Municipal ou do Distrito Federal, sem a prévia aprovação do empregado em concurso público. No entanto, o Tribunal Superior do Trabalho tem jurisprudência pacificada na sua Sessão Especializada em Dissídios Individuais (SDI do TST), estabelecendo que os trabalhadores em tais condições têm direito ao recebimento dos salários pelo tempo em que durou o contrato de trabalho nulo. No mesmo sentido existe, também, forte recomendação doutrinária.

4) A Constituição Federal assegura, no inciso LXXIV do art. 5º, o direito à gratuidade integral da Justiça, para aqueles que comprovarem a insuficiência de recursos. Todavia, o Tribunal Superior do Trabalho, através dos Enunciado nºs 219 e 329 da súmula de sua Jurisprudência, não admite a concessão da gratuidade da Justiça senão para os trabalhadores que estiverem litigando na Justiça sob a assistência de sindicato da sua categoria profissional.

Como esses acima, muitos outros exemplos práticos ainda poderiam ser citados.

O que se nota — seguindo aqui uma regra de reconhecimento de Hart — é que, no campo do Direito do Trabalho no Brasil, os órgãos que neste País têm força para exigir o seu cumprimento, estão emprestando, ora à doutrina e ora à jurisprudência, mais força do que à própria lei e até mesmo do que à Constituição Federal.

Esse fato nos deixa curioso, porque, conforme vimos, o Brasil é um país cujo sistema jurídico é tipicamente Romanista, que tem uma Constituição escrita e que estabelece, nesta Constituição, todas as espécies de normas que no País têm força de lei. Portanto, na medida em que um dos ramos do Judiciário do Brasil passa a optar por fazer valer uma doutrina, um costume ou a sua jurisprudência, em detrimento de regras da própria Constituição ou de leis inferiores, alguma coisa pode estar errada. Ou esse ramo do Judiciário brasileiro está fora de sintonia com o sistema jurídico que ele mesmo deveria fazer valer, ou então ele está sendo o precursor de uma avançada mudança nas regras de reconhecimento do sistema jurídico do Brasil e de sua norma fundamental, na medida em que os outros ramos do Judiciário brasileiro, diferentemente, de ordinário dão prioridade à Constituição e às demais leis, frente à doutrina e à Jurisprudência.

Como a insegurança jurídica é um fator que ineludivelmente retrai as pessoas no sentido de não realizarem negócios que normalmente realizariam se tivessem a segurança jurídica, é evidente que essa postura do Judiciário Trabalhista brasileiro tem contribuído, indiretamente, em especial nos dias de hoje, para que as empresas diminuam a oferta de empregos.

5.3 Enumeração das fontes formais do Direito do trabalho no Brasil e sua hierarquia

Relacionamos, abaixo, segundo os critérios estudados e de acordo com apanhado de dados feito no sistema jurídico brasileiro, as fontes formais do Direito do Trabalho

neste país e a sua hierarquia: 1º plano — Constituição Federal e emendas à Constituição; 2º plano — lei-complementares à Constituição Federal; 3º plano — leis ordinárias, decretos legislativos, resoluções do Senado, medida provisória e decretos-leis ainda em vigor; 4º plano — atos destinados a regulamentar ou a tornar possível a fiel execução dos atos legislativos federais (instruções normativas, resoluções, portarias etc.); 5º plano — sentença normativa; 6º plano — acordos e convenções coletivas; 7º plano — regulamento de empresa e 8º plano — contrato de trabalho.

Agrupando as espécies acima, segundo os respectivos gêneros, nos termos do critério antes anotado, temos: a) como fontes formais de origem estatal (e, portanto, heterônomas) comuns a todos os ramos do Direito: — Constituição Federal e emenda à Constituição; — lei-complementar à Constituição Federal; — lei ordinária, medida provisória, lei-delegada (federal), decreto-legislativo federal e resolução do Senado; e — atos administrativos destinados ao fiel cumprimento das leis federais (portarias, instruções normativas, resoluções etc.); b) fonte formal de origem estatal (heterônoma, portanto) peculiar ao Direito do Trabalho: — sentença normativa; c) fontes formais de origem autônoma peculiares ao Direito do Trabalho: — acordo coletivo; — convenção coletiva; e — regulamento de empresa; d) fonte formal de origem mista¹⁰: — contrato de trabalho.

As normas estaduais não integram o elenco supra, porque a Constituição Federal (art. 22, inc. I) reserva para a União a competência privativa para legislar sobre Direito do Trabalho.

Devemos registrar, também, que a unanimidade dos doutrinadores brasileiros salienta que no Direito do Trabalho as normas de hierarquia inferior são aplicáveis em

¹⁰ Acrescentamos o Contrato de Trabalho, considerando o fato de que ele sempre contém cláusulas impostas coativamente pelo Poder Público, como por exemplo a exigência de um salário mínimo, de uma jornada de trabalho máxima etc., mas contém, também, cláusulas com disposições oriundas da vontade das partes.

detrimento de normas de hierarquia superior, quando se trata de acrescentar direitos ou garantias para os trabalhadores.

Esta característica própria do Direito do Trabalho, aliás, é outra razão que, com aquela mencionada no item anterior, tem, a nosso ver, contribuído para a retração da oferta de empregos no Brasil.

5.4 A validade das normas jurídicas de Direito do Trabalho no Brasil

No item "4.9", expusemos as características do sistema jurídico do Brasil, fizemos um esboço das normas *válidas* desse sistema e também uma proposta da pirâmide jurídica que a nosso ver representa tal sistema. Ali, não inserimos a doutrina nem a jurisprudência, exatamente porque entendemos que ambas não têm força de lei no Brasil. Assim o concebemos por várias razões.

Primeiramente, o sistema jurídico brasileiro é filiado ao tipo Romanista e, como tal, tem a lei em sentido estrito como fonte jurídica preferencial sobre todas as outras espécies; porque o Brasil tem como norma fundamental uma Constituição escrita; e porque esta Constituição escrita estabelece "numerus clausus" as espécies de atos legislativos no Brasil, do que decorre a existência de uma inarredável ordem hierárquica entre eles.

Em segundo lugar, a nosso ver, são somente esses atos legislativos enumerados taxativamente na Constituição brasileira que estão sendo respeitados e observados — via de regra, pois acabamos de citar o caso de desobediência do TST — pelos vários órgãos que têm a possibilidade fática de pôr em movimento o monopólio da força estatal no Brasil.

Por último, temos a certeza de que o povo brasileiro ainda não atingiu níveis de desenvolvimento educacional e de amadurecimento que lhe permitam abrir mão de reger-se mediante normas rígidas e bem definidas, que

difículem sua vulneração pelo mero arbítrio, o que só é possível através da lei "stricto sensu".

Todavia, como vimos, o Judiciário trabalhista desmente essa orientação que traçamos, através do TST, que empresta à sua Jurisprudência "contra-legend" a força superior à da lei e até mesmo à da Constituição Federal; e também através dos Tribunais Regionais do Trabalho e dos Juízes trabalhistas de primeiro grau de jurisdição, na medida em que estes ora rejeitam a aplicação da lei em favor de uma regra oriunda de orientação doutrinária ou da jurisprudência do TST, ora fazem sua própria jurisprudência, todas "contra-legend".

O que queremos dizer é que mantemos o nosso posicionamento, considerando que a doutrina e a jurisprudência não são — e não podem ser, pelo menos ainda — fontes formais diretas de Direito no Brasil. Entretanto, registramos que um ramo isolado do Judiciário brasileiro — o Judiciário Trabalhista — tem dado demonstrações de que considera a doutrina e a jurisprudência fontes imediatas **do Direito do Trabalho**.

6 CRÍTICA

São dois, portanto, os pontos em que nos debatemos: 1) saber se está correta a postura do Judiciário Trabalhista brasileiro, quando, remando "contra a maré", representada pelo restante do Judiciário, aplica, na solução das lides trabalhistas, a jurisprudência, a doutrina ou o costume, quando mais benéficos para os empregados, mesmo existindo lei dispondo em outro sentido; e 2) saber, também, se ainda é, nos dias de hoje, correta a orientação doutrinária, no sentido de que as normas hierarquicamente inferiores, no Direito do Trabalho, devem prevalecer sobre normas superiores, quando forem mais benéficas para os empregados.

Por todas aquelas razões a que já nos referimos — que se traduzem na inviabilidade de que se dispense, por ora, a lei como fonte jurídica primordial no sistema jurídico

brasileiro —, parece que o Judiciário Trabalhista do Brasil é quem deve mudar sua postura.

A realidade econômica atual, no campo trabalhista, não é mais aquela que constituiu a fonte material do Direito do Trabalho, ou seja, desapareceu a figura do proletariado, que era estupidamente explorado em razão do sistema fabril que se instalou na fase da Revolução Industrial (séc. XVIII). A fonte material do Direito do Trabalho agora é outra, pois estamos vivendo numa economia globalizada. O trabalhador de hoje goza de relativa independência em relação ao patrão, tendo seus principais direitos erigidos constitucionalmente, bem assim, ação específica para defenderem tais direitos, junto a uma Justiça especializada e ágil (a Justiça do Trabalho). No Brasil há, inclusive, um “parquet” especializado na defesa da ordem jurídica trabalhista. Tudo isso são fatores que evidenciam um ambiente bastante favorável para o trabalhador, totalmente distinto daquele em que se originou e desenvolveu o Direito do Trabalho.

Por isso mesmo, desapareceu a razão que outrora autorizava grande rigor na aplicação do princípio “in dubio pro operario”, da interpretação mais benéfica da lei trabalhista como forma de compensar desigualdades. Esse princípio sofreu alterações, e, para acompanhar essa alteração, deve haver adaptações na legislação e na jurisprudência dos Tribunais, sobretudo no TST. A economia globalizada tem agravado um sério problema: o desemprego, sobretudo nos países de economia mais fraca, como é o caso dos países da América do Sul. E o alto nível de desemprego não pode ser combatido se persistir o demasiado protecionismo. Os empregadores querem regras claras, que lhes permitam saber que contrataram um empregado mediante remuneração e demais direitos previamente conhecidos e insuscetíveis de serem ampliados, posteriormente, por decisão judicial, ou seja, repelem exatamente algo que ocorre no Brasil.

É perfeitamente possível identificar, na legislação brasileira, todos os direitos que o empregador deve

assegurar para um empregado. Todavia inúmeros outros “direitos” são “criados” pela doutrina e pela jurisprudência, os quais, tendo em vista a grande validade que lhes tem emprestado o Poder Judiciário Trabalhista, em mais de metade dos casos de rompimento de contrato, são objetos de pleito judicial pelo empregado. E mais, quase na totalidade das demandas dessa natureza o Judiciário Trabalhista acolhe pelo menos em parte o pleito do empregado.

Isso se deve ao fato de os operadores do Direito do Trabalho não se terem dado conta da mudança das bases orientadoras desse ramo do Direito. A regra da flexibilidade — pró-trabalhador — da escala hierárquica da pirâmide jurídica brasileira não é mais coerente com a ordem vigente. Não se pode conceber, hoje em dia, que a aplicação da regra mais benéfica seja feita tão às escâncaras.

Deve ficar bem claro que aqui não se está defendendo a adoção de repudiantes mecanismos de que têm feito uso muitos “pseudo-empresários”, na verdade, bandidos da pior espécie, como é o caso de quando patrocina a criação de cooperativas de trabalho de fachada, que servem como verdadeiro “gatos”, fornecendo, ilicitamente, mão-de-obra para as atividades-fins das “empresas” daqueles; como é também o caso da “camuflagem” do emprego como “estágio” e tantas outras fraudes contra o emprego regular. As citadas formas de exploração do trabalhador constituem verdadeiro crime e devem ser rigorosamente combatidas.

Outrossim, não se quer também afirmar que os direitos trabalhistas previstos na Constituição são exagerados. Muito pelo contrário, com o salário mínimo em patamar tão ínfimo, como o do Brasil, os demais direitos assegurados na verdade apenas servem para adicionar um pouco mais a essa migalha. Se os custos dos empregadores são altos, não é porque o salário e demais direitos do empregado são exagerados, mas sim — e isso é fato notório — porque o Estado tributa exageradamente a folha de pagamento. Quem fica com a maior parte do dinheiro dos empregadores é o Estado, mediante a

tributação da folha de salários, não os trabalhadores, dado o valor irrisório do salário mínimo.

O assunto aqui é outro. O que se quer afirmar é que os direitos trabalhistas devem ser estabelecidos de forma rigorosa no nosso sistema jurídico, de molde a que não fiquem à mercê de interpretações que dêem ensejo à sua multiplicação exagerada, como ocorre na atualidade.

Qualquer pessoa almeja por segurança, e as empresas, como tais, não fogem à regra. É preciso, como já dissemos, que as “regras do jogo” — no caso, as regras do contrato de trabalho — sejam bem claras, de modo a permitir que os empregadores possam avaliar seus custos e projetar as despesas que podem realizar com pessoal. Do contrário, a consequência lógica é essa que ora assistimos, ou seja, o empregador potencial tenderá a buscar alternativas que lhe permitam afastar-se do risco econômico decorrente da contratação de empregados, seja informatizando suas atividades cada vez mais, seja terceirizando as atividades-meio — o que fomenta o “*marchandage*”, ou seja, a exploração ilícita da mão-de-obra alheia por interposta pessoa —, ou mesmo “*encolhendo*” o seu negócio, para diminuir o pessoal e, conseqüentemente, reduzir os riscos do empreendimento.

7 CONCLUSÃO

Na introdução, comentamos que para entender suficientemente qualquer assunto pertinente ao Direito é preciso que conheçamos bem, sob vários aspectos, os institutos jurídicos que envolvem esse assunto. Também dissemos que a prática forense é um grande manancial de fatos ou situações jurídicas novas, merecedoras de considerações científicas, fonte essa, aliás, de onde optamos por colher um fato para analisar. Assim é que escolhemos para exame o curioso fato, consistente em que os Tribunais do Trabalho, no Brasil, têm dotado de força cogente certas fontes de Direito que, em regra, são apenas fontes subsidiárias, destinadas a colmatar as lacunas da lei.

Nosso objetivo imediato e específico, ao optar por trabalhar assim, foi duplo. Primeiramente, percebendo que alguns temas jurídicos geravam certa confusão entre si, resolvemos estudar os principais, para colocar cada um em seu devido lugar. Trata-se de temas como os sistemas jurídicos, as fontes do Direito, a validade das fontes do Direito e a hierarquia das fontes do Direito, dentre outros, que são muito semelhantes e guardam estreita correlação entre si, de modo que, quase sempre, geram confusão para o examinador que não se esforça para conhecê-los.

Por último, adotamos o pressuposto — fruto de nossa experiência pessoal — de que sempre é mais agradável estudar os temas jurídicos diante de exemplos práticos. Isso nos conduziu à busca de um exemplo prático que proporcionasse a aplicação de todos os conhecimentos a serem vistos, daí por que escolhemos o problema da aplicação das fontes jurídicas pelo Judiciário Trabalhista do Brasil, onde, a nosso ver, está ocorrendo algo de anômalo. Isso demandou que estudássemos a noção de sistema jurídico, as fontes do Direito, a validade das fontes do Direito, a hierarquia das fontes do Direito e vários outros assuntos, o que nos permitiu traçar um perfil desses temas, também, no âmbito do Brasil. Somente depois de tudo isso, se tornou possível — e, de certo modo, até mesmo fácil — entender a problemática da aplicação do Direito do Trabalho pelo Judiciário Trabalhista brasileiro e fazer uma crítica.

A crítica que fizemos e a solução apontada, ao final, certamente não são as únicas possíveis, muito menos as mais acertadas, porém, o objetivo maior de estudos como este não é o de esgotar o assunto. Muito pelo contrário, a sua finalidade última é a de chamar a atenção dos estudiosos para o problema examinado, de modo a que, no mais breve espaço de tempo possível, se construa a melhor orientação científica em torno dele.

Este objetivo último, portanto, é que esperamos ter alcançado.

BIBLIOGRAFIA

- AFTALIÓN, Enrique R. , VILANOVA, José. *Introducción al Derecho*. 2. ed. Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 1998.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Curso de Direito Civil*. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1994. V. 1.
- CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 23. ed. São Paulo : Saraiva, 1998.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Introdução ao estudo do Direito*. Rio de Janeiro : Forense, 1984.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. V.3 : Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais.
- GOTTSCHALK, Egon Felix. *Norma pública e privada no Direito do Trabalho*. São Paulo : LTr, 1995.
- HART, Harbert L. *O conceito de Direito*. 2. ed. Oxfor : Fundação Calouste Gulbenkian, 1998.
- LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil*. 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1996. V. 1.
- LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Teoría del Derecho : Una concepción de la experiencia jurídica*. Madrid : Editorial Tecnos, 1997.
- MARANHÃO, Délio, CARVALHO, Luiz Inácio Barbosa. *Direito do Trabalho*. 16. ed. Rio de Janeiro : Fundação Getúlio Vargas, 1992.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 17. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1998.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 32. ed. São Paulo : Saraiva, 1994. V. 1 : Parte geral.
- MORAES FILHO, Evaristo de, MORAES, Antonio Carlos Flores de. *Introdução ao Direito do Trabalho*. 6. ed. São Paulo : LTr, 1993.
- NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho : Colección mayor-Filosofía y Derecho*. 2. ed. ampl. y rev. Buenos Aires : Editorial Astrea, 1998. V. 2.

Nosso objetivo imediato e específico, ao optar por trabalhar assim, foi duplo. Primeiramente, percebendo que alguns temas jurídicos geravam certa confusão entre si, resolvemos estudar os principais, para colocar cada um em seu devido lugar. Trata-se de temas como os sistemas jurídicos, as fontes do Direito, a validade das fontes do Direito e a hierarquia das fontes do Direito, dentre outros, que são muito semelhantes e guardam estreita correlação entre si, de modo que, quase sempre, geram confusão para o examinador que não se esforça para conhecê-los.

Por último, adotamos o pressuposto — fruto de nossa experiência pessoal — de que sempre é mais agradável estudar os temas jurídicos diante de exemplos práticos. Isso nos conduziu à busca de um exemplo prático que proporcionasse a aplicação de todos os conhecimentos a serem vistos, daí por que escolhemos o problema da aplicação das fontes jurídicas pelo Judiciário Trabalhista do Brasil, onde, a nosso ver, está ocorrendo algo de anômalo. Isso demandou que estudássemos a noção de sistema jurídico, as fontes do Direito, a validade das fontes do Direito, a hierarquia das fontes do Direito e vários outros assuntos, o que nos permitiu traçar um perfil desses temas, também, no âmbito do Brasil. Somente depois de tudo isso, se tornou possível — e, de certo modo, até mesmo fácil — entender a problemática da aplicação do Direito do Trabalho pelo Judiciário Trabalhista brasileiro e fazer uma crítica.

A crítica que fizemos e a solução apontada, ao final, certamente não são as únicas possíveis, muito menos as mais acertadas, porém, o objetivo maior de estudos como este não é o de esgotar o assunto. Muito pelo contrário, a sua finalidade última é a de chamar a atenção dos estudiosos para o problema examinado, de modo a que, no mais breve espaço de tempo possível, se construa a melhor orientação científica em torno dele.

Este objetivo último, portanto, é que esperamos ter alcançado.

BIBLIOGRAFIA

- AFTALIÓ, Enrique R. , VILANOVA, José. *Introducción al Derecho*. 2. ed. Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 1998.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Curso de Direito Civil*. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1994. V. 1.
- CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 23. ed. São Paulo : Saraiva, 1998.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Introdução ao estudo do Direito*. Rio de Janeiro : Forense, 1984.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. V.3 : Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais.
- GOTTSCHALK, Egon Felix. *Norma pública e privada no Direito do Trabalho*. São Paulo : LTr, 1995.
- HART, Harbert L. *O conceito de Direito*. 2. ed. Oxfor : Fundação Calouste Gulbenkian, 1998.
- LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil*. 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1996. V. 1.
- LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Teoría del Derecho : Una concepción de la experiencia jurídica*. Madrid : Editorial Tecnos, 1997.
- MARANHÃO, Délio, CARVALHO, Luiz Inácio Barbosa. *Direito do Trabalho*. 16. ed. Rio de Janeiro : Fundação Getúlio Vargas, 1992.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 17. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1998.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 32. ed. São Paulo : Saraiva, 1994. V. 1 : Parte geral.
- MORAES FILHO, Evaristo de, MORAES, Antonio Carlos Flores de. *Introdução ao Direito do Trabalho*. 6. ed. São Paulo : LTr, 1993.
- NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho : Colección mayor-Filosofía y Derecho*. 2. ed. ampl. y rev. Buenos Aires : Editorial Astrea, 1998. V. 2.

- RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. 10. ed. São Paulo : Saraiva, 1980. V. 1: Parte geral.
- ROSS, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. Buenos Aires : Eudeba Editorial, 1963.
- SICHES, Luis Recaséns. *Tratado general de Filosofía del Derecho*. 12. ed. Mexico : Editorial Porrúa, 1997.
- SICHES, Luis Recaséns. *Nueva Filosofía de la interpretación del Derecho*. 3. ed. Mexico : Editorial Porrúa, 1980.
- SOLER, Sebastián. *Interpretación de la ley*. Barcelona : Ediciones Ariel, 1962.
- SÜSSEKIND, Arnaldo et al. *Instituições de Direito do Trabalho*. 12. ed. São Paulo : LTr, 1992. V. 1.
- TORRÉ, Abelardo. *Introducción al Derecho*. 11. ed. actual. Buenos Aires : Al Perrot, 1997.