

# O PREENCHIMENTO DE LACUNAS NO DIREITO DO TRABALHO

Carlos Fernando Mathias de Souza\*

*Sumário:* I – Introdução; II – Lacunas da lei e(ou) do direito e o seu preenchimento no direito obreiro; a) A jurisprudência; b) A analogia; c) A equidade; d) Os princípios gerais do direito; e) Os princípios gerais do Direito do Trabalho; f) Os usos e os costumes; g) O direito comparado; h) O direito comum; III – Conclusões; Bibliografia.

## I – INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico é, em princípio, como se sabe, tão-só uma promessa, posto que ele só se efetiva diante de casos concretos, ou, como queria Bülow (referindo-se, mais particularmente, à lei): o *plano da ação jurídica* só se realiza pela atividade do judiciário.

Assim, tem relevo especial, na concretização do próprio direito, o que se convencionou designar *subsunção*, vale dizer a operação de diagnose jurídica, consistente no enquadramento de caso concreto no preceito abstrato (legal, consuetudinário ou decorrente dos chamados princípios gerais do direito, por exemplo), que seja a ele aplicável, naturalmente.

Por aí já se percebe que, mesmo em ordenamentos que consagram o direito escrito (como é o sistema jurídico brasileiro), não se resumem eles tão-só nas normas jurídicas.

Na realidade, o direito, na acepção de que ora se trata, é algo mais amplo.

Isso se revela de modo muito claro, com a simples noção de fontes de direito: *a)* materiais ou reais (fatores sociais, demográficos, políticos, econômicos, morais etc.); *b)* estatais (legislação: Constituição, leis, decretos etc.); *c)* infra-estatais (contrato coletivo de trabalho e jurisprudência por exemplo); *d)* supra-estatais (tratados, costumes internacionais etc.); *e)* e não estatais (costumes e doutrina, citem-se, a título de ilustração).

É bem verdade que há correntes que rejeitam, por exemplo, a jurisprudência e a doutrina como fontes do direito.

Por ilustrativo, registre-se que, para Ferrara, tanto a doutrina quanto a jurisprudência não constituíam fontes de direito, posto que os doutrinadores, a seu ver, “*não fazem mais que desenvolver o conteúdo latente do direito dado, encontrar o que nele já se continha, contudo (sem introduzir), partindo de fora, preceitos e conceitos*”

---

\* Professor titular da Universidade de Brasília e Juiz do Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

*autônomos*”. E, quanto à jurisprudência, o célebre autor do *Trattato di Diritto Civile*, acentuou que “*a função do juiz é aplicar o direito, não criar direito*”.

Impõe-se, contudo, assinalar a corrente majoritária, que considera tanto a jurisprudência (em particular esta) quanto a doutrina, também como boas fontes de direito.

De qualquer sorte, o que se revela como indubitável é que direito e legislação constituem conceitos distintos, a começar pelo fato de que nem sempre a própria legislação é sequer direito.

Não se trata aqui de buscar-se suprimimentos em teorias mais modernas como a de Peter Häberle, no sentido de que “*não há normas de direito* (ou jurídicas), *há somente normas de direito interpretadas*” (no original: *es gibt keine Rechtsnormen, es gibt nur interpretierte Rechtsnormen*) in *Zeit und Verfassung* (na linguagem cabocla, “*Tempo e Constituição*”).

A assertiva em destaque refere-se a hipóteses, por exemplo, em que a norma existe, é clara e inequívoca, e, contudo, não pode constituir-se em direito ou por manifesta inconstitucionalidade ou por estar em conflito com outra norma que lhe seja superior, no quadro da hierarquia das leis. De outra parte, pode existir direito, mesmo diante de hipótese em que inexista norma de regência para o caso concreto.

A propósito, recordem-se a Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro e a Consolidação das Leis do Trabalho (art. 8º).

Sob outro ângulo de exame, assinale-se que, mesmo diante de uma norma legal expressa, pode ela não conter em si o direito.

Não vem a pelo nesse passo invocar-se Kantorowcz com sua tese de *investigação livre do direito*, também conhecida como *direito livre* (in *A Luta pela Ciência do Direito*). Tampouco, tecerem-se loas ao “*bom juiz*” Magnaud, com suas sentenças (muitas vezes excêntricas) sem obediência a métodos e prenhes de subjetivismos, sob a bandeira de favorecimento aos pobres e humildes contra a opressão dos nababos e opulentos, o que, aliás, não se confunde (sob nenhuma hipótese) com a mencionada *livre indagação do direito*.

O que se pretende destacar é mais singelo e reside no fato de que “*na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum*” (art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil).

Em outras palavras, não pode o juiz fazer coro com Demolombe que, no século XVIII, proclamava: “*minha profissão é esta, os textos antes de tudo*”.

O comando da Lei de Introdução é peremptório, no sentido da preponderância da finalidade social a que lei se dirige, de par com as exigências do bem comum.

Nada de estranho (se é que a alguém pudesse ocorrer estranheza quanto a isso), posto que desde o advento dos chamados direitos fundamentais de segunda geração, conheceu-se o primado da ênfase no social na aplicação do direito.

A propriedade, por exemplo, considerada como um dos direitos naturais (e fundamentais) do homem e do cidadão, pela Declaração de 1789, já não pode ser objeto *de uso, gozo e disponibilidade*, com desatenção à sua função social.

Tome-se, por outra ilustração exemplificativa, a letra expressa do Código Civil (*caput* do seu art. 20): “*As pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros*”. Todavia, pela finalidade social da lei e exigência do bem comum, nas relações de consumo, o juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade (q.v. art. 28 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor).

O princípio do *pacta sunt servanda*, por sua vez, já não leva a palma diante de uma nova concepção de contrato (para além até da própria cláusula *rebus sic stantibus*, que quando ressurgiu, por efeito da inflação do pós-guerra na Europa, foi considerada revolucionária) como estão a indicar os arts. 46 e 47 do citado código: “*Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance*” (art. 46) e “*As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.*” (art. 47)

Lembrem-se ainda, de outra parte, novas teorias sobre a realização do direito, como as de Ronald Dworkin (*Taking rights seriously*) privilegiando princípios e (ou) valores sobre a letra simples da lei e as de Otto Bachof, da Universidade de Tübingen (*in Normas Constitucionais Inconstitucionais?*) também na mesma linha do primado dos princípios.

A propósito da tese de Bachof, recorde-se o que ocorreu com a EC nº 3, de 17 de março de 1993.

Tal Emenda, em seu art. 2º, admitiu a possibilidade de a União instituir o célebre IPMF, que poderia ser exigido no próprio exercício de 1993.

Foi expresso o parágrafo segundo do artigo em destaque: “Ao imposto de que trata este artigo não se aplica o art. 150, III, b, e VI, nem o disposto no § 5º do art. 153 da Constituição”.

Em outras palavras, poderia o IPMF ser cobrado no mesmo exercício (o de 1993) em que publicada a lei que o instituiu, bem como incidir sobre operações financeiras dos Estados, Distrito Federal e dos Municípios.

Decidiu, contudo, o Supremo Tribunal Federal, pela impossibilidade, da norma em ambas as hipóteses, malgrado o expresso no texto da Emenda Constitucional.

Assim, o Excelso Pretório, no uso do controle concentrado de constitucionalidade, declarou, ainda que em parte, inconstitucional um texto constitucional.

Voltando-se à idéia central, que se pretende enfatizar nesse tópico (é dizer-se no concernente às normas), tenha-se que por mais que as privilegiem, na realização do direito e, ainda, por maior respeito que se tenha por Kelsen (“o direito é, a norma e não mais do que a norma jurídica”, valha como síntese), a realidade aponta para um sentido oposto, qual seja o de que não se pode confundir (ou limitar) o direito à norma jurídica, máxime em um tempo que, em expressivos sistemas jurídicos, já se consagra a jurisprudência de princípios, ou jurisprudência de valores.

Não parece demasiado, de passagem, lembrar-se a teoria tridimensional, de Miguel Reale, identificando o direito, como fato, valor e norma.

Paulo Bonavides, em seu Curso de Direito Constitucional, abordando observações de Eduardo Garcia de Enterría, expostas em “La Constitución como Norma y Tribunal Constitucional”, registra: “Vendo nos princípios, em primeiro lugar, a expressão de uma justiça material, Enterría afirma que eles estão ‘conduzindo o pensamento jurídico ocidental a uma concepção substancialista e não formal do Direito’, deslocando-se de ‘uma metafísica da justiça’ para uma ‘axiomática da matéria legal’, sem que ‘esta técnica ou jurisprudência principal’ tenha algo que ver, segundo ele, com os movimentos românticos e naturalistas do ‘Direito livre’, da Sociologia Jurídica e do behaviorismo ou *legal realism*, bem como com o pragmatismo da jurisprudência dos valores, os quais (...) – em busca dos valores materiais e por fugirem do ambiente rarefeito do legalismo estrito, dissolviam a complexa objetividade e positividade do Direito.

Não é à toa, por conseguinte, que Enterría não trepida em asseverar que ‘a afirmação e o desenvolvimento desta jurisprudência de princípios dominam avassaladoramente o momento atual da Ciência Jurídica”.

De outra parte, tem-se que no direito do trabalho a aplicação da lei e a realização do próprio direito tem peculiaridades a revelarem, inclusive, superioridade com relação ao que ocorre em outros ramos do direito.

A assertiva parece ficar mais clara quando se cuida do que se costuma designar lacunas do direito, que, para muitos, seriam (no máximo) lacunas da lei.

## II – LACUNAS DA LEI E(OU) DO DIREITO E O SEU PREENCHIMENTO NO DIREITO OBREIRO

Há muita divergência na doutrina no concernente às chamadas lacunas (da lei e do direito), inclusive com a existência de correntes, como (ainda que laconicamente) já adiantado, que contestam a própria possibilidade de sua existência.

De qualquer modo, se não há lacuna no direito em si, tem-se que, ao menos em relação à lei, pode-se (ou deve-se) admiti-la.

De passagem, assinala-se que, em exigindo a aplicação da lei, sempre, interpretação, de um certo modo, pela vida interpretativa também se superam eventuais “lacunas”.

Carlos Maximiliano, em seu clássico trabalho “Hermenêutica e Aplicação do Direito”, com clareza solar, preleciona: “A Hermenêutica Jurídica tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito.

As leis positivas são formuladas em termos gerais; fixam regras, consolidam princípios, estabelecem normas, em linguagem clara e precisa, porém ampla, sem descer a minúcias. É tarefa primordial do executor a pesquisa da relação entre o texto abstrato e o caso concreto, entre a norma jurídica e o fato social, isto é, aplicar o Direito. Para o conseguir, se faz mister um trabalho preliminar: descobrir e fixar o sentido

verdadeiro da regra positiva; e, logo depois, o respectivo alcance, a sua extensão. Em resumo, o executor extrai da norma tudo o que na mesma se contém: é o que se chama interpretar, isto é, determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito.”

Com efeito, não há lei, por mais clara que seja, que dispense interpretação.

Dir-se-á: e o princípio de *in claris cessat interpretatio* ou, em sua forma mais erudita, *in claris non fit interpretatio* (é dizer-se, respectivamente, no claro (ou na clareza) cessa a interpretação ou no claro não se faz interpretação) o que significa?

A máxima em destaque significa simplesmente que cessa a interpretação, quando determinado o sentido objetivo da lei, até por que ela não se aplica automaticamente.

Isso se percebe, mais nitidamente, quando da aplicação da lei, em que sua redação seja clara ou incontroversa (ou que adjetivo possa ter), mas se perquire sobre a que situações concretas ela se aplica, ou ainda, pode ser claríssima, mas inaplicável a casos concretos, por manifesta inconstitucionalidade, por exemplo.

A propósito, Francesco Degni (in *L'interpretazione della legge*, *apud* Maria Helena Diniz, em seu *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*) observa: “A clareza de um texto legal é coisa relativa, uma mesma disposição pode ser clara em sua aplicação aos casos mais imediatos e pode ser duvidosa quando se aplica a outras relações que nela possam enquadrar e às quais não se refere diretamente, e a outras questões que, na prática, em sua atuação podem sempre surgir.”

No campo do Direito do Trabalho, e mais particularmente, quanto ao preenchimento de lacunas, tem-se que a Consolidação das Leis do Trabalho, em seu art. 8º, dispõe de modo, mais amplo e mais feliz, por exemplo, do que o da própria Lei de Introdução ao Código Civil (art. 4º).

É expressa a CLT, no particular: “As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios gerais do direito, principalmente do direito do trabalho, e ainda de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.”

#### a) A jurisprudência

De plano, parece interessante observar-se que, como via para a colmatação de vazios, na legislação ou nos contratos, conferiu a CLT primazia à jurisprudência, que, como se sabe é o direito realizado pela óptica do Judiciário (naturalmente, não se ignore que pode-se falar também em jurisprudência administrativa).

Como já adiantado, há discussões sobre se a jurisprudência constitui ou não fonte de direito. O já citado Francesco Ferrara, assinalava, repita-se, que a função do juiz é a aplicar o direito e não criá-lo. Ou, em outras palavras, apoiado em Bülow, a lei é apenas um plano de ação jurídica, que se realiza por meio do agir judicial. Essa discussão que se revela fascinante, do ponto de vista doutrinário, a cada vez mais perde

consistência na medida em que a jurisprudência vai assumindo papel preponderante na revelação do Direito, ou melhor daquilo que deve ser considerado como o Direito (ao menos o positivo). Hoje já se fala até em um Direito Sumular, e isto a partir da edição das súmulas da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal.

A propósito, Benjamin Cardozo em seu “Paradoxe of legal science”, assinalou que o trabalho do juiz é antes de erosão do que de avulsão. O professor José Pereira Lira, a quem se deve a expressão Direito Sumular, já em 1937, proclamava que “a lei propõe, a jurisprudência compõe”, síntese que desdobraria, mais tarde, ao inscrever, no pórtico do Laboratório de Jurisprudência da Universidade de Brasília, a frase síntese: “A lei é o direito prometido; a jurisprudência, o direito realizado”.

No direito do trabalho, enfatize-se uma vez mais, a jurisprudência tem relevo muito especial por dizer, na prática, da própria realização desse ramo de direito.

Privilegiando os assentos jurisprudenciais, previu a CLT, inicialmente, a existência de prejulgados, de emissão pelo TST. Contudo, isto seria revogado pela Lei nº 7.033 de 5 de outubro de 1982, ao banir do ordenamento positivo o art. 902 do texto consolidado.

Se é verdade, de um lado, que já não há mais esse efeito vinculante (que fora atribuído aos antigos prejulgados), de outro, o fato é que os enunciados do TST (ainda que sem vincularem os juízes), têm enorme força (e, no caso das chamadas lacunas de direito ou da lei, o primado como fonte supletiva).

Por outra parte (e de passagem), observe-se (já que muita discussão e celeumas têm sido estabelecidas sobre as súmulas com efeito vinculante) que tal efeito, a rigor, já existe, ao menos para determinadas hipóteses. A Constituição, por exemplo, no § 2º do art. 102, é expressa: “As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo”.

Recorde-se, por outra parte, que os prejulgados, que tinham o respaldo da Constituição de 1937 (em razão em boa parte do corporativismo nela agasalhado), à luz da Constituição posterior, foi considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (Representação 946/DF, em que foi relator o eminente ministro e professor Xavier de Albuquerque). Daí adveio (ainda que, de certo modo, expletiva) a já citada Lei nº 7033/82.

Não desapareceram os ditos prejulgados, contudo, por completo da jurídica pátria, posto que, por Resolução Administrativa do TST (de nº 102/82), foram transformados em Súmulas – as Súmulas de nº 130 a 179 (correspondentes aos 60 antigos, valha a repetição, prejulgados).

Assim, como assento jurisprudencial, não foram eles de fato banidos; na realidade, perderam tão-só sua força vinculante.

## DOUTRINA

De outra parte, o Tribunal Superior do Trabalho, pela Resolução Administrativa de nº 44/85, transformou as súmulas em enunciados, que devem expressar a síntese da jurisprudência predominante ou, mais do que isso, uniforme da Corte.

Já se contam 362 enunciados do TST. Ademais, pela Resolução Administrativa 37/92, a Corte Superior Trabalhista aprovou Precedentes Normativos do TST, ou seja, precedentes, com caráter normativo, decorrentes da jurisprudência iterativa de sua Seção de Dissídios Coletivos, que já passam de uma centena.

Cumprir registrar, ainda, as orientações jurisprudenciais das Seções de Dissídios Individuais (1 e 2) e da citada Seção de Dissídio Coletivo. Ao todo, constituem mais de duas centenas de orientações jurisprudenciais, até aqui já fixadas.

Naturalmente, há ainda a jurisprudência decorrente dos Tribunais Regionais do Trabalho.

Não se olvidem ademais, por oportuno, as Súmulas do STF dizendo de perto com matéria trabalhista (cerca de meia centena), além das do STJ (uns trinta verbetes, estes assinaladamente sobre competências) e as súmulas remanescentes do antigo Tribunal Federal de Recursos (uns dezesseis verbetes), cuidando de matéria mais processual (em particular resultantes de conflitos de competência) se bem que haja, também, uma que outra, de direito material, como, por exemplo, a referente à prorrogação da jornada de trabalho da mulher bancária.

Por último, duas breves palavras sobre a sentença normativa.

Como bem sabido, sentença normativa é a proferida em dissídio coletivo, com poder de atingir a uma categoria econômico-profissional.

Na lição de Amauri Mascaro Nascimento “não visam, como sustenta Batalha, “a concessão ou denegação de determinado bem de vida, de natureza concreta” visam, ao contrário, a fixação de uma norma geral e obrigatória “ad futurum”.

E, acrescenta o citado professor titular de Direito do Trabalho da Universidade de São Paulo, “Por tal razão, diante da sua atuação nas sentenças normativas é que já se deu ao juiz a qualidade de “legislador suplente” (Cruet), ou de “legislador de casos particulares” (Ripert). Essas sentenças, como percebe G. Scelle, “não dizem o direito, mas fazem-no, não interpretam uma convenção porém modificam-na”. Os que sofrem a influência da sentença normativa são obrigados a obedecer às suas normas, como se fossem disposições legais” (Orlando Gomes e Elson Gottschalk).

### b) *A analogia*

Analogia, como bem sabido, é palavra de origem grega, que chegou ao português pelo latim, *analogia, ae* (relação, proporção, simetria).

Na linguagem comum do vernáculo, a semântica, praticamente, é a mesma, posto que significa relação ou semelhança de uma coisa com outra.

Mais particularmente em direito, quando se diz analogia, a referência é à aplicação de um preceito legal (ou um princípio jurídico) a caso semelhante aos regulados

## DOUTRINA

por ele, à míngua de disposição precisa. Ademais, na linguagem jurídica, fala-se, ainda, em interpretação analógica, ou seja, analogia como método de interpretação.

À vista desarmada tem-se que a analogia em direito tem por escopo servir como fonte supletiva de direito, em caso de omissão de lei. Enfim, ela opera (ou melhor, pode operar) nas hipóteses comumente chamadas de lacunas de direito (se é que se pode falar, efetivamente, na existência de tais lacunas, insista-se).

Diz-se *analogia legis*, quando ocorre a aplicação de outra lei (para caso semelhante, naturalmente) a caso para o qual não há previsão legal específica, e, *analogia juris*, quando há aplicação de princípios gerais de direito, já aplicados a caso semelhante, a um caso não previsto pelo direito positivo.

Enquanto método de interpretação, repita-se, fala-se ainda em analogia interpretativa, visto que resulta de interpretação de texto legal, em face de outros dispositivos que regulam situações idênticas àquela que esteja em exame.

Por isso, pode-se dizer que a analogia aí assume caráter de interpretação extensiva ou indutiva de lei (ou texto legal), pela semelhança com outra lei ou outro texto, consigne-se o óbvio.

Como se sabe, diversos são os comandos, no ordenamento positivo brasileiro, a cuidarem da analogia, como fonte de direito supridora de omissão da lei (ou, como querem algum, de lacunas na lei ou no direito).

Recordem-se a Lei de Introdução ao Código Civil (art. 4º), o Código Tributário Nacional (art. 108, I), o Código de Processo Penal (art. 3º) e, muito especialmente, o art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho.

Por mera ilustração, e de passagem, lembre-se que as Ordenações não invocavam a analogia como fonte supletiva de direito.

Era expresso o Código Filipino, no Título LXIV, do seu Livro III: Como se julgarão os casos que não forem determinados para as Ordenações. "*Quando o caso, de que se trata não fôr determinado por Lei, stylo, ou costume de nossos Reinos, mandamos que seja julgado sendo materia, que traga peccado, per os sagrados Canones.*

*E sendo materia, que não traga peccado, seja julgado pelas Leis Imperiaes, posto que os sagrados Canones, determinem o contrario.*

*As quaes Leis Imperiaes mandamos sómente guardar pola boa razão em que são fundadas.*

*E se o caso, de que se trata em prática, não fôr determinado por Lei de nossos Reinos, stylo, ou costume acima dito, ou Leis Imperiaes, ou pelos sagrados Canones, então mandamos que se guardem as Glosas de Accursio, incorporadas nas ditas Leis, quando por commun opinião dos Doutores não forem reprovadas; e quando pelas ditas Glosas o caso não fôr determinado, se guarde a opinião de Bartolo, por que sua opinião commumente he mais conforme á razão, sem embargo que alguns Doutores tivessem o contrario; salvo, se a commun opinião dos Doutores, que depois delle escreveram, fôr contraria."*



Quanto ao Direito do Trabalho, assinala-se lição e advertência de Mozart Victor Russomano (*in* Comentários à CLT), após recordar a analogia jurídica e a analogia legal: “Ao fato A aplica-se, normalmente, a lei B. A lei B não se aplica, em princípio, ao fato C. Mas, existindo lacuna do direito positivo, omissão do legislador na regulamentação do fato C. Poderá ele ser controlado pela lei B, por semelhança a eles.

Passa-se, assim, de um assunto para o outro, por semelhança entre eles.

Em termos de lógica, a analogia é uma indução completa. Parte de um fato particular e chega a outro fato particular. Em que pesem os serviços que esse raciocínio presta ao intérprete do Direito, essa circunstância autoriza a afirmativa de que ela deve ser usada cautelosamente, isto é, restritivamente, sem que – no Direito do Trabalho – esqueçamos, jamais, o caráter solidarista de suas normas e o ideal de equidade que o anima.”

### c) A equidade

De plano, tenha-se que parece óbvia a observação de que justiça e equidade são inerentes à própria realização plena do direito. É lição mais do que sabida que a única definição encontrada nas fontes romanas, para o direito (de Celsus), continha em si componente de justiça: *jus est ars boni et aequi* (o direito é a arte (o sistema) do bom e do justo), e, por sua vez, Cícero definiu o direito civil como a equidade (no sentido de justiça) constituída: *jus civile est aequitas constituta*.

Contudo, não é tarefa fácil precisar o conceito tanto de justiça quanto o de equidade. O vocábulo justiça, etimologicamente falando, vem do latim *justitia, ae*, que tinha o sentido de algo na conformidade com o direito, sentimento de equidade, espírito de bondade, de benignidade e, ainda, obviamente, de justiça. Ulpiano, por exemplo, que a considerava virtude, definiu-a como “vontade constante e perpétua de dar a cada um o que é seu” (*constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuere*).

Foi sob essa óptica, que Cícero a concebia, confundindo-a mesmo com o próprio direito ao proclamar: onde não há justiça, aí não pode existir direito (“*ubi non est justitia, ibi non potest esse jus*”). Assim, desde as fontes romanas, indubitavelmente, a idéia de justiça vincula-se àquilo que está em conformidade com o direito. Na realidade, a justiça é determinação do espírito, fundada na razão e na consciência, para que se dê a cada um (com isonomia de tratamento, ou melhor, com absoluta imparcialidade) o quanto de direito lhe é devido.

Hermes Lima, em sua *Introdução à Ciência do Direito*, observa que “a idéia de justiça é uma idéia-força de natureza ético-psicológica que, atravessando a esfera do direito, o põe em contacto com as reivindicações, os protestos, o desejo do melhor que agitam e inquietam a alma humana”. E, acrescenta o jurista em referência, “o campo do direito é demasiado pequeno para conter toda a idéia de justiça. A imediata e imperativa necessidade a que corresponde o direito é a da certeza e a da segurança”.

Assim, enquanto o direito cuida daquilo que está estabelecido, a idéia da justiça, por ser, a um só tempo crítica e reivindicadora, preocupa-se com algo mais além, posto que se preocupa (repita-se) com o que deveria estar estabelecido, caso

insatisfatória a disciplina pelo direito. Em outras palavras, como a coisa deveria ser, sob o ângulo do justo. Em síntese, ainda que direito e justiça devam andar *pari passu*, pode ocorrer que o juridicamente estabelecido não seja, necessariamente, o justo.

A propósito, Alessandro Levi assinalou que a idéia da justiça surge, logo que se começa a por em dúvida o direito. De outra parte, recorde-se que John Ferguson, em interessante obra, sob o título “*Fundamentos da Civilização Ocidental*”, aponta-os (evidentemente, os fundamentos) como sendo o hebraico, o grego e o romano. Do ponto de vista do direito, e, mais particularmente, quanto ao conceito de justiça, o apoio nos mencionados fundamentos a revelaria impregnada (em face do elemento hebraico) de preceitos religiosos; já pelo componente grego se extrairiam a igualdade e a proporção, seja no campo jurídico, seja no moral, entre o ato e a prestação de alguém (de um lado) e a contraprestação de outrem (por outro lado); e, no concernente ao fundamento romano, dele resultaria a justiça como o dever de dar a cada um o que é seu, o clássico *suum cuique tribuere*.

Por outro lado, não parece demasiado recordar-se que, sob outras semânticas, o vocábulo justiça toma ainda o sentido de jurisdição e, em sentido mais restrito ainda, tem equivalência à da própria organização judiciária.

Quanto à eqüidade, à qual os romanos lhe davam a sinonímia com justiça, cumpre observar alguns aspectos.

De plano, tenha-se que o vocábulo também tem evidente origem latina, posto que provem de *aequitas*, *aequitatis*, que, de sua parte, vem de *aequus* (igual, eqüitativo). Em latim, *aequitas*, – *atis* significa igualdade, equilíbrio (isto é, sem pender para nenhum dos lados), justiça, eqüidade, imparcialidade e, em sentido figurado, moderação e tranqüilidade de espírito. Como se vê, não são muito diferentes os sentidos latinos de *aequitas* – *atis* e os de eqüidade, em português.

No concernente à semântica jurídica do vocábulo, contudo, é que se deve fazer alguma reflexão.

Com efeito, emprega-se eqüidade, em direito, em, pelo menos três sentidos: 1) como sentimento íntimo de justiça, que se funda na igualdade de todos perante a lei (isonomia), na boa razão e na ética, 2) para suprir a imperfeição do texto legal, ou, ainda, 3) para mitigar o sentido da lei, se ou quando muito forte.

Assim, eqüidade pode ser sinônimo simplesmente de justiça. Nesse sentido, por exemplo o emprego que lhe dá o texto constitucional de 1988 (art. 194, parágrafo único, V, ao estabelecer que a organização da seguridade social terá, por base, dentre outros objetivos a “eqüidade na forma de participação no custeio”). Por vezes, fala-se em eqüidade, como a expressão da justiça sob a forma da isonomia, que exige a igualdade de tratamento para todos, isto é, iguais devem ser tratados igualmente, visto que (como prelecionou Rui Barbosa in “Oração aos Moços”), a verdadeira regra da isonomia consiste em não tratar a iguais com desigualdade ou a desiguais com igualdade.

Acrescente-se que o termo eqüidade é usado ainda no sentido da boa aplicação da lei, quer em face de omissão no texto legal, quer para suprir sua imperfeição quer, ainda, para, de modo criterioso, abrandar-lhe o rigor. Desse modo, a eqüidade passa a

## DOCTRINA

ser a justiça do caso particular ou, dito de outra forma, a justiça em termos concretos, individualizada, e com nítido caráter de benignidade, de forma predominante.

A CLT, ao determinar hipótese de aplicação da equidade, está tratando dela com acepção que se aproxima, em muito, da *equity* do direito inglês.

Como se sabe, no direito britânico há dois sistemas distintos (de par com o *statute law*), a saber: o da *Common Law* (baseado não em disposições legislativas, mas em decisões ou precedentes, conhecidas como “cases”) e a *equity* que, fundada no direito natural, permite ao juiz corrigir ou modificar benignamente qualquer rigor da lei.

Em síntese, a equidade aí embora não seja, a rigor, a justiça em si, compõe o conceito de uma justiça, que se funda na igualdade.

De par disso, e com apoio em princípio de Direito Natural (princípios de equidade, apoiados na razão) têm-se, ainda, situações em que, por efeito da equidade, reconhecem-se situações jurídicas, mesmo contrariando regra ou regras do direito positivo.

Há hipóteses em que a Justiça do Trabalho, ademais, tem por mister exatamente praticar equidade, até em sentido mais amplo do que este último apontado. É o caso, por exemplo, da situação prevista no art. 766 da CLT.

Reza o dispositivo em destaque: “Nos dissídios sobre estipulação de salários, serão estabelecidas condições que, assegurando justo salário aos trabalhadores, permitam também justa retribuição às empresas interessadas.”

A propósito, assinale-se que, consoante lição de Amauri Mascaro Nascimento (Curso de Direito do Trabalho): “A função da equidade no direito do trabalho é dupla”.

Primeiro, a equidade opera como técnica para a criação do modelo jurídico que integrará o sistema para a decisão do caso concreto e à falta de previsão normativa. É o sentido pretoriano da equidade (*aequitas*), um processo de produção do direito pelo juiz ou, para usar expressão usada por Miguel Reale no bem elaborado estudo “A equidade no direito do trabalho” (Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 69, fasc. 1), “um instrumento de instauração de novas normas”, diante da lacuna das normas legais.

Autores italianos, como Martinelli, entendem que a Justiça do Trabalho é uma “magistratura di equità”. Muito contribuiu para tal epíteto a sentença normativa proferida pelo juiz para decisão dos conflitos coletivos de trabalho. É, realmente, um ato de construção de “direito novo”, de criação, no dizer de Carnellutti, de um “regulamento coletivo de trabalho”.

Cotrim Neto também assemelha o poder de julgamento por equidade do juiz ao do pretor romano, de legiferar virtualmente em casos concretos. Observe-se, no entanto, que esse poder não deve ser exercido *contra legem*. Limita-se a uma tarefa integrativa e não cabe quando a lei disciplinar a hipótese *sub iudice*.

Naturalmente, não se pode olvidar que a Justiça do Trabalho (como, de resto, a Justiça em geral) não pode aplicar a lei (ou realizar o direito) com desatenção às

finalidades sociais que a norma se dirige e às exigências do bem comum, o que passa também pela equidade.

*d) Os princípios gerais do direito*

De plano, cumpre observar que o texto fundamental da legislação obreira no ordenamento jurídico brasileiro, ao empregar a expressão e outros princípios e normas gerais do direito (principalmente do direito do trabalho) assim considerou também (isto é, como princípios ou normas gerais do direito) a analogia e a equidade. Tem-se, pois, que cumpre perquirir sobre quais são, efetivamente esses princípios.

Em apertada síntese, pode-se dizer que os princípios gerais de direito são aqueles que decorrem dos próprios fundamentos do ordenamento positivo.

A rigor, não precisam mostrar-se de forma expressa, ainda que se constituam em pressupostos lógicos de um determinado ordenamento jurídico.

Quando se diz, por exemplo, que ninguém deve ser punido por seus pensamentos (*cogitationis poenam nemo patitur*), ou ninguém está obrigado ao impossível (*ad impossibilia nemo tenetur*) têm-se clássicos princípios gerais de direito.

A expressão, como se sabe, é atribuída ao sacerdote franciscano Raimundo Lúlio (Ramón Lull), que viveu entre 1235 e 1315, e a fez consignar em obras de sua autoria, como *Ars Magna* e *Ars Generalis Ultima*, onde pretendeu fixar os princípios gerais da ciência jurídica.

É fato, contudo, que o “doctor mirabilis” Santo Tomás de Aquino (1225 – 1274) empregara, antes de R. Lúlio, a expressão princípios gerais do direito natural, ao cuidar da origem das leis, em particular das humanas na lei natural.

Recorde-se que, para o autor da *Summa Theologica*, havia a lei eterna, a lei divina, a lei natural e a lei humana.

A propósito, Miguel Reale (in *Filosofia do Direito*) observa que, na concepção tomista, “o direito natural, não é um código de boa razão, nem tampouco um ordenamento errado de preceitos, mas se resume, afinal, em alguns mandamentos fundamentais de conduta, derivados de maneira imediata da razão, por participação à *lex aeterna*. Tais princípios ou normas de Direito Natural impõem-se de maneira absoluta ao legislador e aos indivíduos, de tal maneira que se não poderá considerar Direito qualquer preceito que de modo frontal contrarie a normas resultantes da lei natural, máxime quando consagradas como leis divinas”.

Para Clovis Bevilacqua (in *Teoria Geral do Direito Civil*),: “trata-se (naturalmente, referindo-se aos princípios gerais do direito) de indicar, como fontes supletivas do direito positivo, as regras mais gerais que constituem o fundamento mesmo da ciência e da arte do direito: não somente os princípios que dominam o direito nacional, como ainda o conjunto dos preceitos que servem de expressão ao fenômeno jurídico”.

Com efeito, contudo, a expressão é vaga. Para Dabin (*apud* Hermes Lima in *Introdução à Ciência do Direito*), refere-se “a certo número indeterminado de soluções havidas como fundamentais, em que se resume e se explica o direito de um país ou de

uma época ou, especificamente, nosso direito ocidental de inspiração romana. Mas esses princípios gerais de direito, que são vagos não podem servir de base à elaboração jurídica. Ocorre ainda que, entre os princípios gerais de direito, encontrem-se, ao lado de princípios caracteristicamente jurídicos, princípios construídos pela doutrina ou simples máximas de equidade, de bom-senso, de ordem social, que carecem de definição e regulamentação”.

A propósito, Vicente Rao (em “O direito e a vida dos direitos”), após tecer considerações sobre os processos lógicos (indutivo e dedutivo) para chegar-se aos princípios em exame, inventaria (em síntese) cinco posições doutrinárias sob o título “ensaios de qualificação dos princípios gerais de direito”, a saber: “a) os princípios gerais de direito correspondem aos do direito natural (Brunetti, Del Vecchio e outros); b) são princípios que se equiparam aos ditados pela equidade (Borsari, Giorgi etc); c) são os que decorrem da natureza das coisas (Geny, Espínola etc); d) são os de caráter universal, ditados pela ciência e pela filosofia do direito (Bianchi, Pacchioni, Beviláqua etc), e e) são para cada povo, os resultantes de seu sistema jurídico (exs.: o art. 12 do Código Civil italiano; Fadda e Bensa, nota ao § 23, v. I, das Pandectas de Windscheid, etc).”

Aponta, ademais, o autor em destaque, um esquema de solução (para o problema da precisa conceituação de tais princípios) e, por conseqüência, para chegar-se a eles, pela investigação sucessiva, pela investigação sucessiva, qual seja: primeiramente, deve-se partir dos princípios, que inspiram o sistema jurídico positivo do qual as disposições particulares fazem parte. Se não resolvido, deve-se ir aos princípios ditados pela ciência do direito, e, persistindo o impasse (em termos de solução obviamente), deve-se buscar, então, os princípios ensinados pela filosofia do direito.

Síntese feliz, para o conceito de princípios gerais do direito, oferece Coviello para quem são neles é que se assenta a legislação positiva e que, ainda que não escritos em lugar alguma, constituem (ou formam) o pressuposto lógico do próprio ordenamento.

### *e) Os princípios gerais do Direito do Trabalho*

Mestre Evaristo de Moraes Filho, em seu Tratado Elementar de Direito do Trabalho, fazendo coro com os que consideram vaga a expressão princípios gerais de direito, e com o abono de autores clássicos (dentre os quais Del Vecchio, referência, dir-se-ia quase obrigatória), consigna: “Tão vago quanto a equidade é o conceito dos princípios gerais do direito. Por exemplo, para Del Vecchio, esses princípios decorrem do direito natural, da razão humana, podendo ser incluídos na noção de equidade”. Em verdade, para o jurista brasileiro em destaque, “devem ser admitidos como princípios gerais do direito os que decorrem por abstração, do próprio ordenamento jurídico”.

E, assinala o notável professor da Faculdade Nacional de Direito, que muito particularmente, quanto aos princípios do direito do trabalho, podem ser eles, sumariamente, resumidos em poucos pontos fundamentais: irrenunciabilidade dos benefícios, princípio do rendimento, princípio da conciliação (paz social) e o princípio *pro operario*.

## DOCTRINA

De passagem, assinala-se que o professor Evaristo de Moraes Filho não considera os princípios gerais, como fontes de direito.

A propósito do referido princípio *pro operario* (que, por vezes, aparece sob a fórmula *pro misero*), Carlos Alberto Reis de Paula, em recentíssimo trabalho (“A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho”), assinala que a) no referente à regra do *in dubio pro operario*, tem-se critério que deve utilizar o juiz ou o intérprete para escolher, entre vários sentidos possíveis de uma norma, aquele que seja mais favorável ao trabalhador; b) já, quanto à regra da norma mais favorável, determina-se que, no caso de haver mais de uma norma aplicável, deve-se optar por aquela que seja mais favorável, ainda que não seja a que corresponda aos critérios clássicos de hierarquia das normas, e c) por último, a regra da condição mais benéfica, que se configura pelo fato de que a aplicação de uma nova norma trabalhista nunca deve servir para diminuir condições mais favoráveis em que já se encontrava um trabalhador.

Voltando-se aos princípios gerais de direito em face do direito do trabalho, registre-se que Amauri Mascaro Nascimento (in *Iniciação ao Direito do Trabalho*), após enfrentar a noção desses princípios, tanto da óptica do jusnaturalismo quanto do positivismo, suscita a questão sobre a natureza deles, no que adere à posição de José Antônio Ramos Pascua (exposta em artigo sob o título “El fundamento del vigor de los principios. Dworkin frente a Esser”) que transcreve, em parte: “Em suma os princípios jurídicos, ainda que plasmados nas normas, têm raiz (e seu desenvolvimento) no âmbito das valorações ético-políticas, quer dizer, são partículas do ambiente moral de cada sociedade. Por essa razão, quando o operador jurídico faz uso dos mesmos, o Direito se “auto-integra” e se “hetero-integra” ao mesmo tempo. Auto-integra-se porque aplica elementos implícitos no Direito positivo e se hetero-integra por que a aplicação de tais elementos presentes em germe no Direito não seria sem indagar-se seu autêntico sentido, coisa que exige reconstruir o conjunto do qual fazem parte: o conjunto de valorações ético-políticas importantes na sociedade de que se trata”.

Ademais, Amauri Mascaro Nascimento cuida da função dos princípios na lei trabalhista divisando, de um lado, a função integrativa, isto é, quando eles completam o ordenamento jurídico em face do que se convencionou designar lacunas da lei e, de outro, a função diretiva, como unificadora dos princípios gerais do direito e do direito do trabalho, além de identificar os princípios gerais aplicáveis ao direito obreiro. E, nesse ponto, identificando os princípios que têm força de fonte do direito do trabalho (respeito à dignidade humana e função social do direito, por exemplo), e outros que denomina técnicos (como o de que a ninguém é lícito alegar a ignorância do direito), além de princípios de outros ramos do direito (como o da força obrigatória dos contratos, o da autonomia da vontade e o do direito adquirido).

Destaca, além disso, o autor, os princípios constitucionais do Direito do Trabalho, dividindo-os com relação àqueles que dizem dos direitos e garantias fundamentais, ou gerais (expressos nos incisos do art. 5º da Lei Fundamental) e os princípios constitucionais específicos (expressos nos arts. 7º, 8º, 9º e 11 da Lei Maior).

## DOCTRINA

Finalmente, cuida o juslaboralista em destaque do princípio da norma mais favorável aos trabalhadores e de outros princípios, dentre os quais o da condição mais benéfica, o da irrenunciabilidade de direitos e o da presumibilidade (ou das presunções) em favor dos trabalhadores.

Mestre Mozart Victor Russomano, por sua vez (in *op. cit.*) ao tratar dos princípios do direito, observa: “Identificando-se essa expressão com o conceito de “direito fundamental”, anterior e superior às legislações nacionais, permanente ante as leis transitórias, é aceitável a inclusão dos chamados “princípios gerais de direito” entre as fontes formais secundárias.

No Direito do Trabalho, o juiz ou a autoridade administrativa deverá primeiramente, recorrer aos princípios gerais do Direito do Trabalho, tomada a expressão, agora, como representando os princípios dominantes na legislação trabalhista do país. E, se não forem eles suficientes para solução do impasse, então recorrerá aos princípios gerais do Direito, isto é, ao direito fundamental.”

O tema, como se sabe, foi abordado naturalmente, por Américo Plá Rodriguez, o festejado jurista uruguaio, em clássica monografia (*Los Principios de Derecho del Trabajo*), na qual o autor define os princípios como “linhas diretrizes que informam algumas normas e inspiram direta ou indiretamente uma série de soluções que podem servir para promover uma série de soluções, que podem servir para promover e embasar a aprovação de novas normas, orientar a interpretação das existentes e resolver casos não previstos”.

Por ilustrativo, recorde-se que, na doutrina cabocla, tem-se conceituação em sentido símile, como a expressa pelo extraordinário Arnaldo Sussekind (in *Instituições de Direito do Trabalho*). Veja-se: “princípios são enunciados genéricos, explicitados ou deduzidos do ordenamento jurídico pertinente, destinados a iluminar tanto o legislador, ao elaborar as leis dos respectivos sistemas, como o intérprete, ao aplicar as normas ou sanar omissões”.

Por total pertinência com o assunto, destaque-se um princípio haurido na doutrina, que se erigiu em princípio geral do direito trabalho (e, dir-se-ia, em quase um dogma). A referência é ao princípio da primazia da realidade.

Na linguagem corrente, diz-se (quase como um lugar comum) que o contrato de trabalho é um contrato-realidade.

Com efeito, deve-se a Plá Rodriguez (*op. cit.*) a formulação desse princípio que, em apertada síntese e com as palavras do próprio jurista, pode ser assim expresso: “o princípio da realidade significa que, em caso de discordância entre o que ocorre na prática e o que emerge de documentos ou acordos, deve-se dar preferência ao primeiro, isto é, ao que sucede no terreno dos fatos”.

Em outras palavras, no contrato de trabalho (ao contrário, por exemplo, do que ocorre nos contratos regidos pelo direito civil) em havendo discrepância entre suas cláusulas (ou o seu conteúdo) e aquilo que, de fato, estiver fazendo o trabalhador, deve prevalecer, por princípio geral, o que, efetivamente, se realizar na prática.

### *f) Os usos e os costumes*

Parece oportuno consignar-se que o vocábulo costume deriva-se do latim *consuetudo*, *inis*.

Na realidade, a palavra chega ao português pela forma *consuetumine* (em vez de *consuetudine*), tendo ocorrido a síncope do ditongo protônico e a do *i* postônico, após o que, no grupo *mn*, o *n* se assimilou ao *m* e o *m* dobrado simplificou-se (q.v. Antenor Nascentes, *in* Dicionário Etimológico da Língua Portuguesa).

*Consuetudo*, já na origem, tinha o sentido próprio de costume, hábito e uso, ou, em outras palavras, tudo o que se estabelece por força do hábito ou do uso.

Na linguagem jurídica, quando se diz costume, direito costumeiro ou direito consuetudinário, não é outro o sentido de que significa a fonte de direito, que provem dos usos e costumes.

A propósito, Brethe de la Gressaye e Marcel Laborde-Lacoste (*in* *Introduction Générale à l'Etude du Droit*) definem o costume como “o uso juridicamente obrigatório”.

Autores há que fazem distinção entre usos e costumes e outros, naturalmente, para os quais as expressões revelam-se, tecnicamente, como equivalentes, podendo-se empregá-las, indistintamente, como sinônimas.

Para a primeira corrente, os usos caracterizam-se como um conjunto de atos e condutas usualmente observados, reiterados em um meio social que só se transformam em costume quando houver a obrigatoriedade da conduta (v. Paulo Dourado de Gusmão, *in* “Introdução ao Estudo do Direito”).

Ainda nessa linha, há ainda o hábito que é o agir repetitivo individual, enquanto os usos e costumes expressam repetição em conduta coletiva, repousando a distinção entre esses dois últimos, tão-só na maior ou menor força imperativa.

Em outras palavras, o costume sendo mais grave, tem (ou teria) mais força ou expressão imperativa, que os usos, naturalmente.

O costume, para Ferrara, por exemplo, era “a uniforme e duradoura observação de normas externas do agir humano” (l’uniforme e duraturo adempimento di norme esteriori dell’agire umano).

Para a corrente diversa, repita-se, a distinção entre usos e costumes é tão irrelevante, por isso que as expressões são empregadas unidas ou juntas e, praticamente, fri-se-se, mais uma vez, com sinonímia .

Como mais do que sabido, é o costume a fonte de direito mais antiga e os próprios “códigos”, na chamada Idade Antiga, não passavam de compilações dos costumes.

No próprio direito romano, as palavras *mores* e *consuetudo* aparecem muitas vezes no *Corpus Juris Civilis*.

Aliás – registre-se por oportuno – que Gustavo Hugo e Savigny (expoentes da Escola Histórica) observaram, em exaltação ao costume, que tanto o direito pretoriano



ou *ius honorarium* em Roma, quanto a *common law* britânica, formaram-se fora do raio da ação legislativa.

Em apertada síntese, pode-se dizer que o costume é o princípio ou a regra não escrita de direito que se introduziu pelo uso ou, dito sob outra forma, é a lei que o uso estabeleceu, isto é o uso com força de lei (*consuetudo parem in habet cum lege*). É lei não escrita, comprovada pelo uso diuturno (e pelo consenso) ou, dito na expressão latina: *Lex non scripta, diuturni mores consensu utentium comprobati*.

No antigo direito português, o direito consuetudinário teve papel da maior importância, manifestando-se sob diversas formas como os costumes propriamente ditos, os foros (imunidades e privilégios), as façanhas (julgados e decisões de juízes municipais), as respostas (pareceres de juristas) e os estilos (regras sobre a ordem dos processos, fixadas pela Casa de Suplicação de Lisboa).

Mesmo, quando a partir do século XIII, o direito escrito passou a ter valor predominante no reino luso, continuou o direito consuetudinário com certa vitalidade sendo que os costumes *praeter legem* (na frente, ou antes da lei) valiam, decorridos dez anos de sua prática, e até mesmo os *contra legem* (contra a lei), se praticados a quarenta anos, com a restrição de que não fossem opostos à ordem e ao interesse públicos.

A partir do século XV, o direito costumeiro começou a perder importância em Portugal.

Assim mesmo, a Lei da Boa Razão, de Pombal (Lei de 18 de agosto de 1769), cuidou expressamente do direito consuetudinário, em seu parágrafo 14, veja-se: “Declaro, que os estylos da Côrte devem ser sómente os que se acharem estabelecidos, e approvados pelos sobreditos Assentos na Casa da Supplicação: e que o costume deve ser sómente o que a mesma Lei qualifica nas palavras – longamente usado, e tal, que por direito se deva guardar: — cujas palavras mando; que sejam sempre entendidas no sentido de correrem copulativamente a favor do costume, de que se tratar, os trez essenciaes requisitos: de ser conforme as mesmas bôas razões, que deixo determinado que constituem o espírito de minhas Leis: de não ser a ellas contrario em cousa alguma, e de ser tão antigo, que exceda o tempo de cem annos.

Todos os outros pretensos costumes, nos quaes não concorrem copulativamente todos estes trez requisitos, reprove, e declaro por corruptellas, e abusos: prohibindo que se alleguem, ou por elles se julgue, debaixo das mesmas penas acima determinadas, não obstante todas, e quaesquer disposições, ou opiniões de Doutores, que sejam em contrario”.

A Lei de Introdução ao Código Civil, em seu art. 4º, e a CLT (art. 8º) por exemplo, determinam que os juízes decidam (também) pelos costumes, em hipóteses de omissão da lei.

E, o Código de Processo Civil, por sua vez, em seu art. 126, é taxativo: “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”.

Isto remete, de novo, à discussão sobre os costumes, que podem preceder à lei (*praeter legem*), aqueles que se aplicam segundo a lei (*secundum legem*) e aqueles outros contrários à própria lei (*contra legem*).

Quanto aos costumes *praeter legem*, é o bastante lembrar-se o que ocorre no campo do direito comercial, onde sua manifestações e (ou) aplicações são fartas.

Também, com relação aos costumes *secundum legem*, não oferecem eles margem a muitas considerações.

O Código Comercial, por exemplo, é expresso, em seus artigos 130, *caput* e 131, IV: “As palavras dos contratos e convenções mercantis devem inteiramente entender-se segundo o costume e uso recebido no comércio, e pelo mesmo modo e sentido por que os negociantes se costumam explicar, posto que entendidas de outra sorte possam significar coisa diversa” (art. 130) e, “o uso e prática geralmente observada no comércio nos casos da mesma natureza, e especialmente o costume do lugar onde o contrato deve ter execução, prevalecerá a qualquer inteligência em contrário que se pretenda dar às palavras” (art. 131, IV).

A Lei dos Direitos Autorais – LDA (Lei nº 9610, de 19.2.98), de sua parte, contém dispositivos que tais: “O preço da retribuição será arbitrado, com base nos usos e costumes, sempre que no contrato não a tiver estipulado expressamente o autor” (art. 57) e, “O autor, observados os usos locais, notificará o empresário do prazo para a representação ou execução, salvo prévia estipulação convencional” (art. 69).

O problema mais complexo reside, no referente ao costume *contra legem*, pois aí não haveria falar-se em omissão da lei ou em lacuna.

Há mesmo quem afirme que o costume contrário à lei, em sistema em que esta seja a fonte principal de direito não tenha qualquer validade jurídica.

Acontece que há casos em que a lei cai em desuso, por força de um costume que lhe seja contrário. Naturalmente, que a hipótese é mais rara e a aplicação aí do costume há de exigir cautela redobrada. Mas, o fato é que há (ou pode haver).

Veja-se, por significativo, o que ocorreu com o chamado cheque pré-datado (há quem – e com razão – prefira designá-lo pós datado), em que de prática criminosa (tipificada, *tout court*, no art. 171, § 2º, inciso VI, do Código Penal), por efeito do costume disseminado e irrestrito, assumiu natureza cambiariforme, representando garantia de dívida.

De qualquer modo, insista-se, mais uma vez, a questão da aplicação do costume *contra legem* exige cautelas muito especiais, a começar pela exigência de demonstração (de inequívoca evidência) de que a lei contrária caiu efetivamente em desuso.

A propósito da aplicação do costume no direito obreiro, mestre Mozart Victor Russomano (*op. cit.*), com a oportunidade habitual, transcreve a seguinte ilustração extraída de texto de César Lanfranchi: “Embora não tenham aplicação plena no direito brasileiro as ponderações doutrinárias de César Lanfranchi, não deixa de ser interessante transcreve-las, em parte: – “Es acaso idéntico el valor del uso jurídico y la costumbre en el derecho común y en el derecho laboral? No. Indiscutiblemente, no. La

naturaleza misma del nuevo derecho, su elaboración permanente, su dinámica progresiva, su sintonía con la evolución social de un pueblo, exige un ordenamiento jerárquico distinto. A pesar del criterio de nuestro código civil, pues, creemos que en derecho del trabajo los principios que orientan sus instituciones permiten afirmar que la costumbre o el uso reiterado en torno a las relaciones jurídicas laborales, sirven de elemento suficiente al juzgador a falta de ley expresa. Y así, la costumbre y el uso reiterado no serán pues sólo fuente valiosa de interpretación jurídica. Ello por descontado. La costumbre y el uso laboral, a falta de ley específica, son norma obligatoria con prioridad a dispositivos del derecho común” (“Los Usos y Costumbres en la Interpretación del Contrato de Trabajo”, in “Derecho del Trabajo”, 1952, agosto, ps. 478 e 479, Buenos Aires).”

*g) O Direito Comparado*

Por direito comparado, como mais do que sabido, entende-se o estudo ou a investigação que se faz, por confrontação de sistemas jurídicos, textos legais e institutos jurídicos específicos de diferentes países, no sentido de aproximá-los ou reconciliá-los.

A denominação direito comparado vem do século XIX e muitos atribuem a sua formulação inicial a Feuerbach, na Alemanha.

Todavia, a comparação entre os direitos, tendo-se em conta a diversidade geográfica deles, remonta às próprias origens da ciência jurídica.

Lembra, por exemplo, René David (*Os grandes sistemas do direito contemporâneo*) que o estudo decorrente das cento e cinquenta e três “constituições” que regiam as cidades, tanto gregas quanto bárbaras, foi a base do clássico trabalho de Aristóteles sobre a Política.

No medievo, e principalmente a partir da criação das universidades, faziam-se estudos críticos comparativos entre o direito romano e o canônico.

Na Idade Moderna, Montesquieu deixa, como legado, a obra “O Espírito das Leis” que, em suma, pode-se considerar um trabalho, fundamentalmente, de direito comparado, a tal ponto que já houve quem designasse o enciclopedista (e, obviamente, com exagero) “o pai do direito comparado”.

À toda evidência, repita-se, nos tempos contemporâneos (e poder-se-ia dizer, indubiosamente) assumem especial importância os estudos comparatistas, mormente em três planos, de utilidade, a saber: a) nas investigações, quer históricas, quer filosóficas, referentes ao direito; b) como auxílio eficaz para o conhecimento maior e melhor (inclusive com vistas ao seu aperfeiçoamento) dos respectivos direitos nacionais; e, c) finalmente, úteis para a compreensão dos povos, em particular no aperfeiçoamento das relações internacionais.

No direito brasileiro, aliás, encontra-se (como já anteriormente transcrito) expressa invocação ao direito comparado, no art. 8º da Constituição das Leis do Trabalho.

Não parece demasiado reiterar-se que a CLT, em matéria de suprimento por omissão da lei, contém previsão bem mais ampla (e mais feliz) do que a expressa na própria Lei de Introdução ao Código Civil.

Cumpriria indagar sobre qual a efetiva função do direito comparado, hoje.

A questão, quer parecer, não pode ser outra que a do aperfeiçoamento dos direitos internos ou nacionais, pela observação ou por comparação das experiências acumuladas por diversos sistemas jurídicos.

Evidentemente, que essa comparação nem sempre se revela como tarefa fácil de ser feita. Contudo, esse desafio tem que ser enfrentado, sabido, de plano, que o trabalho a exige um conhecimento crítico dos próprios ordenamentos (obviamente) em cotejo.

De outra parte, e como variação do tema, observe-se o impacto do direito comparado não só no direito internacional (seja o público ou o privado) mas também no direito comunitário ou no direito de integração, realidades bem vivas no direito contemporâneo.

Friedmann (“The Changing Structure of International Law”) observou, em síntese, que “as condições do mundo atual impõem uma total renovação deste; é necessário que se estabeleçam dentre os Estados, além de uma simples coexistência pacífica, novas relações de cooperação nos planos técnicos, regionais ou mesmo mundiais”.

E, por aí, passa, necessária e obviamente, por exemplo, o direito internacional público.

De sua parte, o direito internacional privado (do qual já se disse, com “sense of humor”, que não é privado, não é internacional e não é direito) encontra-se em evidente fase aflitiva, principalmente no determinar a jurisdição ou até mesmo por qual direito devem certas relações jurídicas se reger ou se sujeitar.

De par disso, tem-se o direito transnacional (transnational law) a que se refere Jessup, ou direito comunitário (se assim se desejar designar) a reger relações entre Estados e cidadãos, dentro de uma comunidade supra-estatal, acima dos direitos nacionais, em muitas matérias.

Diante de tal quadro, fácil é considerar-se a importância, cada vez maior, do que se convencionou chamar de direito comparado.

Naturalmente, que essa nova realidade afeta as relações do trabalho

Importante, contudo, frisar que, muito antes dessa nova realidade de “internacionalização” do direito, a CLT já apontava, como via de colmatação da lei, o emprego do direito comparado.

### *h) O direito comum*

Por último, recorde-se que o direito comum serve também como fonte supletiva ou subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que este for omissivo e, naturalmente, no que não houver incompatibilidades.

## DOCTRINA

Em outras palavras, no silêncio do direito obreiro pode-se (e deve-se) buscar o suprimento no direito comum, naturalmente, no que for compatível e sem se afastar do espírito de direito social que preside o direito do trabalho, valha a redundância.

A CLT é expressa no particular, quanto ao direito material: “O direito comum será fonte subsidiária de direito do trabalho, naquilo que não for incompatível com os princípios fundamentais deste” (parágrafo único do art. 8º).

E, quanto à legislação instrumental, prescreve no art. 769: “Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo que for incompatível com as normas deste Título”.

Naturalmente, a referência é ao título X, que trata do processo judiciário do trabalho.

### III – CONCLUSÕES

Como se pode bem divisar, o preenchimento das chamadas lacunas da lei (ou do direito), expressão que sempre admite discussões ou questionamentos (recorde-se que Ferrara sequer admitia a possibilidade de sua existência, ao afirmar que não há lacunas e sim defeitos da lei “apreciáveis segundo critérios extrínsecos de justiça e de oportunidade), no Direito do Trabalho admite vias bem mais amplas e, também, mais satisfatórias do que nos demais ramos do direito.

De par disso, o Direito do Trabalho, ao consagrar, por exemplo, o princípio do mais favorável ao trabalhador, de certo modo, subverteu o princípio da hierarquia das fontes formais do direito.

Tal princípio, todavia, não pode ensejar aplicação que conduza a que um interesse de classe ou particular prevaleça contra o interesse público.

Ademais, em matéria de contrato, o direito obreiro revolucionou o conceito tradicional de ajuste ou pacto, com a concepção do “contrato-realidade”.

### BIBLIOGRAFIA

DEL VECCHIO, Giorgio. *Lezioni di Filosofia del Diritto*. 13. ed., Milano, Giuffrè, 1965.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 11. ed. atualizada, São Paulo: Saraiva, 1999.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao Estudo do Direito*. 16. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1994.

LIMA, Hermes. *Introdução à Ciência do Direito*. 8. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 9. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1979.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. 23. ed., São Paulo: LTr, 1997.

## DOCTRINA

- PAULA, Carlos Albert Reis de. *A Especificidade do Ônus da Prova no Processo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2001.
- REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 1969.
- RODRIGUEZ, Américo Plá. *Los Principios del Derecho del Trabajo*. Montevideo: Biblioteca de Derecho Laboral, 1975;
- RUSSOMANO, Mozart Victor. *Comentários à CLT*. 13. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1990;
- SÜSSEKIND, Arnaldo. *Comentários à CLT e à legislação complementar*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964;
- SOUZA, Carlos Fernando Mathias de. *O Direito do Trabalho e os Princípios Gerais do Direito* (artigo), Suplemento “Direito e Justiça” (Correio Braziliense), Brasília, ed. de 28 de maio de 2001;
- O Direito do Trabalho e a Jurisprudência* (artigo), Suplemento “Direito e Justiça” (Correio Braziliense), Brasília, junho de 2001;
- Textos de Classe de Introdução ao Estudo do Direito, UnB, 1998.