



**ESCOLA SUPERIOR DE MAGISTRATURA DO ESTADO DO CEARÁ
PÓS-GRADUAÇÃO *LATU SENSU*
DIREITO CONSTITUCIONAL – TURMA VII**

BRUNO LIMA DE OLIVEIRA

**HIERARQUIA NORMATIVA E O PRINCÍPIO TUTELAR: O CRITÉRIO DA
FAVORABILIDADE E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE**

FORTALEZA
2013

BRUNO LIMA DE OLIVEIRA

**HIERARQUIA NORMATIVA E O PRINCÍPIO TUTELAR: O CONTROLE DE
FAVORABILIDADE DAS NORMAS TRABALHISTAS**

Monografia submetida à Coordenação do Curso de Pós-Graduação *latu sensu* em Direito Constitucional, da Escola Superior de Magistratura do Estado do Ceará, como requisito parcial para a obtenção do grau de Especialista em Direito.

Área de concentração: Direito Constitucional e Direito do Trabalho

Orientador: Prof. Dr. Marcio Augusto Vasconcelos Diniz

Fortaleza
2013

Aos meus pais, pelo simples fato de o serem.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço ao Professor Marcio Augusto de Vasconcelos Diniz, que teve a bondade incomensurável de me orientar nesta luta. Muito obrigado, professor, pelas incansáveis orientações e oportunidades concedidas.

Aos Professores Gustavo Cesar Machado Cabral e Rubens Silveira Taveira Júnior, que, gentilmente, atenderam ao meu convite para participar da banca, avaliar e criticar meu trabalho, propiciando um engrandecimento acadêmico e pessoal.

A Michelle Amorim Sancho Souza, cuja paciência e ajuda foram indispensáveis na elaboração deste trabalho.

Aos colegas de sala da pós-graduação, por terem dividido os momentos felizes e as dificuldades do curso.

À Universidade Federal do Ceará, instituição centenária, na qual tive a honra de me graduar.

À Escola Superior de Magistratura do Estado do Ceará, que me acolheu e propiciou o aprimoramento constante dos meus projetos acadêmicos.

RESUMO

Em relação às normas no subsistema juslaboral, a doutrina e a jurisprudência parecem ter misturado conceitos relativos à validade e à aplicabilidade das normas, pregando haver a possibilidade de subversão da hierarquia normativa pela necessidade de aplicação da regra da norma mais favorável, corolário inafastável do princípio protetor. Nesse tom, apresenta-se, inicialmente, os conceitos basilares ao entendimento do problema, quais sejam, a noção de hierarquia e de controle de constitucionalidade. Prossegue-se a uma crítica estritamente acadêmica sobre esse desacerto da doutrina e da jurisprudência consistente na possibilidade de uma fluidez hierárquica das normas trabalhistas, que supostamente autorizaria o deslocamento episódico, ou até mesmo definitivo, de uma norma dentro da escala organizacional do ordenamento. Em seguida, demonstra-se que não há tal caractere fluido. Por fim, apresenta-se o conceito da favorabilidade enquanto submodalidade do controle de constitucionalidade das normas trabalhistas à luz dos espaços normativos concedidos pela própria Constituição e, em especial, pelo princípio tutelar escrito no art. 7º, *caput*, CF.

Palavras-chave: Hierarquia normativa. Controle de Constitucionalidade. Validade e aplicação das normas. Princípio protetor. A regra mais favorável.

ABSTRACT

In regard of labor's subsystem and its norms, the doctrine and jurisprudence seems to have mixed concepts related to the validity and applicability of those norms. Actually, it seems to be preaching the possibility of subversion of normative hierarchy just founded in the application of the 'most favorable rule', irremovable corollary of the protection principle. In this way, it will be presented the basic concepts to the understanding of the problem, which are, the notion of hierarchy and constitutional control. With that in mind, this work will establish a strictly academic criticism about the doctrine's and jurisprudence's misconceptions about the possibility of fluidity in the norm's hierarchy, which would authorize the displacement of a hypothetical norm in organization of juridical order. In the end, it will be presented the concept of "favorability" as a sub-model of the constitutionality review of labor law regarding the normative spaces granted by the Constitution itself and, in a special sense, by the labor protection principle written in article 7 of the Brazilian Constitution.

Key words: Normative Hierarchy. Constitutionality Review. Validity and applicability of norms. Protection Principle. The most favorable rule.

SUMÁRIO

1. Introdução.....	01
2. HIERARQUIA DAS NORMAS E DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL	
2.1 Hierarquia das fontes.....	02
2.2 Fontes formais do Direito do Trabalho.....	04
2.2.1 Fontes formais heterônomas.....	05
2.2.2 Fontes formais autônomas.....	10
2.3 Do controle de constitucionalidade.....	11
2.3.1 Noções introdutórias.....	11
2.3.2 Sistemas de controle jurisdicional de constitucionalidade: difuso (americano) e concentrado (austríaco).....	13
2.3.2.1 Americano – difuso.....	13
2.3.2.2 Modelo Austríaco – concentrado.....	16
3. ANÁLISE DO ART. 7º, CAPUT, CF E A REGRA DA NORMA MAIS FAVORÁVEL AO TRABALHADOR.	
3.1. Visão geral dos princípios do Direito Constitucional do Trabalho.....	18
3.1.1 Princípios do Direito do Trabalho no cenário internacional.....	19
3.1.2 Da importância da principiologia no Direito do Trabalho - Funções e classificações.....	21
3.2 O princípio protetivo.....	24
3.2.1 O princípio da norma mais favorável ao trabalhador: uma análise do art. 7º, caput, CRFB.....	27
4. DIREITO DO TRABALHO E A ‘HIERARQUIA FLUIDA OU DINÂMICA’: A APLICAÇÃO DO CRITÉRIO DA FAVORABILIDADE.	
4.1 O problema terminológico.....	30

4.2. Breve distinção entre eficácia e validade: a razão subjacente à escolha da norma mais favorável.....	33
4.3 A vinculação da hierarquia como decorrência da validade: a impossibilidade da hierarquia fluida ou dinâmica.....	35
4.4 Controle de favorabilidade.....	39
4.4.1. Controle de favorabilidade: limitações gerais.....	39
4.4.2. Controle de favorabilidade: os critérios de escolha da norma mais favorável.....	44
4.5 O controle de constitucionalidade e o controle de favorabilidade.....	49
5. CONCLUSÃO.....	53
6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	55

1. INTRODUÇÃO

Desde a acepção inicial do Direito do Trabalho, como ramo voltado ontologicamente à proteção laboral, há uma certa preocupação com a manutenção das normas protetivas. Isso porque o elemento teleológico inato ao próprio ramo juslaboral é o estabelecimento de uma igualdade material-jurídica entre as partes que, na realidade econômico-social, encontram-se em patamar totalmente díspare.

Na CF/88, a proteção obreira é elevada ao topo do ordenamento jurídico brasileiro, demonstrando o nível de importância e cometimento do ordenamento brasileiro para com esse mister.

Dessa forma, frente à hierarquia das normas é possível observar a temática do controle de constitucionalidade. Tal controle terá uma maior atenção em virtude do critério da favorabilidade, que será desenvolvido a fim de demonstrar que não existe quebra da hierarquia ou dinâmica.

A estruturação deste trabalho se dá em três capítulos. No primeiro abordar-se-á a hierarquia das normas e sobre o controle de constitucionalidade. No capítulo seguinte, faz-se uma análise do princípio protetor e seus corolários. E no último capítulo, far-se-á a construção dogmático-jurídica do critério da favorabilidade, sendo também demonstrado que não há hierarquia fluida ou dinâmica, finalizando com a exposição de tal critério em cotejo com o controle de constitucionalidade.

Para a presente pesquisa, utilizou-se de estudos bibliográficos sobre o tema, visando à construção do critério da favorabilidade, visto como uma subcepção do controle de constitucionalidade.

Objetiva-se com isso demonstrar que o art. 7º, caput, CF, quando utilizado pelo magistrado para a escolha da norma mais favorável, na verdade, ocasiona um controle de constitucionalidade à luz dos espaços normativos concedidos pela Constituição.

A finalidade e a importância deste trabalho residem na realização de uma crítica da falsa ideia de que existe uma inversão (ou subversão) da hierarquia normativa em face da aplicação do princípio protetor, como será demonstrado.

2. HIERARQUIA DAS NORMAS E DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

2.1 Hierarquia das fontes

O Estado Constitucional, fruto do constitucionalismo moderno, compreendido como técnica específica de limitação do poder com fins de garantia¹, sedimentou a noção de que o texto constitucional está no topo do ordenamento jurídico, a fim de garantir-lhe a unidade².

A estrutura escalonada do sistema é fruto do pensamento de Hans Kelsen³, que, para conceder cientificidade à Ciência Jurídica⁴, pretendeu demonstrar que o sistema de normas, por ter um caráter dinâmico, encontra seu fundamento de validade não no conteúdo das normas, mas em uma forma determinada pela norma hipotética fundamental. É, pois, esse o pensamento do mencionado autor:

como a norma fundamental é o fundamento de validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem jurídica, ela constitui a unidade na pluralidade destas normas. Esta unidade também se exprime na circunstância de uma ordem jurídica pode ser descrita por proposições jurídicas que não se contradizem⁵.

No mesmo sentido, Norberto Bobbio⁶ esclarece que a construção escalonada pressupõe que as normas de um ordenamento jurídico não estão todas em um mesmo plano, havendo uma norma fundamental a qual será o termo unificador das normas que compõem um sistema.

¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Portugal: Almedina, 2003, p. 51.

² BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. Para o mencionado autor, o ordenamento jurídico possui as seguintes características: unidade, ser um todo sistêmico, completo e a relação com os demais ordenamentos jurídicos.

³ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 221.

⁴ Glauco Barreira Magalhães (2004, p. 49-50) esclarece que “Kelsen classificou o Direito entre as ciências formais, como a matemática. A teoria kelseniana do Direito tinha intenção de excluir da ciência jurídica as apreciações filosóficas referentes a valores, e as sociológicas referentes aos fatos, tudo que estivesse ligado à Política. Dessa forma, o Direito distinguir-se-ia inteiramente das outras ciências, adquirindo autonomia. O resultado seria a neutralidade”.

⁵ KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 228.

⁶ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999, p. 49.

Entretanto, é claro que a questão da unidade do ordenamento jurídico não está atrelada unicamente à supremacia formal do discurso constitucional, como denotava o pensamento positivista⁷. Somente com a sedimentação de que o Direito é dotado de cientificidade e os textos constitucionais, na atualidade, consagram a estruturação do poder e dos direitos e deveres fundamentais, é que se chega à conclusão de que a unidade do sistema jurídico é, de fato, alcançada pela Constituição, que se encontra no cume da pirâmide do ordenamento⁸.

A Constituição não é apenas mais uma norma. Ela é o sustentáculo de todo o sistema jurídico e do esqueleto sócio-estatal, já que alicerça a organização do Estado⁹, arrola garantias básicas individuais e sociais, bem como possui um caráter unificador precípuo.

Em igual tom, José Afonso da Silva¹⁰ afirma a prevalência da Constituição, não apenas como ocupante do ápice normativo (visão isolada), mas também como estruturante de todo o sistema, conforme se verifica na lição:

(...) a constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as normas fundamentais de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas.

Assim, as normas infraconstitucionais dispõem-se no ordenamento sempre obedecendo e concretizando (ainda que por meio da complementação) as disposições do texto constitucional que as embasam.

No entanto, haveria hierarquia entre as normas infraconstitucionais? Considerando que as leis ordinárias, leis complementares e demais espécies arroladas no art. 59, CF bebem diretamente do texto constitucional, seria possível dizer que há sobreposição entre elas?

⁷ Como leciona Hugo de Brito Machado Segundo (2010, p. 40) os positivistas jurídicos se preocupavam apenas com a realidade sensível, vale dizer, aquela que pode ser apreendida pelos sentidos, ao desconsiderar o exame dos valores, que seriam subjetivos, decorrentes, portanto, das emoções.

⁸ Para José Afonso da Silva (2009, p. 45) a “Constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade e, que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela reconheça e na proporção por ela distribuídos”.

⁹ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Portugal: Almedina, 2003.

¹⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito constitucional positivo**. 31 Ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 45.

No que toca especificamente às emendas constitucionais, parece que estas, após incorporadas as modificações à Constituição pretendidas, gozam de supremacia incontestável em relação às demais espécies. Isso também ocorre em relação aos tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados na conformidade do art. 5º, §3º, CF¹¹.

Já em relação às leis ordinárias e leis complementares, conquanto haja grande celeuma na doutrina¹², não parece haver hierarquia ou subordinação entre elas, uma vez que o que se tem, na verdade, são âmbitos de atuação distintos.

Por fim, no que toca às normas infraconstitucionais de derivação secundária (e.g. resoluções, decretos etc.), é inegável existir hierarquia entre elas e as leis, pois estas são a base de fundamentação daquelas. A referência à Constituição, nesse caso, é apenas indireta.

Em arremate, pode-se afirmar que a noção geral sobre hierarquia das fontes denota a característica precipuamente lógica do ordenamento, o qual se organiza e se sistematiza de maneira que as normas superiores servem de fundamento para as inferiores e, no topo, a Constituição¹³, parâmetro maior de verificação da adequação das normas à estrutura do ordenamento, ainda que tal averiguação se dê de maneira reflexa.

2.2 Fontes formais¹⁴ do Direito do Trabalho.

Traçada a noção inicial sobre a hierarquia das fontes, vê-se igualmente que a questão de classificação e qualificação de determinadas fontes é tema controverso na doutrina¹⁵.

Entretanto, por não ser adequada ao objeto do trabalho, não se adentrará tal discussão, preferindo-se o seguinte cadenciamento para as fontes heterônomas:

¹¹ Posteriormente abordar-se-á a questão do status de incorporação dos tratados internacionais, inclusive mencionando a tese da supralegalidade.

¹² Cf. FERREIRA, Pinto. **Comentários à constituição brasileira**. Vol. III. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 382 e também FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo Legislativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva. 1995, p. 236.

¹³ Veja-se mais a frente o tópico referente à rigidez constitucional e ao controle de constitucionalidade.

¹⁴ Pelo objeto e fim a que se propõe este trabalho, não se adentrará mais profundamente nas fontes materiais. De todo modo, pode-se afirmar que, ao lado das fontes formais, existem as fontes materiais, compreendidas como a ‘ebolição (sic) social, política e econômica que influencia de forma direta ou indireta na confecção, transformação ou formação de uma norma jurídica.’ (CASSAR, Vólia Bonfim. **Direito do Trabalho**. Ed. 2. Niterói: Impetus, 2008, p.55).

¹⁵ A esse propósito, confira-se GOMES, Orlando e GOTTSCHALK, Élson. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 37. Ver também SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. **Instituição de Direito do Trabalho**. Ed 21. São Paulo: LTR, 2003, p. 153.

Constituição, normas internacionais, Leis, Decretos, portarias, avisos e instruções, bem como das Súmulas vinculantes e Sentenças normativas.

Tratar-se-á também das fontes formais autônomas, quais sejam: os instrumentos de negociação coletiva e os regulamentos de empresa.

Por fim, das que encontram certa resistência não em relação à classificação, mas ao fato de não serem propriamente fontes normativas típicas – mas elementos de integração -, a saber, a jurisprudência, equidade, analogia, os princípios gerais de direito do trabalho, os usos e costumes e o direito comparado¹⁶.

2.2.1 Fontes formais heterônomas

As fontes formais heterônomas podem ser compreendidas, nos dizeres de Sérgio Pinto Martins¹⁷, como aquelas impostas por agente externo, por um terceiro estranho à dinâmica sócio-econômico-laboral.

Sem dúvida, a mais importante fonte heterônoma é a Constituição.

Como já visto, ela representa não só a norma ápice do sistema, à qual todas as outras devem respeito, mas é, igualmente, quem “confere fundamento de validade e eficácia a todas as demais regras jurídicas existentes em determinado contexto jurídico nacional”¹⁸, de tal sorte que só será válida a norma subconstitucional que não contrarie a Constituição (seja em seus comandos normativos diretos, ou em suas determinações axiológicas implícitas).

Por sua vez, no âmbito juslaboral, os tratados¹⁹ e convenções internacionais gozam de grande prestígio, especialmente após a EC 45/04. Isso porque, com o novo §3º do art. 5º, CF, os tratados internacionais que versarem sobre direitos humanos e que forem aprovados pelo quorum especial terão status constitucional.

Outrossim, a jurisprudência do STF²⁰ conferiu status supralegal aos tratados que versem sobre direitos laborais fundamentais, haja vista que tais direitos são inegavelmente componentes facetários da dignidade humana e, portanto, direitos

¹⁶ Conforme art. 8º, CLT, tais espécies são utilizadas de forma supletiva. Portanto, reputa-se que sejam fontes integrativas, razão pela qual não serão abordadas neste trabalho.

¹⁷ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. Ed. 13. São Paulo: Atlas, 2001, p. 61).

¹⁸ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. Ed. 10. São Paulo: LTR, 2011, p.143.

¹⁹ Aqui se utiliza do termo em sua acepção genérica, de tal sorte a englobar as mais variadas denominações que, no cenário internacional, vêm sendo utilizadas de maneira indiscriminada. Ilustrativamente, cita-se: tratado, convenção, pacto, convênio, acordo, concordata etc.

²⁰ Nesse sentido, confira-se o RE 466.343, RE 349.703 e STF HC 87.585, em que se debateu especialmente acerca do status de incorporação do Pacto de São José da Costa Rica.

humanos (art. XIII, Declaração Universal dos Direitos Humanos – DUHD - e também art. 1º, III e IV, CF).

Assim, os tratados internacionais que versarem sobre direitos humanos trabalhistas terão, no mínimo, status supralegal.

Oportunamente, cumpre dar maior destaque às Convenções da OIT. Elas são documentos obrigacionais negociados, com eminente caráter normativo e programático oriundos da confluência de vontades internacionais soberanas (dos Estados que formam a OIT), que, depois de devidamente ratificados, passam a produzir efeitos jurídicos regulando a proteção de direitos trabalhistas.

Abra-se um parêntese para a Convenção 87, OIT²¹. Deve-se observar, inicialmente, o grau de importância das Convenções da OIT, especialmente aquelas denominadas ‘fundamentais’²², pois, por versarem sobre direitos humanos (art. XIII, DUHD), inegavelmente ocupam status supralegal no ordenamento brasileiro. Entretanto, a Convenção 87 OIT ainda não foi ratificada, o que não parece se mostrar como óbice a sua aplicação para alguns²³.

Logo abaixo na pirâmide normativa, encontram-se as leis (complementares, ordinárias, delegadas), bem como as medidas provisórias.

Em sentido amplo, pode-se concordar com Augusto Teixeira de Freitas²⁴, ao afirmar que “(...) a lei manda, proíbe, permite, ou pune; ou antes, como diz Merlin, a Lei é um acto da vontade soberana, que, ou manda certas cousas, ou permite debaixo de condições determinar, ou proíbe, quer de um modo absoluto, quer com reservas”. É, então, comando normativo *lato sensu*.

Já num sentido mais técnico-jurídico específico, a Lei é uma norma jurídica geral e abstrata, instituída pelo legislador por meio do processo legislativo

²¹ Sobre a unicidade, unidade e pluralidade sindicais, confira-se SILVA, José Ajuricaba da Costa e. **Unidade e pluralidade sindical**. Publicado pela Revista do Tribunal Superior do Trabalho, vol. 52, 1986, p. 54-59.

²² São aquelas cuja ratificação deverá obrigatoriamente ser promovida pelo Estado componente da OIT, a saber: 29, 87, 98, 100, 105, 111, 138, 182. Importa, ainda, anotar que a Convenção 87 OIT não foi ratificada pelo Brasil.

²³ Não se entrará em tal discussão por não ser objeto precípua deste trabalho. No entanto, confira-se: COSTA, José Augusto Fontoura e GOMES, Ana Virgínia Moreira. **O §3º do art. 5º da Constituição Federal e a internalização da Convenção 87 OIT**. Artigo publicado no Conpedi. Disponível em http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/manaus/transf_trabalho_jose_augusto_costa_e_ana_gomes.pdf. Acesso em: 8 out. 2013.

²⁴ FREITAS, Augusto Teixeira de. **Vocabulário Jurídico**. Tomo I. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1882, p. 204.

constitucionalmente disciplinado²⁵. Ou seja, sua decorrência é constitucional direta, sendo, portanto, fonte normativa primária.

Ressaltando a importância da lei, já afirmava Domingos Fezas Vital²⁶:

O primeiro lugar, em toda a hierarquia das fontes de direito cabe, por sem dúvida, à lei, dimanada da Assembléa Nacional.

Respeitados os preceitos e princípios constitucionais, poderá ela mover-se com inteira liberdade, regulando, em qualquer tempo, por qualquer tempo e quaisquer que sejam as circunstâncias, qualquer matéria, esteja já, ou não, juridicamente disciplinada.

A sua eficácia, o seu vigor jurídico-formal devem dizer-se supremos, quando confrontados com o das restantes fontes: todas poderão ser por lei revogadas e nenhuma poderá, por sua vez, atingi-la, salvo os decretos-leis, expedidos quer no uso de autorizações legislativas – hipótese em que a revogação se dá com prévio assentimento da própria lei: a lei de autorização – quer nos casos de urgência e necessidade pública, ou, se preferirmos, de necessidade pública urgente.

Constitucionalmente, portanto, é a lei, como fonte formal, a fonte de direito por excelência, fonte que só poderá ser revogada mediante decretos-lei, e quando expressamente os autorize ou a urgência da regulamentação não consinta que por ela se espere.

Com status de lei, há as complementares, ordinárias, delegadas, os decretos-legislativos e as medidas provisórias²⁷.

No Brasil, o Decreto-Lei 5.452/43 (CLT) é, depois da Constituição, sem dúvida, a norma mais importante para seara trabalhista, pois contém normas principais regentes do Direito Individual e Coletivo do Trabalho, bem como do Direito Administrativo do Trabalho (e.g. atuação da SRTE, fiscalização do cumprimento das regras trabalhistas etc.) e do Direito Processual do Trabalho.

Por sua vez, há os decretos regulamentares, oriundos do poder regulamentar conferido ao Poder Executivo e que não se confundem com os decretos legislativos, pois visam somente a melhor garantir a execução ou regulamentar²⁸ o cumprimento das leis.

²⁵ Cf. SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Ed. 23. Atualizadores: Nagib Salibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 826.

²⁶ VITAL, Domingos Fezas. **Hierarquia das Fontes de Direito**. Dissertação de abertura do ano judicial de 1943. Portugal: Revista da Ordem dos Advogados, 1943, p. 21-22.

²⁷ Adverte-se que não se trata de lei propriamente dita, havendo, inclusive, controvérsia sobre sua inclusão como espécie normativa – por não constar no rol do art. 59, CF. Entretanto, prefere-se a classificação das MPs como espécie normativa sui generis, com força de lei (art. 84, XXVI, CF), mas de natureza efêmera e precária (MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. Ed. 8. São Paulo: Atlas, 2005)

²⁸ Oportunamente, salienta-se que doutrinadores mais clássicos, como José Martins Catharino, admitem apenas os decretos tendentes à execução legislativa, mas não a sua regulamentação (Cf.

Nesse sentido, Hely Lopes Meirelles²⁹ ensina que:

O poder regulamentar é a faculdade de que dispõem os Chefes do Executivo (Presidente da República, Governadores e Prefeitos) de explicar a lei para sua correta execução, ou de expedir decretos e regulamentos sobre matéria de sua competência ainda não disciplinada por lei. É um poder inerente e privativo do Chefe do Executivo (CF, art. 84, IV), e, por isso, mesmo indelegável a qualquer subordinado.

(...)

A faculdade normativa, embora caiba predominantemente ao Legislativo, nele não se exaure, remanescendo boa parte para o Executivo, que expede regulamentos e outros atos de caráter geral e efeitos externos. Assim, o regulamento é um complemento da lei naquilo que não é privativo da lei. Entretanto não se pode confundir lei e regulamento.

Igualmente, afirma Maurício Godinho Delgado³⁰:

Do ponto de vista técnico-jurídico, equivale à lei em sentido material por consistir em diploma componente de normas gerais, abstratas, impessoais e obrigatórias. O decreto distancia-se, contudo, da lei em sentido formal não apenas em virtude da diferenciação de órgãos de origem e expedição, como também em face do regulamento normativo servir à lei, sendo a ela hierarquicamente inferior.

No contexto da larga tradição heterônoma justralhista brasileira, os decretos de regulamentação legal têm tido grande recorrência na ordem jurídica. Ilustre-se com os casos do Decreto n. 57.155/65, regulamentado a lei instituidora do 13º salário (lei 4.090/62); Decreto 95.247/87, tratando do Vale-Transporte instituído pelas Leis ns. 7.418/85 e 7.619/87; do Decreto n. 93.412/86, regulamentando o direito criado pela lei 7.369/85 à percepção de adicional de periculosidade para empregados no setor de energia elétrica³¹.

Já com relação às portarias, avisos, instruções e circulares, é importante perceber que não são fontes propriamente ditas, pois não são abstratas e impessoais, aplicando-se a casos mais especificamente detalhados.

No entanto, “há possibilidade técnica de esses diplomas serem alçados ao estatuto de fonte normativa, assumindo aquelas qualidades e criando direitos e obrigações na vida trabalhista”³², como, por exemplo, quando o Ministério do Trabalho especifica quais serão as atividades consideradas como insalubres ou perigosas, bem

CATHARINO, José Martins. **Compêndio Universitário de Direito do Trabalho**. São Paulo: Jurídica e Universitária, 1972.

²⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. Ed. 31. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 128.

³⁰ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. Ed. 10. São Paulo: LTR, 2011, p.154.

³¹ Não obstante essa lei tenha sido expressamente revogada pela lei 12.840/13, ainda há quem defenda a aplicabilidade de determinados dispositivos do decreto, mormente no que cinge à base de cálculo do adicional de periculosidade para os eletricitários, que não pode ser tida como a integridade da base salarial, mas como o salário básico excluídos os adicionais.

³² DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. Ed. 10. São Paulo: LTR, 2011, p. 155.

como o grau de insalubridade/periculosidade que tais atividades submetem o trabalhador.

M. G. Delgado³³ adverte, contudo, que a Constituição não admite a prática generalizada dessa normatização por meio de tais espécies, conforme se observa:

Cabe esclarecer-se que a Constituição da República buscou inviabilizar, é verdade, como critério geral, a atividade normativa do Estado através de portarias e diplomas semelhantes (conforme se infere do texto do art. 25, I, do ADCT da Carta de 1988). Contudo, não revogou ou proibiu, seguramente, essa atuação normativa no que diz respeito à área da saúde e segurança laborativas (portanto, a área temática referida pelos artigos 192, 192 e correlatos da CLT).
(grifo nosso)

Por fim, têm-se as fontes normativas produzidas pelo Poder Judiciário: sentenças normativas e Súmulas vinculantes³⁴.

Tecnicamente, sentença é o ato do juiz que implica a extinção do feito com ou sem resolução de mérito (art. 162, §1º c/c art. 267 e 269, CPC).

A sentença normativa é fonte específica do ramo juslaboral e se origina do comando do art. 114, §2º, CF, não se confundindo com a sentença comum por não ter conteúdo relativo à decisão de uma relação fático-jurídica, mas – sim – trazer regras gerais, abstratas e objetivas aplicáveis a determinadas categorias de trabalhadores e empregadores. Igualmente, a sentença normativa regula situações futuras.

Dessa forma, a sentença normativa tem natureza de regra abstrata e impessoal. É, portanto, lei em sentido material. Tem “corpo de sentença, alma de lei”³⁵.

Muito se critica tal espécie principalmente pelo fato de ela consubstanciar uma grande ingerência de um Poder estatal na liberdade negocial coletiva, sendo o poder normativo da Justiça do Trabalho considerado, inclusive, como um dos entraves à liberdade sindical plena.³⁶

Por sua vez, as súmulas vinculantes, introduzidas pela EC 45/04, são enunciados elaborados pelo STF, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, que, a partir

³³ Idem, *ibidem*.

³⁴ Anota-se aqui que se faz a referência apenas a essas duas, pois as decisões judiciais, conquanto disciplinem as situações concretas, por regra, não tem um grau de abstratividade e generalidade suficiente para serem enquadradas como fonte propriamente dita. A jurisprudência encontra certa resistência com relação a sua caracterização, sendo possível entendê-la como fonte integrativa como já afirmado.

³⁵ CALAMANDREI, Piero, *apud* por DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2011, p. 156.

³⁶ Nesse sentido, Cf. SARDINHA, Pablo F. dos Reis. **Os entraves constitucionais à aplicação do princípio da liberdade no sistema sindical brasileiro**. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/17579/os-entraves-constitucionais-a-aplicacao-do-principio-da-liberdade-no-sistema-sindical-brasileiro>. Acesso em 08 out. 2013.

de sua publicação na imprensa oficial, têm efeito vinculante (art. 103-A, CF). Ora, pela vinculatividade da interpretação constante do verbete sumular, pode-se abstrair uma regra abstrata e geral.

Assim, podem ser vistas como fontes formais do Direito do Trabalho, como acontece com as Súmulas Vinculantes 22 e 23, que estabelecem a competência da Justiça do Trabalho para julgar as ações envolvendo reparação de danos oriundos do pacto laboral, bem como as ações possessórias decorrentes do exercício do direito de greve. É inegável o caráter normogenético de tais verbetes sumulares.

2.2.2 Fontes formais autônomas

As fontes formais autônomas mais importantes são o acordo coletivo de trabalho e a convenção coletiva de trabalho.

A diferença entre o acordo coletivo e a convenção coletiva é subjetiva. Nesta, a estipulação normativo-negocial é feita entre dois ou mais sindicatos, representativos das categorias econômicas e profissionais envolvidas³⁷; naquele, não é necessária a participação do sindicato econômico, a negociação dar-se-á entre o sindicato obreiro e uma ou mais empresas.

Tecnicamente, não há hierarquia entre eles, já que ambos têm o mesmo fundamento constitucional (art. 7º, XXVI, CF) e legal (art. 611 e ss., CLT). A aplicação, contudo, seguirá a regra da norma mais favorável³⁸, não se aplicando a regra da supletividade³⁹ como acontece em outros países.

Adverte-se, por fim, que a jurisprudência⁴⁰ e a doutrina não devem ser vistas como fontes formais, mas como ilações ou apreensões decorrentes do intelecto dos juristas (doutrinadores e julgadores). São, portanto, decorrência das fontes e não fontes em si mesmas⁴¹.

³⁷ CLT, art. 611.

³⁸ Seja pela determinação geral do art. 7º, *caput*, CF ou pela específica constante no art. 620, CLT.

³⁹ O princípio da supletividade informa que se aplica a convenção coletiva apenas no âmbito não abrangido pelo acordo coletivo de trabalho. Ou seja, a prevalência de uma das normas não se dá por favorabilidade, mas por grau de abrangência e especificidade. Nesse sentido é o art. 45, da lei francesa 2004-391, de 4 de maio de 2004.

⁴⁰ Ressalve-se, por oportuno, a questão da Súmula Vinculante, devidamente tratada acima.

⁴¹ Há, contudo, posicionamento divergente. Cf. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. Ed. 26. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 382

2.3 Do controle de constitucionalidade

2.3.1 Noções introdutórias

Em uma visão mais simplista, inspirada no ideário inicial de James Bryce⁴², costuma-se classificar as várias constituições levando em consideração, além de outros critérios, a sua rigidez e alterabilidade⁴³.

A rigidez constitucional é indispensável para que haja controle de constitucionalidade, pois, do contrário, não se teria violação da Constituição por lei inferior a ser controlada, mas sim modificação lícita.

Portanto, sob o prisma da logicidade formal, pode-se definir o controle de constitucionalidade como a atividade de manutenção e zelo pela estrutura formal do ordenamento, bem como pela verificação do nexos de legitimidade-validade estabelecido entre as normas infraconstitucionais e a Constituição.

Vê-se o controle de constitucionalidade também como meio de manutenção do sistema, por meio de sua integralização estrutural calcada na supremacia constitucional.

Pedro Cruz Villalón⁴⁴ leciona nesse sentido:

La expresión ‘control de constitucionalidad’ o, mas exactamente, ‘control de la constitucionalidad de las leyes’ se encuentra hoy ló suficientemente consolidada en el vocabulário jurídico de las lenguas romances como para ser adoptada sin dificultad a fin de designar el modo a través del cual un ordenamiento reacciona frente a la existência de normas constrarias a la Constitución. La definición, en este estádio, no puede ser mucha más precisa, aunque también podría ser ésta: la garantía jurisdiccional de la primacía de la Constitución sobre el resto del ordenamiento, pero de forma primordial sobre las leyes como suprema manifestación ordinária de la potestad normativa del Estado.

De esta primera aproximación resulta, ante todo, claro que lo que constituye el presupuesto universal y omnipresente de la existência de um control de

⁴² A adoção de tal critério pode ser sumarizado no excerto: “Constitutions of the older type may be called Flexible, because they have elasticity, because they can be bent and altered in form while retaining their main features. Constitutions of the newer kind canot, because thei lines are hard and fixed. They may therefore receive the name of Rigid Constitutions, and by these two names I propose that we shall call them for the purpose of inquiry. If the characteristics of the two types have not been made sufficiently clear by hat has been already said, they will probably become clear in the more detailed examination of them.” (BRYCE, James. **Studies in history and Jurisprudence**. Vol. I. Ensaio 3: ‘Flexible and Rigid Constitutions’. LONDRES: Henry Frowde, 1901, p. 132)

⁴³ Confira-se a tese de doutorado de José Duarte Neto intitulada **Rigidez e estabilidade Constitucional**. Disponível em http://www.teses.usp.br/index.php?option=com_jumi&fileid=20&Itemid=96&lang=pt-br&cx=011662445380875560067%3Acack5lsxley&cof=FORID%3A11&hl=pt-br&q=rigidez+e+estabilidade&siteurl=www.teses.usp.br%2Findex.php%3Foption%3Dcom_jumi%26fileid%3D20%26Itemid%3D96%26lang%3Dpt-br&ref=www.teses.usp.br%2F&ss=2209j440145j22, acesso: 19 ago. 2013.

⁴⁴ VILLALÓN, Pedro Cruz. **La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p. 25-26 *apud* DINIZ, Marcio Augusto Vasconcelos. **Constituição e hermenêutica constitucional**. Ed. 2. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 106-107.

constitucionalidad: la primacía de la norma constitucional sobre el resto del ordenamiento. (...)

Quede claro que sin esa virtud o fuerza condicionante de la Constitución sobre – para simplificar – las leyes, no habría control de constitucionalidad.

A seu turno, Jorge Miranda⁴⁵ vai além e conceitua o controle de constitucionalidade não como uma relação de mero caráter lógico ou intelectual, mas também como uma relação de caráter normativo e valorativo. Segue, ainda, dizendo:

Não estão em causa simplesmente a adequação de uma realidade a outra realidade, de um *quid* a outro *quid* ou a desarmonia entre este e aquele acto, mas o cumprimento ou não de certa norma.

Igualmente, a limitação da atividade dos representantes populares pressupõe a verificação de compatibilidade axiológica das decisões jurídico-políticas por eles tomadas com a vontade geral, encartada no texto supremo.

Nesse sentido, já advertia Ruy Barbosa⁴⁶, resumindo o pensamento constitucional norte americano:

Como limita, porém a democracia americana a acção de seus representantes? Não lhes permitindo tocas nas disposições constitucionaes, e subalternando-as a ellas.

E como se limita a si própria?

Exigindo, para as reformas da Constituição, maiorias tão amplas, que não possam exprimir transportes ephemeros, obter se por influencias de partido, reflectir eclipses da moralidade nacional, inspirar-se em paixões anti-sociaes ou liberticidas.

Nesse passo, portanto, esse sistema de verificação da adequação axiológica das decisões jurídico-políticas é, em última análise, uma forma de accountability⁴⁷ do exercício do mandato eletivo, de tal sorte que o exercício do mandato se desenvolve, lidimamente, de acordo com a vontade geral consubstanciada no texto constitucional.

Em mais um sentido possível, pode-se atribuir ao controle de constitucionalidade a característica ontológica atinente à preservação dos direitos fundamentais de minorias. Isso porque, seguindo na esteira dos ensinamentos de Alexander Hamilton Ruy Barbosa, essa atividade seria voltada também a evitar que ‘maiorias efêmeras’ ou

⁴⁵ Cf. MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV: Inconstitucionalidade e garantia da Constituição. Ed. 3. COIMBRA: Coimbra Editora, 2008, p. 10.

⁴⁶ BARBOSA, Ruy. **Os actos inconstitucionaes do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal**. p. 37 *apud* DINIZ, Marcio Augusto Vasconcelos. **Constituição e Hermenêutica Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

⁴⁷ O termo não tem tradução específica para o português, mas pode ser compreendido, no caso específico, como uma espécie de prestação de contas que legitima o exercício do Poder. Cf. SCHEDLER, Andreas; DIAMOND, Larry; PLATTNER, Marc F. **The Self-Restraining State: Power and Accountability in New Democracies**. Londres: Lynne Rienner, 1999. pp. 13-28

‘situações passageiras’ pudessem ocasionar a submissão da dignidade das minorias em face de situações antilibertárias. Assim, o controle de constitucionalidade seria visto, ainda que indiretamente, como uma cláusula de segurança da dignidade da pessoa humana.

Portanto, o controle de constitucionalidade é controle de lógico-estrutural e axiológico das normas infraconstitucionais e dos mandatários produtores de tais comandos em relação à Constituição e seus princípios.

2.3.2 Sistemas de controle jurisdicional de constitucionalidade: difuso (americano) e concentrado (austríaco).

O controle de constitucionalidade realizado pelo Poder Judiciário denota não só a supremacia da ordem constitucional em face da atividade legiferante (e de sua legitimidade), mas também uma forma de segurança da própria integridade do ordenamento.

Os sistemas jurisdicionais (americano e austríaco) de controle da constitucionalidade das leis são verdadeiras “matrizes das quais derivaram os diversos modelos de justiça constitucional”⁴⁸, como o modelo francês, o alemão, o espanhol, o italiano, o português, o brasileiro etc.

2.3.2.1 Americano – difuso.

Inicialmente, cumpre advertir que se afirma, muitas vezes equivocadamente, que o caso *Marbury Vs. Madison* é a origem do modelo de controle constitucional americano. Tal caso representou apenas a consolidação de uma prática que já vinha sendo delineada por diversos juízes e cortes locais americanas⁴⁹.

Assim, é tecnicamente preferível afirmar que o modelo americano (controle difuso) tem seu ápice de representatividade, mas não origem, na problemática dos “*midnight judges*” enfrentada no histórico caso *William Marbury VS. James Madison*

⁴⁸ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. Ed 2. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 113.

⁴⁹ Ilustrativamente, as diversas decisões da Justiça de Nova Jérsei em 1780, bem como as decisões da Suprema Corte da Carolina do Norte, que invalidaram diversas leis contrárias à Constituição em 1787.

(1803)⁵⁰, em que o ‘*Chief Justice*’ John Marshall utilizou-se da noção de supremacia constitucional para negar aplicação à lei judiciária de 1789.

Os ‘juízes da meia noite’, como ficaram conhecidos, foram magistrados nomeados de última hora por John Adams, então Presidente dos EUA e derrotado nas eleições de 1800 por Thomas Jefferson, a fim de que aliados do Presidente que deixava o gabinete, como William Marbury, ocupassem importantes cargos, de sorte a manter certa influência.

Assim, o caso se origina dos mandados de segurança impetrados diretamente na Suprema Corte contra ato do novo Secretário de Estado (James Madison), que procurou desfazer aquelas nomeações dos ‘*midnight judges*’ (dentre eles, William Marbury), o que foi feito com base no §13 do *Judiciary Act* de 1789⁵¹, que previa a competência originária da mais alta corte judiciária americana para julgar *mandamus* contra atos de autoridade, sendo que a Constituição Americana⁵² não previa a competência da Suprema Corte para tais casos.

Havia, portanto, uma contradição entre a Constituição (que não previa tal competência) e a Lei judiciária (que a previa).

John Marshall solucionou o caso firmando o entendimento de que um ato legislativo contrário à constituição era, na verdade, um nada (‘*void*’), razão pela qual entendeu que a Suprema Corte não tinha competência para analisar aqueles mandados de segurança, o que, politicamente também foi a calhar, pois não seria interessante, naquele momento histórico, desafiar o poderio político do Secretário Madison.

Observa-se que a grande importância desse julgamento não se refere à questão principal tratada, mas sim à declaração incidental de inconstitucionalidade do *Judiciary Act* de 1789, que serviu de fundamento de fixação para as bases do controle de constitucionalidade.

⁵⁰ O pronunciamento do juiz Marshall nesse caso pode ser consultado em: <<http://www.constitution.org/ussc/005-137a.htm>>. Acessado em: 27 maio 2013.

⁵¹ “The supreme Court shall also have appellate jurisdiction from the circuit courts and courts of the several states, in the cases herein after provided for; and shall have Power to issue writs of prohibition to the district courts [...] and writs of mandamus [...] to any courts appointed, or persons holding office, under the authority of the United States.”

⁵² Article III, section 2, clause 2: In all Cases affecting Ambassadors, other public Ministers and Consuls, and those in which a States hall be a Party, the Supreme Court shall have original Jurisdiction. In all other Cases before mentioned [within the judicial power of the United States], the Supreme Court shall have appellate Jurisdiction, both as to Law and Fact, with such Exceptions, and under such Regulations as the Congress shall make

Esse fenômeno da revisão judicial demonstra a possibilidade conferida ao Judiciário para, analisando a compatibilidade material da Lei com a Constituição, verificar se a norma subconstitucional encontra nexos de validade.

Por fim, nesse mesmo julgamento, Marshall consagrou que era a essência da jurisdição ‘dizer o Direito’, de tal sorte que aqueles que aplicam as leis, ao vislumbrarem um conflito das leis entre si, ou de leis e Constituição, têm não só o poder, mas o dever de declarar qual é a norma aplicável àquele caso concreto. Isso, de certa forma, expande a capacidade de realizar controle de constitucionalidade para todos os órgãos integrantes do Poder Judiciário, segundo afirmado pelo *Chief Justice* no caso⁵³:

It is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is. Those who apply the rule to particular cases must, of necessity, expound and interpret that rule. If two laws conflict with each other, the courts must decide on the operation of each.

So if a law be in opposition to the Constitution; if both the law and the constitution apply to a particular case, so that the court must either decide that case conformably to the law, disregarding the Constitution; or conformably to the Constitution, disregarding the law; the court must determine which of these conflicting rules governs the case. This is of the very essence of judicial duty.

If, then, the courts are to regard the Constitution, and the Constitution is superior to any ordinary act of the legislature, the Constitution, and not such ordinary act, must govern the case to which they both apply.

Those, then, who controvert the principle that the Constitution is to be considered, in court, as a paramount law, are reduced to the necessity of maintaining that courts must close their eyes on the Constitution, and see only the law.⁵⁴

Assim, qualquer órgão do Poder Judiciário tem o poder-dever de deixar de aplicar ato normativo incompatível com a Constituição.

Difusamente, ainda, observa-se que o modelo americano prevê a vinculatividade parcial dos entendimentos da Suprema Corte (*stare decisis*)⁵⁵, o que sobrevaloriza o

⁵³ Disponível em: <http://www.constitution.org/ussc/005-137a.htm>. Acesso: 21 ago. 2013.

⁵⁴ Em tradução livre: “É, enfaticamente, a seara e o dever do departamento judicial dizer o que é a lei. Aqueles que aplicam a lei em casos particulares devem, de necessidade, expor e interpretar aquela regra. Se duas leis conflitam entre si, as cortes devem decidir como cada uma opera. Então, se a lei está em oposição para com a Constituição; se ambas, a lei e a Constituição, aplicam-se em um caso particular, então a corte deve decidir aquele caso em conformação com a lei, desconsiderando a Constituição; ou conforme a Constituição, desconsiderando a lei. A corte deve determinar qual dessas regras em conflito governa o caso. Essa é a própria essência do dever judicial. Então, se as cortes estão a considerar a Constituição, e a Constituição é superior a qualquer ato ordinário da legislatura, a Constituição, e não aquele ato ordinário, deve governar o caso a que ambos se aplicam. Aquele, então, que controvertem o princípio de que a Constituição deve ser considerada, na corte, como a regra fundamental, estão reduzidos a necessidade de manutenção de que as cortes devem fechar seus olhos para a Constituição e ver apenas a lei”.

⁵⁵ Cf. CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 53.

controle realizado de maneira incidental e por quaisquer dos órgãos, já que, ao chegar à Suprema Corte, as questões constitucionais prejudiciais à análise da demanda transcendem ao simples caso concreto, promanando efeito *erga omnes*.

Nesse sentido, parece consentâneo anotar que isso decorre da observação de que, ontologicamente, a atividade cognitiva realizada no controle *principaliter tantum* não difere, em nenhum aspecto primordial, daquela feita incidentalmente. Ambas tem a capacidade de produzir a razão jurídica subjacente ao entendimento sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinada lei.

2.3.2.2 Modelo Austríaco – concentrado.

O modelo austríaco é inegavelmente influenciado por Hans Kelsen⁵⁶ e tem como grande marco a Constituição Austríaca de 1920.

De acordo com esse modelo, a análise da constitucionalidade das leis compete, com exclusividade, ao órgão superior do Poder Judiciário (*in casu*, ao Tribunal Constitucional), sendo feito em abstrato.

Noticia-se que em 1790 foi criado o “recurso de cassação”, abarcado pela Constituição Francesa de 1791, que tinha como funcionalidade o controle recíproco das funções estatais, exercendo verdadeiro poder de polícia com relação aos atos dos juízes na interpretação do Direito⁵⁷. Tem-se a vinculação legalista do controle da vontade jurídico-política, por meio do monopólio parlamentar do controle da produção, interpretação e estruturação do ordenamento jurídico.

Observa-se, nesse sentido, que as Cortes de Cassação tinham vinculação com o Legislativo, servindo como controlador da interpretação da vontade popular. Havia, a bem da verdade, o inverso do que se vislumbra no controle jurisdicional de constitucionalidade (controle político).

⁵⁶ Paulo Bonavides, em **Curso de direito constitucional**, (2008, p. 301), explica que “a idéia de constituir um órgão jurisdicional que enfaixasse toda a competência decisória em matéria de constitucionalidade – o sistema de ‘jurisdição concentrada’ – partiu de Kelsen e se positivou na Constituição austríaca de 1º de outubro de 1920, de que foi abalizado inspirador”. No mesmo sentido, ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira e MEYER-PFLUNG, Samantha Ribeiro. “O controle abstrato nas ações diretas de inconstitucionalidade genérica e interventiva na Constituição brasileira de 1988”. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, n. 7, jan./jun. 2006, p. 144.

⁵⁷ Cf. DINIZ, Marcio Augusto Vasconcelos. **Constituição e hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 119.

Por fim, é importante ressaltar que a Áustria acabou por assimilar também o controle difuso (reforma de 1929), bem como admitiu recursos constitucionais (recurso por violação de garantias e o recurso individual subsidiário), que servem também para o controle de constitucionalidade independentemente de legitimidade específica para o controle concentrado.

3. ANÁLISE DO ART. 7º, *CAPUT*, CF E A REGRA DA NORMA MAIS FAVORÁVEL AO TRABALHADOR.

3.1. Visão geral dos princípios do Direito Constitucional do Trabalho

Os princípios, em clássica definição filológica⁵⁸, são “aquilo que serve de base a alguma coisa”, sua “causa primeira, sua raiz, sua razão”, ou seja, uma “proposição elementar e fundamental que serve de base a uma ordem de conhecimentos” e, portanto, “proposição lógica fundamental sobre a qual se apoia o raciocínio”.

Américo Plá Rodríguez⁵⁹ assim define os princípios:

Linhas diretrizes que informam algumas normas e inspiram diretamente ou indiretamente uma série de soluções, pelo que podem servir para promover e embasar a aprovação de novas normas, orientar a interpretação das existentes e resolver os casos não previstos.

Em sentido semelhante, define também a doutrina espanhola. Por todos, cita-se Afonso García⁶⁰:

Aquelas linhas diretrizes ou postulados que inspiram o sentido das normas trabalhistas e configuram a regulamentação das relações de trabalho, conforme critérios distintos dos que podem encontrar-se em outros ramos do direito.

Há, ainda, outras denominações-acepções, sendo observadas como “normas chaves de todo o sistema jurídico” (P. Bonavides⁶¹), “superfontes” (Flórez-Valdez⁶²), “mandamentos de otimização” (R. Alexy⁶³), “fundamento da ordem jurídica” (F. Castro).

Já em uma visão mais filosófica, Nicola Abbagnano⁶⁴ afirma:

⁵⁸ Todas as citações desses parágrafo referem-se a HOUAISS, Antonio et alii. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 2299.

⁵⁹ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípio de Direito do Trabalho**. Ed. 3. Trad. GIGLIO, Wagner D. São Paulo: LTR, 2000, p. 35.

⁶⁰ GARCIA, Manuel Alonso. **Derecho del Trabajo**. trad. Américo Plá Rodríguez. TOMO I. BARCELONA, 1960, p. 247.

⁶¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito constitucional**. Ed. 10, São Paulo: Malheiros, 2004, p. 257

⁶² FLOREZ-VALDEZ, Joaquin Arce y. **Los principios generales del Derecho y su Formulación Constitucional**. Madrid: Civitas, 1990 *apud* DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. Ed. 10, São Paulo: LTR, 2011, p. 185.

⁶³ ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Trad. Ernesto Garzon Valdez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 86-87.

⁶⁴ ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Mestre Jou, 1982 *apud* DELGADO, Maurício Godinho, **Curso de Direito do Trabalho**. Ed. 10. São Paulo: LTR, 2011, p. 181.

Na filosofia moderna e contemporânea, a noção de princípio tende a perder sua importância. Ela inclui, com efeito, a noção de um ponto de partida privilegiado: e não relativamente privilegiado, isto é, com relação a certos escopos, mas absolutamente em si. Um ponto de partida deste gênero dificilmente poderia ser admitido no domínio das ciências.

Conquanto se concorde com o filósofo italiano, mormente considerando que a assunção de posições predeterminadas, axiomáticas por essência, não se coaduna com a regra geral do saber científico, a Ciência Jurídica tem por objeto de estudo realidades conceituais e ideais.

O Direito não se circunscreve a declarar o que o fenômeno jurídico é, mas também – e principalmente – o que deveria ser.

No Direito do Trabalho, dadas as suas especificidades, especialmente no que atine à invencível situação de hipossuficiência e subordinação de uma das partes⁶⁵, a ciência jurídica não pode simplesmente se abster de opinar, de dizer como as coisas devem ser.

Por fim, é igualmente importante observar a existência de funções específicas e classificações doutrinárias a respeito de tais princípios, mormente considerando que é a função normativa própria que determinará a prevalência de determinada norma em face do controle de constitucionalidade a ser realizado. É o que se verá no próximo tópico.

3.1.1 Princípios do Direito do Trabalho no cenário internacional

É inquestionável que, conquanto se tenha nos Conseils de Prud'hommes (França) e nos Proviviri (Itália) a origem de uma especialização jurisdicional-administrativa para resolver contendas trabalhistas, adotando, por óbvio, princípios específicos, o grande marco histórico da afirmação do Direito do Trabalho enquanto disciplina jurídica surgiu apenas em 1919, com a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT)⁶⁶.

A OIT emerge com um foco principal, qual seja, a profusão da legislação protetiva na seara mundial, tendo como motriz axiológica principal a ideia de não mercantilização da força de trabalho.

⁶⁵ Ainda que não haja hipossuficiência técnica, financeira ou econômica propriamente dita, sempre estará presente a situação de subordinação, mesmo que estritamente jurídica ou indireta.

⁶⁶ Deve-se notar, contudo, que a ideia de universalização da legislação trabalhista surge bem antes, em 1864, com a Assembleia Internacional dos Trabalhadores (ou primeira internacional). Entretanto, é pelo relevo histórico e grau de expansão que se menciona principalmente a fundação da OIT.

Em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), enaltecendo a fundamentalidade do direito ao trabalho, passou a prever a proteção laboral em seu rol de direitos humanos voltados à proteção da dignidade humana em sua faceta trabalhista, conforme observa-se no art. XXIII, DUDH, *in verbis*:

Artigo XXIII

1. Toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.

2. Toda pessoa, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho.

3. Toda pessoa que trabalhe tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social.

4. Toda pessoa tem direito a organizar sindicatos e neles ingressar para proteção de seus interesses.

Em 1996, o Pacto Internacional de Desenvolvimento Econômico, Social e Cultural (PIDESC) elencou a proteção laboral como um dos fragmentos necessários à construção de uma vida digna (art. 6º e 7º, PIDESC).

Ademais, posto que os princípios do Direito do Trabalho não estivessem inicialmente previstos de maneira expressa, essa ausência de positivação não lhes retira a validade e importância, muito pelo contrário. Como nos ensina Américo Plá Rodríguez⁶⁷, a previsão expressa da principiologia termina por lhes retirar a maleabilidade, engessando-os no tempo, não permitindo que se proceda à expansão social de seu conteúdo. Veja-se a lição:

Curiosamente a experiência histórica universal ensina que a concreção na lei lhes tira fecundidade. Tem-se verificado que nos países onde não ocorreu uma configuração jurídico-positiva dos princípios do Direito do Trabalho, estes abriram caminho com maior pujança e decisão do que nos demais. A consagração através da lei cristaliza e, por isso mesmo, congela a função que esses princípios podem ter.

Portanto, a importância internacional dos princípios revela-se como norteadora da necessidade de garantia, enquanto direito fundamental, à proteção laboral. A fixação de um mínimo principiológico em constante progresso (efeito cliquet) é, e deve ser, pauta constante das discussões no cenário geopolítico.

⁶⁷ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípio de Direito do Trabalho**. Ed. 3. Trad. GIGLIO, Wagner D. São Paulo: LTR, 2000, p. 22

Por fim, há inegáveis repercussões no que toca ao controle de favorabilidade (constitucionalidade à luz do art. 7º, *caput*, CRFB), mormente tendo em vista a regra posta pela EC 45/04, que alterou o art. 5º, §3º, CRFB, possibilitando que os tratados internacionais que versem sobre direitos fundamentais possam ser incorporados ao ordenamento jurídico com *status* de emenda constitucional.

Em tese, ao se admitir a ‘fluidez hierárquica’ do ordenamento trabalhista, poder-se-ia ter uma norma subconstitucional (ou até mesmo de origem autônoma) como parâmetro de controle para um tratado internacional. Tal noção, contudo, conforme se tentará demonstrar, não deve prevalecer.

3.1.2 Da importância da principiologia no Direito do Trabalho - Funções e classificações

A priori, pode-se deduzir que os princípios possuem três funções básicas: informadora (da produção normativa), interpretativa (das regras) e normativa (própria de seu caráter normativo específico).

Coadunando-se com esse entendimento, é possível observar que, via de regra, a normogênese pressupõe uma fase prévia que se desenvolve eminentemente na seara política, nas discussões perante as casas legislativas.

Nessa fase política (ou pré-jurídica), os princípios emergem como norteadores principais, traçando uma linha de coerência dos institutos que se submetem à ação normatizante do Legislativo.

É nesse quadro que Maurício Godinho Delgado⁶⁸ afirma que “os princípios gerais do Direito e os específicos a determinado ramo normativo tendem a influir no processo de construção das regras jurídicas”, de tal sorte que orientam os legisladores na tomada das múltiplas decisões a respeito das inúmeras variáveis que se põem em análise quando há a necessidade de fixar como correto determinado comportamento.

Passada essa fase de atuação primordial, os princípios, em especial no Direito do Trabalho, não perdem sua força e atuação. Pelo contrário. Após a elaboração das regras é que os princípios brilham em irradiação, uma vez que desempenham funções indispensáveis à correta aplicação do Direito ao caso concreto, instruindo o hermeneuta e guiando-lhe pelos meandros interpretativos.

⁶⁸ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. Ed. 10. São Paulo: LTR, 2011, p. 183.

No Direito do Trabalho, essa função instrutora e interpretativa dos princípios, por sua vez, subloca-se e permite que tais princípios cumpram o papel de integração do sistema, como se observa nas regras dos art. 8º, 769 e 889, CLT.

Com esteio nesse entendimento, a doutrina⁶⁹ classifica os princípios em descritivos, normativos subsidiários e normativos concorrentes.

Os descritivos⁷⁰ não atuam precipuamente como fonte formal do Direito, mas como subsídio interpretativo. Norteiam o processo de apreensão do significado da norma subjacente ao dispositivo legal. Orientam e abalizam o desvelamento do sentido jurídico das normas.

Por sua vez, os princípios normativos subsidiários têm como condão precípua possibilitar a integração do sistema normativo, em especial, do microssistema justralhista.

Como bem enuncia Maurício Godinho Delgado⁷¹:

Podem os princípios, entretanto, em segundo lugar, cumprir o papel de fontes formais supletivas do Direito. Atuam como fontes normativas subsidiárias, à falta de outras regras jurídicas utilizáveis pelo intérprete e aplicador do Direito em face de um singular caso concreto. A proposição ideal consubstanciada no princípio incide sobre o caso concreto, como se fosse regra jurídica específica. É o que se passa em situações de recurso necessário à integração jurídica, em decorrência de falta de regras jurídicas aplicáveis no conjunto das fontes normativas principais existentes. Denominam-se princípios normativos subsidiários, na medida em que atuam como verdadeiras regras jurídicas em face de casos concretos não regidos por fonte normativa principal da ordem jurídica.

Assim, tal função normativa subsidiária implica a possibilidade de os princípios serem utilizados, a título de integração e colmatação de lacunas, como fonte formal, como regra específica. Ilustrativamente, há os dispositivos do art. 8º, CLT, art. 4º, LINDB e art. 126, CPC.

Posto que essas duas funções-tipo dos princípios sejam de grande valia, é indubitável que o grande graal da principiologia reside na acepção normativa concorrente, pois esta seria a função normativa própria, ou seja, a capacidade intrínseca de normatização dos princípios.

⁶⁹ Cf. DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2011; PLÁ RODRIGUEZ. **Princípio de Direito do Trabalho**. Ed. 3. Trad. GIGLIO, Wagner D. São Paulo: LTR, 2000; CASSAR, Vólia Bonfim. **Direito do Trabalho**. Niterói: Impetus, 2008.

⁷⁰ Há quem chame tais princípios de jurídicos, em contraposição aos axiomáticos. Estes seriam os dotados de carga normativa; aqueles, de finalidade predominantemente interpretativa. Nesse sentido, cf. VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Princípios de Direito – Princípio jurídico do Direito do Trabalho**. *apud* BARROS, Alice Monteiro. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 1993, p. 116-131.

⁷¹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2011, p. 184.

Nessa visão, os princípios são normas, podendo, portanto, traçar exigibilidade direta da adoção de certos comportamentos.

Essa capacidade de ser norma (função normativa específica) tem inegável decorrência da própria natureza dos princípios segundo a visão da doutrina moderna⁷², a qual os encara como espécie do gênero norma.

Na mesma toada, Humberto Avila⁷³, denotando o caráter imperativo dos princípios, afirma que:

(...) os princípios não são apenas valores cuja realização fica na dependência de meras preferências pessoais. Eles são, ao mesmo tempo, mais do que isso e algo diferente disso. **Os princípios instituem o dever de adotar comportamentos necessários** à realização de um estado de coisas ou, inversamente, instituem o dever de efetivação de um estado de coisas pela adoção de comportamentos a ele necessários.
(grifo nosso)

Nesse cenário, é possível imaginar que um princípio, por seu aspecto normativo concorrente, possa afastar a incidência de uma regra legal específica. Contudo, há de se ter em mente que a sobreposição das normas-princípio sobre as normas-regra deve ser feita com bastante parcimônia e análise detida, sob pena de subvertimento da ordem jurídica e de conseqüente insegurança.

No mesmo sentido, versa Maurício Godinho Delgado⁷⁴:

É claro que a prevalência dos princípios sobre as regras legais, defendida por diversos desses autores, é relativa, sob pena de criar-se total insegurança na ordem jurídica e meio social regulado. Na verdade, parece-nos mais adequado sustentar que, em vez de função normativa própria, específica, autônoma, verifica-se que os princípios atuam como comandos jurídicos instigadores, tendo, no fundo, uma função normativa concorrente. Trata-se de papel normativo concorrente, mas não autônomo, apartado do conjunto jurídico geral a ele contraposto.

Dessa feita, pode-se entender que os princípios, sob a iluminação dessa função de normatização concorrente, têm um papel geral de comando, mas, igualmente, abalizador da própria interpretação das regras específicas, de tal sorte que a sua flexibilidade – dada pelo grau inato de abstração de sua essência – permite que se amplie ou reduza a circunferência de atuação de uma determinada regra. A restrição ou

⁷² Cf. DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Trad. Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

⁷³ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. Ed. 9. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 80.

⁷⁴ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2011, p. 185.

ampliação dependerá do grau do peso da norma-princípio e do eventual desarranjo axiológico da norma-regra.

3.2 O princípio protetivo

O princípio protetivo, também chamado de princípio da proteção, princípio tutelar ou princípio tuitivo, é tido como o eixo axiológico de toda a ciência juslaboral.

Avaliando a importância do princípio protetor, Cançado Thome⁷⁵ afirma:

É este o principal ponto que divorciou do Direito Civil o Direito do Trabalho. Naquele, as partes, porque iguais, negociam livremente, tentando conciliar suas vontades dentro de contratos equilibrados. Neste, porque há desigualdade, todo acordo livre tende ao favorecimento do detentor dos meios de produção. Ao que possui apenas a mão-de-obra, resta submeter-se às condições impostas. Para que estas condições respeitem o mínimo da dignidade humana. O Direito do Trabalho protege o obreiro, tentando reconduzir o pacto ao equilíbrio.

O Princípio Protetor está na essência do Direito do Trabalho. Tão grande é sua importância que o conceito protetivo está contido em todos os demais princípios trabalhistas, infiltra-se dentro de cada norma positiva, determina a existência de presunções em favor do trabalhador, orienta sentenças no processo trabalhista etc. O Direito do trabalho está profundamente impregnado de regras protetoras, tutelando a vontade do trabalhador, que de outra forma não seria livre para se expressar.

Segundo Maurício Godinho Delgado⁷⁶ “informa este princípio que o Direito do Trabalho estrutura em seu interior, com suas regras, institutos, princípios e presunções próprias, uma teia de proteção à parte hipossuficiente na relação empregatícia – o obreiro –, visando retificar (ou atenuar), no plano jurídico, o desequilíbrio inerente ao plano fático do contrato de trabalho”.

No mesmo sentido, Plá Rodríguez⁷⁷ entende que tal princípio é o critério basilar de orientação e informação de todo o Direito do Trabalho, tendo como objetivo primordial a tentativa de propiciar uma igualdade material entre os naturalmente desiguais formadores da relação laboral (patrão-empregado) por meio da prevalência de certos fatores e proteções (legais e presuntivas) a favor do polo obreiro, inegavelmente mais fraco nessa relação.

⁷⁵ THOME, Hugo A. Cançado. **Hierarquia normativa e o princípio protetor**. Disponível em <http://jus.com.br/artigos/10388/hierarquia-normativa-e-o-principio-da-norma-mais-favoravel-no-direito-trabalhista/2>. Acesso em: 21 jul 2013.

⁷⁶ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. Ed. 10. São Paulo: LTR, 2011, p. 192.

⁷⁷ Cf. PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípio de Direito do Trabalho**. Ed. 3. Trad. GIGLIO, Wagner D. São Paulo: LTR, 2000, p. 83.

Há, portanto, um inegável compromisso desse eixo principiológico com a materialização da igualmente substancial, denotando, ainda mais, o caráter eminentemente social do Direito do Trabalho.

Demonstrando a importância, enquanto balizador inclusive de outros axiomas, Maurício Godinho Delgado⁷⁸ afirma:

O princípio tutelar influi em todos os segmentos do Direito Individual do Trabalho, fluindo na própria perspectiva desse ramo ao construir-se, desenvolver-se e atuar como direito. Efetivamente, há ampla predominância nesse ramo jurídico especializado de regras essencialmente protetivas, tutelares da vontade e interesses obreiros; seus princípios são fundamentalmente favoráveis ao trabalhador; suas presunções são elaboradas em vista do alcance da mesma vantagem jurídica retificadora da diferenciação social prática. Na verdade, pode-se afirmar que sem a ideia protetiva-retificadora, o Direito individual do Trabalho não se justificaria história e cientificamente.

Coadunando-se a isso, o doutrinador uruguaio⁷⁹ entende que tal macroprincípio se condensa e desenvolve em, basicamente, três subregras: a) regra do *in dubio pro operário*; b) regra da condição mais benéfica; c) regra da norma mais favorável.

Entretanto, Maurício Godinho Delgado vai além e afirma:

Na verdade, a noção de tutela obreira e de retificação jurídica da reconhecida desigualdade socioeconômica e de poder entre os sujeitos da relação de emprego (ideia inerente ao princípio protetor) não se desdobra apenas nas três citadas dimensões. Ela abrange, essencialmente, quase todos (senão todos) os princípios especiais do Direito Individual do Trabalho; Como excluir essa noção do princípio da imperatividade das normas trabalhistas? Ou do princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas? Ou do princípio da inalterabilidade contratual lesiva? Ou da Proposição relativa à continuidade da relação de emprego? Ou da noção genérica de despersonalização da figura do empregador (e suas inúmeras consequências protetivas ao obreiro)? Ou do princípio da irretroação das nulidades? E assim sucessivamente. Todos esses outros princípios especiais também criam, no âmbito de sua abrangência uma proteção especial aos interesses contratuais obreiro, buscando retificar, juridicamente, uma diferença prática de poder e de influência econômica e social apreendida entre os sujeitos da relação empregatícia.

Desse modo, o princípio tutelar não se desdobraria em apenas três outros, mas seria inspirador amplo de todo o completo de regras, princípios e institutos que compõe esse ramo jurídico especializado.

De toda sorte, conquanto se admita a influência da principiologia protetiva sobre todo o regramento laboral, tem-se, inegavelmente, que as três regras propostas por Plá Rodriguez denotam o núcleo de condensação do princípio tuitivo.

⁷⁸ DELGADO, Maurício Godinho, **Curso de Direito do Trabalho**. Ed. 10, São Paulo: LTR, 2011, p. 191.

⁷⁹ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípio de Direito do Trabalho**. Ed. 3. Trad. GIGLIO, Wagner D. São Paulo: LTR, 2000, p. 107

Observa-se que o ‘in dúbio pro operário’ consiste numa versão juslaboral do máxima penal do ‘in dúbio pro reo’.

In maxima suma, a ideia basilar consubstancia-se na solução fático-jurídica tendente, em face de dúvida, a privilegiar o trabalhador.

A doutrina⁸⁰ traça certas críticas a esse princípio, pois, em um primeiro momento, observa-se que ele abrange dimensão temática já acobertada por outro princípio, qual seja, o da norma mais favorável. Ora, a redundância atrairia a inutilidade no particular.

Por outro lado, e inegavelmente mais grave, observa-se a problemática apontada pelos críticos de que esse axioma irradia-se de maneira nefasta para a seara processual.

Veja-se a exposição de Maurício Godinho Delgado⁸¹:

Hoje, a teoria do ônus da prova sedimentada no Direito Processual do Trabalho, e o largo espectro de presunções que caracteriza esse ramo especializado do Direito já franqueiam, pelo desequilíbrio de ônus probatório imposto às partes (em benefício do prestador de serviços), possibilidade mais eficazes de reprodução, no processo, da verdade real. Em consequência, havendo dúvida do juiz em face do conjunto probatório existente e das presunções aplicáveis, ele deverá decidir em desfavor da parte que tenha o ônus da prova naquele tópico duvidoso, e não segunda a diretriz genérica do in dúbio pro operario. É que o caráter democrático e igualitário do Direito do Trabalho conduz ao desequilíbrio inerente às suas normas jurídicas e à incompatível sincronia que esse desequilíbrio tem com a teoria processual do ônus da prova e com as presunções sedimentadas características desse ramo jurídico. Não se estende, contudo, o mesmo desequilíbrio à figura do juiz e à função judicante – sob pena de se comprometer a essência da própria noção de justiça.

Entretanto, há algo de positivo, que corresponde à manutenção, seja pela decorrência da regra da norma mais favorável, ou pela própria subsistência do *in dubio pro misero*/operário, da proteção do obreiro em face das interpretações que podem advir da polissemia normativa.

Por outro lado, tem-se a regra da condição mais benéfica. Tal regra/princípio assegura “a garantia de preservação, ao longo do contrato, da cláusula contratual mais vantajosa ao trabalhador”⁸².

⁸⁰ Por todos DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. Ed. 10. São Paulo: LTR, 2011, p. 194-195

⁸¹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. Ed. 10. São Paulo: LTR, 2011, p. 206-207.

⁸² DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. Ed. 10. São Paulo: LTR, 2011, p. 196.

É importante perceber que, nesse ponto específico, não se trata do confronto normativo, ou seja, do conflito de normas-princípio com normas-regra ou, ainda, de normas-regra ou normas-princípio entre si.

A sucessibilidade das cláusulas contratuais encontra-se regrada pela condição mais benéfica, ou seja, prevalecerá aquela que for mais interessante ao obreiro, independentemente do critério cronológico. Nesse sentido, apresentam-se o art. 468, CLT e as Súmulas 51 e 288, C. TST.

Quando há, contudo, o atrito entre duas normas, tem-se necessidade, pela tutela trabalhista, do princípio da norma mais favorável. Por sua importância substancial para o tema em debate neste trabalho, essa sub-regra será tratada em tópico específico a seguir.

3.2.1 O princípio da norma mais favorável ao trabalhador: uma análise do art. 7º, *caput*, CRFB

Dentre as fontes do Direito do Trabalho, a escolha da regra mais favorável como parâmetro de aplicação não é consenso entre os doutrinadores. Sobre esse propósito, observa-se a lição de Orlando Gomes e Élson Gottschalk⁸³, para os quais a norma aplicável segue a razão da natureza e não o grau de favorabilidade:

- a) havendo conflito entre as fontes estatais e as internacionais, prevaleceriam as últimas. Logo, as recomendações, convenções e tratados internacionais estariam acima da Constituição;
- b) na hipótese de conflito estabelecido entre as fontes estatais e as mistas, prevaleceriam as estatais. Conclui-se que a Constituição e as leis se sobrepõem à sentença normativa;
- c) se o conflito for entre as fontes mistas e as profissionais, prevaleceriam as primeiras. Desta forma a sentença normativa supera o regulamento de empresa (fonte profissional para o autor), e as convenções e acordos coletivos. Sob este aspecto também haveria o argumento de que a norma autônoma não pode dispor da heterônoma, porque imperativa;
- d) no caso de conflito entre normas profissionais, tais como, usos, costumes, regulamento e convença coletiva, prevalecem as de âmbito mais generalizado.

À luz do art. 7º, *caput*, CRFB, esse entendimento não pode prevalecer. A disposição constitucional encampa o princípio tutelar, cujo corolário da regra mais favorável é de aplicação mandatória, não só pela norma positiva, mas também pela razão jurídica subjacente à existência do próprio Direito do Trabalho, qual seja, permitir

⁸³ GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Élson. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 57.

a igualdade material entre as partes, naturalmente desiguais ocupantes dos polos da relação de trabalho.

Segundo Plá Rodriguez⁸⁴, a “regra da condição mais benéfica pressupõe a existência de uma situação concreta, anteriormente reconhecida, e determina que ela deve ser respeitada, na medida em que seja mais favorável ao trabalhador que a nova norma aplicável”.

Sob uma perspectiva não conceitual, a regra (ou princípio) da norma mais favorável é um princípio eminentemente interpretativo-informador, que, para Maurício Godinho Delgado⁸⁵, impõe que:

o operador do Direito do Trabalho deve optar pela regra mais favorável ao obreiro em três situações ou dimensões distintas: no instante de elaboração da regra (princípio orientador da ação legislativa, portanto) ou no contexto de confronto de regras concorrentes (princípio orientador do processo de hierarquização das normas trabalhistas) ou, por fim, no contexto de interpretação das regras jurídicas (princípio orientador de revelação do sentido da regra trabalhistas).

A aplicação desse axioma na fase política é inegavelmente viva. Isso porque, no decorrer do processo legislativo, os representantes populares poderão deparar-se com a necessidade de tomada de decisões (opções políticas) sobre determinada norma, as quais deverão ser informadas pela manutenção do critério de favorabilidade do obreiro.

Em Estados Democráticos de Direito, a presença dessa norma é decorrência do comando da vedação do retrocesso, denotando o caráter estritamente excepcional de diplomas jurídicos que não atendam à persecução das melhorias sócio-jurídicas da classe trabalhadora.

Na fase jurídica propriamente dita, ou seja, quando já produzida a norma, tem-se que tal princípio também terá funcionamento, mormente no que toca à abstração do conteúdo hermenêutico-semântico do direito positivado.

Inegavelmente, há de se fazer uma leitura constitucional das normas, de tal sorte que as interpretações possíveis de uma norma polissêmica coadunem-se com o texto constitucional. Na seara trabalhista, especificamente, essa identificação, pareada do melhor sentido da norma, deverá ter em vista o disposto no art. 7º, CRFB.

Entretanto, o que mais interessa para este trabalho é a visão do princípio da norma mais favorável como critério de hierarquização de normas.

⁸⁴ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípio de Direito do Trabalho**. Ed. 3. Trad. GIGLIO, Wagner D. São Paulo: LTR, 2000, p. 131.

⁸⁵ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2011, p. 193.

Segundo essa regra, a norma a ser escolhida - para uns, por ser de hierarquia superior, mas para este trabalho por mera aplicabilidade decorrente do próprio comando do art. 7º, CRFB – obedecerá ao critério de maior favorabilidade⁸⁶. Ou seja, havendo o conflito entre dois diplomas normativos, o aplicador do direito deverá quase⁸⁷ sempre optar por aquele que for mais benéfico.

Como já mencionado, a regra da norma mais favorável não se confunde com a da condição mais favorável. Fernando Hoffman⁸⁸ traz distinção relativa à simultaneidade e sucessividade da norma (aqui entendida no aspecto lato, para incluir também a norma contratual), como se observa:

(...) também não se pode baralhar a regra da condição mais benéfica com a da norma mais favorável, pois, em poucas palavras, a última pressupõe a vigência simultânea de duas ou mais regras jurídicas, ao passo que a primeira necessariamente envolverá o confronto entre a regra nova e a derogada, sendo a solução muitas vezes oferecida pelos autores com base nas mesmas teorias (acumulação, incidibilidade e orgânica).

Obtemperem-se que este trabalho não busca discutir primordialmente qual será a norma aplicável, pois, indubitavelmente, será a mais favorável⁸⁹. Contudo, pelo que se verá adiante, tal aplicação não se dá em virtude de superioridade hierárquica decorrente de suposta “fluidez”, mas sim por rigidez hierárquica e determinação constitucional expressa, vendo-se que o controle de constitucionalidade das normas trabalhistas dá-se não só no aspecto clássico da compatibilidade com o texto constitucional, mas também de maneira incidente sobre a escolha da norma aplicável, o que se entende denominar de controle de favorabilidade.

⁸⁶ Nesse sentido também opinam Arnaldo Süssekind, Délio Maranhão, Segadas Vianna e João de Lima T. Filho, afirmando: “independentemente da sua colocação na escala hierárquica das normas jurídicas, aplica-se, em cada caso, a que for mais favorável ao trabalhador”. Cf SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA FILHO, João de Lima. **Instituições de direito do trabalho**. 16ª ed. São Paulo: LTr, 1997.

⁸⁷ Remete-se o leitor ao tópico correspondente às limitações da aplicação do critério da favorabilidade para compreender as eventuais exceções.

⁸⁸ HOFFMAN, Fernando. **Princípio da Proteção e atualidade brasileira**. São Paulo: LTR, 2003, p. 114.

⁸⁹ Analisar-se-á, contudo, os critérios informadores da atividade de escolha da norma mais favorável. Para tanto, remete-se o leitor ao item 3.4.2.

4. DIREITO DO TRABALHO E A ‘HIERARQUIA FLUIDA OU DINÂMICA’: A APLICAÇÃO DO CRITÉRIO DA FAVORABILIDADE.

4.1 O problema terminológico⁹⁰

De início, observa-se que, numa seara técnica como a jurídica, a linguagem utilizada deve manter precisão técnica para que não se gere falsos fenômenos jurídicos.

Nesse tom, bem nos adverte Arion Sayão Romita⁹¹, com arrimo em José Oiticica⁹²:

A linguagem comum é constituída de um conjunto de símbolos necessários a comunicação dos homens entre si, sendo a comunicação uma interação simbólica, cujo significado é por eles previamente estabelecido e aceito.

A utilização, em temas jurídicos, de palavras correntes na linguagem comum exige uma cuidadosa esclarecimento de seu significado, sob pena de desentendimento, incompreensão ou perplexidade, já que, no plano semântico, surgem três problemas: 1º — a ambiguidade, também chamada de anfibologia ou sínquese, que consiste na possibilidade de mais de um sentido para a mesma frase ou período; 2ª — a vagueza (ou vaguidade), que se revela quando se instaura uma zona de penumbra, caracterizada pela falta de precisão, entendida esta como o emprego da palavra ou da construção mais exata na expressão de uma ideia; 3ª a acirologia, que resulta de improbidade da expressão: maneira de falar imprópria. Há que se praticar a acirologia, isto é, propriedade rigor e precisão de no estilo.

Nesse jaez, o problema a ser enfrentado reside precipuamente na imprecisão terminológica ocasionada por uma falsa ideia de que, em virtude da inflexão do princípio laboral tuitivo, ter-se-ia uma plastificação e maleabilidade da hierarquia normativa, adotável, especificamente, na seara do Direito do Trabalho.

A título de exemplo, vejam-se algumas passagens:

De acordo com Maranhão (2000:158) “as fontes formais do Direito do Trabalho são: a Constituição, a Lei, o Regulamento, a Sentença Normativa da Justiça do Trabalho, a Convenção Coletiva de Trabalho e o Costume.” Podem-se acrescentar ao rol os Contratos de Trabalho, Acordos Coletivos e os Tratados e Convenções Internacionais.

⁹⁰ Observa-se que não se desconhece a distinção pretendida por parte da doutrina no que toca à hierarquia formal (rígida e derivada da validade) em face da hierarquia material (flexível e substantiva, referente ao grau de benefício da norma para com o obreiro). Entretanto, tal distinção parece ser tornada a efeito de maneira distorcida, pois não há uma dissociação nesse sentido. Conforme se verá adiante, pelas consequências tocantes ao fundamento de validade de cada norma, a posição hierárquica é uma qualidade essencialmente absoluta, não estando sujeita à flexibilidade. Ou uma norma é hierarquicamente superior e fundamenta outra, ou esta é superior àquela e a fundamenta.

⁹¹ ROMITA, Arion Sayão. **Direitos Humanos** in Revista LTR de maio de 2013, p. 9.

⁹² OITICICA, José. **Manual de Estilo**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1944, p. 53.

Porém, em se tratando de direito do trabalho, ante a regulamentação da matéria, essencialmente por princípios consagrados pela ordem jurídica, visando proteger o hipossuficiente econômico na relação de emprego, verifica-se uma certa flexibilidade hierárquica das normas de direito laboral.⁹³ (sem grifos no original)

Em sentido semelhante, Vólia Bonfim Cassar⁹⁴ afirma:

O Direito do Trabalho tem sua base e sustentação no princípio da proteção do hipossuficiente, do qual deriva o princípio da preponderância da norma mais favorável ao trabalhador. Isto significa que, apesar de existir uma hierarquia formal das fontes, o Direito do Trabalho, de forma peculiar, confere a esta classificação hierárquica uma maleabilidade, de forma que a lei atua como mínimo superável, que pode ser aprimorado em prol do trabalhador.

Também assim diz Maurício Godinho Delgado⁹⁵:

No Direito Comum os diplomas normativos (lei em sentido material) classificam-se, hierarquicamente, segundo sua maior ou menor extensão de eficácia e sua maior ou menor intensidade criadora do Direito.

Há uma verticalidade fundamentadora entre os diplomas normativos, mediante a qual um diploma encontra respaldo e fundamento naquele que lhe é superior. A hierarquia fixa-se pela extensão da eficácia e intensidade normativa do diploma, concentradas essas qualidades mais firmemente na Constituição da República e, em grau gradativamente menor, nos diplomas normativos de caráter inferior. Esses dois critérios informam os princípios da constitucionalidade e da legalidade, inspiradores e orientadores de toda a ordem jurídica no âmbito do Direito Comum.

À luz desse critério, a hierarquia própria às fontes normativas componentes do Direito Comum é rígida e inflexível: nada agride a Constituição e, abaixo dessa, nada agride a lei. A pirâmide de hierarquia normativa apresenta-se com a seguinte disposição: Constituição, no vértice da pirâmide, acompanhada de emendas à Constituição. Em seguida, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias. Em seguida, decretos, regulamento normativo e, sucessivamente, diplomas dotados de menor extensão de eficácia e mais tênue intensidade normativa.

Não é esse o critério hierárquico preponderante no Direito do Trabalho. Na verdade, a temática da hierarquia própria aos componentes normativos justralhistas coloca, mais uma vez, esse ramo jurídico especializado em notável especificidade perante o Direito Comum.

(...)

O critério normativo hierárquico vigente no Direito do Trabalho opera da seguinte maneira: a pirâmide normativa constrói-se de modo plástico e variável, elegendo para seu vértice dominante a norma que mais se aproxime do caráter teleológico do ramo justralhista. À medida que a matriz teleológica do Direito do Trabalho aponta na direção de

⁹³ OLIVEIRA, José Pérciles. **Hierarquia das normas no direito do trabalho**. Disponível em: <http://www.faimi.edu.br/v8/RevistaJuridica/Edicao3/hierarquia%20normas%20trabalhistas%20-%20p%C3%A9rciles.pdf>. Acesso em: 19 set. 2013.

⁹⁴ CASSAR, Volia Bonfim. **Direito do Trabalho**. Niterói: Impetus, 2008, p. 98.

⁹⁵ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2011, p. 173-175

conferir solução às relações empregatícia segundo um sentido social de restaurar, hipoteticamente, no plano jurídico, um equilíbrio não verificável no plano da relação econômico-social de emprego -, objetivando, assim, a melhoria das condições socioprofissionais do trabalhador -, prevalecerá, tendencialmente, na pirâmide hierárquica, aquela norma que melhor expresse e responda a esse objetivo teleológico central justtrabalhista. Em tal quadro, a hierarquia de normas jurídicas não será estática e imutável, mas dinâmica e variável, segundo o princípio orientador de sua configuração e ordenamento. (grifo nosso)

Assim também a jurisprudência se posiciona:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA - HORAS EXTRAORDINÁRIAS - JORNADA DE TRABALHO DE QUARENTA HORAS SEMANAIS FIXADA EM EDITAL DE CONCURSO PÚBLICO - PREVALÊNCIA SOBRE A REGRA CONSTITUCIONAL INSERTA NO INCISO XIII DO ART. 7º - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA NORMA MAIS FAVORÁVEL VIGENTE NO DIREITO INDIVIDUAL DO TRABALHO. O edital do concurso público não se limita apenas às questões procedimentais do certame e suas regras devem ser respeitadas por todos. Publicado o edital, a Administração Pública está obrigada a observar as disposições que ela própria elaborou. Desse modo, se o edital estabelecia jornada de quarenta horas semanais para o emprego público de servente de obras, no qual fora admitido o autor, a referida regra editalícia aplica-se ao contrato de trabalho firmado entre as partes, não servindo o princípio da legalidade estrita como escusa para a não observância da jornada de trabalho prevista no edital. Ademais, o art. 7º, XIII, do texto constitucional estabelece a jornada limite de quarenta e quatro horas semanais, bem como expressamente faculta a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho. Nesse diapasão, a mencionada regra editalícia, que fixa jornada de trabalho inferior a quarenta e quatro horas semanais, não se inquina de nenhum vício de inconstitucionalidade, portanto, válida e prevalecente sobre a norma contida no art. 7º, XIII, da Constituição da República, de acordo com o princípio da norma mais favorável vigente no direito individual do trabalho, que determina a aplicação, entre várias normas que hipoteticamente se subsumem ao caso concreto, daquela mais favorável ao empregado; pois, **em virtude do caráter protetivo do direito do trabalho, deve sempre prevalecer hierarquicamente a norma mais benéfica ao trabalhador, mesmo que seja necessário preterir a hierarquia tradicional das normas.** Violações e divergência jurisprudencial afastadas. Agravo de instrumento desprovido.

(TST - AIRR: 2984720115030050 298-47.2011.5.03.0050, Relator: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 15/08/2012, 4ª Turma)

RECURSO DE REVISTA. HIERARQUIA NORMATIVA NO DIREITO DO TRABALHO. NORMAS COLETIVAS. CONFLITO (ACT e CCT). CRITÉRIO DE PREVALÊNCIA. A hierarquia de normas no direito do trabalho continua regida pelo princípio da norma mais benéfica, sempre erigida ao topo de sua pirâmide normativa. Portanto, o artigo 620, da Consolidação das Leis do Trabalho, ao positivar esse princípio, em nada conflita com o disposto no artigo 7º, XXVI, da Constituição da República, porque nesse apenas se enalteceu o papel dos seres coletivos sindicais na elaboração de normas autônomas no âmbito do direito coletivo do trabalho. E tal circunstância em nada alterou o critério de resolução quanto à hierarquia de normas no direito laboral, no qual deve prevalecer

a norma mais benéfica, extraída segundo o princípio do conglobamento, embora passe por uma releitura que inclui a valorização da preservação de postos de trabalho e a preservação da empresa em detrimento da mera apreensão da soma de benefícios de cada norma autônoma. Na hipótese, a decisão não consigna pontualmente, mas apenas em tese, que o acordo celebrado tenha sido levado a efeito para a preservação do empreendimento ou de postos de trabalho, de forma que ofendeu o artigo 626, da Consolidação das Leis do Trabalho, o qual foi recepcionado pela Constituição da República de 1988. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido.

(RR 1537 1537/2006-003-18-00.1, Rel. Min. Emanuel Pereira. 5ª T. Publicação 27.11.09. Grifo nosso)

Norma mais favorável ao trabalhador – Aplicabilidade. **O vértice da pirâmide da hierarquia das normas trabalhistas, dentre aquelas em vigor, será ocupado pela norma mais favorável ao trabalhador.** Recurso acolhido para deferir o pedido de diferenças de adicional de insalubridade.

(TRT 6ª Região, Proc. nº 00077/2003.906.06-00-0, Acórdão 2ª Turma, Relator Juiz Ivanildo da Cunha Andrade, DOPE 29/4/03. Grifo nosso)

Igualmente, de tão arraigado no ‘vocabulário jurídico’, pode-se observar tal problema também em uma análise dos enunciados propostos na 1ª Jornada de Direito do Trabalho, que visou a fornecer subsídios doutrinários para fomento da jurisprudência do TST, contando com a participação da ANAMATRA, ENAMAT e CONEMATRA e que acabou firmando o seguinte entendimento: “**a quebra da hierarquia das fontes é válida** na hipótese de o instrumento inferior ser mais vantajoso para o trabalhador.”⁹⁶

Ora, se realmente existisse uma fluidez hierárquica especial para o Direito do Trabalho, ter-se-ia a necessidade de formulação de uma teoria geral “especial” do controle de constitucionalidade para esse ramo jurídico.

Entretanto, não parece ser esse o caso. A bem da verdade, é possível notar uma encampada confusão terminológica, tendo em vista que muitos escritos, como já citados, assumem existir uma fluidez hierárquica, quando na verdade a ordem hierárquico-normativa permanece incólume.

4.2. Breve distinção entre eficácia e validade: a razão subjacente à escolha da norma mais favorável

A questão de se saber se a norma mais favorável é aplicada em virtude de sua posição hierárquica superior – possibilidade dada pela suposta fluidez do ordenamento

⁹⁶ Cf. Enunciado nº 9 da 1ª Jornada de Direito do Trabalho. Sem grifos no original.

juslaboral – ou por simples questão de constitucionalidade de escolha (critério da favorabilidade) pressupõe uma análise a respeito da diferenciação da validade em face da incidência normativa (aplicabilidade).

Nessa toada, de acordo com ideário positivista de D. Dimoulis⁹⁷, “a validade é uma qualidade da norma jurídica que faz parte de um ordenamento jurídico em determinado momento”.

Para H. Kelsen⁹⁸, a eficácia está jungida à própria validade, pois a simples inserção da norma no ordenamento já a dota de inafastável imperatividade, mas a sua inaplicabilidade renitente a despoja de vigência, conforme se observa:

(...) **uma norma jurídica deixará de ser considerada válida quando permanece duradouramente ineficaz. A eficácia é, nesta medida, condição da vigência**, visto ao estabelecimento de uma norma se ter de seguir a sua eficácia para que ela não perca a sua vigência. E de notar, no entanto, que, **por eficácia de uma norma jurídica** que liga a uma determinada conduta, como condição, uma sanção como consequência, - e, assim, qualifica como delito a conduta que condiciona a sanção -, **se deve entender não só o fato de esta norma ser aplicada pelos órgãos jurídicos, especialmente pelos tribunais** - isto é, o fato de a sanção, num caso concreto, ser ordenada e aplicada - **mas também o fato de esta norma ser respeitada pelos indivíduos subordinados à ordem jurídica** - isto é, o fato de ser adotada a conduta pela qual se evita a sanção. Na medida em que a estatuição de sanções tem por fim impedir (prevenção) a conduta condicionante da sanção - a prática de delitos - encontramos-nos perante a hipótese ideal da vigência de uma norma jurídica quando esta nem sequer chega a ser aplicada, pelo fato de a representação da sanção a executar em caso de delitos e ter tornado, relativamente aos indivíduos submetidos à ordem jurídica, em motivo para deixarem de praticar o delito. Nesta hipótese, a eficácia da norma jurídica reduz-se à sua observância.

(...)

A eficácia é estabelecida na norma fundamental como pressuposto da validade.
(grifo nosso)

Já para N. Bobbio⁹⁹, a validade e a eficácia devem ser analisadas separadamente.

Veja-se a lição:

(...) O primeiro ponto que, a meu juízo, é preciso ter bem claro em mente se quisermos estabelecer uma teoria da norma jurídica com fundamentos sólidos, é que toda norma jurídica pode ser submetida a três valorações distintas, e que estas valorações são independentes umas das outras. De fato, frente a qualquer norma jurídica podemos colocar uma tríplice ordem de

⁹⁷ DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico: Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político**. São Paulo: Método, 2006, p. 113.

⁹⁸ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. MACHADO, João Baptista (trad.). 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 8 e 146.

⁹⁹ BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. Trad. Fernando Pavan e Ariani Bueno Sudatti. São Paulo: Edipro, 2001, p. 45 a 47

problemas: 1) se é justa ou injusta; 2) se é válida ou inválida; 3) se é eficaz ou ineficaz. Trata-se dos três problemas distintos da justiça, da validade e da eficácia de uma norma jurídica.

O problema da justiça é o problema da correspondência ou não da norma aos valores últimos ou finais que inspiram determinado ordenamento jurídico.

(...)

O problema da validade é o problema de existência da regra enquanto tal, independentemente do juízo de valor sobre ela ser justo ou não. Validade jurídica de uma norma equivale à existência desta como regra jurídica.

(...)

O problema da eficácia de uma norma é o problema de ser ou não seguida pelas pessoas a quem é dirigida (os chamados destinatários da norma jurídica) e, no caso de violação, ser imposta através de meios coercitivos pela autoridade que a evocou.

D'outra banda, Rizzato Nunes¹⁰⁰ afirma que a validade pode relacionar-se com o aspecto técnico-jurídico ou com o da legitimidade:

A validade tanto pode referir-se ao aspecto técnico-jurídico ou formal quanto ao aspecto da legitimidade. No primeiro caso, fala-se de norma jurídica ser válida quando criada segundo os critérios já estabelecidos no sistema jurídico: respeito à hierarquia, que tem como ponto hierárquico superior a Constituição Federal; aprovação e promulgação pela autoridade competente; respeito a prazos e quorum; conteúdo de acordo com as designações de competências para legislar. No outro, fala-se do fundamento axiológico, cuja incidência ética seria a condição que daria legitimidade à norma jurídica, tornando-a válida.

Portanto, a eficácia liga-se à produção material de efeito da norma. É decorrência da validade, mas não se deduz inata a ela, ou seja, a validade da norma é essencial, mas não suficiente, para que ela produza seus efeitos.

Enquanto a validade se vincula ao fato de a norma pertencer ou não ao ordenamento e ter, portanto, aptidão para produzir efeitos, a eficácia circunscreve-se tão somente à consequência (produção de tais efeitos).¹⁰¹

4.3 A vinculação da hierarquia como decorrência da validade: a impossibilidade da hierarquia fluida ou dinâmica.

Inicialmente, é imperioso afirmar que o corte epistemológico feito para que se possa analisar individualmente a validade das normas não implica a negação de sua importância e conexão com a incidência normativa.

¹⁰⁰ NUNES, Luiz Antônio Rizzato. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito**, Ed. 7. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 175.

¹⁰¹ Observa-se que aqui se trata da eficácia estrita e não da eficácia social (efetividade), tida como a real produção de efeitos e aceitação por parte do corpo social.

Ademais, a escolha da norma mais favorável, como se verá, terá repercussão direta na aplicação de uma norma a um caso concreto.

De todo modo, cumpre lembrar que, segundo H. Kelsen¹⁰², "o ordenamento jurídico não é, portanto, um sistema jurídico de normas igualmente ordenadas, colocadas lado a lado, mas um ordenamento escalonado de várias camadas de normas jurídicas".

Igualmente, a pesquisa a respeito da validade de uma norma é feita com base na retrospectiva de sua elaboração. Investiga-se os fundamentos imediatamente superiores à sua elaboração, ou seja, qual norma superior lhe fornece fundamento. Esse procedimento de verificação se repete até que se chegue à norma fundante de todo o sistema (*Grundnorm* – norma hipotética fundamental). Só assim tem-se a perfeita verificação de validade de uma norma e, ao mesmo tempo, da estruturação do ordenamento.

Dessa feita, a hierarquia tem ligação íntima com sua validade, mormente considerando que tal atributo da norma jurídica é decorrência básica e direta da sua ligação com a norma que lhe dá fundamento, ou seja, com a norma hierarquicamente superior que justifica a existência da norma inferior. A hierarquia é, portanto, a base de logicidade da validade normativa.

Outrossim, de uma maneira geral, os requisitos de validade de uma norma podem ser vistos como formais e materiais. Estes denotam a adequação da norma aos comandos hierarquicamente superiores no que diz respeito à substância; aqueles, à forma.

Norberto Bobbio¹⁰³ vai além e afirma que são necessários três exames para averiguar a validade jurídica de uma norma, a saber: a) a legitimidade da origem; b) a inexistência de revogação; c) a compatibilidade com outras normas do sistema. E mais, para que uma norma seja validada, ela deverá ser igualmente justa¹⁰⁴.

Já para Miguel Reale¹⁰⁵, a validade pressupõe outras três cognições: a) validade formal, técnico-jurídica; b) efetividade (eficácia social); e c) eticidade (ou fundamento ético-comportamental).

¹⁰² KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**: introdução à problemática científica do direito. Trad. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 3. ed. rev. da tradução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 103.

¹⁰³ Cf. BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Trad. Fernando Pavan Batis e Ariane Bueno Sudatti. São Paulo: Edipro, 2001.

¹⁰⁴ Cf. BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. São Paulo: Icone, 1995, p. 137

¹⁰⁵ Cf. REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 105

De outra banda, Herbert Hart¹⁰⁶ entende que há uma regra de reconhecimento para a validade das normas, a qual serviria para estabelecer teste de validade para as normas no sistema legal aplicável, bem como para conferir tal validade e, em última análise, para unificar tais leis aplicáveis.

Entretanto, a fixação de critérios de aferição de validade das normas jurídicas não é o objeto deste estudo. A referência aqui feita baseia-se somente na necessidade de vislumbrar que a validade não se confunde com a eficácia¹⁰⁷, sendo que é aquela quem tem a íntima relação com a hierarquia e, por consequência, com o posicionamento das normas dentro da pirâmide normativa¹⁰⁸.

Portanto, a análise do posicionamento hierárquico de uma norma na pirâmide do ordenamento se dá, sempre, por análise relativa bifronte, ou seja, perquire-se ‘para quais normas ela é fundamento de validade’ e ‘em quais normas ela busca validade’. Realizada tal individuação, a norma analisada estará exatamente logo acima das que preenchem a primeira característica e imediatamente abaixo das que preenchem o segundo critério¹⁰⁹.

Ora, uma norma subconstitucional (e. g., um acordo coletivo de trabalho ou convenção coletiva de trabalho) que estabeleça licença gestante de 210 dias é inegavelmente mais benéfica à obreira que a previsão constitucional do art. 7º, XVIII, CF. Então, pelo entendimento da fluidez, tal norma seria hierarquicamente superior à CF e, portanto, ocuparia posição privilegiada na pirâmide normativa?

Não parece ser esse o entendimento mais correto.

Na verdade, a hierarquia normativa não se altera. O ACT/CCT continua submetido à Constituição, bem como à lei (art. 611 e ss., CLT) e aos demais regramentos sublegais (p. ex., Portaria nº 5/13 MTE).

O que há é apenas a interpretação do sistema como um todo, tendo em vista a determinação constitucional do art. 7º, XVIII (licença maternidade de 120 dias), que

¹⁰⁶ HART, Herbert L. A. **O Conceito de direito**. Trad. A. Ribeiro Mendes 3. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

¹⁰⁷ Ressalva-se o entendimento de Miguel Reale no tocante à eficácia social.

¹⁰⁸ Ver-se-á, no entanto, que há apenas uma ligação indireta – e específica ao juslaboralismo – que faz com que a aplicabilidade das regras trabalhistas pressuponha uma análise pré-compreendida de sua adequação ao comando do art. 7º, caput, CF.

¹⁰⁹ Trazendo a análise para as fontes do Direito do Trabalho, pelo critério de H. Kelsen e com base nas observações feitas, o vértice da pirâmide seria ocupado pela Constituição, seguida da CLT, sentenças normativas, resoluções do MTE, Normas regulamentadoras, acordos coletivos, convenções coletivas, regulamentos de empresa etc.

deve ser lida à luz da cláusula geral permissiva (espaço de abertura) trazido pelo *caput* do mesmo artigo.

É nesse sentido que Rossal de Araújo e Rodrigo Coimbra¹¹⁰ afirmam:

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

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

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

(Grifos nossos)

De outra sorte, ao se admitir que há variabilidade no grau de hierarquia das normas em razão de ser mais ou menos favorável ao obreiro, poder-se-ia chegar ao absurdo de realizar uma espécie de controle de constitucionalidade às avessas, de sorte a verificar se a Constituição se adequaria a uma determinada norma ‘subconstitucional’ (e.g um decreto regulamentador), que na verdade seria hierarquicamente superior pelo seu grau de benevolência para com o obreiro. Inaceitável do ponto de vista lógico.

De fato, o que se tem não é uma inversão da hierarquia existente entre as diversas normas do ordenamento, mas sim a escolha de qual norma terá eficácia material e será, portanto, aplicada. A diferença não reside no plano da validade, mas da eficácia.

Nesse tom, o controle de favorabilidade seria uma verificação da adequação da norma inferior ao espaço de poder concedido pela Constituição – mais precisamente, pelo art. 7º, *caput*, CF.

A norma mais favorável se adéqua e, portanto, concretiza o preceito de abertura constitucional. Já a norma menos favorável encontra-se, ainda que momentaneamente, em desacordo com a Constituição (ou com seu espírito - principiologia), não devendo prevalecer.

¹¹⁰ ARAÚJO, Francisco Rossal e COIMBRA, Rodrigo. Ensaio: **Não há quebra da hierarquia das normas no Direito do Trabalho**. Publicado na Revista Direito e Inovação, v. 1, n. 1, 2012, p. 188.

Desse modo, a afirmação de que o princípio da norma mais favorável induz uma fluidez hierárquica há de ser visto sob o prisma consequencial direto, pois a existência da possibilidade de variação no escalonamento normativo em relação à validade das normas implicaria haver uma fundamentação normativa circular, o que seria ilógico e levaria à ruína do sustentáculo do ordenamento.

Em outras palavras, se admitida como verdadeira a fluidez hierárquica, ter-se-ia uma norma inferior (formalmente), que, por ser mais benéfica (substancialmente superior), seria fundamento de validade de outra (formalmente superior, mas substancialmente inferior). Por sua vez, esta, por ser formalmente superior, poderia ser fundamento da primeira. Assim, uma norma poderia ter por fundamento outra que subtrai dela mesma a sua razão de validade em um verdadeiro círculo vicioso.

Tal consequência levaria a uma falsa percepção de perfectibilidade lógico-formal, mas que, na verdade, acarretaria na ilusão de validade de todas as normas do ordenamento.

Não haveria substrato a subjazer a edição das normas. Elas se autovalidariam, o que é inadmissível do ponto de vista da teoria da norma e do ordenamento jurídicos¹¹¹.

4.4 Controle de favorabilidade

O que se resolveu denominar controle de favorabilidade nada mais é do que a escolha, dentre normas que se propõem a regular a mesma matéria, da norma mais favorável sob o prisma da regra geral de permissão e abertura do *caput* do art. 7º, CF.

Como se verá, a aplicação de tal controle pode ser vista como uma modalidade de controle de constitucionalidade, já que, em última análise, é uma verificação da adequação de normas ao texto constitucional.

Nessa toada, a norma que for mais favorável será reputada constitucional, pois se adéqua ao comando implícito de favorabilidade do art. 7º, CF. Continuamente, aquela que for menos favorável será afastada, ainda que de maneira temporária, por não atender à determinação constitucional.

4.4.1. Controle de favorabilidade: limitações gerais

¹¹¹ Cf. BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma jurídica**. Ed. 1, São Paulo, Edipro, 2001 e BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Ed. 6. Brasília: UNB, 1995.

Nessa seara, após o destaque dado ao princípio protetor, mormente em sua faceta da regra da aplicação da norma mais favorável, e também visto que não há a malsinada maleabilidade da hierarquia do ordenamento juslaboral, deve-se ter noção de que não se trata a favorabilidade de um critério absoluto.

A tuitividade juslaboral encontra pauta, inicialmente, nas restrições de interesse coletivo¹¹². Isso porque, posto que a regulação das relações trabalhistas (*lato e stricto sensu*) tenha um campo de incidência substancial – amplitude correspondente ao próprio Direito do Trabalho e aos direitos individuais dos trabalhadores interessados –, sempre haverá a necessidade de observância de interesses coletivos¹¹³.

O que se vê como inafastável do princípio protetor - e do próprio Direito do Trabalho em leitura constitucional - não é privilegiar sempre o trabalhador, mas não permitir que haja uma objetificação de sua força produtiva. Ou seja, não se pode mercantilizar o trabalho, pois enquanto direito social, é decorrência direta da dignidade inata do ser humano, sendo sempre um fim e não um meio.

Já em 1943, Fezas Vital¹¹⁴ anotara essa limitação:

(...) a disciplina corporativa, enquanto disciplina jurídico-económica, e vise ela relações económicas pròpriamente ditas ou vise relações de trabalho, propõe-se apenas <<substituir à autonomia contratual dos particulares em concorrência entre si, uma disciplina unitária, ditada em função dos interesses das categorias, avaliadas orgânicamente, não actuando as fontes corporativas quando existe uma disciplina legal ou regulamentar coactiva, que tenha subtraído o regime de certas relações à liberdade, à vontade autônoma dos respectivos sujeitos.

Onde haja norma imperativa, qualquer que tenha sido o órgão competente gerador – central ou local – cessará a legitimidade de intervenção das fontes corporativas, cujo domínio, repetimos, se restringe à disciplina de actividades económicas até então entregues à liberdade e autonomia contratuais.

(...)

Pode, na verdade, uma fonte inferior sobrepor-se, em certos casos, à fonte superior, bastante para isso, que esta, ou outro superior a ambas, com consentimento legal o determine.

¹¹² Nesse sentido, confira-se RIVERA, Carlos Alá Santiago. **Transcendencia del derecho laboral**. Revista de Estudios Críticos Del Derecho (Clave). Tomo 3. Universidad Interamericana de Puerto Rico, 2007-2008, p. 14-17 e também HUECK, Alfred e NIPPERDEY, Hans Carl. **Compendio de Derecho del Trabajo**. Revista de Derecho Privado, Madrid, p. 46-47, 1963 *apud* PIRES, Horácio Senna. **Direito do Trabalho: atualidade do princípio da proteção**. Revista do TST vol. 77, 2011, p. 125 a 132.

¹¹³ Termo utilizado na acepção popular, denotando os interesses gerais da coletividade e não os interesses coletivos em acepção jurídica estrita.

¹¹⁴ VITAL, Domingo Fezas. **Hierarquia das Fontes**. Dissertação de abertura do ano judicial de 1943. Portugal: Revista da Ordem dos Advogados, 1943.

Acrescentaremos, ainda, que, na hipótese de a lei exigir certa fonte como meio indispensável à sua integração substancial, todas as restantes fontes secundárias deverão dizer-se dominadas pela fonte integradora, visto a soberania da lei implicar, em tal caso, a superioridade da fonte destinada a completá-la.

Assim, o Direito do Trabalho se mostra com uma dupla face. Na primeira, observa-se a proteção do trabalhador contra as explorações mercadológicas. Ao mesmo tempo, em seu verso, a melhoria social de uma determinada categoria pressupõe a observância das regras que assegurem o bem comum¹¹⁵.

É nesse sentido que Jean-Claude Javillier¹¹⁶ afirma que as melhoras sociais pressupõem uma contrapartida econômica, de modo que o econômico condiciona o social, já que a proteção obreira não pode se desvencilhar das reais condições econômicas (macro: da economia, mas também micro: da empresa, singularmente). Igualmente, a melhoria das condições de trabalho acarreta, mesmo que indiretamente, uma melhoria na própria situação econômica, uma vez que possibilita aumento de produtividade e de competitividade.

Em igual tom, Arnaldo Süssekind¹¹⁷ informa que a proteção laboral resulta das normas imperativas decorrentes da intervenção estatal na economia, de tal modo que a necessidade de proteção do trabalhador é a própria raiz sociológica do Direito do Trabalho.

Essa limitação não há de causar surpresa. É imperativo lógico que o sistema jurídico, enquanto expressão de um corpo social, sofra inflexões de outros ramos de interesse da sociedade, como o caso do sistema econômico.

Corroborando tal exposição, Rossal de Araújo e Rodrigo Coimbra¹¹⁸ afirmam:

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

(Grifo nosso)

¹¹⁵ Confirmando tal entendimento, a Súmula 375, C. TST informa que “Os reajustes salariais previstos em norma coletiva de trabalho não prevalecem frente à legislação superveniente de política salarial”.

¹¹⁶ Cf. JAVILLIER, Jean-Claude. **Manual de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 1988, p. 30-31.

¹¹⁷ Cf. SÜSSEKIND, Arnaldo et al. **Instituições de Direito do Trabalho**. Ed. 20. São Paulo: LTR, 2002, p. 128

¹¹⁸ ARAÚJO, Francisco Rossal e COIMBRA, Rodrigo. **Não há quebra da hierarquia das normas no Direito do Trabalho**. Artigo publicado na Revista Direito e Inovação. V. 1. n 1. Julho de 2003, p. 191.

Portanto, é possível arrematar afirmando que, por questões de razoabilidade e por uma decorrência do próprio sistema econômico, bem como tendo em vista que o ordenamento jurídico é um conjunto sistemático de determinações de comportamento, o princípio tutelar – especialmente regra da escolha da norma mais favorável – sofre limitações de ordem lógica e sistemática. Não se há de escolher a norma mais favorável a todo custo.

Ademais, a escolha da norma mais favorável pressupõe o espaço normativo conferido pela normatividade superior, bem como a adequação às limitações de interesse público.

Exemplo concreto disso é o posicionamento reiterado do TST no sentido de, ainda que se estabeleça situação mais favorável, a negociação coletiva não poderia se dar quando houvesse a flexibilização de normas de cunho protetivo. Veja-se o julgado ilustrativo:

REAJUSTE SALARIAL AUTOMÁTICO. PREVISÃO EM ACORDO COLETIVO. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE DE POLÍTICA SALARIAL. A decisão revisanda foi prolatada em consonância com o art. 623 da CLT, achando-se em perfeita sintonia com a Orientação Jurisprudencial nº 40 da SBDI-2 deste TST, no sentido de que **"Os reajustes salariais previstos em norma coletiva de trabalho não prevalecem frente à legislação superveniente de política salarial."** Incidência do Enunciado nº 333/TST c/c o art. 896, §§ 4º e 5º, da CLT. Recurso de revista não conhecido.

(TST - RR: 5458308919995175555 545830-89.1999.5.17.5555, Relator: José Antônio Pancotti, Data de Julgamento: 05/05/2004, 4ª Turma., Data de Publicação: DJ 04/06/2004.)

Ora, mesmo sendo o instrumento coletivo que prevê reajustes automáticos mais benéfico, não será ele a norma aplicada, mas sim a que estabelecer a política salarial, pois esta socorre a interesses públicos superiores, tais como a necessidade de controle de inflação e da economia como um todo. Limita-se, portanto, a incidência da norma mais favorável em tais casos.

Por fim, vê-se que a crise da representatividade sindical acaba por trazer outro empecilho, que na verdade se converte em fator denotativo de necessidade da aplicação dos critérios de escolha da norma mais favorável¹¹⁹ com grande atenção por parte do magistrado.

¹¹⁹ Tecnicamente, não se teria um empecilho para a aplicação do critério da norma mais favorável, mas sim a necessidade de cautela extra na verificação da favorabilidade. O que a crise sindical objeta,

Ora, numa sociedade plural e em que nem sempre os sindicatos se mostram verdadeiramente comprometidos com a melhoria da condição obreira, cumpre ao magistrado perscrutar a respeito da real melhora propiciada pelas negociações coletivas. Isso porque, determinadas normas podem, inicialmente, parecer mais favoráveis, mas, na realidade, escamoteiam verdadeira flexibilização prejudicial aos direitos obreiros.

Fazendo tal advertência, observa-se a lição de Orlando Teixeira da Costa¹²⁰:

Em decorrência desses dois tipos de diferenciação, o sistema sindical brasileiro também se apresenta diversificado, conforme o território em que exerce a sua atividade. Nos grandes centros industrializados, como nos Estados de São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais ou Rio Grande do Sul e em relação àquelas profissões numericamente mais importantes, ele é um sindicalismo forte, com poder de barganha e capaz de levar os empregadores a negociarem. Nos Estados industrialmente inexpressivos ou em relação às atividades numericamente insignificantes, a vida sindical não possui nenhuma ou quase nenhuma força, pelo que dificilmente os patrões concordam em manter qualquer tipo de entendimento com seus empregados.

(...)

A quebra de rigidez de certas normas tem que vir metodicamente, através de um processo de flexibilização do diversificado. E essa diversificação deve considerar não apenas a carência de muitos ou o concentrado poder econômico de poucos, mas a variedade que apresentam empresários e empregados.

A regulação das relações laborais de modo flexível, teria que começar, a nosso ver, por um tratamento jurídico diferenciado entre pequenas, médias e grandes empresas, não apenas do ponto de vista fiscal, como já ocorre, mas no que diz respeito aos direitos trabalhistas a serem reconhecidos àqueles que elas empregam. Da mesma maneira, seria desejável, que se estabelecessem níveis de tratamento entre os empregados, a exemplo do que existe em alguns países europeus, como a Itália, onde o Código Civil distingue três categorias de prestadores de serviços: operai (operário), impiegato (empregado) e dirigente (dirigente, diretor). Cada uma dessas categorias recebe tratamento legal diversificado em relação a alguns direitos trabalhistas, sendo que a lei de 13 de maio de 1985, número 190, no artigo 2º, inciso 1, ainda criou mais um grupo de trabalhadores subordinado, os quadri, que traduziremos como sendo os empregados de escritório, os white-collar dos americanos mas possuem conceituação legal precisa na Itália, no dispositivo acima mencionado: “La categoria dei quadri è costituita dai prestatori di lavoro subordinato che, pur non appartenendo alla categoria dei dirigenti, svolgono funzione con carattere continuativo di rilevante importanza ai fini dello sviluppo e della attuazione degli obiettivi dell’impresa”.

Essa limitação material à escolha da norma mais favorável reside no abismo social e na crise da representatividade sindical. O abismo social implica a necessidade de observância de critérios maleáveis para aplicação da norma.

portanto, é a autonomia coletiva negociada ou não. O reflexo na escolha da norma mais favorável é indireta.

¹²⁰ COSTA, Orlando Teixeira. **Rigidez e flexibilidade do Direito do Trabalho**. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, vol. 56, 1990, p. 122 e 123.

Não se pode, sem um zelo excepcional, aplicar balizas de escolha da norma mais favorável utilizadas para diversas espécies de empregados, ocupantes de estratos sociais inegavelmente distintos.

Ilustrativamente, a capacidade negocial de uma categoria extremamente organizada pode denotar que a norma a qual, aparentemente, é menos favorável, na verdade, seria mais atenta às condições subjetivas daquela categoria¹²¹.

Ou seja, a depender da categoria social, do grau organizacional da categoria, da sua expressividade numérica, enfim da capacidade de pressão, o magistrado deverá, mais que nunca, empregar cautela e atenção na escolha da norma mais favorável.

4.4.2. Controle de favorabilidade: os critérios de escolha da norma mais favorável.

Pelo princípio da prevalência da norma mais benéfica, viu-se a determinação constitucional de que a norma aplicável (e, portanto, eficaz à luz do caso concreto) seja aquela mais favorável ao trabalhador.

Relativamente à escolha do critério de comparação e, portanto, atribuição do maior grau de favorabilidade a uma determinada norma, é matéria bastante controvertida. Há, basicamente, dois posicionamentos principais, a saber: 1) Teoria Atomista; 2) Teoria do Conglobamento.

A teoria atomista, também conhecida como cumulação ou da adição, prega que a formulação da norma mais favorável dê-se pela soma de todos os dispositivos textuais que sejam mais propícios à melhoria da condição do obreiro, independentemente de tais textos serem componentes de diplomas distintos.

Comentando sobre tal teoria, Vólia B. Cassar¹²² afirma:

Teoria tomista, atomista, da acumulação ou da soma: reúne todos os artigos, dispositivos e vantagens ao trabalhador contidas em cada fonte autônoma comparada, conjugando-as numa só relação jurídica de trabalho, ignorando-se as desvantagens ao trabalhador. Submete a mesma relação contratual às regras contidas em fontes diferentes, acarretando no ápice do princípio da norma mais favorável.

¹²¹ Concretamente, é o que ocorria - antes da Lei 12.619/12 - com os motoristas e cobradores de ônibus, que, frequentemente flexibilizavam a possibilidade de fracionamento de seus intervalos intrajornadas para adequá-lo a suas peculiaridades profissionais. Isso, inclusive, restou consagrado na antiga OJ 342, II, SDI-1, C. TST. Por fim, com a Lei nº 12.619/12, o §5º do art. 71, CLT passou a prever expressamente tal possibilidade.

¹²² CASSAR, Volia Bonfim. **Direito do Trabalho**. Niterói: Impetus, 2008, p. 99.

Conquanto essa teoria dignifique ao máximo a proteção obreira, parece encontrar certos óbices.

O primeiro deles é o fato da onerosidade excessiva ao empregador.

Somado a isso, tem-se a insegurança, pois não se pode saber qual será propriamente a norma aplicável, já que a construção da norma se dá pela junção de retalhos de vários diplomas.

Por fim, obtempere-se que isso desvirtua o grau de sistematicidade inerente e necessário à ciência jurídica, tornando a aplicação e incidência normativa em verdadeira casuística despida da abstratividade ontológica do fenômeno jurídico.

Nesse sentido, Volia¹²³ adverte:

Esta teoria onera demais o empregador por desrespeitar as características de cada instituto, por isso, minoritária na doutrina. Fraciona e fragmenta demais o conteúdo dos textos, retirando-lhes as características singulares de cada.

Igualmente, Octavio Magano, citado por Valentin Carrion¹²⁴, reforça a crítica a tal tese, pois “o sentido exato da norma jurídica não se apura quando esta se considera isoladamente e sim quando apreciada em suas relações com outras normas concernentes à mesma matéria”.

De outra banda, há a teoria do conglobamento¹²⁵, que determina que a escolha da norma mais favorável seja feita com base no conjunto normativo e não nas disposições isoladas de cada dispositivo.

A jurisprudência do TST parece ter adotado a teoria do conglobamento, conforme os recentes julgados turmários:

RECURSO DE REVISTA - PRINCÍPIO DA NORMA MAIS FAVORÁVEL - ART. 620 DA CLT - TEORIA DO CONGLOBAMENTO. Nos termos do art. 620 da CLT, as condições estabelecidas em convenção coletiva, quando mais favoráveis, prevalecerão sobre as estipuladas em acordo coletivo. **Na apuração da norma mais vantajosa, deve ser considerado todo o conteúdo dos instrumentos coletivos cotejados, consoante prega a teoria do conglobamento.** Recurso de revista não conhecido. HORAS EXTRAORDINÁRIAS - TRABALHO EXTERNO - CONTROLE DE HORÁRIO - REEXAME DE FATOS E PROVAS . O Tribunal Regional atestou, com base nos fatos e provas dos autos, que o reclamante, não obstante trabalhasse fora do estabelecimento da empresa, sofria controle indireto de horário, sendo descabido o seu enquadramento na exceção prevista no art. 62, I, da CLT. É inadmissível recurso de revista em que, para se chegar à conclusão pretendida pelo recorrente, seja imprescindível o

¹²³ Idem, ibidem, p. 100.

¹²⁴ CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 26 ed. São Paulo: Sairava, 2001, p. 24

¹²⁵ Também conhecida como teoria do conjunto ou teoria da análise em bloco.

revolvimento fático-probatório. Incide a Súmula nº 126 do TST. Recurso de revista não conhecido.

(TST - RR: 1474001820065010046 147400-18.2006.5.01.0046, Relator: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 09/02/2011, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 18/02/2011)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA - DESCABIMENTO. DIFERENÇAS DE COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. ÍNDICE DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA. REGULAMENTO APLICÁVEL. TEORIA DO CONGLOBAMENTO. A interpretação da parte final da Súmula 288 do TST deve ser feita à luz da teoria do conglobamento, quando preconiza que as normas devem ser consideradas em seu conjunto. Vale dizer, ao estabelecer a observância de alterações posteriores mais benéficas, o verbete não autoriza o destacamento de normas de um e de outro regulamento para aplicação aos beneficiários, criando um regulamento híbrido. Agravo de instrumento conhecido e desprovido.

(TST - AIRR: 2748020105050023 274-80.2010.5.05.0023, Relator: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Data de Julgamento: 07/08/2013, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 09/08/2013)

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA - ACORDO COLETIVO - CONVENÇÃO COLETIVA - PRINCÍPIO DA NORMA MAIS FAVORÁVEL - ART. 620 DA CLT - TEORIA DO CONGLOBAMENTO.

Nos termos do art. 620 da CLT, as condições estabelecidas em convenção coletiva, quando mais favoráveis, prevalecerão sobre as estipuladas em acordo coletivo. **Na apuração da norma mais vantajosa, deve ser considerado todo o conteúdo dos instrumentos coletivos cotejados, consoante prega a teoria do conglobamento.** Agravo de instrumento desprovido.

(AIRR 19110220115030148 1911-02.2011.5.03.0148. Rel. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho. Órgão Julgador: 4ª Turma. DEJT 15/02/2013) (o grifo é nosso).

E também a SDI-1, C. TST, repetindo idêntico teor:

EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTOS SOB A ÉGIDE DA LEI Nº [11.496/2007](#) - ACORDO COLETIVO - CONVENÇÃO COLETIVA - PRINCÍPIO DA NORMA MAIS FAVORÁVEL - ART. [620](#) DA [CLT](#) - TEORIA DO CONGLOBAMENTO.

Nos termos do art. [620](#) da [CLT](#), as condições estabelecidas em convenção coletiva, quando mais favoráveis, prevalecerão sobre as estipuladas em acordo coletivo. **Na apuração da norma mais vantajosa, deve ser considerado todo o conteúdo dos instrumentos coletivos cotejados, consoante prega a teoria do conglobamento.** Recurso de embargos conhecido e desprovido.

(E-RR 1296406220075180009 129640-62.2007.5.18.0009. Órgão Julgador: SDI-1, TST. DEJT 10/05/2013).
(grifos nossos)

Maurício Godinho Delgado¹²⁶ também se mostra favorável à teoria do conglobamento. Veja-se:

No tocante ao processo de hierarquização de normas, não poderá o operador jurídico permitir que o uso do princípio da norma mais favorável comprometa o caráter sistemático da ordem jurídica, elidindo-se o patamar de cientificidade a que se deve submeter todo processo de interpretação e aplicação do Direito. Assim, o encontro da regra mais favorável não se pode fazer mediante uma separação tópica e casuística de regras, acumulando-se preceitos favoráveis ao empregado e praticamente criando-se ordens jurídicas próprias e provisórias em face de cada caso concreto – como resulta do enfoque proposto pela teoria da acumulação.

Ao contrário, o operador jurídico deve buscar a regra mais favorável enfocando globalmente o conjunto de regras componentes do sistema, discriminando, no máximo, os preceitos em função da matéria, de modo a não perder, ao longo desse processo, o caráter sistemático da ordem jurídica e os sentidos lógico e teleológico básicos que sempre devem informar o fenômeno do Direito (teoria do conglobamento).

Por fim, cumpre observar que a teoria do conglobamento se subdivide, podendo ser possível afirmar que há o conglobamento total e o conglobamento mitigado.

Para o conglobamento mitigado (ou teoria eclética, ou conglobamento por instituto), a escolha da norma aplicável considera não os diplomas como um todo, muito menos os dispositivos isolados, mas o conjunto dos dispositivos em relação a determinado instituto.

Segundo Volia B. Cassar¹²⁷:

A teoria intermediária, eclética ou orgânica determina a aplicação do conjunto de normas agrupadas sob a mesma forma de instituto jurídico desde que mais favorável ao trabalhador, em detrimento daquela matéria prevista em outra fonte de direito também aplicável ao empregado. Assim, serão respeitadas as características de cada instituto, sem onerar de forma demasiada o empregador e sem beneficiar ilimitadamente o empregado. Desta forma, as duas fontes autônomas (ex.: convenção e acordo coletivo) são aplicadas à mesma relação de trabalho, sendo que a adoção do instituto jurídico de uma fonte exclui a aplicação do mesmo instituto ou matéria contida na outra.

Há doutrinadores¹²⁸ que preferem tal teoria, o que parece ter restado consagrado no art. 3º da Lei 7.064/82¹²⁹.

¹²⁶ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2011, p. 194.

¹²⁷ CASSAR, Vólia Bonfim. **Direito do Trabalho**. Niterói: Impetus, 2008, p. 103.

¹²⁸ Cf. PLA RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2000; SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. **Principiologia do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 1999; SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

¹²⁹ Art. 3º - A empresa responsável pelo contrato de trabalho do empregado transferido assegurar-lhe-á, independentemente da observância da legislação do local da execução dos serviços:
(...)

Igualmente, a jurisprudência vem adotando o conglobamento mitigado também para a hipótese nacional. Veja-se alguns julgados que adotam especificamente a teoria do conglobamento mitigado:

VALE-TRANSPORTE - BASE DE CÁLCULO - BANCÁRIOS - CONFLITO NORMATIVO - APLICABILIDADE DE NORMA MAIS FAVORÁVEL. O Sindicato dos Empregados em Estabelecimentos Bancários do Estado de Sergipe pleiteia a incidência do percentual de 4% para o custeio do vale-transporte somente sobre o salário básico dos empregados do Banco do Brasil S.A. em conformidade com a legislação e a Convenção Coletiva 2006/2007, com exclusão de qualquer adicional ou gratificação. Em se verificando da análise do teor das normas coletivas adunadas aos autos que a instituição bancária se utiliza da norma que melhor lhe favorece, ampliando o conceito de salário básico para incluir adicionais e gratificações, em afronta mesmo à própria legislação vigente acerca do vale-transporte, **deve ser aplicado à hipótese o princípio da norma mais favorável ao trabalhador, mormente pela chamada teoria do -conglobamento mitigado-, onde -a norma mais favorável deve ser buscada através da comparação das diversas regras sobre cada instituto.**

(TRT-20 1500200700220007 SE 01500-2007-002-20-00-7, Data de Publicação: DJ/SE de 10/10/2008).

HORAS IN ITINERE. LIMITAÇÃO OU SUPRESSÃO. NEGOCIAÇÃO COLETIVA. VANTAGENS. RECIPROCIDADE. INOBSERVÂNCIA. INVALIDADE. **Em atenção à aplicação da teoria do conglobamento mitigado**, na negociação coletiva deve existir um traço sinalagmático, de modo que, a cada parcela suprimida deverá se contrapor uma vantagem recíproca, sob pena do ajuste normativo servir de instrumento para uma mera renúncia de direitos. Deste modo, verificada a ausência de vantagens concedidas à categoria profissional em contrapartida à supressão do direito às horas in itinere, tem-se por inválida negociação coletiva quanto a tal aspecto. INTERVALO INTRAJORNADA. SUPRESSÃO. TRABALHADOR RURAL. INDENIZAÇÃO. ART. 71, 4º DA CLT. APLICABILIDADE. Verificando-se que não era concedido aos empregados o intervalo mínimo de uma hora para descanso, é cabível a imposição da multa prevista no 4º do art. 71 da CLT, aplicável aos rurícolas, nos termos do art. 1º da Lei nº 5.889/73, segundo o qual é admissível a utilização das normas consolidadas que com ela não colidirem.

(TRT-13 - RO: 106521 PB 00760.2008.026.13.00-4, Relator: MARGARIDA ALVES DE ARAUJO SILVA, Data de Julgamento: 05/05/2009, Primeira Turma, Data de Publicação: 07/07/2009).

RECURSO DE REVISTA. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. FLEXIBILIZAÇÃO

(...)

DIFERENÇAS SALARIAIS. ACORDO COLETIVO X CONVENÇÃO COLETIVA. PREVALÊNCIA - Extrai-se da v. decisão do e. Tribunal Regional que as condições previstas na convenção coletiva são mais

II - a aplicação da legislação brasileira de proteção ao trabalho, naquilo que não for incompatível com o disposto nesta Lei, quando mais favorável do que a legislação territorial, **no conjunto de normas e em relação a cada matéria.**

favoráveis ao obreiro que as constantes em acordo coletivo. **Tal posicionamento mostra-se consentâneo com o entendimento jurisprudencial dominante nesta C. Corte, que se revela no sentido de que, em razão do respeito ao princípio da unicidade das normas coletivas, deve incidir a teoria do conglobamento. Recurso de revista não conhecido.**

(TST - RR: 1044000920075010021 104400-09.2007.5.01.0021, Relator: Horácio Raymundo de Senna Pires, Data de Julgamento: 29/02/2012, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 02/03/2012)

Assim, o critério norteador do controle de favorabilidade, seja pela aplicação analógica da razão jurídica subjacente ao art. 3º, Lei 7.064/82, ou pelas fortes razões apontadas pela doutrina, ou, ainda, pela repercussão jurisprudencial que teve, parece que deva ser o do conglobamento mitigado.

4.5 O controle de constitucionalidade e o controle de favorabilidade

Visto que a escolha da norma mais favorável não altera a hierarquia, bem como os critérios utilizados à luz do princípio protetor para a escolha da norma mais favorável, qual seria, por fim, a relação entre o controle de constitucionalidade e o controle de favorabilidade (escolha da norma mais favorável)?

Num primeiro momento, é importante perceber que, não obstante a guarda da constituição seja conferida precipuamente ao STF (art. 102, *caput* e I, CF), essa atribuição não se encontra concentrada exclusivamente nesse órgão.

Nesse sentido, o atual texto constitucional, por meio do controle difuso de constitucionalidade, confere a qualquer magistrado, e não só ao STF, a possibilidade de lhe tutelar o respeito.

Indo além, Peter Häberle¹³⁰ lembra que é atribuição de todos aqueles que vivenciam a norma interpretá-la, independentemente de serem intérpretes estatais autorizados ou até mesmo juridicamente conceituados.

Dessa sorte, seria possível, por exemplo, até mesmo ao cidadão comum promover a defesa da Constituição.

Portanto, a tutela do discurso constitucional, posto que seja precipuamente feita pelos órgãos do Poder Judiciário – especialmente, pelo STF –, não é atribuição exclusiva de tais funções estatais.

¹³⁰ Cf. HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

Há, portanto, um dever constitucional de tutela do texto pelos juízes¹³¹, o qual enfatiza a supremacia constitucional, seja formal ou material, em qualquer situação em que a Constituição seja o fundamento direto da decisão judicial.

Assim, Canotilho¹³² leciona que a instituição da fiscalização judicial da constitucionalidade das leis e demais atos normativos constitui, nos modernos Estados constitucionais democráticos, um dos mais relevantes instrumentos de controle do cumprimento e observância das normas constitucionais. Trata-se tanto de uma garantia de observância do discurso, ao maximizar a sua força normativa, quanto da prevenção de existência de leis, atos normativos e decisões judiciais conflitantes com o ordenamento constitucional pátrio.

Nessa senda, a escolha da norma mais favorável (controle de favorabilidade) mostra-se como uma forma de maximização da força normativa¹³³ e, enquanto instrumento de concreção e valorização do texto constitucional, acaba por possibilitar a verificação da adequação das normas inferiores aos espaços normativos conferidos pela Constituição aos órgãos componentes do subsistema juslaboral, para estabelecer patamares superiores de proteção ao trabalho.

O povo, sendo instância global de legitimação, na concepção de Friedrich Müller¹³⁴, permite que os juízes, embora não tenham sido eleitos diretamente, profiram decisões em nome daqueles, porque traduziram, por meio da fundamentação, a vontade constitucional e, conseqüentemente, os anseios populares. A Constituição, então, passa a ter a pretensão de ser concretizada em todos os segmentos sociais.

Tais notas a respeito do papel do juiz e do povo no processo de tutela do texto constitucional reforçam a noção já exposta nos capítulos anteriores de que o critério de favorabilidade é uma decorrência lógica do alcance normativo do art. 7º, *caput*, CF.

Isso porque, ao existindo uma situação de qualquer conflito na aplicação das fontes do Direito do Trabalho, deverá prevalecer a norma mais protetiva à condição

¹³¹ Esse compromisso, mais uma vez, de fidelidade constitucional é verificado em todas as funções estatais, por isso que o Presidente da República e o Vice-Presidente, nos termos do art. 78, CF, quando da posse, prestarão o compromisso de manter, defender e cumprir a Constituição.

¹³² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Portugal: Almedina, 2003, p. 889. Nesse sentido, também é a exposição de John Marshall no caso *Marbury Vs. Madison* já referida e citada no Capítulo 1 deste trabalho.

¹³³ Isso porque a regra da norma mais favorável, sendo consequência do princípio protetor, condensa o comando do art. 7º, *caput*, CF, dando concretude àquela disposição abstrata.

¹³⁴ MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?**: a questão fundamental da democracia. Tradução de Peter Naumann. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 49. Ainda, para o mencionado doutrinador, o povo pode ser compreendido em quatro concepções distintas, a saber: povo ativo, como instância global de atribuição de legitimidade, ícone e destinatário de prestações civilizatórias do Estado e do povo participante.

obreira, não por ser ‘hierarquicamente superior’, mas porque há um comando constitucional conferindo espaço para a normatização, bem como uma determinação constitucional instilada na Constituição.

Ademais, observe-se que, ainda quando não haja comando constitucional específico¹³⁵, subsistirá a regra geral de abertura normativa encartada no *caput* do art. 7º, CF.

Dessa forma, a atividade judicial na aplicação do mencionado critério parte sempre da supremacia constitucional, já que há um comando claro para a aplicação da norma mais favorável (específico ou generalíssimo).

Tal entendimento se mostra em consonância com o modelo difuso de constitucionalidade¹³⁶, pois, nos limites do caso concreto apresentado, o magistrado, inclusive de ofício¹³⁷, deverá aplicar a norma mais favorável.

Observe-se, entretanto, que se parte da ideia de que o conflito entre as normas é aparente, haja vista que não há verdadeiro choque entre as normas. Uma delas é, ainda que momentaneamente, constitucional e, essa constitucionalidade exclui, igualmente de maneira momentânea, a da outra.

De fato, o conflito não é entre CLT e o regulamento (aplicável a regra geral), ou entre o ACT e a CCT (aplicável regra específica – art. 620, CLT), porém o embate se estabelece entre o comando constitucional supramencionado e a espécie normativa que não o traduz completamente ou o faz de forma deficitária se comparada com outra existente.

Então, o magistrado, quando realiza esse processo normativo e valorativo¹³⁸ de escolha da legislação infraconstitucional que melhor expressa esse específico mandamento constitucional (do princípio tuitivo), está a fazer o exame de constitucionalidade – incidentalmente - para solucionar o conflito aparente, por meio da técnica da favorabilidade.

¹³⁵ Por exemplo, o art. 7º, XVI, CF, que aduz ser o adicional por serviço extraordinário de ‘no mínimo’ 50%, possibilitando diretamente, portanto, a fixação de patamar maior.

¹³⁶ É uma verificação da adequação da norma subconstitucional ao espaço normativo conferido pela cláusula (específica ou geral) que determina a aplicação da norma mais favorável.

¹³⁷ Apenas a título de observação, para Freddie Didier Júnior, (2012, p. 91), em virtude do princípio da cooperação, nas matérias cognoscíveis de ofício pelo juiz, este deverá intimar as partes para se manifestarem sobre a questão, sob pena de comprometer o dever de esclarecimento. Deve, pois, o juiz consultar as partes sobre a aplicação ou não de certa norma, quando em choque, por exemplo, com o texto constitucional, caso tenha sido essa matéria ventilada por qualquer uma das partes atuantes no processo.

¹³⁸ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**: inconstitucionalidade e garantia da constituição. Tomo IV. 3. ed. Portugal: Coimbra, 2008, p. 10.

Ademais, essa construção do pensamento que origina a decisão de escolha da norma adequada à regra geral da favorabilidade e, portanto, que exclui – repita-se: ainda que momentaneamente – a constitucionalidade da outra norma, muitas vezes, não vem precedida da fundamentação em torno dessa verificação da constitucionalidade, como aqui é defendido.

Na verdade, o que pragmaticamente acontece é que os magistrados, por meio da utilização do método hermenêutico-concretizador acabam, devido à pré-compreensão, por efetuar uma atividade prático-normativa¹³⁹ de alcance do art. 7º, *caput*, CF. Inconscientemente, ao se escolher a norma mais favorável dentre as que se apresentam igualmente aplicáveis, o julgador realiza o controle da constitucionalidade de ambas as normas, primando por aquele que der maior concretude ao discurso constitucional e, automaticamente, afastando a outra.

Logo, é feita, no conflito aparente posto, uma relação de constitucionalidade pela escolha da norma mais favorável em consonância com o ditame constitucional, ao descartar aquela que não se mostra condizente com o reflexo constitucional.

Então, em arremate, o controle de favorabilidade nada mais seria que a verificação abstrata, feita pelo magistrado, entoada pela sua pré-compreensão, a respeito do grau de adequação das normas subconstitucionais ao comando axiológico subministrado pelo art. 7º, *caput*, CF.

Não se trata, portanto, de simples escolha da norma aplicável. É isso, claro. Mas é também controle de constitucionalidade tendo como parâmetro específico o comando maior informador do ramo juslaboral, qual seja, o princípio protetor.

¹³⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Portugal: Almedina, 2003, p. 1212. Ainda, sobre o método hermenêutico-concretizador, vide MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

5. CONCLUSÃO

Por tudo que se expôs, é possível observar que as normas jurídicas possuem planos distintos de existência, validade, eficácia (formal e social), sendo possível, ainda, cogitar a observância do critério da justiça da norma.

Assim, pode-se afirmar que o ordenamento jurídico se encontra organizado na forma de um sistema escalonado de normas em que a norma superior fornece fundamento de validade para as normas inferiores.

Ainda nessa toada, observa-se que a verificação da hierarquia, bem como da posição de uma determinada norma na pirâmide normativa, dá-se de maneira bifronte. Ela será, portanto, superior àquelas a que dá fundamentos e inferior àquelas donde abstrai validade.

Nesse passo, percebe-se que o ordenamento juslaboral não possui uma regra própria, uma ‘teoria especial do ordenamento trabalhista’, mas sim que se adéqua à regra geral.

Igualmente, o princípio tutelar encontra base no art. 7º, *caput*, CF e irradia-se por todo o ordenamento, em especial, sobre as normas do microssistema juslaboral, tendo, ainda, corolários que lhe denotam a concretude e o real sentido.

Tais corolários são a regra do *in dubio pro obrero*, a regra da condição mais benéfica e a da escolha da norma mais favorável ao trabalhador.

Dessa feita, o princípio tutelar, mais especificamente pela regra da escolha da norma mais favorável, não informa nem subverte a hierarquia das normas, mas apenas denota que a aplicabilidade de certa norma está condicionada à característica da maior favorabilidade.

Portanto, a hierarquia permanece a mesma, não havendo ‘hierarquia fluida ou dinâmica’, tendo a Constituição como norma ápice fundadora de toda a ordem jurídica e parâmetro de verificação de validade das normas subconstitucionais. Dela derivam as leis – ordinárias, complementares, delegadas e demais espécies normativas com força legal –, decretos, resoluções, portarias, informes e quaisquer outros atos normativos.

Ademais, admitida tal hierarquia, o controle de constitucionalidade consiste na verificação da adequação formal e material das normas subconstitucionais ao que determina a Constituição.

Por sua vez, como se viu da construção dogmático-jurídica exposta no terceiro capítulo (item 4), o critério da favorabilidade nada mais é do que uma subacepção do

controle de constitucionalidade feito com base no parâmetro de abertura normativa fixado no art. 7º, *caput*, CF, bem como nas demais regras específicas que concedem espaços normativos à melhoria da condição obreira.

Em arremate, a existência, no sentido de composição da norma perante o ordenamento, de normas inferiores que dispõem de maneira distinta do texto constitucional, de sorte a ampliar a proteção obreira, só é admitida porque a própria CF prevê espaços de abertura, seja de maneira específica, como o art. 7º, XVI, ou, ainda, pela regra geral da escolha da norma mais favorável, decorrência inferida do princípio encartado no art. 7º, *caput*, CF.

Em tal contexto, a escolha da norma aplicável – de acordo com o critério da favorabilidade -, pode ser vista como um controle da constitucionalidade, fazendo-se uma verificação, ainda que no âmbito da pré-compreensão normativa do magistrado, da adequação dessas normas infraconstitucionais aos espaços normativos concedidos pela Constituição.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Trad. Ernesto Garzon Valdez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ARAÚJO, Francisco Rossal e COIMBRA, Rodrigo. Ensaio: **Não há quebra da hierarquia das normas no Direito do Trabalho** in Revista Direito e Inovação, v. 1, n. 1, 2012.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. Ed. 9. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARROS, Alice Monteiro. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 1993.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito** (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%C3%87O-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>>. Acessado em 09 de abril de 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito constitucional**. Ed. 10, São Paulo: Malheiros, 2004.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. São Paulo: Icone, 1995.

_____. **Teoria da norma jurídica**. Trad. Fernando Pavan Batis e Ariane Bueno Sudatti. São Paulo: Edipro, 2001.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento no Recurso de Revista 2984720115030050 298-47.2011.5.03.0050, Relator: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 15/08/2012, 4ª Turma. Agravante (s): Município de Lagoa da Prata. Advogado: Dr. Tarso Duarte de Tassis. Agravado (s): Antonio Vicente da Silva. Advogado: Dr. Edilson Antônio dos Santos.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista 1537 1537/2006-003-18-00.1, Relator: Min. Emanuel Pereira. 5ª T. Publicação 27.11.09. Recorrente(s): VIVO S.A. Advogado: Dr. José Alberto Couto Maciel. Recorridos: Osark Vieira Leite e Atento Brasil S. A. Advogados: Dr. Tadeu Fernando de Almeida Pimentel e Dr. Ranulfo Cardoso Fernandes Júnior.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista: 5458308919995175555 545830-89.1999.5.17.5555, Relator: José Antônio Pancotti, Data de Julgamento: 05/05/2004, 4ª Turma, Data de Publicação: DJ 04/06/2004. Recorrente (s): Sindicato dos Trabalhadores nas indústrias metalúrgicas, mecânicas, de material elétrico e eletrônico no estado do Espírito Santo. Advogado: Dr. Luis Fernando Nogueira

Moreira. Recorrido (s): Companhia Siderúrgica de Tubarão – CST. Advogado: Dr. Carlos Magno Gonzaga Cardoso e Dr. Ricardo Adolpho Borges de Albuquerque.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista: 1474001820065010046 147400-18.2006.5.01.0046, Relator: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 09/02/2011, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 18/02/2011. Recorrente (s): TELSUL Serviços S.A. Advogado: Dr. Marcos Altivo Marreiros Marinho. Recorrido (s): Telemar Norte Leste S.A. e Carlos Eduardo Nunes dos Santos Carvalho. Advogados: Dr. José Alberto Couto Maciel, Dr. Sergio Coelho e Silva Pereira e Dr. Fernando da Silva Andrade.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento no Recurso de Revista: 2748020105050023 274-80.2010.5.05.0023, Relator: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Data de Julgamento: 07/08/2013, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 09/08/2013. Agravante (s): Josival Cerqueira Martins. Advogado: Dr. Bruno Leonardo Souto Costa. Agravado: Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil – PREVI. Advogado: Dr. Pedro Correia de Oliveira Filho.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento no Recurso de Revista 19110220115030148 1911-02.2011.5.03.0148. Rel. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho. Órgão Julgador: 4ª Turma. DEJT 15/02/2013. Agravante (s): Mineração Turmalina LTDA. Advogados: Dr. Daniel Torres Pessoal e Dr. José Alberto Couto Maciel. Agravado: Huoliw Gomes Silva. Advogado: Dr. Evaldo Roberto Rodrigues Viégas.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. Embargo no Recurso de Revista 1296406220075180009 129640-62.2007.5.18.0009. Órgão Julgador: SDI-1, TST. DEJT 10/05/2013. Embargante: Teleperformance CRM S. A. Advogado: Dr. Eduardo Valderramas Filho. Embargada: Cleonice Ferreira de Faria. Advogado: Dr. Weliton da Silva Marques.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista: 1044000920075010021 104400-09.2007.5.01.0021, Relator: Horácio Raymundo de Senna Pires, Data de Julgamento: 29/02/2012, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 02/03/2012. Recorrente: Telsul Serviços S. A. Advogada: Dra. Anna Beatriz França Pinto Batista. Recorridos: Paulo Roberto de Malta da Silva e Telemar Norte Leste S. A. Advogados: Dr. Joel Gomes Soares Júnior e Dr. Rodrigo de Oliveira Pelagio.

BRYCE, James. **Studies in history and Jurisprudence**. Vol. I, II e III. LONDRES: Henry Frowde, 1901.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. Ed 2. São Paulo: Saraiva, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Portugal: Almedina, 2003.

COSTA, José Augusto Fontoura e GOMES, Ana Virgínia Moreira. **O §3º do art. 5º da Constituição Federal e a internalização da Convenção 87 OIT**. Artigo publicado no

Conpedi. Disponível em http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/manaus/transf_trabalho_jose_augusto_costa_e_ana_gomes.pdf. Acesso 8 out. 2013.

CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 26 ed. São Paulo: Sairava, 2001.

CASSAR, Vólia Bonfim. **Direito do Trabalho**. Ed. 2. Niterói: Impetus, 2008.

CATHARINO, José Martins. **Compêndio Universitário de Direito do Trabalho**. São Paulo: Jurídica e Universitária, 1972.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

COSTA, Orlando Teixeira. **Rigidez e flexibilidade do Direito do Trabalho**. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, vol. 56, 1990.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. Ed. 10. São Paulo: LTR, 2011.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico: Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político**. São Paulo: Método, 2006.

DINIZ, Marcio Augusto Vasconcelos. **Constituição e hermenêutica constitucional**. Ed. 2. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

DUARTE NETO, José. **Rigidez e estabilidade Constitucional**. Disponível em http://www.teses.usp.br/index.php?option=com_jumi&fileid=20&Itemid=96&lang=pt-br&cx=011662445380875560067%3Acack5lsxley&cof=FORID%3A11&hl=pt-br&q=rigidez+e+estabilidade&siteurl=www.teses.usp.br%2Findex.php%3Foption%3Dcom_jumi%26fileid%3D20%26Itemid%3D96%26lang%3Dpt-br&ref=www.teses.usp.br%2F&ss=2209j440145j22, acesso: 19 agosto 2013.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Trad. Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA / SUPREMA CORTE. Pronunciamento no caso Marbury Vs. Madison (1803) disponível em: <<http://www.constitution.org/ussc/005-137a.htm>>. Acessado em: 27 maio 2013.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA / CONSTITUIÇÃO AMERICANA. Disponível em: <http://www.usconstitution.net/const.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2013.

FERREIRA, Pinto. **Comentários à constituição brasileira**. Vol. III. São Paulo: Saraiva, 1992.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo Legislativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

FRANÇA / PODER LEGISLATIVO, Lei 2004-391 de 4 de maio de 2004.

FREITAS, Augusto Teixeira de. **Vocabulário Jurídico**. Tomo I. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1882.

GARCIA, Manuel Alonso. **Derecho del Trabajo**. trad. Américo Plá Rodriguez. TOMO I. BARCELONA, 1960.

GOMES, Orlando e GOTTSCHALK, Élson. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HART, Herbert L. A. **O Conceito de direito**. Trad. A. Ribeiro Mendes Ed. 3. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HOFFMAN, Fernando. **Princípio da Proteção e atualidade brasileira**. São Paulo: LTR, 2003.

HOUAISS, Antonio et alii. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

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

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. Ed. 13. São Paulo: Atlas, 2001.

MEIRELLES, Helly Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. Ed. 31. São Paulo: Malheiros, 2003.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV: Inconstitucionalidade e garantia da Constituição. Ed. 3. COIMBRA: Coimbra Editora, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. Ed. 8. São Paulo: Atlas, 2005.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?: a questão fundamental da democracia**. Tradução de Peter Naumann. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. Ed. 26. São Paulo: Saraiva, 2011.

NUNES, Luiz Antonio Rizatto. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito**, Ed. 7. São Paulo: Saraiva, 2007.

OITICICA, José. **Manual de Estilo**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1944.

OLIVEIRA, José Péricles. **Hierarquia das normas no direito do trabalho**. Disponível em:
<http://www.faimi.edu.br/v8/RevistaJuridica/Edicao3/hierarquia%20normas%20trabalhistas%20-%20p%C3%A9ricles.pdf>. Acesso em 19 de setembro de 2013.

PIRES, Horácio Senna. **Direito do Trabalho: atualidade do princípio da proteção**. Revista do TST vol. 77, 2011.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípio de Direito do Trabalho**. Ed. 3. Trad. GIGLIO, Wagner D. São Paulo: LTR, 2000.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2004.

RIVERA, Carlos Alá Santiago. **Transcendencia del derecho laboral**. Revista de Estudios Críticos Del Derecho (Clave). Tomo 3. Universidad Interamericana de Puerto Rico, 2007-2008.

ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira e MEYER-PFLUNG, Samantha Ribeiro. “O controle abstrato nas ações diretas de inconstitucionalidade genérica e interventiva na Constituição brasileira de 1988”. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, n. 7, jan./jun. 2006.

ROMITA, Arion Sayão. **Direitos Humanos in Revista LTR**, maio de 2013.

SARDINHA, Pablo F. dos Reis. **Os entraves constitucionais à aplicação do princípio da liberdade no sistema sindical brasileiro**. Disponível em:
<http://jus.com.br/artigos/17579/os-entraves-constitucionais-a-aplicacao-do-principio-da-liberdade-no-sistema-sindical-brasileiro>. Acesso em 08.10.13.

SCHEDLER, Andreas; DIAMOND, Larry; PLATTNER, Marc F. **The Self-Restraining State: Power and Accountability in New Democracies**. Londres: Lynne Rienner, 1999.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Ed. 23. Atualizadores: Nagib Salibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito constitucional positivo**. 31 Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, José Ajuricaba da Costa e. **Unidade e pluralidade sindical**. Publicado pela Revista do Tribunal Superior do Trabalho, vol. 52, 1986.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. **Principiologia do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 1999.

SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. **Instituição de Direito do Trabalho**. Ed 21. São Paulo: LTR, 2003.

SÜSSEKIND, ARNALDO. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

THOME, Hugo A. Cançado. **Hierarquia normativa e o princípio protetor**. Disponível em <http://jus.com.br/artigos/10388/hierarquia-normativa-e-o-principio-da-norma-mais-favoravel-no-direito-trabalhista/2>. Acesso em 21.07.2013

VITAL, Domingos Fezas. **Hierarquia das Fontes de Direito**. Dissertação de abertura do ano judicial de 1943. Portugal: Revista da Ordem dos Advogados, 1943.