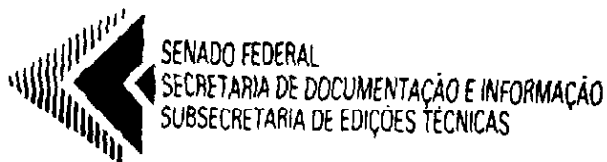


REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 32 • n.º 125
janeiro/março — 1995

Editor:
João Batista Soares de Sousa, Diretor



O pluralismo jurídico no Direito do Trabalho

JOSÉ DE RIBAMAR BARREIROS SOARES

SUMÁRIO

1. O direito como realidade social. 2. As fontes de produção extralegisferante do Direito do Trabalho: a empresa, as categorias econômicas e profissionais e a ordem trabalhista. 3. Usos e costumes trabalhistas. 4. A prevalência de normas não-estatais mais benéficas aos trabalhadores e o costume "contra legem". 6. Conclusão.

1. O direito como realidade social

O direito é fato social, que se manifesta como uma das realidades observáveis na sociedade, no dizer de Recaséns Siches.¹

A norma jurídica regula a realidade social. Em todas as sociedades humanas, verifica-se a presença de valores sociais, éticos, morais, religiosos, que conduzem ao estabelecimento de condutas necessárias, criando-se uma consciência coletiva de solidariedade, que vai gerar, em última análise, imposições normativas, regras de sobrevivência para o grupo social. Vê-se, assim, a importância do costume na formação do direito. Através dos costumes, práticas reiteradas, aprovadas e socialmente aceitas como justas e necessárias, tendem a adquirir autoridade própria, gerando a convicção de sua adequação e conveniência aos fins sociais.

O costume, em várias hipóteses, acaba por se transformar em uma norma de Direito Positivo. Em alguns casos, o costume possui remissão legal e, em muitos outros, permanece à margem do Direito Positivo, influenciando-o e condicionando-o de maneira própria.

Podemos aludir, portanto, a uma produção

José de Ribamar Barreiros Soares é Assessor Legislativo da Câmara dos Deputados, nas áreas de Direito Civil e Penal.

¹ Apud F. A. de Miranda Rosa. *Sociologia do Direito. O fenômeno jurídico como fato social*. Zahar Editores, RJ, 1973, p.53.

extralegiferante do direito, ou seja, *normas jurídicas* que não se originam do Estado, mas possuem força vinculativa e qualidade coercitiva igualmente.

Um dos ramos do direito em que isto ocorre de forma marcante é o Direito do Trabalho, sendo notória a influência que a realidade social exerce na produção de suas normas. A pressão dos fatos sociais tem provocado constantes mudanças na normatividade jurídica, no campo do Direito do Trabalho.

2. *As fontes de produção extralegiferante do Direito do Trabalho: a empresa, as categorias econômicas e profissionais e a ordem trabalhista*

Segundo o pluralismo jurídico, o direito, na sua formação, sofre a influência de diversos processos, sustentando o pluralismo a origem estatal e não-estatal do Direito Positivo. Assim, o Direito Positivo teria um aspecto multiforme. Ao lado de normas jurídicas emanadas do Estado, haveria também *normas jurídicas* criadas por outros grupos. No que diz respeito ao Direito do Trabalho, podemos destacar as normas surgidas de organizações sindicais, como sindicatos, federações e confederações, que são responsáveis pela elaboração de acordos e convenções coletivas de trabalho, sendo as regras deles resultantes vinculativas na esfera de representação das entidades sindicais convenientes.

Há também os regulamentos expedidos pelas empresas, atingindo apenas os empregados daquelas organizações que têm como escopo regulamentar o exercício das atividades de seus empregados.

Os próprios sujeitos da relação de emprego podem ser responsáveis pela produção de normas trabalhistas, estas convencionadas entre eles, obrigando empregador e empregado ao seu cumprimento.

Ainda se pode mencionar o papel relevante da sociedade na produção de normas trabalhistas, sob a forma de usos e costumes.

Georges Gurvich, por essa razão, emprega a expressão *Direito Social* para designar o Direito do Trabalho, tentando demonstrar o pluralismo no Direito do Trabalho, discutindo os aspectos relacionados às fontes do Direito Positivo, abandonando a idéia de direito produzido pelo Estado como o único válido e afirmando a existência de um Direito Social emanado da atividade das organizações autônomas que integram a sociedade.

Na obra *L'idée du droit social*, encontramos, também, a preocupação de Georges Gurvich em demonstrar a influência dos grupos, das organizações sociais na formação da regulamentação trabalhista, das normas jurídicas trabalhistas, que, em última análise, revelam-se como um "poder social não ligado normalmente aos constrangimentos incondicionados, ressaltando o primado do direito inorganizado sobre o organizado".²

No âmbito do Direito do Trabalho, podemos destacar três importantes fontes, das quais se originam os usos e costumes, a saber: a empresa, as categorias econômicas e profissionais e a ordem trabalhista.

Na empresa, verifica-se a existência de usos e costumes, resultantes de ajustes entre patrões e empregados, os quais se tornam obrigatórios entre eles e acabam por gerar norma jurídica consolidada pelo Estado. Em nosso ordenamento jurídico, as condições de trabalho ajustadas entre empregador e empregado, bem como aquelas reiteradamente praticadas, dão origem a uma obrigação entre as partes, com o caráter de norma jurídica a vigor *inter partes*.

No âmbito das categorias, muitos usos e costumes têm se tornado direitos trabalhistas com força de norma jurídica: é o que se verifica no caso das gorjetas para determinadas categorias.

Na ordem trabalhista, podemos mencionar como exemplo a gratificação natalina, que, surgida de uma liberalidade do empregador, tornou-se, por fim, obrigatória por força de lei.

As gratificações, inicialmente, são entendidas como um ato de liberalidade do patrão, em reconhecimento ao bom desempenho profissional do empregado, uma espécie de agradecimento.

Por força dos usos e costumes, com a repetição da espontaneidade e do reconhecimento do patrão quanto ao mérito do empregado que bem cuidava dos interesses da empresa, as gratificações geraram uma tradição, configurando obrigação na relação de emprego, levando a uma expectativa do trabalhador em relação àquela verba.

Assim, aos poucos, em virtude dos usos e costumes, passaram as gratificações a ser obrigação do empregador, constituindo modalidade de salário, obrigatória por força de lei. Na

² Apud Amauri Mascaro do Nascimento. *Curso de Direito do Trabalho*. Ed. Saraiva, São Paulo, 1989, pp. 85/86.

verdade, veio a lei apenas para confirmar aquilo que os usos e costumes já haviam consolidado, com força obrigatória de norma jurídica.

Em relação às categorias econômicas e profissionais, destacamos a convenção e o acordo coletivos.

A convenção coletiva é uma forma de auto-composição dos conflitos surgidos no âmbito trabalhista e resulta do ajuste das negociações entre patrão e empregado, com força de norma jurídica. A convenção coletiva é uma faceta do pluralismo jurídico no Direito do Trabalho, a partir da qual normas jurídicas são produzidas pelas categorias econômicas e profissionais, uma manifestação de autonomia privada. As normas produzidas pelas convenções coletivas vinculam as partes envolvidas nas negociações, a saber, as categorias econômicas e profissionais.

Tratando-se de negociação que envolva um grupo de trabalhadores, através do respectivo sindicato, e uma ou mais empresas, de caráter mais restrito, teremos acordo coletivo, em vez de convenção coletiva. Neste caso, também, a produção de normas jurídicas não provém de órgão estatal, e sim da vontade direta de grupos sociais, como manifestação do pluralismo jurídico no Direito do Trabalho.

Quanto à empresa, os seus regulamentos constituem fonte de normas jurídicas não-estatais. Os regulamentos particulares, no caso, são normas jurídicas a que se deve submeter o grupo social interessado, produzidas pelo grupo econômico-profissional.

3. Usos e costumes no Direito do Trabalho

Finalmente, passamos a abordar a questão dos usos e costumes.

Segundo definição de Marcus Cláudio Acquaviva, "o termo costume deriva do latim *consuetudine*, de *consuetumine*, hábito, uso. É a prática social reiterada e considerada obrigatória. O costume demonstra o princípio ou a regra não escrita que se introduziu pelo uso, com o consentimento tácito de todas as pessoas que admitiram a sua força como norma a seguir na prática de determinados atos".³

O costume origina-se da prática reiterada e uniforme de determinado procedimento, o qual provoca no espírito do grupo a convicção de que é necessário e obrigatório.

O costume, no Direito do Trabalho, tem repercussão notória. Em geral, acabam absorvi-

dos pelo direito estatal.

Tanto o uso quanto o costume podem ter origem na consciência individual ou coletiva do grupo social; sendo o uso, no entanto, mais restrito que o costume, estando a diferença na amplitude do campo de abrangência de ambos: o costume abrange uma comunidade maior, um grupo mais amplo de indivíduos.

O costume pode ser *secundum legem*, *praeter legem* ou *contra legem*. Quanto aos dois primeiros, é pacífico o seu reconhecimento pela doutrina e pela jurisprudência. O que dizer, entretanto, do costume *contra legem*? Poderíamos falar em aplicação do costume *contra legem* no Direito do Trabalho?

Para formular uma resposta adequada ao problema, analisemos a questão da hierarquia das normas no Direito do Trabalho.

A palavra hierarquia nos transmite a idéia de organização, ordem, graduação, preferência, dentro de um critério adotado. Sem dúvida, verifica-se a existência de uma hierarquia de normas no Direito do Trabalho.

Kelsen coloca a questão, ao formular a teoria escalonada da formação da ordem jurídica, na qual aparece sob forma de pirâmide, em que a Constituição surge no topo, servindo de fundamento para as demais normas inferiores, chegando-se finalmente ao caso concreto, solucionado através da sentença do juiz ou do contrato entre as partes.⁴

No Direito do Trabalho, por outro lado, a questão da hierarquia das normas exsurge de forma peculiar, diferente do que ocorre com o Direito comum. A ordem jurídica trabalhista é pluralista, a qual se constitui de um direito estatal e de outro produzido por fontes não-estatais: empresa, categorias econômicas e profissionais e ordem trabalhista.

Melhor será, no caso, fazer alusão a hierarquia de normas jurídicas em vez de hierarquia de leis, no Direito do Trabalho; pois, assim, incluem-se as normas produzidas pelo Estado, bem como aquelas de fontes não-estatais.

Ainda é de se mencionar que o objetivo do Direito do Trabalho é a solução dos conflitos, os quais surgem entre patrões e empregados, na busca de melhores condições sociais para o trabalhador. É por esta razão que o Estado permite que, além das normas produzidas pelos seus órgãos, as próprias partes interessadas

³ *Dicionário Jurídico Brasileiro Acquaviva*. Ed. Jurídica Brasileira, São Paulo, 1993.

⁴ *Teoria Pura do Direito*. Martins Fontes, São Paulo, 1987.

elaborem normas para regerem as relações do trabalho. A aplicação das normas no Direito do Trabalho tem, portanto, um sentido finalístico.

No que tange ao conflito de normas trabalhistas, o direito estatal e o direito produzido pelos grupos sociais são concorrentes. Um não denega o outro, mas convivem ao mesmo tempo e no mesmo espaço, apenas havendo preferência de uma norma sobre a outra na aplicação do direito ao caso concreto pelo juiz, sendo uma norma preterida pela outra, sem que perca, entretanto, sua vigência. A oposição de normas se dá entre as leis constitucionais e ordinárias num pólo e as normas jurídicas produzidas pelos grupos sociais no outro.

É a própria Constituição que declara, no seu artigo 7.º, *verbis*: "São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social..." Admite a Carta Magna a criação de condições mais favoráveis aos trabalhadores, mediante a produção autônoma de normas pelos grupos sociais, a qual se evidencia dinâmica e variável.

Excepcionando-se as normas jurídicas de ordem pública, será aplicável ao caso concreto a norma mais benéfica ao trabalhador. Neste ponto, o Direito do Trabalho difere do Direito comum, na medida em que se altera o elemento normativo ocupante do vértice da pirâmide representativa do escalonamento de normas jurídicas. No Direito do Trabalho, é a norma mais benéfica ao trabalhador que ocupa o vértice da pirâmide da hierarquia das normas trabalhistas, ao contrário do que sói acontecer no Direito comum. Ressalve-se a hipótese em que o bem-comum deve prevalecer sobre o interesse individual e de classes, havendo proibição de aplicação do direito mais vantajoso para o empregado. É o que ocorre no caso da proibição de aumentos salariais fixados acima dos índices fornecidos pelo governo.

A CLT, no seu artigo 620, dispõe que "as condições estabelecidas em convenção, quando mais favoráveis, prevalecerão sobre as estipuladas em acordo". E a Constituição Federal, no artigo 7.º, *caput*, estabelece garantias mínimas aos trabalhadores, podendo outras serem estabelecidas pelos grupos sociais. As normas mais favoráveis têm prevalência, no campo do Direito do Trabalho, ressalvadas as normas de ordem pública. Assim, as normas jurídicas produzidas pelos grupos sociais, sendo mais vantajosas aos trabalhadores, prevalecem sobre as normas produzidas por fontes estatais, desde

que não se trate de matéria de ordem pública, de hipótese em que há leis proibitivas do Estado.

4. *A prevalência de normas não-estatais mais benéficas aos trabalhadores e o costume "contra legem"*

Após exame da questão relativa à aplicação da norma mais benéfica ao empregado, poder-se-ia deduzir que, no Direito do Trabalho, prevalecendo a norma mais benéfica ao trabalhador, haveria a aplicação de um costume *contra legem*, salvo a hipótese de normas de ordem pública.

Seria realmente a hipótese de costume *contra legem*?

Se analisarmos a expressão "lei" no sentido estrito, abordando apenas aquele dispositivo específico de certa lei particular em exame, até poderemos admitir essa possibilidade de o costume contrariar o dispositivo expresso de lei. Entretanto, não podemos esquecer que as normas jurídicas encontram-se vinculadas a princípios maiores que regem o ordenamento jurídico, em cujo contexto deve ser entendida a norma jurídica produzida. Ora, é o próprio ordenamento jurídico a fundamentação do pluralismo jurídico no Direito do Trabalho. A convivência harmoniosa de normas jurídicas estatais e não-estatais se dá na medida em que o próprio ordenamento jurídico estatal permite a existência de normas produzidas pelos grupos sociais. Além disso, é o próprio ordenamento jurídico que admite a prevalência de normas jurídicas não-estatais sobre as estatais, desde que mais benéficas aos trabalhadores. O fim precípua do pluralismo jurídico no Direito do Trabalho é, tão-somente, o bem-estar do trabalhador, a valorização do trabalho e do trabalhador, que surge como princípio fundamental na nossa Carta Magna.

Portanto, tomando-se a expressão "lei" pelo prisma do ordenamento jurídico vigente, não há que se falar em costume *contra legem* no Direito do Trabalho, *data venia* daqueles que adotam entendimento contrário.

5. Conclusão

Vimos, nesta análise da questão do pluralismo jurídico no Direito do Trabalho, a importância do papel desempenhado pelos grupos sociais na produção de normas jurídicas reguladoras das relações de trabalho e dos conflitos surgidos entre empregadores e empregados.

Sendo o Direito um fato social, a existência do pluralismo jurídico no Direito do Trabalho,

portanto, revela a busca de uma interação plena entre a norma jurídica e a realidade sócio-econômica, tornando possível uma dinamização e atualização do Direito, objetivando a cons-

trução de uma sociedade cada vez mais fundada na valorização do trabalho, bem como no respeito e na dignidade do ser humano.