

Universidade de Brasília - UnB
Faculdade de Direito

**AUTONOMIA DA VONTADE COLETIVA: UMA CRÍTICA À
JURISPRUDÊNCIA DO TST ANTE A LEITURA DEONTOLÓGICA
DAS GARANTIAS SOCIAIS.**

FERNANDA MATEUS KAWANO

BRASÍLIA

2011

Universidade de Brasília - UnB

Faculdade de Direito

FERNANDA MATEUS KAWANO

**AUTONOMIA DA VONTADE COLETIVA: UMA CRÍTICA À
JURISPRUDÊNCIA DO TST ANTE A LEITURA DEONTOLÓGICA
DAS GARANTIAS SOCIAIS.**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília - UnB.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Henrique Blair de Oliveira

BRASÍLIA

2011

FERNANDA MATEUS KAWANO

**AUTONOMIA DA VONTADE COLETIVA: UMA CRÍTICA À
JURISPRUDÊNCIA DO TST ANTE A LEITURA DEONTOLÓGICA
DAS GARANTIAS SOCIAIS.**

Monografia aprovada como requisito parcial à obtenção do título de bacharel em
Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB, pela banca
examinadora composta por:

Prof. Dr. Paulo Henrique Blair de Oliveira (Orientador)
Universidade de Brasília – UnB

Prof^a. Dra. Gabriela Neves Delgado
Universidade de Brasília – UnB

Prof^a. Msc. Noemia Aparecida Garcia Porto
Universidade de Brasília – UnB

Prof. Dr. Cristiano Otávio Paixão Araújo Pinto
Universidade de Brasília - UnB

AGRADECIMENTOS

Ao professor Paulo Blair pela disposição incomparável na orientação, pela vontade de compartilhar conhecimentos, pela paciência em ensinar, por toda compreensão, pelos incansáveis incentivos e pela confiança em mim depositada.

Aos meus pais, Aquiochi e Divina, por sempre acreditarem em mim e fornecerem todo o apoio necessário para essa jornada.

Aos meus irmãos, Natalia, Kizi e Nagao, pelo apoio incondicional e por serem tão presentes em minha vida.

Aos colegas de graduação, Cássia Castro, Fernanda Moura, João de Deus, Luís Guilherme Sivieri, Maria Lemus, Priscila Koshino e Uiára Cerqueira. Agradeço todo o companheirismo e por terem tornado esses cinco anos de graduação uma época tão intensa e divertida. Um agradecimento especial a Cássia Castro, Priscila Koshino e Luís Guilherme Sivieri, amigos sempre presentes, dos quais eu recebi muitas e inesperadas demonstrações de uma verdadeira amizade. Obrigada por sempre torcerem por mim e por sempre caminharem comigo, independentemente do caminho que eu tenha escolhido seguir.

Aos amigos-irmãos: Danila Vieira, Gabriel Campelo, Giuliana Rodrigues, Helena Mian, Juliana Campos, Juliana Prates, Lílian Reis, Mykaell Almeida e Natascha Malveira. Vocês fazem a diferença!

E a Deus, por ter proporcionado as condições para a realização de mais um sonho e por ter colocado em minha vida todas essas pessoas. O sabor dessa conquista não seria o mesmo se eu não as tivesse ao meu lado para compartilhar esse momento. Muito obrigada!

RESUMO

Diante de todas as modificações na realidade social, principalmente de natureza econômica, os direitos trabalhistas têm sofrido muitas restrições a fim de se adequar a essas novas exigências. Essas restrições têm ocorrido por meio da flexibilização das normas trabalhistas, meio de se disponibilizar direitos que vem ganhando bastante força, principalmente diante de todas as pressões econômicas. O principal objetivo do trabalho é o de analisar o papel do direito frente à economia. O estudo será guiado por três marcos teóricos: Niklas Luhmann, Richard Posner e Ronald Dworkin. Posteriormente, buscar-se-á fazer uma análise de acórdãos proferidos pelo Tribunal Superior do Trabalho, com o escopo de examinar se o Tribunal está respondendo ao conflito entre acordos e convenções coletivas e a Constituição conforme a lógica comunicacional do direito, e não da economia.

Palavras-chave: Flexibilização das normas trabalhistas. Direito. Economia. Lógica comunicacional.

SUMÁRIO

1. Introdução	7
2. A Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann	9
2.1 Breve Introdução.....	9
2.2 A Diferenciação entre Sistema e Ambiente	10
2.3 Os Sistemas Autopoiéticos e os Acoplamentos Estruturais.....	11
2.4 A Teoria dos Sistemas e a Evolução da Sociedade	13
2.5 A Sociologia do Direito.....	15
2.6 O Sistema do Direito.....	20
2.6.1 A Função do Direito	25
3. Pragmatismo Político de Posner X Antipragmatismo Político de Dworkin.....	29
3.1 O Pragmatismo Jurídico	29
3.1.1 O Pragmatismo de Richard Posner: a Análise Econômica do Direito.....	33
3.2 O Antipragmatismo Político de Dworkin.....	36
3.2.1 O Direito como Integridade	40
4. A flexibilização das normas trabalhistas: O Tribunal Superior do Trabalho e a Política Pragmatista	45
5. Considerações Finais.....	60
Referências.....	62
Documentos Consultados	65

1. Introdução

Trata-se o direito do trabalho como grande conquista evolutiva da sociedade. Muitos direitos pertencentes a esse ramo jurídico contribuem para uma não repetição de circunstâncias nefastas geradas pela exploração do homem pelo capital.

A importância dessa ciência do direito é clara, ainda mais por ser a responsável por inserir o indivíduo no sistema socioeconômico capitalista, assegurando direitos e garantias indispensáveis para um trabalho digno e que contribuam para uma vida que condiga com a afirmação e conquista da dignidade da pessoa humana.

No entanto, percebe-se que, frente a tantas modificações na realidade social, principalmente de natureza econômica, os direitos trabalhistas têm sofrido muitas restrições a fim de se adequar às novas exigências da sociedade e às exigências de um mundo globalizado. Tal adaptação tem sido permitida através da flexibilização das normas trabalhistas, a qual é possibilitada por meio das negociações coletivas, consideradas essas como fontes autônomas do direito do trabalho.

Visa-se estudar e defender o importante papel que o direito deve exercer frente à economia. Para fomentar a pesquisa, esse estudo será guiado por três marcos teóricos: Niklas Luhmann, Richard Posner e Ronald Dworkin. O primeiro, por meio da teoria dos sistemas, demonstra que, em uma sociedade pós-tradicional, o sentido mais importante do modo como a comunicação social se organiza é pela especificidade dessa comunicação. O direito e a economia devem produzir perguntas e respostas dentro de seus respectivos sistemas. Sob uma leitura sociológica, Luhmann afirma que direito deve ser direito assumindo seu papel e a economia o dela. Já Posner assume a mistura desses dois âmbitos. Para o professor, a lógica econômica deve prescindir a interpretação jurídica e assevera, ainda, que o direito não pode resistir à economia, sendo o campo jurídico uma espécie de apêndice. Posição contrária à de Richard Posner é a de Ronald Dworkin, que afirma que direitos funcionam como garantias fundamentais e não podem ser desconstruídos economicamente, esses direitos têm que ser avocados como resistência à economia.

Após o estudo desses três marcos teóricos, um segundo objetivo do presente trabalho é de analisar acórdãos proferidos pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST). Almeja-se examinar se esse Tribunal está respondendo ao conflito entre acordos e convenções coletivas e a Constituição conforme a lógica comunicacional do direito, e não da economia. É importante ressaltar que o argumento de pesquisa utilizado para selecionar os acórdãos aqui citados foi: “MP e ação anulatória e acordo coletivo”. Foram selecionadas, previamente, decisões de todas as turmas, como também da SBDI-1, no entanto, buscou-se explicitar no presente trabalho apenas aquelas que demonstrem exatamente os pontos que se almeja criticar.

Não se busca aqui fornecer argumentos favoráveis ou contrários à flexibilização de normas trabalhistas, embora isso possa ter ocorrido reflexivamente. O que se visa analisar e criticar são as decisões proferidas pelo TST acerca da validade ou não de acordos ou convenções coletivas e o poder que se tem dado para as autonomias coletivas frente aos princípios de direito do trabalho. De certa forma, pretende-se analisar e criticar o poder que se tem dado à economia frente ao direito do trabalho.

2. A Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann

2.1 Breve Introdução

Para uma melhor compreensão sobre o tema do presente trabalho, busca-se fazer uma breve introdução acerca da teoria de Niklas Luhmann sobre a sociedade. Afinal, será por meio dela que será demonstrada a importância de se ter uma autonomia do direito perante a economia. É importante ressaltar, no entanto, que expressões e conceitos expostos nessa pequena parte introdutória serão oportunamente analisados com maior profundidade.

Com o intuito de se entender melhor a teoria, considera-se bastante importante indicar o contexto da Teoria dos Sistemas de Luhmann. Essa teoria foi embasada na pesquisa feita pelo sociólogo sobre a sociedade moderna. Percebendo todos os eventos e as consequências desse período histórico, Luhmann decidiu pesquisar sobre a sociedade em si, buscando um meio de analisá-la e descrevê-la.

Uma palavra que caracteriza bem o período moderno é a liberdade. Liberdade de escolha, liberdade de vida, liberdade de projetos pessoais. Enfim, liberdade para ser o que quiser e crer no que quiser. As pessoas não estão mais obrigadas a compartilhar da mesma crença religiosa ou ter pensamentos econômicos iguais. O sociólogo, então, parte da seguinte pergunta para elaborar a sua pesquisa: se você tem liberdade para tudo, qual será a base da sociedade moderna? O que manterá todos em sociedade? De acordo com o entendimento de Luhmann é a linguagem. O autor da teoria dos sistemas parte do pressuposto de que, se a Modernidade dá essa liberdade a todos, liberdade de ser ou não ser, crer ou não crer, a própria Modernidade produziu uma autonomia das linguagens. A linguagem do direito é uma, a linguagem da economia é outra e assim o é em todos os outros âmbitos da sociedade. Sendo assim, concebendo-se essa autonomia das linguagens, as pessoas não precisam mais estar vinculadas a algum tipo de religião, por exemplo, para explicar problemas jurídicos.

Luhmann, então, consonante toda essa explicação, vai chamar toda essa autonomia de autonomia comunicacional, a qual é permitida pelo fechamento operacional dos sistemas de comunicação social. O direito, a economia, a política, a religião passam, então, a produzir comunicação conforme as suas próprias linguagens. Não será a economia que explicará o direito e não será o direito que explicará a política, por exemplo.

Com essa autonomia serão produzidas uma perspectiva interna e uma perspectiva externa a cada sistema. Na perspectiva interna, esses sistemas comunicacionais produzirão suas respectivas linguagens de forma bastante simplória. No caso do sistema do direito, por exemplo, irá dizer: jurídico ou não jurídico. No caso da economia: valor ou não valor. Luhmann denomina de código binário essa forma de comunicação.

Acerca da perspectiva externa, diz-se que tudo que está externo a um sistema é considerado como ambiente. Todos os sistemas se entendem como completos, fechados em si próprios. Todo o resto, então, é compreendido como ambiente. Dessa forma, outra afirmação muito importante segundo a teoria luhmanniana sobre a sociedade é que os sistemas não podem estar hierarquizados. Destarte, assevera-se que o sistema da economia não pode ser considerado mais importante que o sistema do direito e nem o do direito mais importante que o sistema da economia. Cada sistema deve exercer a sua função específica.

2.2 A Diferenciação entre Sistema e Ambiente

A fim de iniciar o estudo sobre a teoria dos sistemas e a sua relação com o presente trabalho, discorre-se, inicialmente, sobre a distinção entre sistema e ambiente. Para analisar essa distinção, Luhmann faz uso do conceito “forma”. Uma forma constitui-se de dois lados, existentes por meio de uma distinção, e cada lado da forma só existe se fizer uma referência ao outro lado. O mesmo se dá com o sistema e com o ambiente, cada um se concebe como um lado da forma e, apesar de estarem separados, o sistema não existe sem fazer referência ao ambiente e vice versa. (LUHMANN, 2006, p. 103) As operações do sistema são possíveis somente no lado interno da forma.

O limite do sistema é fornecido por meio da maneira e concreção de suas próprias operações, as quais o individualizam. “[...] o limite do sistema não é outra coisa que a diferença autoproduzida de autorreferência/heterorreferência, que, como tal, se faz presente em todas as comunicações”. (LUHMANN, 2006, p. 114, tradução nossa)

O sistema da sociedade é caracterizado pela operação que produz e reproduz a sociedade, a comunicação. É importante ressaltar, no entanto, que os sistemas reconhecem como operações próprias somente aquelas comunicações que selecionam formas de sentido¹. O ambiente, como já se sabe, é fonte de ruído não específico. Desses ruídos, o sistema pode extrair o sentido apenas por meio de suas próprias operações. É possível dizer, então, que o sistema constrói sua própria ordem e que consegue se organizar por si mesmo, estabelecendo o “order from noise”. (LUHMANN, 2006, p. 104) Sendo assim, contextualizando tal explanação, diz-se que tudo que vem de fora do direito é tido como ruído, inclusive as pressões que os outros sistemas buscam exercer sobre ele. Tudo que vem da economia, o direito encara como ruído, e caso entenda conveniente, o sistema jurídico extrairá sentido dessas irritações por meio de suas próprias operações.

2.3 Os Sistemas Autopoiéticos e os Acoplamentos Estruturais

Após essas anteriores explicações, é possível partir para o conceito de sistemas autopoiéticos. Essa é uma expressão utilizada para explicar o modo de funcionamento dos sistemas autônomos da sociedade. Sendo assim considerados, entende-se que tais sistemas, por si mesmos, “produzem não somente suas estruturas, mas também os elementos pelos quais são constituídos – na estrutura dos mesmos elementos”. (LUHMANN, 2006, p. 44-45, tradução nossa) Com esse fechamento operacional, o sistema será determinado pela auto-organização: as

¹ “A principal característica da dotação de sentido, para o sistema, é a concepção da virtualidade, ou seja, a capacidade de intelecção de que dada informação ou evento tinha outras possibilidades, outros caminhos possíveis e que, em virtude de uma seleção, outras possibilidades foram abandonadas. (...) O processo de dotação de sentido também torna permanente a capacidade dos sistemas de se auto-reproduzirem, na medida em que mantém como possíveis todas essas operações que fazem parte do repertório do sistema e que dão lugar a novas operações.” (NEVES, 2005, p. 44)

estruturas de cada sistema somente podem ser construídas e transformadas unicamente mediante operações próprias.

Os acoplamentos estruturais são os meios pelos quais os sistemas da sociedade se relacionam e, ao mesmo tempo, mantêm as suas diferenças. É importante ressaltar, porém, que essa relação é meramente funcional, pois “os processos de dotação de sentido, de formação de repertório de processos comunicativos e operações internas são isolados e inacessíveis de um ao outro.” (NEVES, 2005, p. 53) Por meio deles, os sistemas acoplados se irritam e estimulam que se autodeterminem. São os acoplamentos estruturais que excluem outras formas de exercer a influência. É possível afirmar, então, que esses acoplamentos captam somente uma parte bastante reduzida do ambiente, são eles estruturados de maneira altamente seletiva. Sendo assim, buscando-se uma melhor compreensão sobre esse conceito, explana-se que um dos acoplamentos estruturais entre o direito e a economia, sistemas que são os objetos do presente trabalho, é o contrato.

Quando há um acoplamento estrutural entre os sistemas, o processo comunicativo de um sistema aparece em outro como uma ferramenta auxiliar de funcionamento das operações. O significado será dado, no entanto, somente pela construção dentro do próprio sistema em que foi realizado o processo comunicativo e de forma independente do significado que tinha no sistema original. (NEVES, 2005, p. 54)

Um ponto importante sobre o conceito de acoplamento estrutural que deve ser notado é o fato de que, mesmo com a autodeterminação dos sistemas, esses se desenvolvem, em geral, de acordo com uma determinada direção tolerada pelo ambiente. Irritações duradouras ensejadas por esses acoplamentos acabam por guiar os desenvolvimentos da estrutura em uma direção específica, sendo que os respectivos sistemas estão expostos a focos de irritação bastante determinados. (LUHMANN, 2006, p. 87-88) É, ainda, por meio deles que é garantido a simultaneidade do sistema e o ambiente na sucessão respectiva de eventos. Não ocorre aqui a necessária sincronização, pois os sistemas reagem de maneira diversa, no que tange à celeridade, às irritações. Essa reação vai depender das estruturas do sistema e, assim, da própria história do sistema.

2.4 A Teoria dos Sistemas e a Evolução da Sociedade.

Sobre a distinção entre sistema e ambiente, cumpre enaltecer o importante papel dessa diferenciação para a evolução da sociedade. Seria impossível os sistemas evoluírem a partir de si mesmos. A diversificação evolutiva e, ainda, o incremento dos sistemas são, nos dizeres de Luhmann, ao mesmo tempo diversificação e incremento dos ambientes. (LUHMANN, 2006, p. 401) No entanto, é importantíssimo notar, principalmente tendo em vista o presente trabalho, que a evolução não tem como escopo a produção da adaptação do sistema ao ambiente, mas pressupõe a adaptabilidade. Afinal, melhorias consideradas importantes na adaptação da complexidade dos sistemas surgem exatamente da necessidade de conseguir sobreviver em um ambiente que se transformou. (NEVES, 2005, p. 49) A evolução não pode ser considerada um processo orientado a um fim. (LUHMANN, 2006, p. 412) A diferença aqui é singela, mas demonstra muito bem o que vemos no caso da corrupção do código do direito pelas intenções e código da economia. Esta almeja adaptar o direito aos interesses econômicos, tornando os direitos simplesmente vazios de valor e como simples instrumentos para a mudança da realidade. O que Luhmann defende é que a alteração da sociedade que pressupõe a adaptabilidade do sistema ao ambiente como condição mínima de existência. O que permite essa adaptação são os acoplamentos estruturais, que garantem um adaptar suficiente o bastante para a continuidade da autopoiesis. (LUHMANN, 2006, p. 411)

O interessante da teoria luhmanniana é que de forma alguma ele afirma que a diferenciação funcional gera o isolamento causal. Pelo contrário, o sociólogo diz que apesar de a diferenciação funcional consistir em funções específicas dos sistemas e em seus meios próprios de comunicação, devem eles ter a consciência de que são considerados sistemas parciais, mas que são de competência universal. Destarte, explana-se que os sistemas devem ser especificados em suas funções, mas devem ter a visão do universalismo. Trata-se aqui de uma combinação estranha ao primeiro ver, mas que faz todo sentido para o pressuposto de existência dos sistemas.

Assim como já fora explicado, há sim uma relação de cada sistema funcional com os outros sistemas, permitida pelo uso dos acoplamentos estruturais. Esses permitem uma relação finamente regulada, mas é importante ressaltar que no sentido de informações, o sistema nada depende de outros. Há uma dependência

apenas no sentido da energia ocasionada para possíveis mudanças estruturais e produção de mais comunicação. A irritação provinda do ambiente, em outras palavras, estimula a continuidade das operações autopoieticas do sistema. É por meio dessas irritações que se deixa em aberto se as estruturas devem ser modificadas ou não. Por deixar essas possibilidades em aberto, a autopoiesis do sistema é garantida e, com isso, a capacidade de evoluir também é mantida.

É importante salientar que o conceito de evolução dos sistemas não parte do pressuposto de que houve um progresso ou que houve a existência de etapas hierarquizadas de evolução, “mas sim uma composição de eventos, quais sejam seleção, transformação e reestabilização das estruturas dos sistemas, que aumentam a complexidade interna do sistema.” (NEVES, 2005, p. 47)

O sociólogo explana, ainda, que cada sistema funcional deve desenvolver somente a própria função, que nenhum sistema pode intervir no lugar de outro, até mesmo nos casos de emergência ou a fim de complementá-lo em continuidade. (LUHMANN, 2006, p. 664) O interessante é que será demonstrado posteriormente que existem teorias políticas que acreditam, por exemplo, que se ocorrer uma situação de emergência, os direitos podem ser suprimidos. Ou seja, essa visão é uma concepção totalmente contrária a de Luhmann, que defende que os problemas do direito, por exemplo, devem ser respondidos somente pelo direito, que os problemas da economia somente devem ser respondidos pela economia, não devendo cada sistema buscar soluções a seus problemas em outros sistemas ou que os sistemas se deixem influenciar por outros para buscar suas soluções. No presente trabalho, observa-se que a economia busca utilizar o direito como um simples joguete a fim de se alcançar um melhor desenvolvimento econômico. A economia se utiliza do sistema jurídico para alcançar suas metas e objetivos.

Cumprido ressaltar, ainda, que a diferenciação funcional, por meio do cumprimento de suas funções específicas, possibilita uma verdadeira especialização dessas funções. Dessa forma, admite-se que tendo uma autonomia dos sistemas há uma “melhor ciência (mais conhecimento), melhor economia (mais bem-estar), melhor política (mais democracia, melhor coordenação de opiniões), [...]”. (LUHMANN, 2006, p. 689, tradução nossa). No entanto, insiste-se: a diferenciação funcional permite sim uma sensibilidade dos sistemas pelo ambiente. Dá-se o exemplo do direito. Esse pode observar a necessidade de novas regulações estimuladas por irritações advindas de seu exterior. Cada sistema, então, se

especializará em suas respectivas funções, sendo que essas funções estão consonantes com o restante da sociedade.

Acerca do desenvolvimento do direito, é importante ressaltar o que exatamente gera os impulsos para o desenvolvimento. De acordo com Luhmann, eles são obtidos por meio de problemas e reivindicações normativas que são apresentados no próprio direito, “e não de uma intenção de modificação planejada da realidade social com o auxílio do direito” (LUHMANN, 1983, p. 218), que é o que podemos observar com a flexibilização das normas trabalhistas e, principalmente, com a visão pragmatista do direito, a qual será estudada posteriormente. O direito não deve ser visto como um instrumento para se alterar a realidade social. Mudanças na sociedade podem sim ocorrer e o direito está aberto para essas mudanças. O que não pode acontecer é que ele seja aberto a ponto de fazer com que ele seja nada, que seja um simples joguete nas mãos da economia ou da política. Os sistemas não podem ser tratados como dispensáveis e disponíveis. É a realidade social que, por vezes, consegue realizar algumas alterações no direito a fim de que esse se adapte melhor a sociedade. Uma mudança estrutural da sociedade é o que incentiva e possibilita mudanças no direito.

Essa possível adaptação vem exatamente da abstração das normas jurídicas, adaptando-se às lentas necessidades sociais. No entanto, o direito não deve ser concebido, assim como já fora explicado, tendo como escopo a mudança. A visão pragmatista tem exatamente a visão oposta. Para essa visão política, o direito é considerado um instrumento para se chegar à sociedade ideal. No caso da visão de Richard Posner, o direito é um instrumento para se alcançar a maximização da riqueza. É um instrumento utilizado para mudar a sociedade com o intuito de tornar a sociedade cada vez mais rica.

2.5 A Sociologia do Direito

É possível observar uma característica corrente das abordagens da sociologia do direito: o fato de que o direito não é determinado por si próprio ou a partir de normas ou princípios superiores, mas sim por sua referência à sociedade. A palavra referência aqui é tratada não no sentido tradicional de uma hierarquia de

fontes do direito, mas no sentido de uma correlação sujeita a modificações evolutivas, podendo ser verificado empiricamente como uma relação de causa e efeito. O direito surge, então, como importante elemento codeterminante e codeterminado nesse processo de desenvolvimento. Como é possível perceber, a sociedade está cada vez mais aumentando a sua complexidade e sua variabilidade. Dessa forma, é fundamental que o seu direito seja estruturalmente compatível com um número maior de possíveis situações e eventos.

Para demonstrar a importância do direito e das normas jurídicas, Luhmann faz uso das seguintes expressões: complexidade, contingência e expectativa de expectativas. Como complexidade se entende que sempre há mais possibilidades do que se pode realizar. (LUHMANN, 1983, p. 45) Já como contingência se entende como “o fato de que as possibilidades apontadas para as demais experiências poderiam ser diferentes das esperadas”. (LUHMANN, 1983, p. 46) Sendo assim, o autor bem explica que “Em termos práticos, complexidade significa seleção forçada, e contingência significa perigo de desapontamento e necessidade de assumir-se riscos”. (LUHMANN, 1983, p. 47)

Diante da complexidade e da contingência presentes na sociedade, geram-se então expectativas. Devido à grande variedade de interações sociais, faz-se necessário que, além das experimentações de cada um, que esses também possam ter expectativas sobre o comportamento do outro, como, ainda, a expectativa sobre a expectativa que as outras pessoas têm dele. No âmbito da dupla contingência, então, percebe-se que há também uma dupla relevância: na satisfação ou no desapontamento causados pelas expectativas imediatas do comportamento e a avaliação do “significado do comportamento próprio em relação à expectativa do outro”. (LUHMANN, 1983, p. 47) Sendo assim, é possível afirmar que é na área de integração entre esses dois planos que se localiza a função do normativo e, como consequência, do direito. Será por meio das regras, das normas, que será possível ter certa segurança no que tange às expectativas, como veremos pormenorizadamente em um posterior tópico.

A orientação que se tem a partir da regra, diferente daquela que é a partir das expectativas, diminui o risco de erros da expectativa. Com as regras é possível presumir que aquele que age de forma discrepante à norma, age erradamente, aliviando, assim, “a consciência no contexto da complexidade e da contingência”. (LUHMANN, 1983, p.53) No entanto, faz-se mister ressaltar a questão de que o

entendimento mútuo, concordâncias casuísticas e divergências em comum podem fornecer condições para um retrocesso da regra a nível de adequação a uma dada situação e expectativas. Faz-se alusão, então, à flexibilidade da estrutura normativa. Afinal, é inquestionável a impossibilidade fática das normas de se adequarem a todos os momentos e a todas as expectativas das pessoas. Além disso, sabe-se que a sociedade não está constituída sobre bases sólidas, imodificáveis. No entanto, a vigência de normas fundamenta-se exatamente sobre essa impossibilidade. É interessante notar o forte contato que podemos perceber aqui com o objeto da presente pesquisa. Luhmann, assim como explicado, acredita que as concordâncias casuísticas podem gerar um verdadeiro retrocesso da regra a fim de se adequar a uma dada situação e a dadas expectativas. Nota-se que a flexibilização das normas trabalhistas, muitas vezes, enseja, realmente, um verdadeiro retrocesso dos direitos e garantias trabalhistas a fim de se adequar a um determinado contexto, principalmente um contexto econômico.

Ainda sobre as expectativas, ressalta-se que essas podem ser, segundo Luhmann, cognitivas ou normativas. Essa diferenciação está relacionada à forma de se solucionar os problemas frutos do desapontamento. No simples nível cognitivo, em caso de desapontamentos, as expectativas são adaptadas à realidade. Já no nível normativo, quando há desapontamentos, as expectativas não são abandonadas caso alguém as transgrida. É possível considerar, então, as normas como expectativas de comportamentos. As expectativas são deslocadas ao nível normativo quando a sociedade entende como vitais as suas seguranças e as suas integrações sociais, diferentemente do que ocorre quando as expectativas são cognitivas e há um interesse comum em adaptá-las aos fatos.

Percebe-se, então, que há a possibilidade de se pensar o direito a partir de desapontamentos, pois, assim como fora explanado, o desapontamento pode levar à formação de normas através da normatização a posteriori. Cumpre aqui enaltecer, segundo o sociólogo, que há sim uma elasticidade na formulação (exemplo do aperfeiçoamento da legislação através da jurisprudência) de algumas normas por permitir procedimentos adaptativos. Não há um atamento entre as expectativas normativas e a resistência à assimilação. (LUHMANN, 1983, p. 63) No entanto, é importante se ter em mente que a crescente complexidade da sociedade também acarreta os riscos estruturais, os quais devem ser prevenidos através da maior diferenciação entre as expectativas cognitivas e as normativas. Sendo assim, é

possível asseverar que, consoante o entendimento de Luhmann, é preciso sim que o direito tenha seus obstáculos formais para eventuais alterações, mas que ele não seja totalmente contrário a modificações a fim de acompanhar as mudanças da sociedade. A presença de um rigor é extremamente necessária, pois, como foi dito, quando as expectativas são levadas para o nível normativo é porque as suas seguranças e as suas integrações sociais são entendidas como vitais. Se direitos trabalhistas, como é o caso, foram criados, é porque tais direitos se demonstram extremamente essenciais para a ordem trabalhista e social.

O problema, segundo o sociólogo, se encontra no fato de que, com a crescente diferenciação funcional da sociedade, há uma diminuição do número de expectativas de validade comum para todos, crescendo, por outro lado, as expectativas específicas com respeito apenas a papéis e sistemas parciais diferenciados. (LUHMANN, 1983, p. 84) Ou seja, as expectativas do direito são umas, as expectativas da economia são outras e o mesmo com a política e com os outros sistemas da sociedade. O direito, no entanto, é considerado como um meio de integração da sociedade em sua globalidade, representando a expectativa de todos. O direito é um alívio para as expectativas. Caso o direito seja concebido dessa forma, é demasiado importante que essas expectativas normativas sejam realmente mantidas, caso contrário faria sentido algum. Além disso, tem-se que se observar o direito como uma conquista da evolução, não podendo, assim, ser desconsiderado perante as pressões externas. Os direitos trabalhistas são marcos de grandes vitórias dos trabalhadores, são frutos de centenas de atrocidades cometidas contra eles, de uma exploração sem limites do homem pelo próprio homem. Os direitos trabalhistas foram construídos no decorrer da história e representam exatamente ganhos pontuais ao longo das conquistas evolutivas, devendo, dessa forma, serem mantidos. Essas aquisições evolutivas foram nada além de soluções encontradas pelo próprio sistema do direito para as irritações externas.

O direito, enquanto estrutura de um sistema social que é baseado em uma generalização congruente de expectativas comportamentais normativas, exerce uma função extremamente necessária em toda a sociedade. Sem essa generalização, os homens não podem orientar-se entre si. Ademais:

O desenvolvimento do direito não deve ser compreendido como salto da sociedade pré-jurídica à sociedade do direito, mas sim como uma paulatina diferenciação e autonomização funcional do direito. (LUHMANN, 1983, p. 122)

Acerca da função social do direito, vale ressaltar que tal ponto será oportunamente analisado no presente trabalho. No momento, cumpre apenas lembrar que o motor da evolução é a crescente complexidade da sociedade, exigindo, dessa forma, uma atuação cada vez mais eficiente do direito no sentido da generalização congruente. O direito se torna, então, cada vez mais especializado nessa função.

Sobre a exigência de uma especialização cada vez maior da função do direito, afirma-se que, com o aumento da complexidade da sociedade, o mesmo fator ocorre com as demais áreas, como a política, a economia, a religião. Cada uma dessas áreas forma um sistema que compõe a sociedade. Diz-se, então, que há uma diferenciação funcional de cada sistema devendo eles exercerem funções especiais e específicas. (LUHMANN, 1983, p. 176) Além dessa autonomização funcional, há também o fechamento operacional dos sistemas, possuindo eles liberdade para se auto organizarem e para se auto reproduzirem. Luhmann entende que é dessa forma que a sociedade altamente complexa consegue se organizar e que essa autonomização dos sistemas nada mais é do que liberdade dos modernos.

Esses sistemas parciais da sociedade, no entanto, possuem, ao mesmo tempo, uma relação e uma diferença. Uma das formas de relação entre o direito e a economia, por exemplo, é o contrato. Essas relações são permitidas, como já fora explicado, por meio de acoplamentos estruturais. Dessa forma, o contrato é um acoplamento estrutural. Não obstante essa relação necessária entre os sistemas parciais da sociedade, também é essencial que tais sistemas mantenham uma diferença entre si para que assim possam exercer suas funções específicas de forma confiável, sem que ocorra uma influência entre eles.

A proteção dessa independência entre os sistemas é considerada como uma manutenção de código. A relação entre eles só se pode dar por meio desses acoplamentos, os quais transformam o que é irritação em código interno referente ao sistema. Sobre irritação, cumpre-se resgatar a seguinte explanação: tudo que for ambiente externo de um determinado sistema é considerado irritação. Dessa forma, pode-se afirmar que a economia irrita o direito e que o direito também irrita a

economia. No entanto, essa irritação deve ser transformada em código interno. Sendo assim, a irritação ocasionada no direito pela economia deve ser traduzida para a linguagem do direito e essa tradução será possível pelo acoplamento estrutural. O que é defeso que aconteça é que os sistemas se utilizem ou se deixem influenciar pelos códigos de outros sistemas. O que se pretende demonstrar no presente trabalho é que a economia não pode lançar mão do código do direito, corrompendo-o, para buscar soluções para o sistema da economia. Se o sistema jurídico recebe irritações econômicas, deverá ele, se assim entender conveniente, dotar de sentido tais irritações e assim transformá-las para o código do direito, dando respostas de acordo com o seu próprio código. Esses interesses econômicos se desapossarão, então, de sua importância especificamente econômica, convertendo-se em interesses puros que se dividirão em interesses considerados legalmente protegidos e interesses legalmente desprotegidos. Tal tema será analisado com mais calma a seguir.

Cumprido lembrar, ainda, que os acoplamentos estruturais também são responsáveis pela evolução dos sistemas e isso se deve justamente às perturbações e suas prováveis utilizações no processo autopoietico.

2.6 O Sistema do Direito

Após as necessárias explanações até aqui feitas, passa-se à análise do próprio sistema do direito a fim de se compreender a importância de sua autonomia e do seu fechamento operacional frente aos outros sistemas, principalmente ao da economia.

Primeiramente, afirma-se, conforme Luhmann, que os limites do direito são determinados pelo próprio direito, o que é explicado pela teoria dos sistemas como já fora demonstrado anteriormente. Isso implica no fato de que o sociólogo renuncia qualquer ideia de teoria que busque orientar a prática. Concebendo-se dessa forma e considerando que o direito se determina pelo próprio direito, busca-se descrever tal sistema como um que se observa e que se descreve a si mesmo. Sendo assim, o próprio sistema do direito desenvolve suas próprias teorias, não objetivando representar o mundo exterior a ele. (LUHMANN, 2003, p. 14) Há de se ressaltar,

ainda, que a declaração em relação à disposição acerca do que é direito/não-direito terá que ser feita de acordo as suas condições.

No que consiste na função desse sistema, “pode-se determinar que o direito opera fechado em sua operação e simultaneamente aberto cognitivamente”. (LUHMANN, 2003, p. 52, tradução nossa) Sobre a clausura normativa e a abertura cognitiva, o sociólogo afirma:

A clausura normativa consiste, então, no contexto de auto-observação contínua do sistema segundo o esquema: conforme o direito/discrepante com o direito. Aqui que a aprendizagem, a modificação das normas, se torna possível, seja pela indução interna através de que já não sejam aceitáveis certas consequências jurídicas, ou através da valoração social sobre as normas específicas. (LUHMANN, 2003, p. 55, tradução nossa)

A abertura cognitiva do sistema se dá de forma que permita a integração ao caso particular na forma autopoietica. Essa abertura cognitiva significa que o sistema gera informações, conforme a sua linguagem, referentes a fatos e acontecimentos do ambiente. É o fechamento normativo que permite que o direito “se abra” a essas irritações, dando, em seguida, valor de informação a elas dentro do próprio sistema.

Faz-se oportuno, então, aludir a um dos conceitos mais pertinentes ao presente trabalho: o estado de corrupção em que muitos sistemas operam. Se, no caso, o sistema jurídico operar com frequente intromissão do sistema da economia, diz-se que há uma corrupção de código do direito. O sistema jurídico não estaria usando a própria linguagem para realizar as suas operações, estaria usando a linguagem da economia, ferindo a sua função específica. E é exatamente isso que os maiores defensores do pragmatismo que têm em vista a valorização da riqueza almejam e é o que exatamente podemos conferir nas decisões do Tribunal Superior do Trabalho. No caso do TST, não se observa uma corrupção de código demasiadamente óbvia, mas é claramente perceptível, por meio da análise de suas decisões, que não há a observância de argumentações jurídicas a fim de se julgar os acordos coletivos de trabalho, como é possível perceber nos seguintes trechos de ementas do acórdão proferidos pelas 2ª e 3ª turmas, por exemplo:

1. HORAS EXTRAORDINÁRIAS. COMPENSAÇÃO DE JORNADA. REGIME 12 X 36. NORMA COLETIVA. VALIDADE.

Esta Justiça do Trabalho tem primado por incentivar e garantir o cumprimento das negociações coletivas, desde que devidamente

formalizadas. Sendo, pois, um instrumento do qual as partes podem se valer para regulamentar as relações de trabalho, a norma inserida em convenção coletiva de trabalho há de prevalecer, com respaldo na Constituição Federal, já que a transação realizada em ação coletiva resulta de ampla negociação, em que perdas e ganhos recíprocos têm presunção de comutatividade.

Nesse diapasão, é plenamente válida norma de convenção coletiva de trabalho que estipule a jornada de trabalho em regime de 12x36 horas, não havendo, pois, falar em horas extraordinárias relativas à 11ª e 12ª diárias.

Recurso de revista conhecido e provido. [...] (BRASÍLIA, 2010a, p.1)

3. INTERVALO INTRAJORNADA. EMPRESA DE TRANSPORTE URBANO. NEGOCIAÇÃO COLETIVA. VALIDADE. “A Constituição da República, em seu artigo 7º, inciso XXVI, valoriza a negociação nas relações de trabalho, reconhecendo as convenções e acordos coletivos de trabalho. Logo, deve ser respeitada a pactuação contida em acordos ou convenções coletivos que fixem intervalos intrajornada menores e/ou fracionados, considerando-se as peculiaridades da atividade desenvolvida pelos integrantes da categoria a que pertence o Reclamante, o que autoriza a validação da norma coletiva, sem desprezar o entendimento consubstanciado na Orientação Jurisprudencial nº 342, da SBDI-1, do TST” (Ministro Carlos Alberto Reis de Paula). Ressalva de ponto de vista do Relator. Recurso de revista não conhecido.[...] (BRASÍLIA, 2009, p. 1)

Cumpra-se enaltecer que é possível encontrar decisões que seguem o mesmo tipo de argumentação em todas as turmas do Tribunal Superior do Trabalho, mas, para fins de exemplificação do que fora explanado, faz-se alusão apenas a esses dois. Outras decisões de outras turmas também serão analisadas no presente trabalho.

Após a análise de acórdãos proferidos pelas turmas do TST, é possível perceber que fundamentações utilizadas para se julgar como válida determinada norma coletiva não são, como dito anteriormente, essencialmente jurídicas. Não se observa, entretanto, declarações explícitas de que assim será melhor para a economia, por exemplo, mas também não há explicações próprias do sistema do direito que aduzem motivos capazes de demonstrar a validade de determinada norma coletiva. Há sim uma corrupção de código, no entanto, uma corrupção de código não escancarada. Trata-se de uma corrupção de código mais tímida, mais disfarçada. O conflito de interesses é grande nesses casos em que há uma forte influência da economia. Havendo tal conflito, como já se sabe, uma fundamentação da decisão se faz extremamente necessária e, frisa-se mais uma vez: uma fundamentação jurídica.

Acerca das modificações que podem ou não ocorrer no sistema jurídico, é interessante ressaltar que, consoante a teoria dos sistemas, uma modificação apenas se torna possível quando o próprio sistema escolher que assim o é. O

sistema observa elementos externos, os percebe e, entendendo ser preciso, “os ‘traduz’ a partir de seu próprio meio de comunicação simbolicamente generalizado², até mesmo para garantir sua autopoiese.” (NEVES, 2005, p. 23) Não há, como muitos imaginam, movimentos sociais ou campanhas capazes de modificar o direito. Uma campanha econômica, por exemplo, não seria capaz de alterar normas jurídicas a fim de se alcançar o desenvolvimento da economia. Dizendo de outra forma: não há casos óbvios desenvolvidos pela sociedade que obriga o direito a se modificar. Não são dos fatos que se deduzem as normas. No entanto, é interessante ressaltar que há possibilidade do direito acabar cedendo às pressões advindas do ambiente por motivo de dificuldade de adaptação. (LUHMAAN, 2003, p. 64).

No entanto o que gera a unidade do sistema jurídico? O sociólogo designa a expressão símbolo, o qual é considerado como uma função operativa. No caso do sistema do direito, o símbolo é o da validade jurídica. É responsável ele por realizar uma ligação entre as operações, tornando-se indispensável para a continuidade da autopoiesis do sistema e também para o código direito/não direito. Luhmann chama de símbolo justamente por tratar de conservar e produzir a unidade do sistema dentro de tamanha diversidade de operações. As modificações das disposições do direito, como as realizadas, por exemplo, pelo contrato, só podem ocorrer quando se parte do fato de que, atualmente, um determinado direito não tem validade. Dessa forma, afirma-se que a validade é uma forma que marca a diferença entre dois lados: validade e não validade. A passagem de um lado da forma para o outro requer tempo.

Luhmann se atenta para o fato de que não é toda e qualquer comunicação jurídica que transporta validade. Um exemplo disso, como foi dito, é o contrato, acoplamento estrutural do direito e da economia. O que está ali disposto pode não ser válido, pois podem ter pretensões de afetar e modificar a situação legal, afrontando outros direitos.

Um outro ponto que deve ser enaltecido no presente trabalho e que será objeto de contraste entre duas visões acerca da função do direito é sobre a importância de casos passados. Luhmann aduz que, pondo em marcha a autopoiesis do sistema jurídico, a unidade do sistema, a jurisprudência exerce um

² “Essa identificação dos elementos internos é definida a partir da forma que organiza o espaço e compõe configurações mais estáveis dentro do sistema. A forma, como fronteira da diferenciação sistêmica, é definida a partir da instauração de um médium. Cada sistema, como veremos adiante, estabelece um médium específico para possibilitar as operações internas. São os meios de comunicação simbolicamente generalizados. É por esse mecanismo, a organização da forma através de um médium, que os processos comunicativos internos se organizam.” (NEVES, 2005, p. 18)

papel bastante importante, servindo como orientação para a práxis futura. Há a necessidade de uma integração recursiva das decisões anteriores e das decisões posteriores à rede do sistema. As decisões pressupõem o passado como invariável e o futuro como variável. (LUHMANN, 2003, p. 220) No entanto, as decisões não devem ser determinadas pelo passado, mas elas têm como intenção a determinação do futuro, mesmo sabendo que esse efeito de determinação pode não ser alcançado, o que é muito possível.

Sendo assim, assevera-se que os tribunais, ao proferir decisões, exercem um papel muito importante na confiança no direito. Essa confiança será, exatamente, por meio da busca de uma estabilização de expectativas, com a intenção de se manter uma unidade do sistema por meio de decisões que respeitem o passado e busquem criar uma base para o futuro. Passando-se à análise das decisões proferidas pelo Tribunal Superior do Trabalho, é possível perceber que muitas delas não conferem essa confiança no direito. Afinal, muitos direitos trabalhistas foram considerados, nessas decisões, joguetes em busca de um benefício econômico. Sendo concebidos dessa forma, não há estabilização de expectativas alguma, pois os direitos estão sendo simplesmente considerados ou desconsiderados ao sabor da economia. O decidir jurídico está baseado, verdadeiramente, em fundamentos econômicos, na linguagem econômica, preocupando-se com as consequências econômicas. Percebe-se, assim, uma subjetivação e uma politização das bases de julgamento, transferindo, de certa maneira, o ônus da decisão para as partes envolvidas. (FILHO, 2005, p. 43)

Faz-se relevante, ainda, aludir à relação entre o sistema do direito e o sistema da política. É por meio dessa relação que se dá a obrigatoriedade das questões jurídicas, pois a política se encarrega das decisões coletivas vinculantes fazendo uso do recurso da imposição, utilizando o controle da força pública. No entanto, é importante ressaltar que há sim direito positivo que não tenha conexão com as instâncias da política, como é o caso, novamente, dos contratos. (LUHMANN, 2003, p. 50)

A relevância de se discorrer sobre a relação desses dois sistemas é devido também à fórmula Estado de Direito. Em um dos significados que essa expressão enseja está o fato de que tanto o sistema jurídico como o sistema político não seriam o que são sem o outro correspondente. Luhmann chega a afirmar que se trata de uma relação parasitária entre esses dois sistemas. (LUHMANN, 2003, p. 304). O

termo parasitário aqui, no entanto, significa “crescer graças a uma diferença externa”. (LUHMANN, 2003, p. 304, tradução nossa)

Não se afirma que o direito e a política constituem apenas um sistema, mas o que se busca dizer é que esses dois sistemas têm uma forma peculiar de acoplamento estrutural e que a relação se dá de forma ainda mais intensa, porém ainda mantendo a diferença entre eles. Então, é possível afirmar que o sistema do direito consegue “chegar a um sistema altamente complexo de expectativas normativas protegidas juridicamente e que, além disso, tem a garantia política de poder exigir seu cumprimento.” (LUHMANN, 2003, p. 84, tradução nossa) Cumpre enaltecer, também, que a política busca a sua relação com o direito, pois é por meio dele que a política diversifica o acesso ao poder concentrado politicamente. Dessa forma, por meio dessa relação, ocorre a força pública mantida juridicamente e o instrumental político do direito. (LUHMANN, 2003, p. 302)

2.6.1 A Função do Direito

Muito já se buscou explanar sobre a função do direito. Qual seria afinal? A função do direito, segundo a teoria luhmanniana, é a estabilização de expectativas. A importância do sentido é ainda aqui potencializada, pois, por meio do sentido das palavras, dos conceitos e das afirmações, que será possível tornar o uso repetido, conduzindo, assim, a consolidações no tempo.

Tal sentido terá, dessa forma, que se condensar para assegurar o seu reconhecimento em um contexto diferente. As repetições desse sentido irão reduzir uma possível arbitrariedade da relação entre signo e significante. As normas exercem esse papel, o de fixar os limites da já experimentada utilização arbitrária dos signos. (LUHMANN, 2003, p. 88) Tais normas são assim consideradas como uma rede de expectativas simbolicamente generalizadas. Dessa forma, afirma-se que “Com isso não somente se produzem indicações gerais independentemente das circunstâncias, mas também os símbolos se referem ao invisível: ao futuro que não pode ser visível.” (LUHMANN, 2003, p. 89, tradução nossa) Trata-se de uma forma de se preparar, pelo menos no que diz respeito ao nível das expectativas, para o

futuro incerto. Diante disso, já é possível se referir à tensão que o direito tem que suportar: a tensão entre dimensão temporal e dimensão social.

Sobre essa estabilização de expectativas, é importante ressaltar que a existência de uma norma não garante um comportamento conforme o que dispõe ela, mas dá proteção àquelas pessoas que tenham tal expectativa. Serve como limite daquilo que deve ser concebido como premissa para o tratamento que se dará para casos futuros. (LUHMANN, 2003, p. 81)

Ainda acerca dessa estabilização e fazendo uma interligação com o objeto do trabalho, salienta-se que essas expectativas jurídicas podem ser concebidas como uma questão de memória da sociedade. São expectativas que, ao se verificar a importância, foram configuradas como expectativas normativas. Se hoje existem tais direitos, deve-se compreender que a relevância foi comprovada durante a história, principalmente os direitos fundamentais. Diante de tudo que já foi presenciado, torna-se até mesmo inimaginável uma sociedade sem direito, no entanto, a própria sociedade aparece agora como um produto da história e o direito assume o papel de produto de todas essas transformações.

Os direitos trabalhistas não são meras afirmações construídas ao longo de decisões jurídicas, mas são direitos que cujas existências, importâncias restaram historicamente comprovadas. Tais direitos não devem ser corrompidos tendo em vista a economia, ainda mais tendo em mente que, segundo Luhmann, não há nenhum direito ao trabalho compatível com uma economia de dinheiro. Sendo assim, é perceptivelmente óbvio que os direitos trabalhistas sempre sofrerão pressões advindas da economia para modificá-los, afinal, muitos dos direitos trabalhistas implicam em custos para o sistema econômico. O direito é obrigado a levar a cabo a sua própria função e de maneira eficaz. Como consequência, afirma-se que o direito não pode ser uma simples mercadoria que pode ser comprada, transacionada.

Destarte, afirma-se que a segurança no direito nada mais é do que a segurança de que se tratem os assuntos que se deseja exclusivamente de acordo com o código do direito, e não segundo o código do poder ou de qualquer outro interesse não contemplado pelo direito. A intenção de segurança é exatamente essa, uma segurança que diz respeito à impossibilidade de que assuntos jurídicos sejam decididos conforme outros códigos, outros interesses e outros valores. Essa é a expectativa que os trabalhadores têm do direito: que suas reivindicações não

sejam analisadas conforme outros interesses e valores, mas que sejam analisadas e julgadas conforme aquilo que é disposto pelo direito e consonante à linguagem do direito. Afinal, como já se afirmou inúmeras vezes, se o direito não obstar influências advindas de outros sistemas, principalmente o da economia, os direitos trabalhistas sempre serão tratados de forma insipiente.

Ainda faz-se importante salientar qual é o valor que deve ser dado às consequências conforme o entendimento de Luhmann, buscando-se, assim, enaltecer mais uma distinção que há entre a teoria luhmanniana e a teoria política pragmatista, a qual concebe que as consequências exercem um elemento fundamental no processo decisório dos juízes.

Consoante o entendimento do sociólogo, as decisões não devem ser tomadas baseando-se nas consequências, pois assim haverá uma ameaça à diferenciação funcional. Nas palavras de Ricardo Machado Lourenço Filho, se as decisões forem assim tomadas, o processo decisório jurídico seria uma verdadeira “engenharia social’ própria do Estado de Bem-Estar.” (FILHO, 2005, p. 43). Além disso, caso as consequências sejam consideradas, há a necessidade de justificação da escolha de tais consequências. O problema se encontra na inexistência de premissas sólidas para tanto e, também, no fato de que tais escolhas nada mais são que escolhas políticas. Sendo assim, nota-se que as operações do sistema acabam sendo orientadas por valores provenientes do ambiente, não condizendo, assim, com o fechamento operacional dos sistemas e com a sua capacidade de auto-reprodução.

Ressalta-se, ainda, que o processo decisório baseado nas consequências ameaça, também, a principal função do direito que é a de estabilização de expectativas, pois, tendo-se como base as consequências, isso gerará imprevisibilidade. Essa imprevisibilidade decorre do fato de que não será possível saber quais serão as consequências consideradas pelo julgador e que essas consequências fazem parte de um futuro desconhecido.

As decisões jurídicas devem ser tomadas com base na auto-observação do sistema do direito, “reagindo no seu contexto comunicativo à diferença de opinião como a alocação do código de valores legal/ilegal.” (LUHMANN, 1995, p. 2, tradução nossa) Ao se argumentar é preciso estar preocupado apenas com o sistema do direito e não com o que faz parte do ambiente. A argumentação jurídica deve buscar convencer o próprio sistema a fim de aprimorá-lo e assim continuar por ele mesmo

as operações em uma determinada direção. (LUHMANN, 1995, p. 2). Tais argumentações surgem quando e somente quando desperta-se no sistema diferenças de opinião acerca da atribuição legal ou ilegal. A distinção argumentativa é desenhada exatamente quando há uma proposta ambígua acerca de qual decisão deveria ser feita e os textos são incapazes de suprir tal ambiguidade.

Ao realizar essas argumentações, o sistema deve se observar não como um sistema inserido em um ambiente, mas sim como um sistema que possui uma coleção de textos que fazem referência um ao outro. As argumentações devem ter como pontos de partida premissas sólidas, e a força dessas premissas vem exatamente pela convicção que têm em situações controversas. Pode ser considerada, talvez, como a possibilidade de transformar a comunicação no sistema do direito como a contínua conversão da informação em redundância.

É claro que a diferença entre sistema e ambiente implica na tentação do sistema de reagir às irritações provenientes do ambiente, aumentando, assim, a sua variedade, o aumento de sua complexidade. Argumentos, então, realizam um pouco dessa função de trabalhar contra toda essa variedade que pode ser gerada usando, como já foi explicado, as redundâncias já presentes. Dessa forma, torna-se possível a prática do direito como um sistema consistente de decisões de contextos diante a tanta diversidade. Pelo menos é o que se espera dele.

3. Pragmatismo Político de Posner X Antipragmatismo Político de Dworkin

3.1 O Pragmatismo Jurídico

Afinal, do que se trata a visão pragmatista do direito? Segundo essa concepção, os juízes devem decidir os casos tendo como intuito um futuro melhor para a sociedade. As decisões jurídicas devem ser baseadas naquilo que parece ser o mais conveniente para a comunidade como um todo, sendo que o critério a ser seguido pelo juiz pragmatista é o de dar a decisão mais razoável diante das circunstâncias do caso e do contexto social.

Inicialmente, é interessante ressaltar a diferença bastante clara que há entre a visão pragmatista do direito e a teoria do direito como completude. Consoante essa teoria, os direitos que são patrocinados pelos princípios que proporcionam a melhor justificativa da prática jurídica como um todo são considerados pretensões juridicamente protegidas das pessoas. Já o pragmatismo parte do ponto de vista de que as pessoas nunca terão direito ao que poderia ser pior para a comunidade. Ou seja, o pragmatismo, diferentemente da teoria do direito como completude, nega que as pessoas tenham direitos. (DWORKIN, 2007, p. 185) Cada pessoa somente os terá quando o juiz reconhecer, após uma análise do que seria melhor para a comunidade, que ela os tem.

Acerca das decisões tomadas anteriormente por outros juízes, essas não oferecem valor algum para os pragmatistas. A coerência com decisões passadas não oferecem um valor em si, não contribui, segundo eles, em nada para uma decisão mais justa. Dworkin, ao discorrer sobre o pragmatismo, explana que, segundo essa teoria política, as estratégias que têm como objetivo, em uma geração, de alcançar o interesse geral, podem não fazer o menor sentido em outra geração. (DWORKIN, 2007, p. 192) Sendo assim, sendo essas estratégias nada coerentes com a atualidade, com aquilo que a sociedade está demandando no momento, elas serão naturalmente modificadas. Destarte, afirma-se que no pragmatismo legal adere-se às decisões passadas apenas quando assim se fizer

necessário e não por uma questão de obrigatoriedade. Os juízes pragmatistas se consideram soltos das amarras da coerência com a jurisprudência. A história das decisões devem se curvar diante das necessidades presentes. Afinal, para os pragmatistas, o passado ficou no passado, as respostas para o presente têm que ser baseadas no presente.

Richard Posner enaltece o fato de que como os juízes podem pesar consequências diferentes para chegarem a uma decisão, os casos não serão tratados igualmente. O processo de decisão depende da experiência, temperamento, treinamento e ideologia de cada juiz. (POSNER, 2003, 93) Ainda segundo Posner, se o juiz pragmatista decidir abraçar uma nova ideologia porque assim entende ser o melhor para o futuro da comunidade, ele simplesmente irá ignorar os precedentes, as doutrinas majoritárias e outros tantos obstáculos formalistas às mudanças legais. Ademais, ainda segundo o professor:

Opiniões judiciais podem dar boas razões para alcançar resultados similares em casos similares, mas serão razões de política ou políticas, não razões de “direito” entendido como algo distinto das visões políticas ou de política da Justiça particular. (POSNER, 2005, p. 45, tradução nossa)

Sendo assim, Posner admite que decisões jurídicas nada mais são do que decisões políticas e que, para ele, devem assumir um papel de instrumentalização para fins de majoração da riqueza. A Corte, para Posner, é um órgão político. Dessa forma, percebe-se que, diferentemente do entendimento de Luhmann e de Dworkin, Posner não observa que há uma diferença entre direito e política. Ao se notar que essa é a visão do pragmatista, é possível entender o motivo pelo qual ele afirma que o direito deve visar o bem-estar geral: o direito tem que ser majoritário, assim como as questões decididas pela política. Não compreendendo que há essa diferença entre esses dois âmbitos, para Posner não há sentido algum em afirmar direitos que sejam minoritários ou que vão contra aos interesses da maioria, pois, dessa forma, não haveria democracia.

É interessante ressaltar que a concepção pragmatista do direito em si não delineia o que seria considerado uma boa comunidade. Não há exclusão, por parte dessa concepção, de nenhuma teoria que descreva o que realmente torna a comunidade melhor. Para um pragmatista, por exemplo, um futuro mais promissor da sociedade pode levar em consideração a exigência de dever moral, para outro,

como é o caso de Richard Posner, as decisões devem ser tomadas com vista a aumentar a riqueza da comunidade como um todo. Dessa forma, é possível afirmar que o pragmatismo estimula os juízes a decidir e agir conforme seus próprios pontos de vista, pois, dessa forma, a prática jurisdicional irá cada vez mais ao encontro da então sociedade justa, imparcial e feliz.

Dessa forma, é possível afirmar que os direitos atribuídos às pessoas são considerados meros instrumentos para o alcance daquilo que o juiz pragmatista acredita ser o melhor para o bem-estar geral. Sendo assim, de acordo com a corrente pragmatista, os direitos não possuem força ou fundamento independentes, tais direitos têm força somente quando assim for conveniente para toda a sociedade. (DWORKIN, 2007, p. 195)

Segundo Posner, o pragmatismo é uma boa solução para os casos em que ocorra, por exemplo, uma emergência nacional, para os casos que exerçam uma forte pressão sobre a metodologia formalista. O formalismo, segundo a concepção do então professor, não tem recursos para trazer mudanças ou inovações, pois há a dependência de princípios existentes. (POSNER, 2003, p. 86) Não se pretende afirmar aqui que o direito, em tempos de emergência, devam ser suspensos, embora os pragmatistas não dispensem essa hipótese. Conforme essa concepção, os direitos são, normalmente, flexíveis, permitindo os juízes que decidam observando as consequências imediatas. Adentra-se aqui ao fator da interpretação. Os juízes exercem o poder elástico da interpretação, permitindo uma enorme oscilação para que uma emergência seja solucionada da melhor forma possível, observando-se as decorrências. (POSNER, 2003, p. 295) Uma boa opinião judicial, para Posner, não é a conformidade aos pressupostos do formalismo legal, mas sim o quanto que é adequado ao contexto social. (POSNER, 2003, p. 93)

A finalidade dos direitos é determinada, dessa forma, por meio da interação do texto constitucional e a interpretação judicial. (POSNER, 2003, p. 296) Os juízes pesam, no processo de decisão, os interesses conflitantes. Posner chama esses interesses de segurança pública e liberdade. A liberdade depende da segurança que a nação sentir. É como se fosse o embate entre o público e o privado, é o embate, como se verá posteriormente, entre metas sociais e direitos. O professor evidencia que nenhum desses interesses deve sempre ter prioridade sobre o outro no processo de balanceamento. Ambos os interesses são muito importantes. No entanto, são importâncias relativas que dependem de todo um contexto social.

Sendo assim, o direito deveria, então, ser flexível. Para ele, os fatos e as outras considerações práticas e empíricas são os elementos mais importantes para os juízes.

Aqui há uma divergência clara entre Richard Posner e Ronald Dworkin. Para Dworkin, a finalidade dos direitos não deve ser determinada pela ponderação de interesses conflitantes. Afinal, na aplicação do direito não se está em um campo de jogos de interesses, mas se está dentro de um campo de garantias fundamentais, que são demasiadamente importantes frente aos interesses de cada um e até de toda a sociedade. A aplicação do direito é um campo de proteção em que os direitos são trunfos e, por isso, direito é contra majoritário. Se a aplicação dependesse dos benefícios causados à maioria, os direitos fariam sentido algum. É interessante ressaltar que Dworkin admite que o direito tem sim raízes na política e que embora a política seja um jogo da maioria, o direito, na sua aplicação, é contra majoritário. Ou seja, ao mesmo tempo em que Dworkin afirma que há uma relação entre o direito e a política, ele também defende e se preocupa com a diferença dos dois âmbitos, diferentemente de Posner. Dworkin resalta, ainda, que os direitos devem exercer o seu papel como direitos. Se forem eles suprimidos, suspensos ou extintos em momentos de crise, que sentido fariam?

É possível compreender que, segundo a concepção pragmatista, os contornos dos direitos dados pela Constituição são modelados pela interpretação judicial, e não pela literalidade do texto. E, conforme já foi possível inferir, a interpretação judicial é alterável de acordo com as mudanças nos riscos à segurança pública. (POSNER, 2003, p. 296) As próprias proteções constitucionais seriam flexíveis para essa concepção do direito. Observa-se aqui um dos motivos pelos quais o pragmatismo não se torna algo popular entre os acadêmicos de direito: não haveria nada de especial na razão jurídica. Seria apenas uma razão aplicada a uma espécie particular de conflitos com um jargão especial. (POSNER, 2003, p. 348) Posner chega a afirmar que os juízes devem estudar mais o sistema educacional, a imigração, as finanças públicas e a religião do que inalar os vapores intoxicantes da teoria constitucional que manipulam slogans vazios. (POSNER, 2003, p. 79-80) A Constituição seria um vazio ideológico que as pessoas preenchem da forma que quiserem, da forma que parece ser o mais conveniente para o interesse da sociedade. Os direitos, para os pragmatistas, devem ser escritos ao sabor de cada contexto.

3.1.1 O Pragmatismo de Richard Posner: a Análise Econômica do Direito

Assim como fora explanado, a concepção pragmatista do direito não delinea o que seria uma boa comunidade. Não há a exclusão de nenhuma teoria que descreva o que seria o melhor para o nosso futuro.

Para Richard Posner, um dos principais representantes dessa teoria política sobre o direito, uma boa comunidade seria aquela que sempre busca a maximização da riqueza social. Defende ele, então, que as decisões jurídicas devem também visá-la.

A maximização da riqueza é aferida quando bens e outros recursos estão nas mãos daqueles que os valorizam mais. Afirma-se que alguém está valorizando mais um bem quando essa pessoa puder e estiver disposta a pagar mais dinheiro, ou equivalente, para possuí-lo. Já a riqueza é o valor total de todos os bens e serviços econômicos e não-econômicos. Dessa forma, tem-se a maximização da riqueza de uma sociedade quando a soma de todas as valorizações individuais for a mais elevada possível, quando todos os bens e serviços estão designados a seus usos mais rentáveis. Quando se faz referência aos bens e recursos, há de se ressaltar que são os comerciados em mercados formais (bens e serviços “econômicos” usuais) ou até os que não são comercializados em tais mercados (são os chamados bens e serviços “não-econômicos”, como a vida, a recreação, a família e a liberdade de dor e sofrimento). (POSNER, 2007, p. 1)

Os partidários da análise econômica do direito sustentam que a maximização da riqueza é um objetivo digno, e, por isso, deve ser um objetivo também almejado pelas decisões judiciais. Explanam que os direitos devem ser atribuídos instrumentalmente almejando a maximização da riqueza. O direito seria, então, um mero apêndice da economia, sendo utilizado conforme os interesses dessa. Dworkin bem ressalta que as decisões judiciais que visam, consideram a economia, nada mais são que decisões políticas desvinculadas de princípios. Afinal, há a própria afirmação de Posner de que os princípios, de certa forma, atrapalham eventuais flexibilizações dos direitos que são “necessárias” para um determinado contexto social, para as exigências atuais da sociedade. O que se busca, na verdade, é a alocação de recursos mais eficiente possível.

Em um certo momento, Posner reconhece que não há essa relação direta e necessária entre riqueza e felicidade. E, sobre o assunto, Dworkin exemplifica demonstrando que um ganho somente de riqueza social, com perdas de utilidade, justiça ou outra coisa, não é absolutamente um ganho. No entanto, Posner acredita que a maximização da riqueza é um valor, pois, quando é considerada por uma sociedade, o padrão central de decisões políticas desenvolverá, assim, outras características atraentes. Dworkin, ao examinar os argumentos de Posner, afirma que a sua tese tem a maximização da riqueza como instrumental para outro objetivo ou valor conceitualmente independente (DWORKIN, 2001, p. 372), o que é veemente negado por ele.

É interessante notar ainda um dos motivos pelos quais faz com que Posner seja partidário da análise econômica do direito. A teoria econômica seria bem sucedida por ajudar a prever, entender e controlar uma extensão limitada do nosso ambiente físico e social. Essa teoria, segundo Posner, produz conhecimento que faz a diferença. Trata-se aqui de um critério pragmático do conhecimento. (POSNER, 1999, p. 14) Consoante esse entendimento, há muitos fatores e consequências que deveriam ser analisadas pelos juristas, mas são totalmente negligenciados. O economista, segundo Posner, tem uma visão melhor de todos os fatores e consequências, inclusive as de longo prazo. O professor dá um exemplo bem pertinente para o objeto do presente trabalho: acredita ele que limitar horas de trabalho pelo direito é algo totalmente ineficiente. Afinal:

Se os trabalhadores estão dispostos a trabalhar por longas horas, presumivelmente por maiores pagamentos do que se eles insistissem em horários mais curtos, então esse é o eficiente contrato de trabalho e se recusar a cumprir pode apenas enfraquecer a eficiência do mercado de trabalho e faz com que os próprios trabalhadores fiquem mais pobres. (POSNER, 2003, p. 78, tradução nossa)

Ou seja, o importante é ter pessoas o mais ricas possível, não importando se o trabalho é digno ou não. Tal visão parece ser exatamente a do Tribunal Superior do Trabalho, pois, como Posner asseverou, se os trabalhadores estão dispostos a trabalhar por longas horas, é porque eles presumivelmente receberão maiores pagamentos. Seria aqui um caso de transação, instituto que será estudado posteriormente. Faz-se alusão, então a mais um acórdão proferido pelo TST:

RECURSO DE REVISTA – NEGOCIAÇÃO COLETIVA SOBRE TURNO DE REVEZAMENTO E SOBRE MARCAÇÃO DO PONTO – VALIDADE.

Configura ofensa direta e literal do inciso XXVI do art. 7º da Constituição Federal a desconsideração de norma coletiva que fixa em oito horas o labor em turno ininterrupto de revezamento e que exclui do cômputo da jornada de trabalho os dez minutos utilizados na marcação de ponto. As disposições relativas à duração do trabalho admitem flexibilização não só para compensação ou redução da jornada, mas, também, para situações específicas e peculiares identificadas pelas partes. A negociação coletiva não aniquila a índole protetiva do direito do trabalho, sendo lícito supor que os agentes dessa negociação, por princípio, sabem e buscam a melhoria da condição de trabalho, vale dizer, situação mais benéfica para a realidade concreta de determinado grupo de empregados ou para esta categoria específica, afastada a generalidade da previsão legal. Existente norma coletiva válida e dotada de razoabilidade, não se excluem as horas extras deferidas. [...] (BRASÍLIA, 2006, p. 1)

Nesse acórdão proferido pela 5ª turma, é possível notar a forte natureza pragmatista da decisão. Afinal, parte-se do pressuposto de que os agentes da negociação buscam a melhoria da condição de trabalho e que tal negociação configurará uma situação mais benéfica para aqueles trabalhadores. Como é possível perceber após a leitura desse trecho do acórdão, as negociações coletivas referentes à duração do trabalho não vão de encontro à índole protetiva do direito do trabalho segundo o entendimento do Tribunal. O TST apenas faz uma presunção de que os empregados também terão benefícios com essa negociação coletiva, não se preocupando em averiguar se realmente esses benefícios existem. Percebe-se que a preocupação é realmente com a continuidade da economia.

Após essas considerações, é possível afirmar que os defensores da possibilidade das flexibilizações das normas trabalhistas são verdadeiros pragmatistas que parecem também ter como sociedade ideal aquela que tenha a maior maximização de riqueza possível. Esses defensores parecem entender que o direito do trabalho nada vale perante a ordem econômica. As garantias trabalhistas são compreendidas como eles quiserem bem entender, não havendo a necessidade da coerência com os princípios que guiam o nosso ordenamento jurídico. O valor que essas garantias terão será analisado caso a caso, a depender do interesse da sociedade. Os pragmatistas entendem não ser sensato atribuir direitos aos trabalhadores quando assim não for melhor para todos. O importante, para eles, é que a economia continue e melhore, não importando quais direitos os trabalhadores tiveram que supostamente transacionar para realizar os trabalhos almejados por seus empregadores. Afinal, essa transação foi para o bem de todos.

Além disso, cumpre evidenciar o forte caráter desfavorecedor que essa teoria política do direito dá aos mais necessitados, como é o caso dos trabalhadores. São eles que preenchem o lado hipossuficiente da relação de trabalho. Essa teoria celebra a concorrência e é pouco compatível com uma teoria mais igualitária, “pois desqualifica as reivindicações dos pobres, que estão dispostos a gastar menos porque têm menos para gastar”. (DWORKIN, 2002, p. 153) Como então aceitar tal posicionamento? Como ser favorável a uma tese que defenda a flexibilização das leis trabalhistas? Se o objetivo for sempre buscar a maximização da riqueza, sendo que essa maximização ocorre, como já foi explicado, quando “cada recurso está nas mãos de alguém que pagaria mais do que qualquer outro para possui-lo” (DWORKIN, 2002, p. 153), os direitos dos trabalhadores, na grande maioria das vezes, serão desconsiderados tendo em vista o bem-estar geral da sociedade segundo essa concepção do direito. É possível afirmar, então, que essa teoria política da análise econômica do direito leva ao esvaziamento das garantias trabalhistas. Não se deveria levar em consideração nas decisões judiciais a maximização das riquezas ou a minimização dos prejuízos. O importante é ter em mente que vivemos em uma sociedade de garantias fundamentais e que essas garantias devem exercer o papel de garantias fundamentais. As garantias trabalhistas devem exercer o papel de garantias trabalhistas. Se essas garantias sofrerem restrições frente às ameaças econômicas, quando então que exercerão o seu verdadeiro papel, a sua verdadeira função?

3.2 O Antipragmatismo Político de Dworkin

Visando-se entender melhor a compreensão de Ronald Dworkin acerca do papel do direito, busca-se, primeiramente, discorrer acerca de sua compreensão sobre o papel da política e qual seria a relação desse âmbito com o âmbito jurídico.

Segundo o entendimento de Dworkin, os juízes, ao tomarem suas decisões, podem se valer tanto de argumentos de princípio político, que buscam os direitos políticos de cidadãos individuais, como argumentos de procedimento político, que visam promover alguma concepção do bem-estar geral ou do interesse público. (DWORKIN, 2001, p.6) É possível afirmar que essas decisões de procedimento

político é justamente o modo de decidir defendido por Richard Posner, pois, como já fora explicado, defende ele que as decisões devem visar o bem-estar geral. Já para Dworkin, a visão correta é a de que os juízes devem basear seus julgamentos de casos tidos como controvertidos em argumentos de princípio político. Afinal, para ele:

Qualquer comunidade política será melhor, se seus tribunais não tomarem nenhuma atitude que não as especificadas em regras publicadas previamente, e, também, se suas instituições jurídicas fizerem cumprir quaisquer direitos que os cidadãos individuais tenham. (DWORKIN, 2001, p. 8)

É possível notar, então, que assim como Luhmann, Dworkin também entende que há uma relação e uma diferença entre direito e política. O direito, para Dworkin, deve ser concebido como algo profundo e inteiramente político. Não no sentido de política pessoal ou partidária, mas no sentido de que a prática jurídica deve ser exercida no sentido de que se trata de um exercício de interpretação em um modo geral, não apenas de documentos ou leis específicas. Mas trata-se de um empreendimento político que tem como finalidade geral “coordenar o esforço social e individual, ou resolver disputas sociais e individuais, ou assegurar a justiça entre os cidadãos e entre eles e seu governo, ou alguma combinação dessas alternativas.” (DWORKIN, 2001, p. 127)

Dworkin não nega, obviamente, que os juízes estejam imersos em contextos valorativos, mas ele defende que devem eles justificar suas argumentações do ponto de vista da aceitabilidade jurídica desses argumentos. Dessa forma, diz-se que ao se analisar um caso concreto, a interpretação deve ocorrer de modo que o direito demonstre o seu valor, isso em termos políticos, elucidando o melhor princípio ou política que serve. Segundo o entendimento de Dworkin, os juízes não devem decidir buscando a verdadeira intenção do legislador, mas sim a decisão mais adequada a cada caso concreto tendo em vista a força da melhor teoria da democracia representativa ou, então, com base em outros fundamentos abertamente políticos. (DWORKIN, 2001, p. 130)

Há então uma diferenciação entre argumentos de princípio, argumentos de política, direito político e metas. Entender essa diferenciação que Dworkin faz sobre os três estabelece uma importância muito grande para entender as propostas por eles feitas para o papel do direito. Os argumentos de princípio são aqueles

destinados a estabelecer um direito individual, os argumentos de política são aqueles que visam estabelecer um objetivo coletivo, um direito político é um objetivo político individuado. Já as metas são tidas como objetivos políticos não-individuados, ou seja, não há a necessidade de concessão de nenhuma parte particular. (DWORKIN, 2002, p. 141-143) É interessante notar que princípio, para Dworkin, é todo o conjunto de padrões que não são regras. Esses padrões não devem ser observados porque irão promover ou assegurar uma situação econômica considerada desejável, “mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.” (DWORKIN, 2002, p. 36)

É possível considerar, então, a eficiência econômica como uma meta coletiva que objetiva alcançar o maior benefício agregado. Dworkin diz que o direito não pode ser considerado menos importante que todas as metas sociais. Tal compreensão vai de encontro ao que é disposto por Posner, pois, assim como fora explanado e, na linguagem de Dworkin, o pragmatismo daquele professor estaria não considerando devidamente os direitos frente às metas sociais econômicas almejadas. Para o pragmatista, a força dos direitos dependerá da meta coletiva que se pretende alcançar, o que é completamente criticado por Dworkin. Essa visão de Posner é a que observamos nas decisões do Tribunal Superior do Trabalho. Os direitos parecem não ter valor algum frente a tais metas. O choque, o conflito que se observa é entre os direitos trabalhistas e as metas econômicas, sendo que essas são as que infelizmente prevalecem. Não se observa um conflito entre o direito do trabalhador e um direito/dever do empregador, mas sim um choque entre um direito trabalhista e a produtividade de um determinado empregador. E, cumpre ressaltar mais uma vez, o Tribunal profere justificativas e fundamentos que não são da linguagem jurídica, mas sim da linguagem econômica, havendo uma corrupção de código, conforme a teoria dos sistemas, ainda que não escancarada.

Dworkin defende, mais uma vez contrariamente ao que é defendido por Posner, que o juiz não pode analisar um caso concreto simplesmente se baseando no fato de que, de acordo com o seu juízo, a sua decisão irá produzir, no cômputo geral, um benefício para toda a humanidade. O benefício geral, diferentemente do que defende Posner, não pode ser considerado uma boa razão para que se restrinjam direitos. Os “direitos” da maioria não podem valer como justificativa para invalidar direitos individuais. Os direitos são sim contra majoritários, como será abordado posteriormente. Se se deixar de aplicar um direito por causa da

dissonância do interesse geral da sociedade, provavelmente raras vezes o direito realmente exerceria o seu papel. A única possibilidade justificável para Dworkin para se restringir direitos é quando o governo, com plausibilidade, acreditar que um dos direitos concorrentes é sim mais importante. Não se trata aqui de uma ponderação de direitos, mas sim de se verificar a não-aplicabilidade de algum deles, pois caso se realize tal ponderação, esse julgamento frequentemente será objeto de controvérsia.

Faz-se interessante ressaltar, no entanto, que apesar de os julgamentos de casos concretos não poderem ser baseados no benefício geral, o direito deve afirmar, em sua maior parte, a visão da maioria sobre a natureza do bem comum. Afirma-se, portanto, que a instituição dos direitos é sim crucial, pois assim há a promessa da maioria às minorias de que sua dignidade e igualdade serão respeitadas. É claro que o alcance dos direitos das minorias, sempre que forem direitos importantes, será controverso. Haverá, muitas vezes, a discordância das reivindicações apresentadas pela maioria, o que nos leva, mais uma vez, a enxergar a importância de que as decisões sejam sim tomadas com bastante seriedade. Quem julga deve demonstrar que sabe o que são direitos e não deve examinar os casos pensando no conjunto das implicações que aquela decisão poderá gerar.

É importante enaltecer, ainda, que Dworkin não ignora as políticas públicas. Pelo contrário, a decisão jurídica precisa considerar sim que elas existem, que existem normas gerais e abstratas. No entanto, Dworkin defende que ao olhar para essas normas gerais, os juízes devem observá-las sob o ponto de vista dos direitos e garantias individuais, buscando afirmá-los. O ideal seria buscar o equilíbrio entre o bem-estar geral e os direitos individuais, visando-se conceder a cada um o que lhe é devido.

Sobre as decisões de casos difíceis, Dworkin afirma que as decisões judiciais devem ser caracteristicamente geradas por princípios, não por políticas. Analisando-se as ligações entre a teoria econômica e o direito, no entanto, é possível sugerir o contrário, pois os juízes parecem decidir com base em políticas e não em princípios, conforme observamos nos acórdãos já citados. É possível verificar que muitas das regras desenvolvidas por juízes em campos como no do contrato e da propriedade buscam o objetivo coletivo de tornar as alocações de recursos mais eficientes conforme o que é defendido por Posner. No entanto,

Dworkin ressalta que a teoria dos direitos de um juiz não deveria ser determinada por um senso instintivo do valor econômico.

Não é possível exigir que o governo chegue sempre a respostas corretas sobre os direitos do cidadão. Há sim casos considerados bastante difíceis. Mas é possível exigir que o governo leve os direitos do cidadão a sério, “que siga uma teoria coerente sobre a natureza desses direitos, e que aja de maneira consistente com suas próprias convicções.” (DWORKIN, 2002, p. 286)

3.2.1 O Direito como Integridade

Dworkin, no livro “O Império do Direito”, elucida três concepções antagônicas do direito: o convencionalismo, o pragmatismo jurídico – que já foi estudado anteriormente -, e o direito como integridade. Para os fins do presente trabalho, apenas as duas últimas concepções serão analisadas. A concepção do direito como integridade é a considerada por Dworkin como a melhor interpretação daquilo que professores de direito, advogados e juízes fazem. (DWORKIN, 2007, p. 118) Trata-se, essa visão, de uma concepção do direito extremamente oposta da visão de Richard Posner, como se tentará demonstrar a seguir. É interessante notar, também, que a concepção do direito de Dworkin apresenta pontos em comum com a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, que há uma conversa entre ambos no que diz respeito ao papel que o direito deve exercer.

Concebendo-se a integridade como ideal político, considera-se o Estado ou a comunidade como agentes morais. Há de se pensar no Estado como um conjunto único e coerente de princípios, mesmo sabendo que seus cidadãos estão divididos em relação à natureza exata dos princípios de justiça e equidade corretos. (DWORKIN, 2007, p. 202) Cumpre enaltecer que os princípios dessa entidade personificada do Estado não coincidem, necessariamente, com a moral convencional ou popular, com as convicções da maioria dos cidadãos. O pragmático, a fim de rebater essa posição, assevera que o Estado não é uma entidade que possa ter princípios a serem comprometidos. (DWORKIN, 2007, p. 226)

Dworkin, para uma melhor compreensão sobre o tema, divide as exigências da integridade em dois princípios: o da integridade na legislação e o da integridade no julgamento. O primeiro “pede aos que criam o direito por legislação que o mantenham coerente quantos aos princípios” (DWORKIN, 2007, p. 203), já o segundo “pede aos responsáveis por decidir o que é a lei, que a vejam e façam cumprir como sendo coerente nesse sentido”. (DWORKIN, 2007, p. 203)

O princípio da integridade no julgamento é o responsável por explicar como e por qual motivo se deve atribuir um poder especial às decisões pretéritas. Tal princípio, segundo Dworkin, aduz o motivo pelo o qual os juízes devem compreender o corpo do direito como um todo, e não como uma série de decisões distintas, tendo em mente interesses estratégicos para um futuro melhor. Os direitos e as responsabilidades, segundo Dworkin, decorrem de decisões anteriores, e, devido a isso, essas decisões têm um valor legal. Cumpre evidenciar que, eventualmente, as decisões atuais irão sim se afastar das decisões pretéritas e isso para buscar uma fidelidade maior aos princípios concebidos como os mais fundamentais a todo o sistema. Ou seja, as decisões tomadas no passado são muito importantes, mas o juiz não está totalmente vinculado a elas. Para uma melhor compreensão sobre o disposto, Dworkin usa um bom exemplo: o gênero literário artificial (romance em cadeia).

Em tal projeto, um grupo de romancistas escreve um romance em série; cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que receber para escrever um novo capítulo, que é então acrescentando ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade. (DWORKIN, 2007, p. 275-276)

Dworkin afirma que, assim como nesse gênero literário artificial, os juízes devem aplicar o direito de forma a parecer que toda a jurisprudência é fruto de um único juiz e que cada um deles deve ter o cuidado de aplicar o direito na sua melhor forma, em sua melhor aceção. Sendo assim, observa-se que a compreensão de Dworkin acerca do processo de tomada de decisões não é a que Posner acredita ser. Dworkin critica a total liberdade criativa no processo de decisão, mas também entende que não devemos sofrer uma coerção mecânica do texto. A concepção do direito como integridade não tem como pressuposto que todos deveriam ser

governados pelos mesmos objetivos e estratégias políticas em todas as ocasiões, pelo contrário, que o caso de cada pessoa seja analisado de forma justa e equitativa conforme as normas, aplicando-se o conjunto coerente de princípios. O juiz, ao analisar as decisões passadas, deve verificar por quais autoridades essas decisões foram proferidas e em que circunstâncias, e não somente a substância dessas decisões. (DWORKIN, 2007, p. 292)

É interessante enaltecer que o sentimento de justiça dos cidadãos muitas vezes entra em conflito. Quando as pessoas estão divididas sobre a justiça, Dworkin afirma que é necessário chegar a um meio-termo. No entanto, o acordo deve ser externo, e não interno. O sistema de justiça a ser escolhido não deve ser aquele fundado em concessões, que seria, no caso, um acordo interno. Encontra-se aqui o que justamente tem sido observado no problema de pesquisa do presente trabalho: a flexibilização das normas trabalhistas. Está ocorrendo, na realidade, as chamadas soluções conciliatórias, o que é totalmente criticado por Dworkin. Se a integridade é vista como uma virtude distinta da prática jurídica, se o Estado, encarado como uma entidade, adotar essas conciliações internas, ele age sem observar seus próprios princípios. Dworkin afirma que as leis conciliatórias podem ser concebidas como “as mais clamorosas violações do ideal de integridade”. (DWORKIN, 2007, p. 223)

Diferentemente do pragmatismo, a integridade compreenderá que as pessoas têm sim direitos e que esses deverão ser julgados de acordo com o melhor entendimento das exigências e permissões das normas jurídicas da comunidade na época em que se deram os fatos. Deve ser feita a justiça em cada caso concreto. A integridade exige a coerência no momento da consideração das normas, “como se o Estado tivesse uma única voz”. (DWORKIN, 2007, p. 263)

Dworkin muito bem explana acerca da contribuição da integridade para a eficiência do direito. Os princípios, segundo o autor, são extremamente importantes para o processo decisório, como já foi possível perceber. É concebido por essa visão jurídica que caso a integridade seja aceita, já há aqui um veículo para a transformação orgânica, diferentemente do que critica o pragmatismo:

[...] o conjunto de normas públicas reconhecidas pode expandir-se e contrair-se organicamente, à medida que as pessoas se tornem mais sofisticadas em perceber e explorar aquilo que esses princípios exigem sob novas circunstâncias, sem a necessidade de um detalhamento da legislação ou da jurisprudência de cada um dos possíveis pontos de conflito. (DWORKIN, 2007, p. 229)

Tal expansão ou contração do conjunto das normas públicas é possível justamente quando as pessoas aceitam que são governadas por regras que decorrem de princípios comuns, e não simplesmente por regras que decorram de decisões políticas passadas, por regras que nasceram de um acordo político. No entanto, obviamente, esse processo é menos eficiente quando as pessoas divergem sobre quais princípios são assumidos por tais regras que ordenam a sociedade. (DWORKIN, 2007, p. 229) A política, para essas pessoas, tem a natureza de uma arena de debates em que se vai decidir quais princípios serão escolhidos para serem adotados como sistema. A política não deve ter a natureza de uma arena na qual cada pessoa tentará fazer valer suas crenças, suas convicções.

Busca-se, por meio da integridade, o benefício das circunstâncias públicas e privadas. Diferentemente do que ocorre no pragmatismo, o valor das circunstâncias privadas não depende das circunstâncias públicas. Direitos são direitos e devem exercer a sua função como tal. A força de um direito não pode depender de uma ponderação com outro direito e, muito menos, do interesse da maioria.

Em uma comunidade baseada em princípios, ninguém, para Dworkin, deve ser excluído. Ele defende que, na política, estamos todos juntos para o melhor ou o pior e que ninguém deve ser sacrificado para o bem-estar geral da sociedade. Percebe-se, então, a repugnância total das chamadas leis conciliatórias, questão já analisada anteriormente. Toda pessoa é tão digna quanto qualquer outra, todas devem ser tratadas com o mesmo interesse. (DWORKIN, 2007, p. 256-257) Não é o que observamos nas flexibilizações das normas trabalhistas, nas supostas transações de direitos. A impressão que se tem é de que o lado hipossuficiente da relação de trabalho, o trabalhador, é considerado menos digno do que os empregadores. Afinal, no caso dessas flexibilizações, para o bem da economia e, por fim, para o bem-estar geral da sociedade – como defende Richard Posner – parece que de nada adiantam os direitos, que de nada adiantam as garantias fundamentais trabalhistas frente às considerações econômicas. Se for favorável à economia que o trabalhador continue trabalhando, mesmo que indignamente, que assim seja. O importante é que o trabalhador tenha um emprego e que se torne cada vez mais rico, não importando se os seus direitos estão sendo violados nesse emprego. Se o quesito riqueza está sendo averiguado, por qual motivo devemos nos preocupar com os direitos? Já Dworkin assevera que ninguém deve ser sacrificado

para o bem-estar de todos, concessões não deveriam ser permitidas e as conciliações deveriam ser vetadas. Direitos devem exercer seus papéis mesmo com as pressões econômicas, políticas, religiosas. Como já foi dito anteriormente, a aplicação do direito é um campo de proteção em que direitos são trunfos.

4. A flexibilização das normas trabalhistas: O Tribunal Superior do Trabalho e a Política Pragmatista

O presente trabalho tem como objetivo analisar acórdãos proferidos pelo Tribunal Superior do Trabalho e verificar a questão da flexibilização das normas trabalhistas, o embate entre o negociado e o legislado. Busca-se nessa parte da pesquisa examinar se o TST está respondendo ao confronto entre acordos e convenções coletivas e a Constituição com argumentos da lógica comunicacional do direito. Afinal, como já fora explanado, o direito deve exercer o seu papel frente à economia e a política.

Antes de realmente adentrar o tema, cumpre-se fazer uma pequena referência a alguns conceitos e princípios que serão utilizados. O primeiro que se busca explicar é o conceito de transação. Trata-se de um ato bilateral negociado entre o empregado e o empregador em que se possibilita uma disponibilidade de direitos. É entendimento de boa parte da doutrina e da jurisprudência que a transação é possível somente no que tange as parcelas que não são de indisponibilidade absoluta, ou seja, as de indisponibilidade relativa. São tidos como direitos de indisponibilidade absoluta aqueles direitos que traduzem um patamar civilizatório mínimo, que merecem uma tutela de nível de interesse público. Citam-se como exemplo o salário mínimo e a incidência das normas de proteção à saúde e segurança do trabalhador. Já os direitos de indisponibilidade relativa são aqueles que não caracterizam um padrão civilizatório mínimo, como a modalidade de salário a ser paga ao empregado. São os direitos que traduzem um interesse individual ou bilateral simples. Há a compreensão de que essas parcelas de indisponibilidade relativa podem ser objeto de transação desde que essa não resulte em efetivo prejuízo ao emprego, conforme o disposto no art. 468 da CLT³. (DELGADO, 2009, p. 201)

Cumpre-se fazer uma rápida referência à teoria adotada pelo sistema jurídico brasileiro para se determinar qual seria a norma considerada mais benéfica

³ Art. 468 - Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia. (BRASIL, 1943)

para o trabalhador e que, assim, deverá ocupar o vértice da pirâmide normativa trabalhista. A teoria selecionada pelo nosso direito do trabalho é a teoria do conglobamento, a qual não admite que se fracionem preceitos ou institutos jurídicos. Cada conjunto normativo deverá ser apreendido globalmente. A teoria que difere dessa é a teoria da acumulação, que defende que a análise deverá ser feita de forma atomista, deverá ocorrer uma soma de vantagens retiradas de diferentes diplomas e assim montar um só a fim de se estabelecer a norma mais favorável. (DELGADO, 2009, p. 169). Ressalta-se que há forte presença da teoria do conglobamento nas decisões do TST, como se verá posteriormente.

Sobre os princípios do direito individual do trabalho, inicia-se por aquele considerado como o cardeal por boa parte da doutrina: o Princípio da Proteção, o qual afirma que o direito do trabalho tem 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.” (DELGADO, 2009, p. 183) A importância desse princípio está ligada à própria história da especialização desse ramo jurídico e é a partir dele que se dá o desdobramento de muitos outros princípios trabalhistas, irradiando-se assim o seu conteúdo como ponto de partida para eles. Tal princípio se manifesta por meio de três regras básicas:

[...] a regra *in dubio pro operário*, correspondente ao critério segundo o qual o intérprete deve preferir a interpretação mais vantajosa para o empregado na hipótese de ser a norma suscetível de diversos entendimentos; a regra da norma mais favorável, determinando que, na hipótese de existir mais de uma norma aplicável a um caso concreto, deve ser escolhida pelo aplicador aquela mais benéfica ao hipossuficiente, mesmo quando contrário ao critério tradicional da hierarquia das normas jurídica; e a regra da condição mais benéfica, correspondente ao critério segundo o qual a incidência de uma nova norma jamais deve prejudicar as condições mais favoráveis nas quais se encontra o empregado. (TEIXEIRA; BARROSO, 2009, p. 60)

O Princípio da Imperatividade das Normas Trabalhistas tem o condão de afirmar que há a prevalência no ordenamento juslaborativo de regras jurídicas obrigatórias, sendo consideradas regras imperativas, não podendo, de maneira geral, ocorrer o afastamento de suas regências por simples manifestação da vontade das partes. Prevalece, de acordo com esse princípio, a restrição da autonomia da vontade, buscando-se garantir direitos fundamentais ao trabalhador,

em face do já comentado desequilíbrio entre os poderes das partes da relação de emprego. (DELGADO, 2009, p. 186).

Parte-se então para a análise de um princípio considerado como majoração do princípio anterior, o Princípio da Indisponibilidade dos Direitos Trabalhistas, princípio esse tão importante para o presente trabalho. Maurício Godinho Delgado explana que esse princípio talvez seja o principal instrumento utilizado pelo Direito do Trabalho para tentar a igualização entre o empregado e o empregador. Os direitos trabalhistas são indisponíveis e servem, mais uma vez, como um limite para a autonomia da vontade dos sujeitos da relação de emprego, interferindo, assim, nos atos unilaterais e bilaterais de disposição de direitos.

Há ainda o Princípio da Continuidade da Relação de Emprego. Segundo tal princípio é de interesse do Direito do Trabalho a permanência do vínculo empregatício, pois, somente assim:

[...] a ordem justralhista poderia cumprir satisfatoriamente o objetivo teleológico do Direito do Trabalho, de assegurar melhores condições, sob a ótica obreira, de pactuação e gerenciamento da força de trabalho em determinada sociedade. (DELGADO, 2009, p. 193)

Existem outros princípios no direito do trabalho, mas, tendo-se em vista a presente pesquisa, fez-se alusão apenas a esses. Será por meio desses princípios que se fará uma análise sobre o tema, pois será possível verificar que a utilização dos princípios do direito do trabalho, principalmente esses enumerados, se torna cada vez mais escassa. A efetividade se torna cada vez mais enfraquecida. E qual seria o motivo da inaplicabilidade de princípios tão importantes ao se julgar os casos concretos? O que se busca demonstrar é que o motivo de tamanha inaplicabilidade de princípios e, como consequência, de tanta mitigação da dignidade humana, se deve à preocupação com a continuidade e desenvolvimento da economia e, assim, com o bem-estar geral da sociedade, conforme a concepção dos julgadores. A corrupção de código do direito pela economia, gerando um indevido intercâmbio entre esses dois sistemas, gera um ditar de regras conforme as necessidades do âmbito econômico. Sendo assim, sendo esses princípios contrários aos interesses econômicos, muitas vezes não são aplicados.

Após essas necessárias aduções, volta-se para o estudo do tema do trabalho. Afinal, qual seria a discussão que permeia a flexibilização das normas

trabalhistas? Consoante alguns juristas, a flexibilização das normas trabalhistas surgiu como meio de adequação às mudanças de ordem econômica, tecnológica ou social. Segundo eles, há uma necessidade de modernização das leis trabalhistas para que essas acompanhem a realidade social conseqüente de um mundo globalizado. Afinal, um novo paradigma de sociedade também requer um novo paradigma das relações de trabalho. Para alguns estudiosos sobre o assunto, a rigidez de leis trabalhistas é tida como verdadeiro empecilho para se diminuir o desemprego no país e seria somente por meio da ausência de toda essa rigidez que poderia haver maiores possibilidades para contratação de empregados. Dessa forma, essa vertente entende que, somente por meio da flexibilização das normas, será possível possibilitar uma continuidade dos postos de trabalho.

Para outros, no entanto, a flexibilização é extremamente prejudicial ao trabalhador, pois direitos conquistados por meio de muita luta poderão ser alterados mediante acordo ou convenção coletiva, seguindo-se o disposto no art. 7º da Constituição Federal. Aos partidários desse entendimento, há a concepção de que os trabalhadores – e até mesmo os sindicatos - não estão em condições de negociar seus próprios direitos, gerando, muitas vezes, a precarização desses. É possível, então, traduzir boa parte da discussão em quais seriam os limites da negociação coletiva.

O entendimento consolidado pela jurisprudência é de que a negociação coletiva pode ser realizada a fim de se alcançar a transação, e não a simples renúncia de direitos básicos conquistados pelos trabalhadores. É importante ressaltar que essa transação é admitida, conforme o entendimento de doutrinadores e da jurisprudência, no que se refere àqueles direitos não tidos como violadores da dignidade humana e das condições legais mínimas de proteção, como as normas relativas à segurança e à medicina do trabalho. Nos dizeres de Delgado, conforme já fora explicado, a transação é admitida no que se refere aos direitos tidos como de indisponibilidade relativa.

O que se pretende estudar é o embate entre o negociado e o legislado e o poder de autonomia do trabalhador para negociar os seus próprios direitos, sendo ele a parte hipossuficiente da relação de trabalho. O intrigante da questão apresentada é a forte presença do campo da economia quando se discute direitos fundamentais dos trabalhadores. Seria o direito e a economia campos intercambiáveis? Decisões selecionadas do Tribunal Superior do Trabalho

demonstram um verdadeiro silêncio no que tange às explanações referentes à possibilidade de se realizar a transação de alguns direitos dos trabalhadores. O que apenas se elucida é que o acordo, a convenção coletiva e a transação são consectários de uma ampla negociação e que resultam em supostas perdas e ganhos por ambas as partes da relação de trabalho, não se averiguando, ao certo, se houve uma verdadeira transação ou uma simples renúncia de direitos. Como exemplo, faz-se alusão ao acórdão E-RR-471.958/1998.2, no qual se encontra o seguinte trecho: “[...] porquanto a negociação, fundada na autonomia coletiva, permite a obtenção de benefícios para os empregados, com concessões mútuas.” Não há verificação de quais concessões seriam essas e se tais concessões seriam mesmo permitidas. Além disso, a teoria do conglobamento, é amplamente aplicada ao se analisar as negociações coletivas. É comum encontrar nas decisões proferidas pelo TST que a análise de tais negociações deve ser feita de maneira global, e não atomizada. Sendo assim, quando há a alegação de que não houve concessões mútuas em determinada negociação, muitas vezes o Tribunal afirma que as vantagens não precisam estar expressas na cláusula que estabeleceu a restrição de determinado direito. O que importa, para o Tribunal, é todo o âmbito do conjunto da negociação coletiva, sendo que todo esse âmbito não costuma ser analisado. Citam-se trechos dos acórdãos RR-156100-10.2002.5.15.0021 e RR-39000-28.2008.5.04.0733:

HORISTA – TURNO ININTERRUPTO DE REVEZAMENTO – DISCUSSÃO ACERCA DA VALIDADE DO ACORDO COLETIVO NO QUAL SE PACTUOU A MAJORAÇÃO DA JORNADA – VIOLAÇÃO DO ART. 7º, INCISO XXVI, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. Viola o art. 7º, inciso XXVI, da Constituição Federal decisão regional em que se nega validade ao acordo coletivo de trabalho, no qual se pactou a majoração da jornada em turnos ininterruptos de revezamento, pelo fato de que nele não se detectou ter havido concessões mútuas que tornariam o ajuste benéfico para ambas as partes. A regra cristalizada na jurisprudência desta Corte, embora aluda a regular negociação, não resta afastada da hipótese vertente, haja vista que a análise da negociação não se faz de forma atomizada, e sim globalmente (conglobamento), razão pela qual prevalece quanto ao seu conteúdo, pois as vantagens não precisam estar evidenciadas na própria cláusula que estabeleceu os turnos, mas no âmbito do conjunto da negociação coletiva. [...]

Portanto, o resultado atingido pela autocomposição das partes não pode ser avaliado por um dispositivo ou outro considerado isoladamente; deve-se levar em conta o conjunto do instrumento coletivo, para não debilitar o equilíbrio dos interesses que o originaram e, conseqüentemente, valorizar o processo de negociação e a composição autônoma preconizados pela Constituição Federal.

Assim, as cláusulas pactuadas livremente pelas partes devem ser interpretadas de forma global, uma vez que a categoria profissional pode ter negociado determinadas vantagens por um certo período, levando em consideração circunstâncias momentâneas, objetivando interesses maiores. Dessa forma, o estabelecimento de condições mais restritivas em um dispositivo pode estar sendo compensado em outros, com a concessão de vantagens e garantias coletivas em patamares mais elevados que aqueles fixados na legislação.

Ademais, há de se explicar que, conforme os entendimentos de Luhmann e de Dworkin, o campo do direito e da economia não são campos intercambiáveis, possuindo cada um deles suas lógicas distintas e inconfundíveis. No entanto, observa-se que muitos são os defensores da flexibilização das normas trabalhistas que partilham do entendimento de Richard Posner sobre a concepção do papel do direito: o de servir como simples instrumento, apêndice da economia. Ou seja, tais campos seriam sim intercambiáveis para os pragmatistas. Os direitos, principalmente os trabalhistas – pois esses claramente vão de encontro ao desejo de lucro por parte das empresas e empregadores -, seriam meros reflexos dos interesses e necessidades da economia. Ou seja, a função e a força desses direitos estariam condicionadas às vontades do âmbito econômico. Essa também parece ser a visão do TST. Se o interesse é o da continuidade e desenvolvimento da economia, dar-se-á amplo poder às negociações coletivas para que haja a flexibilização das normas trabalhistas e que, assim, ocorra a presumida concessão mútua de direitos e a tão valorizada continuidade da relação de emprego. Sob quais reais condições esses empregos serão realizados, isso não é verificado. Mas o que importa é que aquela relação de emprego continuará contribuindo para o desenvolvimento da economia.

É bastante comum, também, a argumentação nas decisões do Tribunal Superior do Trabalho de que há de se privilegiar o princípio da autonomia da vontade das partes ao se analisar esses acordos, como é possível perceber em trechos de acórdãos proferidos pela SBDI-1 (E-ED-RR-170600-15.2003.5.01.0481 e E-RR-800-78.2007.5.24.0005)

De outra parte, não prospera a alegada ofensa direta e literal ao art. 7º, XXVI, da Constituição da República, pois, tal como assentado no acórdão embargado, o Regional considerou válido o acordo entabulado entre o sindicato obreiro e a reclamada – **a privilegiar a autonomia coletiva**-, dando-lhe apenas interpretação balizada pelo ordenamento jurídico. (grifos nossos)

RECURSO DE EMBARGOS. VIGÊNCIA ATUAL DO ART. 894, II, DA CLT. COBRADORA DE ÔNIBUS. INTERVALO INTRAJORNADA. FLEXIBILIZAÇÃO POR NORMA COLETIVA. EMPRESA DE TRANSPORTE COLETIVO. A jurisprudência desta C. Corte Superior vem se posicionando no sentido de prestigiar o pactuado em norma coletiva que fixa redução de intervalo intrajornada, considerando-se as peculiaridades da atividade desenvolvida pelos integrantes da categoria a que pertence a reclamante, **invocando-se o princípio da autonomia da vontade coletiva**, que se extrai da norma do artigo 7º, inciso XXVI, da Constituição da República. Não permite, todavia, a teor da atual redação da OJ 342 da SBDI-1 do TST, aprovada pelo Pleno do TST em sessão realizada no dia 16/11/2009, que a norma coletiva preveja a supressão do intervalo, mas tão-somente a redução, e com respeito a uma jornada máxima de sete horas diárias e 42 horas semanais, o que não se verificou no caso concreto, em que a jornada é de 7,20 horas semanais e houve acordo coletivo prevendo a supressão do intervalo. Embargos conhecidos e providos. (grifos nossos)

Sobre o último trecho citado, é interessante chamar a atenção para o fato de parecer que, atualmente, a preocupação é de assegurar somente o mínimo aos trabalhadores. A redução de muitos direitos já é amplamente permitida. Percebe-se esse ponto claramente na transformação do papel das entidades sindicais, as quais, antigamente, exerciam a função de proteger os interesses individuais e coletivos dos seus representados, almejando-se padrões laborais superiores aos impostos legalmente. Hoje, o papel é o de implementar uma política de manutenção dos mínimos de subsistência verdadeiramente digna aos trabalhadores. (TEIXEIRA; BARROSO, 2009, p. 66)

Bastante raro é encontrar referências aos princípios basilares do Direito do Trabalho nos julgamentos. Como foi possível perceber, a autonomia coletiva parece ter ganhado um patamar superior a todos esses princípios. Ao se dar todo esse poder às negociações coletivas, há de se afirmar que as fontes de direito do trabalho passam a ganhar um enorme grau de diversidade. Afinal, a supremacia da legislação trabalhista passa a ser bastante relativizada com as normas coletivas, tornando-se as fontes cada vez menos previsíveis. Essa previsibilidade, como já foi insistentemente afirmado, é diminuída principalmente por conta das demandas econômicas. É um pouco complicado simplesmente aceitar essas decisões do TST. Princípios que deveriam ser norteadores de todas as decisões são simplesmente deixados de lado em prol da autonomia da vontade coletiva. Critica-se veemente todo esse favorecimento que se dá a esse princípio, afinal, o princípio da proteção deveria sempre ser levado em conta, pois proibiria assim as consequências nefastas

que a desigualdade entre capital e trabalho, empregador e empregado podem causar e que já causaram.

Afirma-se, ainda, que tudo parece se tratar de um verdadeiro círculo vicioso. Isso se deve ao fato de que, aos empregados estão sendo assegurados apenas os direitos mínimos que permitem uma condição mínima de sobrevivência. Sendo assim, como já se sabe, boa parte da população se encontra em condições de sobrevivência que afrontam o quesito dignidade da pessoa humana. Essas pessoas, então, estão cada vez mais tendenciosas a aceitar qualquer tipo de emprego. Afinal, por questões de necessidade, essas pessoas aceitam fazer as presumidas transações para que assim possam trabalhar. Esse trabalho, essa continuidade da economia e a preocupação que se tem com o seu desenvolvimento, geram cada vez mais um crescimento de mercado, que gera mais concentração de capital nas mãos da minoria e um maior empobrecimento da maioria. Essa maioria, então, está cada vez mais disposta a aceitar condições ínfimas de um trabalho digno.

Após essas elucidações, verifica-se a importância da teoria dos sistemas para a presente pesquisa. Pois, como se foi possível notar, o direito também deve exercer a função de limitar a atuação da economia, como também dos outros campos, dos outros sistemas. O direito, contrariamente ao que almeja a corrente política pragmatista, não deve ser um mero instrumento, um mero apêndice da economia. Esses campos não podem ser intercambiáveis. Cada um deve exercer a sua função e ter a sua própria lógica de funcionamento, observando o seu próprio código.

É extremamente intrigante a força que o princípio da autonomia da vontade coletiva adquiriu com o passar dos anos em uma relação que a hipossuficiência do trabalhador é clara. Não é fácil admitir a força desse princípio e possibilitar, acreditar que o empregado realmente tenha todas as devidas condições para, então, dar total autonomia para que ele próprio, após “ampla negociação com o empregador”, decida por quais normas trabalhistas ele será regido. Afinal, será que as negociações por ele realizadas realmente foram conduzidas por sua simples autonomia da vontade? Ou será autonomia e necessidade? Necessidade de ter ao menos um emprego, por menos digno que esse emprego seja, para alcançar o mínimo de subsistência. Será que essa autonomia não está guiada por uma coação econômica, à constante ameaça de desemprego? Será que essas concessões mútuas realmente são conseqüências de uma ampla negociação como pressupõem as

decisões do TST? Essas são algumas das perguntas que devem perpassar por nossas cabeças ao se examinar as decisões do Tribunal. Não devemos simplesmente aceitar que as negociações ensejarão sempre a flexibilização das normas trabalhistas de forma benéfica para o trabalhador. Além disso, há de se ressaltar que são poucos os sindicatos profissionais que possuem um grande poder de discussão. Acreditar totalmente em uma afirmação tão simples seria até mesmo utópico.

É possível afirmar, então, que a principal função do direito, conforme Luhmann, não é observada. Ou seja, a estabilização de expectativas. Atribuindo demasiada importância à autonomia coletiva no direito do trabalho e pouca ao Princípio da Imperatividade das Normas Trabalhistas, não se torna possível se preparar, no nível das expectativas, para o futuro incerto. Essas expectativas, quando tornadas expectativas normativas, merecem uma segurança maior por serem consideradas expectativas importantes, as quais tiveram seus valores comprovados no decorrer da história. O direito precisa exercer esse papel da segurança, uma segurança que possibilite que os assuntos do direito sejam tratados somente conforme o código do direito, e não conforme o código do poder, da economia ou de acordo com outros valores e interesses não pertencentes ao sistema do direito. Além disso, essa segurança também diz respeito à proteção daquelas pessoas que tenham tais expectativas normativas.

Ainda sobre a importância que tem se dado às negociações coletivas, é interessante fazer uma alusão ao Projeto de Lei 134/2001, o qual buscou alterar a hierarquia das fontes de direito do trabalho. Houve a proposta, por meio desse Projeto, de se alterar o art. 618 da Consolidação das Leis do Trabalho, estabelecendo a prevalência de convenção ou acordo coletivo do trabalho sobre a legislação infraconstitucional. Tratou-se de mais uma política econômica que buscou mitigar ainda mais os direitos trabalhistas. O Projeto foi arquivado.

Vale aqui fazer uma rápida referência ao que se entende sobre a hierarquia normativa no campo do direito do trabalho, pois tal hierarquia não condiz com àquela seguida pelo direito comum. O direito do trabalho tem certas especificidades. Como já foi possível perceber ao longo do trabalho, na área justaltrabalhista há fontes bastante diversificadas. Delgado explana que a pirâmide normativa na área trabalhista constrói-se de forma variável. A lei tem uma supremacia bastante relativizada. A norma que será escolhida para ocupar o vértice dessa pirâmide será

aquela que mais se aproxima do caráter teleológico do ramo justralhista, que seria o de “conferir solução às relações empregatícias segundo um sentido social de restaurar, hipoteticamente, no plano jurídico, um equilíbrio não verificável no plano da relação econômico-social de emprego [...]” (DELGADO, 2009, p. 165). O objetivo, então, seria o de gerar melhoria das condições sócio-profissionais do trabalhador. Dessa forma, percebe-se aqui a aplicação do princípio da norma mais favorável ao trabalhador, implicando na mutabilidade constante do vértice da pirâmide, consoante a teoria do conglobamento.

Há de se ressaltar, entretanto, que não se observa nas decisões do TST a aplicação desse princípio. Todo o caráter teleológico acima referido, o de ocasionar uma melhoria das condições sócio-profissionais do trabalhador, parece ser simplesmente ignorado pelo Tribunal. Afinal, como tem se afirmado, o TST pode ser considerado um tribunal pragmatista. Dessa forma, há a preocupação maior de alcançar aquilo que for melhor para a sociedade, e não de atribuir ao sujeito os direitos que lhe são devidos. Principalmente se esses forem contrários ao interesse da maioria. Não se verifica então um cuidado de se aplicar a norma mais favorável ao empregado, mas sim a norma mais favorável à sociedade. O caráter teleológico do direito do trabalho, atualmente, parece ser o de ocasionar uma melhoria das condições da economia.

Acerca dos princípios, resalta-se a importância que esses têm no ordenamento jurídico e no processo decisório. Dworkin resalta a importância de se decidir casos concretos com base em argumentos de princípio, e não em argumentos de política. Aqueles, como já explicados, são as fundamentações destinadas a estabelecer um direito individual, já os argumentos de política são aqueles que aspiram estabelecer um objetivo coletivo.

Como foi dito anteriormente, não há nas decisões do Tribunal Superior do Trabalho argumentos de princípio. É possível afirmar, mais uma vez, que o TST não está preocupado em proferir argumentos que se destinem a estabelecer um direito individual. Há, na realidade, argumentos de política e, resalta-se: argumentos de política econômica. As decisões visam um objetivo coletivo, a continuidade da economia. Percebe-se, claramente, que as decisões proferidas pelo Tribunal possuem uma natureza pragmatista e o pragmatismo adotado é o mesmo adotado por Posner, ou seja, o pragmatismo que visa a maximização da riqueza. Faz-se

alusão, então, a um trecho de um acórdão proferido pela 6ª turma do referido Tribunal para mostrar essa natureza de suas decisões:

As convenções e os acordos coletivos de trabalho, como expressões máximas de autocomposição dos conflitos inerentes às categorias econômicas e profissionais, **devem sempre ser estimulados e incentivados, podendo neles conter concessões mútuas em favor de um bem maior da coletividade: a manutenção do emprego.** [...] A celebração de acordo ou convenção coletiva importa em concessões mútuas. As partes estabelecem livremente normas para reger a relação de trabalho no âmbito da categoria representada. Daí, há que ser respeitada a vontade coletiva, a teor do que dispõe o artigo 7º, inciso XXVI, da Constituição da República, que define como direito dos trabalhadores o reconhecimento das convenções e acordos coletivos do trabalho. (BRASÍLIA, 2007, p.6, grifos nossos)

Tal acórdão decidiu sobre as horas *in itinere* e a possibilidade de limitação do pagamento a parte do percurso por meio de negociação coletiva. Nota-se, por meio das partes grifadas, que o que realmente se objetiva proteger é “um bem maior da coletividade: a manutenção do emprego”, por meio das presumidas concessões mútuas do empregado e do empregador.

Não há a preocupação aqui de atribuir a cada um o seu direito, mas de proporcionar aquilo que for entendido como o melhor para a comunidade. De acordo com TST, parece que o melhor para a comunidade é, realmente, a continuidade do emprego e, assim, o desenvolvimento da economia. E não a continuidade do emprego com dignidade da pessoa humana. É exatamente por isso que se pode considerar o TST como um Tribunal pragmatista, já que as decisões são realizadas com o intuito de se alcançar, na concepção dos julgadores, um futuro melhor para a sociedade. As decisões proferidas demonstram que a preocupação é com aquilo que for mais conveniente para a sociedade como um todo. O pragmatismo defende que o critério que deve ser seguido pelos juízes é o de dar a decisão tida como a mais razoável diante das circunstâncias do caso concreto e de todo o contexto social. A preocupação dessa corrente é realmente com as consequências, o que é considerado por Luhmann como uma atitude bastante inofensiva e arriscada. Inofensiva porque as consequências estão em um futuro desconhecido e arriscada justamente por isso. As especulações à época da decisão podem ter sido errôneas. (LUHMANN, 2003, p. 225)

Além disso, de acordo com o sociólogo Luhmann, as decisões tomadas com base nas consequências violaria a diferenciação funcional. No caso da flexibilização

das normas trabalhistas, as consequências são tomadas de acordo com os interesses da economia e as escolhas de quais consequências devem ser escolhidas nada mais são que escolhas políticas. Percebe-se, então, que essa forma de decidir afronta claramente a diferenciação funcional dos sistemas, pois as operações do direito passam a ser guiadas por valores provenientes da economia e da política. Ainda cumpre lembrar que o método decisório baseado nas consequências afronta a principal função do direito, a qual já foi dita anteriormente: a estabilização de expectativas. Ao se ter como base as consequências de um julgamento, haverá uma imprevisibilidade das expectativas normativas, pois não se saberá quais serão as consequências consideradas pelo julgador.

É possível afirmar, ainda, que não se está observando o princípio considerado como o cardeal do direito do trabalho, o princípio da proteção. Esse princípio, assim como foi dito anteriormente, deveria guiar os demais, e não ser tão mitigado como se observa atualmente. A linha entre a flexibilização das normas trabalhistas e a precarização dos direitos do trabalhador é uma linha bem tênue. Não se procura aqui criticar integralmente o instituto da flexibilização das normas trabalhistas, mas o que se procura criticar é a não-aplicabilidade do princípio da proteção nos julgamentos de casos concretos. Os princípios que o Tribunal parece realmente considerar em suas decisões são os princípios da continuidade da relação de emprego e o da autonomia da vontade coletiva, como já foi dito.

Ainda, conforme o entendimento de Dworkin – do qual se partilha -, os juízes devem se preocupar em aplicar o direito em sua melhor forma, em sua melhor acepção, o que não tem sido verificado nas decisões do TST. Dworkin defende que o Estado deve ser visto como uma entidade coerente de princípios e que para o sentimento de justiça ser alcançado, não se pode recorrer a soluções conciliatórias, pois assim haveria uma violação dos princípios por parte do próprio Estado. Ademais, contrariamente ao pragmatismo político típico do TST, o direito como integridade (concepção de direito adotada por Dworkin) dispõe que as pessoas têm sim direitos e que esses direitos devem ser julgados de acordo com o melhor das exigências e permissões das normas jurídicas na época em que os fatos ocorreram.

De acordo com essa concepção do direito, deve-se buscar o benefício das circunstâncias públicas e privadas. Diferentemente do que ocorre no pragmatismo e contrariamente ao que é defendido, de certa forma, pelo TST, o valor das circunstâncias privadas não depende das circunstâncias públicas. Direitos são

direitos e devem exercer a sua função como tal. A força de um direito não pode depender de uma ponderação com outro direito e, muito menos, do interesse da maioria.

Voltando-se aos princípios, segundo Luhmann, esses ocultam a temporalidade das operações do sistema. Isso serve, o que é importante destacar, para acarretar uma simulação de unidade em que as regras serão trocadas com o passar do tempo. É possível, então, conceber os princípios como fórmulas de redundância. (LUHMANN, 2003, p. 248). O julgador não pode se dar por satisfeito ao simplesmente apresentar aquilo que considerar como o melhor. O sociólogo enaltece que uma abstrata ponderação de valores deve sim ser justificada, pois, caso contrário, a argumentação não teria sentido. Chama ele atenção também para o fato de que os bons argumentos, sozinhos, não são suficientes, pois devem demonstrar que tem consistência com o direito vigente. (LUHMANN, 2005, p. 265) O julgador não pode simplesmente se contentar com fato de evidenciar suas preferências e interesses, o que é contrário ao entendimento do processo decisório defendido pelos pragmatistas.

Há de se perceber também, nos trechos transcritos dos acórdãos selecionados, que não é observada a necessidade do sistema do direito utilizar a própria linguagem para as suas argumentações, conforme dispõe Luhmann. No caso das decisões do TST há, na verdade, um verdadeiro silêncio no que diz respeito às explanações jurídicas acerca da possibilidade de determinado direito ter a sua efetividade restrita e, ainda, uma tímida intervenção do código da economia.

O sociólogo chama atenção para a necessidade de que as argumentações jurídicas sejam geradas pela auto-observação do próprio sistema do direito, reagindo em seu próprio contexto comunicativo à diferença de opinião, como a alocação do código de valores legal/ilegal. (LUHMANN, 1995, p. 286) Deve haver a preocupação somente com o sistema do direito, e não com o que faça parte do ambiente. É interessante notar que, ainda conforme o sociólogo, uma argumentação jurídica é aquela que tem o significado de convencer o aprimoramento e a continuidade das operações do próprio sistema em uma direção. Os argumentos devem observar e descrever eventos do direito usando distinções próprias do sistema do direito.

Luhmann explana que a argumentação é um modo de operação do sistema em que o sistema observa a si mesmo como uma coleção de textos referidos um

aos outros. (LUHMANN, 1995, p. 287). Como já foi exhaustivamente explanado, os sistemas sofrem constantes irritações do ambiente. Os argumentos exercem a importante função de lutar contra essas constantes irritações que buscam gerar uma variedade do sistema, fornecendo, assim, uma redundância das informações e a redução de surpresas que possam aparecer. A importância da presença de argumentações nas decisões e que essas argumentações sejam apenas decorrência da auto-observação do sistema do direito, então, torna-se clara. A argumentação é mais um meio de se exercer a função principal do direito: a estabilização de expectativas. Afinal, assim como foi dito, haverá uma redundância das informações, evitando-se possíveis surpresas.

O silêncio do TST sobre a possibilidade da flexibilização das normas trabalhistas, como é possível concluir, afronta exatamente tudo o que Luhmann dispõe sobre a importância da argumentação jurídica. Não há a estabilização de expectativas e não há um aprimoramento das operações do sistema do direito. Pelo contrário, tudo fica condicionado ao deleite da economia. É obrigação dos tribunais decidir e fundamentar, e essa obrigação deve ser realizada com um mínimo de autodeterminação. Ressalta-se, ainda, que é através das argumentações que o Tribunal irá demonstrar a racionalidade da decisão. Para tanto, deve buscar uma argumentação convincente, encontrar a regra decisiva que se encontra no texto jurídico para fundamentar. Luhmann defende que a teoria da argumentação jurídica avalia os argumentos tendo em vista o poder de convencimento no processo comunicativo e a capacidade de se impor na comunicação. (LUHMANN, 2003, p. 243-244)

Além disso, nota-se, pelos motivos já expostos, que esse silêncio das decisões também vai de encontro ao que é defendido por Dworkin, principalmente à concepção de direito tida por ele como a mais correta: o direito como integridade. É possível encontrar respaldos do modo do processo decisório do TST somente na teoria da análise econômica do direito, conforme o pragmatismo político defendido por Posner.

Não se busca aqui negar qualquer relação entre o direito e a economia, mas o que se busca demonstrar é a importância de esses dois sistemas manterem uma diferença entre si. A importância de cada um exercer o seu respectivo papel, sua respectiva função.

Sabe-se que a relação entre o direito do trabalho e a economia é ainda mais intensa, justamente pelo o fato do trabalho ser o combustível para o desenvolvimento econômico. No entanto, deve a ciência juslaborativa exercer o seu papel de limitar essas pressões advindas da economia e da política a fim de evitar a descaracterização da força imprescindível que garantias fundamentais e sociais devem possuir em uma sociedade tão complexa.

5. Considerações Finais

A flexibilização das normas trabalhistas é tida como meio de adaptação de direitos à nova realidade social configurada: uma realidade carregada de muitas mudanças de ordem econômica, tecnológica e social. Para os defensores da flexibilização, essa se faz necessária para que as leis trabalhistas acompanhem a realidade social consecutória de um mundo cada vez mais globalizado, principalmente no que tange à economia.

Muitos, no entanto, são contrários a essa flexibilização por entenderem que acarretará uma precarização dos direitos trabalhistas conquistados, e isso muito se deve ao fato de que os trabalhadores, e até mesmo os próprios sindicatos, não estejam em condições de negociar seus direitos.

A flexibilização das normas trabalhistas é uma decorrência clara do embate entre direito e economia. O que se buscou analisar no presente trabalho foi o papel do direito frente aos interesses e pressões econômicos e, também, se o Tribunal Superior do Trabalho está respondendo às questões relativas ao confronto entre acordos e convenções coletivas e a Constituição com argumentos da lógica comunicacional do Direito.

Inspirada pela leitura dos três marcos teóricos escolhidos para fomentar a presente pesquisa (Niklas Luhmann, Richard Posner e Ronald Dworkin), foi possível perceber que a força vinculante dos direitos fundamentais está sendo desconstruída em virtude dos interesses e necessidades da economia. Foi possível concluir que os sistemas do direito e da economia têm sido considerados como sistemas intercambiáveis pelo Tribunal Superior do Trabalho, sendo que o direito tem exercido o seu papel ao sabor da economia.

Sendo assim, foi possível concluir que o TST não está respondendo as questões relativas ao confronto entre acordos e convenções coletivas e a Constituição com argumentos da lógica comunicacional no direito, mas sim, ainda que discretamente, com argumentos da lógica comunicacional da economia. Dessa forma, é possível afirmar que o TST pode ser considerado um Tribunal Pragmatista, conforme o disposto por Posner. Um Tribunal que está preocupado com as consequências de suas decisões - consequências econômicas - e que está

preocupado com aquilo que entende ser o melhor futuro para toda a sociedade: continuidade da economia e continuidade das relações de emprego.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em: 18 de novembro de 2011.

BRASÍLIA. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão E-RR-471.958/1998.2. Relator: Ministro Brito Pereira. Brasília, 2005.

BRASÍLIA. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão RR-397600-60.2002.5.04.0900. Relator: Juiz Convocado José Pedro de Camargo. Brasília, 10 de outubro de 2006.

BRASÍLIA. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão RR-25740-23.2006.5.06.0271. Relator: Ministro Aloysio Corrêa da Veiga. Brasília, 12 de setembro de 2007.

BRASÍLIA. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão RR-71600-17.2007.5.03.0135. Relator: Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira. Brasília, 04 de novembro de 2009.

BRASÍLIA. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão RR-39000-28.2008.5.04.0733. Relator: Ministro Caputo Bastos. Brasília, 22 de setembro de 2010a.

BRASÍLIA. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão RR-156100-10.2002.5.15.0021. Relator: Ministro Vieira de Mello Filho. Brasília, 20 de outubro de 2010b.

BRASÍLIA. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão E-ED-RR-170600-15.2003.5.01.0481. Relatora: Ministra Rosa Maria Weber Candiota da Rosa. Brasília, 20 de maio de 2010c.

BRASÍLIA. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão E-RR-800-78.2007.5.24.0005. Relator: Ministro Aloysio Corrêa da Veiga. Brasília, 25 de fevereiro de 2010d.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2009.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O império do direito**. Tradução de: Jefferson Luiz Camargo. 2ª ed. São Paulo : Martins Fontes, 2007.

_____. **Uma questão de princípio**. Tradução de: Luís Carlos Borges. 2ª ed. São Paulo : Martins Fontes, 2001.

LOURENÇO FILHO, Ricardo Machado. **Dilemas do constitucionalismo contemporâneo: a Constituição Dirigente e os reflexos da crise do Estado Social – um estudo a partir da teoria da diferenciação funcional de Niklas Luhmann**. 63 f. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2005.

LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la Sociedad**. Versão 5. Minas Gerais, 2003. Texto eletrônico fornecido pela Profª. Dra. Juliana Neuenschwander de Magalhães na disciplina Sociologia do Direito II, em 2002, do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado em Filosofia do Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

_____. **La sociedad de la sociedad**. Tradução de: Javier Torres Nafarrate. México, 2006. *Die Gesellschaft der Gesellschaft*.

_____. **Legal Argumentation: An Analysis of its Form**. Tradução de: Fraser. Volume 58. Maio 1995. N. 3 *The Modern Law Review*.

_____. **Sociologia do Direito I**. Tradução de: Gustavo Bayer. Rio de Janeiro : Edições Tempo Brasileiro, 1983. *Rechtssoziologie I*.

NEVES, Rômulo Figueira. **Acoplamento estrutural, fechamento operacional e processos sobrecomunicativos na teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann**. 149 f. Dissertação (Pós-graduação em Sociologia) – Departamento de Sociologia da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.

POSNER, Richard A. A Political Court. **Harvard Law Review**. Cambridge, MA, v. 31, n. 90, p. 31-102, 2005.

_____. **Law, Pragmatist, and Democracy**. Londres: Harvard University Press, 2003.

_____. Maximización de la Riqueza y Tort Law: Una Investigación Filosófica. **El análisis económica del derecho**. Tradução de: Eduardo L. Suárez. 2ª ed. México : Fondo de Cultura Económica, 2007.

TEIXEIRA, S. T.; BARROSO, F. T. Os princípios do direito do trabalho diante da flexibilidade laboral. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. Brasília, v. 75, n. 3, p. 57-69, jul/ser 2009. Disponível em: http://www.tst.gov.br/Ssedoc/PaginadaBiblioteca/revistadotst/Rev_75/Rev_75_3/teixeirasergiotorres.pdf. Acesso em: 22/11/2010.

DOCUMENTOS CONSULTADOS

ARAUJO PINTO, C. P.; LOURENÇO FILHO, R. M. Entre a indisponibilidade e a negociação: as normas coletivas como fontes do direito do trabalho. **Caderno Jurídico**. Brasília, v. 3, n. 4, jul./ago. 2009. Disponível em: <http://seer.trt10.jus.br/index.php/Caderno-Juridico/article/viewFile/32/27> Acesso em: 27/11/2010

DWORKIN, Ronald. Darwin's new bulldog. **Harvard's Law Review**. Cambridge, MA, v. 111, n. 7, p. 1718-1738, May 1998.

LOURENÇO FILHO, Ricardo Machado. **Perspectivas da crise do Estado de Bem-Estar Social: a revisão teórica da Constituição Dirigente e o funcionamento autopoietico dos sistemas jurídico e político**. Brasília. Datilografado.

LUHMANN, Niklas. **Complejidad y modernidad: De la unidad a la diferencia**. Tradução de: Josteo Berian e José María García Blanco. Madrid : Editorial Trotta, 1998.

POSNER, Richard A. **The Problematics of Moral and Legal Theory**. Londres: Harvard University Press, 2002.