

TEORIA DOS SISTEMAS, SISTEMAS OPERATIVAMENTE FECHADOS E A POSIÇÃO DO PODER NORMATIVO DA JUSTIÇA DO TRABALHO NO SISTEMA JURÍDICO

*Marcos Neves Fava**

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Teoria dos Sistemas – Vão panorâmico; 3. Alguns conceitos fundamentais da Teoria dos Sistemas; 4. Função do sistema jurídico; 5. Poder normativo da Justiça do Trabalho; 6. Operação do poder normativo e critérios de diferenciação do sistema jurídico; 7. Emenda Constitucional 45/2004 e modificações no perfil do poder normativo; 8. Conclusões; 9. Bibliografia.

1. Introdução

A presente análise pretende aplicar alguns dos principais conceitos da Teoria dos Sistemas na análise da posição que ocupa o poder normativo no sistema jurídico.

Inicia-se pela apresentação de conceitos fundantes da Teoria dos Sistemas, buscando identificar os parâmetros que servirão de base para a análise do sistema jurídico e, dentro deste, a percepção das funções exercidas pelo poder normativo.

Segue na identificação do poder normativo, dentro do processo do trabalho, espelhando suas principais características e funções, para, ao depois, avaliar sua inserção no sistema (fechado) jurídico.

Termina com a visão crítica do poder normativo, acompanhada das conclusões de sua impossível internação num sistema jurídico fechado, na medida em que este instituto – o poder normativo – abandona o procedimento comunicacional que caracteriza um sistema fechado. Não deixa de juntar suas conclusões com as modificações emanadas da Reforma do Judiciário, que veio a lume com a promulgação da Emenda Constitucional 45 de 2004.

* Juiz do Trabalho Titular da 89ª Vara de São Paulo, mestre em direito do trabalho pela USP, professor de processo do trabalho na Faculdade de Direito da FAAP.

Trata-se, antes de tudo, de um exercício de aplicação dos conceitos de teoria dos sistemas, desenvolvidos no primeiro semestre de 2007, durante o curso de Sociologia do Poder Judiciário, ministrado pelo Professor Dr. Celso Fernandes Campilongo, no programa de doutoramento da USP.

2. Teoria dos Sistemas – Vão panorâmico

Instrumentos para a análise da sociedade brotam de todas as fontes, as mais diversas possíveis, nesta busca permanente do homem em explicar-se, mais do que isto, talvez, em justificar-se em suas relações com o mundo, com a história, com o ambiente que ele próprio constrói e de que ele mesmo é fruto. A teoria do conhecimento do homem desenvolve-se, a braçadas, desde que o homem firmou-se em duas pernas. Olha, *diferencia*, conclui, explica, e, com isto, *comunica*, para, logo após a comunicação, olhar de novo, vendo as novidades de suas próprias conclusões.

Durante seguidos séculos, as teorias que envolveram o conhecimento reduziram as possibilidades a binômios maniqueístas: sujeito-objeto, interno-externo, observador-observado, núcleo-periferia, bom-mau, certo-errado, completo-incompleto, causa-efeito. Paradigmas que surgiam da forma de organização social, sempre afastando incluído de excluídos, proprietários de alienados do processo produtivo, padrões de empregados, nobres de plebeus, homens de coisas.

Mas estes postulados, se serviram para a concepção do mundo em tempos de menor complexidade, não mais se mostram válidos, numa sociedade altamente complexa e composta por múltiplas e multifacetadas formas de comunicação concomitantes. A distinção é bem enxergada por Humberto Maturana¹: "*scientific explanation do not explain an independent world or universe; they explain the praxis of living (the domain of experience) of the observer; making use of the same operational coherences that constitute it in languaging*". O reconhecimento, pois, de que o lugar de observação não se distancia tanto e suficientemente a ponto de permitir a construção de uma teoria do conhecimento, mas consegue ocupar, na arquibancada, apenas um degrau que não se afasta da quotidiana práxis do próprio homem. O que levou *Einstein* a concluir que as teorias científicas são livres criações da mente humana, como relembra De Giorgi².

¹ Referido por De Giorgi in Raffaele De Giorgi, *Direito, tempo e memória*, São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 107, nota 2.

² Raffaele De Giorgi, *Direito, tempo e memória*, São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 107.

Em especial particular, a teoria do conhecimento jurídico atravessa sucessivas fases, com clareza identificadas por Alberto Febrajo³, ao introduzir o leitor de *Rechtssystem und Rechtsdogmatik – Sistema jurídico e dogmática jurídica* – de Niklas Luhmann, ao traduzi-lo para o italiano.

Inicia pela abordagem da dogmática jurídica levada a cabo, em tantos, por Hans Kelsen, na Teoria Pura do Direito, para observar que ali ocorre a defesa da separação entre as análises. Literalmente, para Kelsen: “a dogmatica giuridica è rivolta al mondo del dover essere (Sollen) e il suo scopo è la comprensione di norme”⁴, incumbindo à sociologia ou, particularmente, à sociologia do direito, a compreensão dos fatos sociais relativos ao próprio direito.

Segue para identificar uma saída sociologizante, indicando o caminho percorrido por Eugen Ehrlich, para quem a sociologia saberia com melhor grau de satisfação, por ser uma disciplina teórica, não prática, os requisitos estáveis de um modelo positivo de ciência⁵. Provoca Ehrlich a construção de uma ciência jurídica não prática, que tivesse por escopo a compreensão do direito, não do cipoal normativo emanado do Estado, para alcançar uma “*conoscenza teorica della*”. Em vez da *separação*, prega a *subordinação* da análise do direito à sociologia.

O aumento da complexidade social, talvez a “única verdade ontológica que se possa expressar sobre a sociedade”⁶, e, com ele, da complexidade do direito, impulsiona a busca de outras alternativas de análise da sociedade, como, dentre algumas, desenvolveu Niklas Luhmann, a partir da opção separatista, na linha desenvolvida por Kelsen e Weber. A característica marcante da origem do pensamento luhmanniano, parece estar na abstração de juízos de valor, segundo ele próprio, em entrevista, explica: “*antes de que terminara la guerra de veía com esperanza que em cuanto se suprierea el aparato coercitivo de los nacional socialistas todo volvería por sí mismo al orden. Pero lo primero que viví como prisionero de los americanos fue que me arracaron un reloj del brazo y me golpearon. No había acontecido, entonces, lo que yo me imaginaba. Com esto ya se podía comprender rápidamente que la comparación de los rgímenes políticos no podía hacerse según el esquema bueno-malo, sino que cada figura de los modelos políticos debería comprenderse desde la limitación de su realidad. Com esto no quiero decir que*

³ Na introdução à edição italiana de *Rechtssystem und Rechtsdogmatik* de Niklas Luhmann, publicada em italiano como *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*, Bolonha: Il mulino, 1978, pp. 9 a 23.

⁴ Febrajo, Alberto, Na introdução à edição italiana de *Rechtssystem und Rechtsdogmatik* de Niklas Luhmann, publicada em italiano como *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*, Bolonha: Il mulino, 1978, p. 9, citando Kelsen, Hans, *Tra metodo giuridico e sociologico*, por tradução de G. Calabrò, Napoli, 1974, p. 41.

⁵ Idem, ib. p.13.

⁶ Javier Torres Nafarrate, na apresentação de *Introducción a la teoría de Sistemas, lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrate*, Cidade do México: Iteo, Universidad Iberoamericana e Anthropos, editorial del hombre, 1996, p. 19.

*considere equivalentes la época nazi y el periodo ulterior, sino simplemente que después de 1945 quedé decepcionado*⁷.

De tal decepção pessoal, ao que parece, a teoria desenvolvida por Luhmann estabeleceu-se a partir do observador destituído de valores morais, ou externos, para julgamento do objeto observado, na construção de um sistema circular de observação. Literalmente:

“El concepto de observación debe echar mano de todas las disposiciones de teoría circular (constituición operativa de los sistemas, clausura de operación, autopoiesis) para entender cómo es posible que una observación pueda producirse a sí misma, al producir la observación. Em este fundamento circular se encuentra concentrada la discusión actual sobre el concepto de observación y es prácticamente imposible de resolver si se recurre a los conceptos clásicos de la filosofía clásica, la interpretación actual y los estímulos con los que ahora se abora han surgido de contextos teóricos muy diversos a la interpretación de los textos filosóficos”.⁸

Eis um dos diversos paradoxos vislumbrados pela Teoria dos Sistemas na análise do funcionamento comunicacional da sociedade, como reconhece o próprio Luhmann, linhas adiante:

“Al observar la observación, todas las observaciones, incluyendo la de la vida cotidiana de la sociedad aparecen constituidas paradójicamente. Observar es una operación paradójica porque actualiza una dualidad como unidad, de un tirón por así decirlo”.⁹

O acirramento das relações sociais imbrica a existência de paradoxos, o que, por meio do mecanismo de generalização, pode resultar na redução de sua complexidade. Paradoxalmente, no entanto, tal redução da complexidade resulta em aumento da mesma complexidade. O arcabouço teórico construído pela Teoria dos Sistemas é altamente complexo e sofisticado, o que atrai incisivas críticas, em particular quando se compara com os mecanismos da lógica formal. Em face da elevada complexidade dos movimentos comunicacionais da sociedade contemporânea, no entanto, o “edifício suficientemente

⁷ Trechos de entrevistas de Luhmann, transcritos por Javier Torres Nafarrate, na apresentação de *Introducción a la teoría de Sistemas, lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrate*, Cidade do México: Iteo, Universidad Iberoamericana e Anthropos, editorial del hombre, 1996, p. 20.

⁸ Luhmann, N. *Introducción a la teoría de Sistemas, lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrate*, Cidade do México: Iteo, Universidad Iberoamericana e Anthropos, editorial del hombre, 1996, p. 116.

⁹ Luhmann, N. *Introducción a la teoría de Sistemas, lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrate*, Cidade do México: Iteo, Universidad Iberoamericana e Anthropos, editorial del hombre, 1996, p. 132.

complexo”¹⁰ que se erige com tais instrumentos apresenta novas condições de análise do objeto em estudo. Tal conjunto apresenta-se como uma “técnica de teoria”, ou, ainda, uma “estratégia”, que “*ofrece la oportunidad de poner a prueba conceptos como el del clausura de operación, autoorganización, autopoiesis, pardojas*”¹¹.

Não como um cabedal teórico que, a partir de um observador ceticamente isolado do objeto observado, procura oferecer respostas¹², a semântica da Teoria dos Sistemas propõe-se a construir perguntas que suportem uma investigação aprofundada acerca das relações inter-sistêmicas emergentes do conjunto de comunicações que caracteriza a sociedade.

Alguns elementos conceituais desta complexa teoria precisam ser reconhecidos, para prosseguimento da análise proposta por este escrito.

4. Alguns conceitos fundamentais da Teoria dos Sistemas

Inicie-se pela apreensão da idéia de *sistema social*, que, segundo Claudio Baraldi:

*“es un sistema autorreferencial autopoietico, que constituyese como diferencia com respecto a un entorno. Es además constitutivo de sentido. Sus operaciones y ultimos elementos son comunicaciones”*¹³.

Do fim para o começo: as principais operações de um sistema social resumem-se em *comunicação*: na sociedade complexa que caracteriza a contemporânea, comunicação célere e sobreposta, com vários emissores e múltiplos receptores, em ágil e simultânea troca de mensagens; o sistema constitui *sentido*, que é o meio de criação seletiva de todas as formas sociais e psíquicas, ordenando-se a partir de dois lados, o da ampliação das possibilidades e, paradoxalmente, a redução destas possibilidades por meio da referência; o que desenha um sistema é sua diferenciação dos demais sistemas e do ambiente: “*un sistema no puede darse independientemente de su entorno, en cuanto que se constituye precisamente al trazar; mediante sus operaciones, un limite que lo distingue de lo que como ambiente no*

¹⁰ Luhmann, N. *Introducción a la teoría de Sistemas, lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrate*, Cidade do México: Iteo, Universidad Iberoamericana e Anthropos, editorial del hombre, 1996, p. 150.

¹¹ *Idem, ibidem*.

¹² Na lição de Luhmann: “*de facto la semántica de la teoría de sistemas no ofrece por sí misma ninguna información (...)*”, *idem ibidem*.

¹³ Corsi, Giancarlo, Esposito, Elena e Baraldi, Claudio, *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*, Cidade do México: Universidade Iberoamericana, Biblioteca Francisco Xavier Clavigero, Centro de Información Académica, 1996, tradução para o espanhol de Miguel Romero Pérez e Carlos Villalobos, sob coordenação de Javier Torres Nafarrate, p. 152.

le pertence”¹⁴. A diferenciação exige a existência do ambiente e executa-se, apenas pelas operações típicas do sistema, única via de sua distinção do próprio “em torno”; finalmente, o sistema é auto-referencial e autopoietico, o que traz a idéia de que, se toda comunicação implica auto-referência, porque a *emissão* confirma o a existência do *emissor*, o sistema só pode observar a realidade a partir de seu auto-contato¹⁵. A repetição das mesmas operações, fechadas, autoriza a criação de novas comunicações, sempre fechadas, retro-alimentando-se, o sistema, a cada ato comunicativo, mas sem se imiscuir nas operações típicas de outros sistemas, menos ainda do ambiente, do qual, para existir, diferencia-se.

Os sistemas, pois, que se definem pela diferença frente ao ambiente e frente aos demais sistemas, atuam apenas de forma operativamente fechada, sem conexão com elementos exteriores, dizendo-se, daí, que são “autônomos no nível de suas operações”¹⁶. Operativamente fechados. No interior do sistema da sociedade se podem constituir sistemas autopoieticos ulteriores, cada um dos quais reproduz uma operação específica, vale dizer, um modo específico de sua comunicação, que se realiza apenas em seu interior¹⁷. Não há como um sistema ocupar-se de atividades importantes de outros sistemas, na medida em que isto quebraria a única razão distintiva, ou diferencial, entre ambos.

Utilizando-se do mesmo código, do mesmo exclusivo código, repetem-se, no seio do sistema, as mesmas operações que não se realizam em outros sistemas, nem no ambiente. Justamente em razão disto o código é de um binarismo rígido, caracterizando-se como “tipos específicos de distinções”¹⁸. A enunciação de uma das duas assertivas do código induz, sempre, à existência, necessária e indispensável, de seu oposto, de seu duplo, na expressão de Antonin Artaud¹⁹. Não há ter, sem não-ter, como não existe situação sem oposição, ou lícito sem ilícito, claro sem escuro, dia sem noite, verdade sem mentira, sujeito sem objeto, observador sem observado. Faz o mesmo, referindo-se à linguagem, Huberto Maturama²⁰: “a linguagem constitui não apenas o (objeto) observado, mas tam-

¹⁴ Corsi, Giancarlo, Esposito, Elena e Baraldi, Claudio, *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*, Cidade do México: Universidade iberoamericana, Biblioteca Francisco Xavier Clavigero, Centro de Información Académica, 1996, tradução para o espanhol de Miguel Romero Pérez e Carlos Villalobos, sob coordenação de Javier Torres Nafarrate, p. 148.

¹⁵ Verbete “autorreferencia”, in: Corsi, Giancarlo, Esposito, Elena e Baraldi, Claudio, *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*, Cidade do México: Universidade iberoamericana, Biblioteca Francisco Xavier Clavigero, Centro de Información Académica, 1996, tradução para o espanhol de Miguel Romero Pérez e Carlos Villalobos, sob coordenação de Javier Torres Nafarrate, p. 35.

¹⁶ Luhmann, N. *Introducción a la teoría de Sistemas. lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrate*, Cidade do México: Iteco, Universidad Iberoamericana e Anthropos, editorial del hombre, 1996, p. 90.

¹⁷ Verbete “autopoiesis”, in: Corsi, Giancarlo, Esposito, Elena e Baraldi, Claudio, *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*, Cidade do México: Universidade iberoamericana, Biblioteca Francisco Xavier Clavigero, Centro de Información Académica, 1996, tradução para o espanhol de Miguel Romero Pérez e Carlos Villalobos, sob coordenação de Javier Torres Nafarrate, p. 33.

¹⁸ Verbete “código”, in: Corsi, Giancarlo, Esposito, Elena e Baraldi, Claudio, *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*, Cidade do México: Universidade iberoamericana, Biblioteca Francisco Xavier Clavigero, Centro de Información Académica, 1996, tradução para o espanhol de Miguel Romero Pérez e Carlos Villalobos, sob coordenação de Javier Torres Nafarrate, p. 40.

¹⁹ No desenvolvimento do tema central de “*Le théâtre et son double*”. Paris: Gallimard, 1964.

²⁰ In *Cognição, ciência e vida cotidiana*. Belo Horizonte, Editora da UFMG, 2001, p. 131.

bém o observador”, para concluir que “o resultado desta constituição da linguagem é que nós, seres humanos, existimos como observadores na linguagem, e quaisquer distinções que façamos são operações na linguagem, em conformidade com circunstâncias que surgiram em nós na linguagem”

A conceituação de qualquer dos dois elementos constituintes do código deságua sempre na evocação do sentido de seu oposto, para viabilizar a compreensão e a validade do próprio código, na extração do valor a um destes sentidos. Dizendo, o sistema econômico, v.g., “*ter*”, estará exigindo a delimitação da idéia “*não ter*”, sem a qual a primeira enunciação não existe. Confirmar-se eternamente entre um dos dois elementos da binariedade retro- -referida, numa operação que não prescinde de nenhum dos tais, é a construção da comunicação *operativamente fechada* que caracteriza qualquer sistema. A diferenciação, que na Teoria dos Sistemas, é funcional, já se mostrou, noutras construções teóricas e na história, segmentária, geográfica, ou por meio de estratificação. O que sempre existiu foi diferenciação, na construção da análise da sociedade.

Os sistemas, no entanto, apreendem elementos do ambiente, como de outros sistemas, por via da cognição, da construção informativa. Bebem na fonte alheia, sem contaminação operativa, porque todo processo de comunicação é sujeito a uma elevada contingência (imprevisibilidade), o barulho (ressonância) constante dos demais sistemas e do ambiente. Para operar, no entanto, o sistema não pode lançar mão, senão dos elementos típicos de seu código binário. Daí a síntese: os sistemas são operativamente fechados, embora cognitivamente abertos. As máquinas de comunicação social, os vários sistemas, não são previsíveis, tautológicos, embora operem com apenas um binômio, o que os identifica por seus códigos, mas são contingentes, surpreendentes, porque complexas, convertendo-se, pela ampliação constante das possibilidades, cada vez mais complexas.

Por tamanho incremento dessa complexidade, autoriza-se a prestação entre os sistemas, o que não se confunde, por absoluto, com suas funções, que são diferenciadas e exclusivas. As prestações de um para outro sistemas possuem equivalentes recíprocos, o que volta ao epíteto *sistema cognitivamente aberto*, sem abandonar o pressuposto *operativamente fechado*. Assim, a política, a família, o direito, a religião, a educação, a ciência e a economia funcionam operativamente fechadas, sem perder de vista as diversas prestações recíprocas que podem oferecer-se, porque se mantêm cognitivamente abertas. A velocidade da troca de prestações acelera-se, vertiginosamente, no passo da complexidade social, obrigando a que o direito “*si trova di fronte a crescenti esigenze di rapidità nell'adattarsi ai mutamenti sociali i quali, a loro volta, hanno aumentato la loro velocità*”²¹. Para preservação da integridade dos diversos sistemas, no entanto, a maior

²¹ Luhmann, N. *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*, Bolonha: Il mulino, 1978, p. 39.

abertura, ou o incremento da velocidade nas prestações, nunca equivalerá a afrouxamento do caráter fechado de suas operações.

A partir deste esboço desses elementos, impõe-se uma análise da função do sistema jurídico, para a Teoria dos Sistemas, como se fará a seguir.

4. Função do sistema jurídico

No âmago da sociedade capitalista contemporânea, que assiste à crise do Estado, a teoria sociológica em avanço deve considerar a Justiça não como um órgão de Estado, mas deve observá-la a partir da condição de subsistema do sistema político – na verdade, outro subsistema – como se lê:

“In questo caso, tale mutamento di prospettive viene dimostrato dal fatto che, se voglio realizzare il mio proposito, non posso parlare dello stato e considerare la giustizia come organo dello stato. Io parlo del sistema politico e considero la giustizia come sottosistema – più esattamente come sottosistema di un sottosistema – di questo sistema politico”²².

Prosegue-se a interpretação da sociologia hodierna, para indicar que o homem concreto, mesmo em grupo, não é o centro de gravidade da teoria, porque ele (o homem) é sempre *“membro di un determinato sistema sociale coltando com una parte della propria esperienza ed azione”²³.*

A observação do Judiciário passa então a referir-se apenas ao cerne de sua *diferenciação* dos demais sistemas, o que se dá pela leitura de sua *função* no sistema social. O seio da diferença afasta os três poderes da República, como integrantes do sistema social, pela incidência da influência do *sistema político* sobre os *subsistemas* que compõem a sociedade. As decisões políticas incumbem ao sistema legislativo – ou subsistema político da legislação – e impregnam, fortemente, o poder executivo – ou subsistema político do governo – mas não atingem o sistema jurídico – ou subsistema do direito. A divisão de poderes, típica dos estudos constitucionalistas tradicionais, funda-se na *atividade* de cada poder, especificando a de criar leis, a de administrar a e de julgar, para cada um dos três Poderes. A proposta de análise sociológica da Teoria dos Sistemas reduz – com o sempre objetivo de diminuir complexidades, com o que, também sempre, amplia as complexidades – a diferenciação à função, não à atividade.

²² Luhmann, N. *Stato di diritto e sistema sociale*, Napoli: Guida Editori, 1978, p. 53.

²³ Luhmann, N. *Stato di diritto e sistema sociale*, Napoli: Guida Editori, 1978, p. 53.

Ao sistema jurídico – ao direito – na sociedade, incumbe a função de *promover a generalização congruente das expectativas normativas*, o que desenvolve, de forma operativamente fechada, apenas pela atribuição de valor (e de sentido) ao binômio *lícito-ilícito*.

Neste sentido, “*l’influenza della politica dei partiti sulle decisioni: l’influenza politica diretta sul legislativo è considerata pienamente legittima; l’influenza politica diretta sull’esecutivo è considerata in parte legittima, in parte no, e trova i suoi limiti nel principio della conformità dell’amministrazione alla legge; l’influenza politica sul giudiziario è giuridicamente vietata e di fatto più o meno efficacemente impedita*”²⁴.

As decisões judiciais operam apenas a atribuição de sentido valorativo, não com base no contrato social, nem no direito natural, mas de forma auto-referencial, mancando o código “direito x não-direito”, buscando estabilizar a generalização congruente das expectativas normativas. Diz-se *generalização*, pela abrangência nunca individual ou de interesse de particulares isolados, mas de aplicação ampla ao sistema social; diz-se congruente, para que se tenha em vista a segurança, tanto temporal, quanto social, quanto material; das *expectativas normativas*, que são aquelas que resistem aos fatos, não estando dispostas à aprendizagem, que se relacionam com o restante dos sistemas, apenas por meio da cognição.

Estabelece clareza para esta função Giancarlo Corsi: “*el derecho es un sistema funcionalmente diferenciado de la sociedad moderna, cuya función es mantener estables las expectativas, aun en caso de que resulten vanas. Dichas expectativas son normas que permanecen estables independientemente de su eventual violación*”²⁵.

A estratégia é transferir do ambiente para o sistema, as complexidades sociais, para torná-las complexidades do próprio sistema, realizando escolhas, para conectá-las, sentido em que o direito, desse prisma, “é visto como um mecanismo de seleção e estabilização de expectativas. Sanções, procedimentos e programas condicionais viabilizam esse caráter seletivo e funcional”²⁶.

Ao reduzir as complexidades sociais para complexidades do sistema, o direito moderno, dispositivo, atua, concomitantemente, na ampliação das complexidades, na medida em que expande sua contingência, que é a “presença contínua do diverso como possível”²⁷. Para encetar resultado positivo à função típica do direito, a justiça opera de

²⁴ Luhmann, N. *Stato di diritto e sistema sociale*, Napoli: Guida Editori, 1978, p. 58.

²⁵ In Corsi, Giancarlo, Esposito, Elena e Baraldi, Claudio, *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*, Cidade do México: Universidade iberoamericana, Biblioteca Francisco Xavier Clavigero, Centro de Información Académica, 1996, tradução para o espanhol de Miguel Romero Pérez e Carlos Villalobos, sob coordenação de Javier Torres Nafarrate, p. 54.

²⁶ Campilongo, Celso F. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*, São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 21.

²⁷ Campilongo, Celso F. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*, São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 22.

forma fechada, não como um conjunto de valores éticos-morais, nem metajurídicos, mas busca da “consistência adequada do processo decisório”²⁸, o que se desenvolve por meio de *respeito ao procedimento legal* (legitimidade pelo procedimento) e *abandono de operações não típicas do sistema jurídico*.

Insista-se: é na diferenciação que o direito executa a função típica do sistema que o compõe, não podendo atuar – operar – com ferramentas e instrumentos dos demais sistemas, nem o político, nem o educacional, nem o religioso, nem qualquer outro. Opera, gerando valor apenas pela decisão entre *lícito e ilícito*. Não cria o sistema normativo, não resolve os problemas da propriedade (ter x não ter), da economia, nem socorre – ou se socorre! – dos elementos do sistema familiar. Uma ressalva relevante mostra-se a da criação do direito pelo direito, função que também é típica do sistema jurídico. Direito construído pelo próprio direito, apenas e tão somente pela gestão do código *lícito-ilícito*: jurisprudência.

Nas chamadas causas de grande complexidade, há espaço para a supressão de lacunas do ordenamento positivo, o que não contraria a atribuição de valor (sentido) ao código (direito x não-direito), como ocorre, por exemplos, no conflito de normas constitucionais de mesmo porte (oposição entre duas garantias fundamentais do cidadão, v.g.) e nas decisões em mandado de injunção, se tomadas no sentido de concretizar a norma ausente no ordenamento, não só na via de constituição do Poder Legislativo em mora²⁹. Esta é a função que estabelece nas diferenciações dos sistemas, como “pedra angular”³⁰ da construção do edifício social.

Assumindo esta função de atribuir valor ao lícito (e compreender, estabelecendo, o ilícito) o sistema jurídico acaba por erigir os tribunais a um lugar notável no centro de operações de seu sistema. Não se discute, neste passo, o poder político dos tribunais, nem próprios dos magistrados, diferença emergente no debate Lassalle/Hesse, do qual resulta, para Lassalle, possível os “magistrados angariarem poder político próprio”, enquanto Hesse admite que o “poder político dos tribunais será sempre restrito aos intuitos dos fatores reais de poder”³¹. Isto porque a questão do poder político, em sentido genérico, dos tribunais afetaria o dilema das possibilidades de construção de políticas públicas

²⁸ *Idem ibidem*.

²⁹ Não é tema deste artigo a análise do mandado de injunção. A referência merece, no entanto, a dilação de que a criação pura e simples da norma ausente, como, ao que parece, será a nova posição do Supremo Tribunal Federal, doravante, não ultrapassa os limites operativos do sistema jurídico. Com efeito, ao julgar procedente uma ação de injunção, o Judiciário está a dizer tripla enunciação: há ausência normativa sistêmica, a ausência impede o gozo de direito presente (lícito) no ordenamento e, por isto, a norma que se aplicará, enquanto o sistema político não a insira no mundo do direito positivo, será tal ou qual.

³⁰ Luhmann, N. *Stato di diritto e sistema sociale*, Napoli: Guida Editori, 1978, p. 58: “*in questo senso, la giurisdizione svolge la funzione di pietra angolare nella differenziazione del sistema*”.

³¹ Avaliação que se retira de Favetti, Rafael Thomaz, *in Controle de constitucionalidade e política fiscal*, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 28.

por parte do Judiciário, como faz Dworkin, para quem “justiça seria o resultado correto do sistema político”³², tema de que não se afeta o presente estudo. A análise necessária, então, é a posição dos tribunais no sistema jurídico, como operador central do código *lícito-ilícito*. Evoca-se, para tanto, o poder compulsório das decisões, sua característica impositiva ao grupo social, acompanhado do dever de sempre julgar, que emana do princípio do *non liquet*. Neste sentido:

*“neither statutes nor contracts are the consequence of compulsory decision-making. The estauts of the falidity of the legal system can be changed by choosing these forms – or not. In this respect, only courts are in adicional noturno exceptional position. Laws or contracts may be forced to chage for political or economic reasons. But these are pressures of a different king and, qhen faced with them, the legal system is free to decide in which contexts such pressures are legally relevant – or not. Courts, however, have to decide each case that is submitted to them for legal reasons”*³³.

Eis o paradoxo que coloca o Judiciário – as cortes – no centro do sistema jurídico: suas decisões são imponíveis ao conjunto da sociedade, por consenso estrutural – uma das principais características da jurisdição é a inevitabilidade –, mas, ainda que o ordenamento não privilegie o resolva determinados problemas, que são cada vez de maior complexidade, deve sempre julgar, decidir – o que traz outra das importantes características da jurisdição, que é a indeclinabilidade. Estes dois elementos tornam fechado, sobremaneira, o sistema jurídico, na atuação dos Tribunais.

Em síntese: operando apenas o código lícito-ilícito, atribuindo-lhe valor, com o objetivo de estabilizar a congruência de expectativas normativas, os Tribunais ocupam lugar central no sistema jurídico (no direito), impondo-se-lhe sempre o dever de solucionar as controvérsias submetidas, ainda que outras saídas hajam, de melhor resultado, se experimentadas em outros sistemas³⁴.

Se é assim, importa, para prosseguimento da análise, aproximar do estudo o poder normativo da Justiça do Trabalho, com a intenção de verificar se, como posto historicamente, revelava-se uma operação sistêmica do Poder Judiciário. É o que se faz, doravante.

³² Idem, p. 29.

³³ Luhmann, N. *Law as social system*, Oxford: Oxford University Press, 2004, pp 291-2.

³⁴ Numa exemplificação óbvia: a atividade de fixação de preços de produtos incumbe, com muito maior tecnicidade, ao sistema econômico, não obstante, chegando ao Judiciário pedido válido (procedimentalmente aceitável) de fixação de certo preço, o sistema jurídico deverá resolver o dilema, atribuindo valor dentro do código típico de sua operação.

5. Poder normativo da Justiça do Trabalho

Conceitua-se o poder normativo da Justiça do Trabalho, pela capacidade legalmente atribuída a este ramo do Judiciário de, na solução de dissídios coletivos, criar normas jurídicas aplicáveis a determinadas categorias profissionais e econômicas. Assim se refere ao tema, José Augusto Rodrigues Pinto: “é a competência determinada a órgão do poder judiciário para, em processo no qual são discutidos interesses gerais e abstratos, criar norma jurídica destinada a submeter à sua autoridade as relações jurídicas de interesse individual concreto na área da matéria legislativa”.³⁵

Seu valor surge do texto constitucional, repetido com algumas irrelevantes variações, até a Constituição da República de 1988, nestes termos:

Artigo 114, § 2º: “recusando-se qualquer das partes à negociação ou à arbitragem, é facultado aos respectivos sindicatos ajuizar dissídio coletivo, podendo a Justiça do Trabalho estabelecer normas e condições, respeitadas as disposições convencionais e legais mínimas de proteção ao trabalho”.

Leia-se o texto. O pressuposto é a negociação coletiva, forma de solução-prevenção de litígios por autocomposição, levada a cabo pelos sindicatos, que representam categorias econômica e profissional. A negociação coletiva, a seu turno, tem por objetivo maior o avanço das condições sociais dos trabalhadores, direito reconhecido pelo próprio sistema constitucional. Havendo frustração na negociação coletiva, dizia o texto suso transcrito, hoje revogado, que às partes havia a possibilidade de conversão do método para heterocomposição, com a participação de árbitros – solução por decisão judiciosa privada. E, finalmente, na negação – ou na frustração – desta via, surge a possibilidade de submissão do conflito ao Poder Judiciário Trabalhista, que deverá decidi-lo – *non liquet* – por intermédio da *criação de normas*.

Evidencia-se o caráter criativo de novas normas no seio deste instituto, na definição da natureza das decisões tiradas em dissídios coletivos. Dentre outros, Ives Gandra da Silva Martins Filho preleciona que estas decisões não têm caráter constitutivo, porque não estabelecem a criação de novas *relações jurídicas*, baseadas no normativo positivo já existente, mas têm natureza *dispositiva*, isto é, a mesma natureza das leis, “porque *dispõe* sobre determinada relação jurídica, estabelecendo novas obrigações e direitos, como uma lei entre as partes”³⁶.

Evidencia-se, pois, que o poder normativo faz nascer novas regras de direito, não de forma incidental, como a suso referida possibilidade de criação de direito com o

³⁵ *Direito sindical e coletivo do trabalho*, São Paulo: LTr, 2002, p. 270.

³⁶ Martins Filho, Ives Gandra da Silva, *Processo coletivo do trabalho*, 2 edição, São Paulo: LTR, 1996, p. 54.

próprio direito, mas de forma genuína, originária, como o faz o sistema político, na via legislativa. Toma, ao invés do código lícito-ilícito,

Há críticos e apoiadores do poder normativo, com apaixonados de ambos os lados da discussão. Os que defendem sua manutenção, costumam evocar a necessidade de proteção das categorias inorganizadas, isto é, aquelas que bem não se representam por meio de seus sindicatos, ou que têm pouquíssima capacidade de mobilização. Uma greve dos fabricantes de chapéu, por exemplo, que não causa qualquer prejuízo efetivo e imediato à maioria da população, nem invade qualquer atividade empresarial economicamente relevante, não será útil à concretização de suas lutas e ao atendimento de suas reivindicações. Para estas categorias, o poder normativo angaria alto valor, na medida em que dá ao Tribunal Regional do Trabalho a possibilidade de suprir a incapacidade negocial, outorgando melhora das condições de trabalho, mesmo em face da negativa negocial do empregador.

Dentre os defensores, indique-se o ministro Luciano de Castilho:

*“penso que deva ser preservado o Poder Normativo da Justiça do Trabalho. Nesta quadra de nosso desenvolvimento, nada recomenda o absentismo estatal. Ele deve ser preservado, como aqui recomendado, tendo sempre em vista a prioridade da negociação coletiva”*³⁷.

A seu lado, o ministro Tarso Genro:

*“Nenhum Estado ausente dos conflitos, ou que naturaliza os conflitos, é um Estado de Justiça, já que a justiça social é o que funde mais radicalmente a Política e o Direito. Não existe Política e Direito modernos que não remetam para a questão do Estado Moderno”*³⁸.

No canto oposto do tablado, recorde-se o posicionamento de José Pastore:

*“No momento em que o poder normativo for eliminado, o Brasil ganhará a sua maioria no campo das relações do trabalho e os 3 milhões de conflitos levados anualmente à Justiça diminuirão em 95%. Os 5% restantes, serão todos de natureza jurídica, requerendo profundo conhecimento das leis e demais dispositivos legais de juízes togados –dispensando-se os classistas”*³⁹.

³⁷ In “Negociação coletiva – greve – poder normativo”, artigo disponível em www.tst.gov.br/ArtigosJuridicos/GMLCP/NEGO-CIACAOEPODERNORMATIVO.pdf, acessado em 20 de julho de 2007.

³⁸ In “Em defesa do poder normativo e da reforma do Estado”, artigo disponível em http://www.origem.ppg.br/clientes/tarso/index.php?p=p_32&sName=Em%20Defesa%20do%20Poder%20Normativo%20e%20da%20Reforma%20do%20Estado, e acessado em 20 de julho de 2007.

³⁹ In “O fim dos juízes classistas”, artigo disponível em <http://www.josepastore.com.br/artigos/relacoestrabalhistas/026.htm> [acessado em 20 de julho de 2007].

Eis, pois, a delimitação do instituto, o poder normativo, nascido na legislação trabalhista vigente desde a década de 40, no Brasil. O prosseguimento da indagação implicará a leitura desta atividade, do Judiciário Trabalhista, sob a ótica da Teoria dos Sistemas, sobretudo com a intenção de verificar sua compatibilidade com a operatividade fechada do sistema jurídico, tal como proposta pela referida estratégia de análise.

6. Operação do poder normativo e critérios de diferenciação do sistema jurídico

Como visto, a característica central do modelo teórico proposto por Luhmann é a diferenciação funcional dos diversos sistemas, o que decorre da identificação de operações típicas e exclusivas – e excludentes, portanto – realizadas apenas por um só dos sistemas. A metáfora da mesa de bilhar induz ao entendimento da relação entre os sistemas no ambiente, porque indica que cada sistema figura como uma bolha de bilhar, na mesa de jogo. É do jogo, que essas bolas batam umas às outras, mas é essencial à continuidade – ou, noutra, da validade – do jogo, que as bolas, batendo, não se dilacerem, não se deformem, não se excluam, com a remessa para fora da mesa de operações. De tal figura emergem, entre outros esclarecimentos, as idéias de diferenciação constante (entre as bolas, entre os sistemas) e de operação fechada (clausura do sistema).

Uma atividade judicial historicamente realizada pela Justiça do Trabalho, o julgamento de dissídios coletivos, lança mão de um instituto particular o direito processual do trabalho, que é o poder normativo, já conceituado como a autorização constitucional de criação de normas específicas para as categorias, pelo Judiciário, na decisão impositiva – *non liquet* – desses dissídios coletivos.

Ao operá-la, a Justiça do Trabalho nega validade ao dever de ação operativamente fechada, porque se instrumentaliza de ferramentas de outros sistemas, causando o fenômeno da *desdiferenciação*, ou da perda da *diferenciação*. Não aplica a lei, dizendo se a pretensão mostra-se lícita ou ilícita, código adequado ao funcionamento do sistema jurídico, mas ultrapassa os limites de operação, para criar o direito, com base em outros fundamentos, que não o próprio direito.

Tome-se, da enorme gama de possibilidades, o exemplo de uma cláusula contida em várias sentenças normativas – embora as decisões sejam tomadas pelo Tribunal, que prolata *acórdãos*, a tradição identifica as decisões em dissídio coletivo como *sentenças normativas* – que é a de reajustamento salarial, com revisão das perdas e aumento real.

Com efeito, a categoria profissional pode, no afã de alcançar melhores condições sociais dos trabalhadores, por meio de seu sindicato, postular reajuste dos salários,

intenção sempre presente na história das negociações coletivas, quer em face da elevada inflação de outrora, quer por conta da extinção de qualquer regulamentação *normativa* – isto é, em texto de lei positiva – assegurando reajuste de salários desde a implantação do plano real. Frustradas a via da negociação coletiva (autocomposição) e não surtindo efeito a tutela arbitral, o pedido pode vir ao Juízo Trabalhista. Por regramento expresso da Consolidação das Leis do Trabalho, a competência funcional será do Tribunal Regional do Trabalho ou do Tribunal Superior do Trabalho, segundo os limites geográficos da representação sindical. Se dentro dos limites de jurisdição de um só Tribunal Regional do Trabalho, perante este, se ultrapassar os limites do Tribunal Regional do Trabalho, perante o Tribunal Superior do Trabalho⁴⁰.

O Tribunal Regional do Trabalho decidirá, pois, se a categoria faz jus ao aumento salarial, fixando-lhe, ainda o valor. Típica atividade de precificação, não atinente, nem pertinente, ao funcionamento do sistema jurídico.

No intrigante ensaio sobre a restrição das atividades criativas da Justiça, Duncan Kennedy⁴¹ propõe um caso concreto, eventualmente ligado do mundo do trabalho, segundo o qual o juiz virtualmente estabelecido pelo jurista busca solucionar uma questão de greve e direitos dos trabalhadores no curso da greve, mas pretende dar à lide um julgamento diverso ao estabelecido pelo núcleo normativo aplicável ao tema. Ali, o jurista constrói a busca de um paradigma restritivo da criação judicial, indicando: 1. o dever de manter-se apogado à legalidade, 2. o dever de apresentar fundamento à decisão, 3. a qualidade da argumentação utilizada na montagem da decisão terá nítida relação com sua capacidade de ser mantida, isto é, não reformada, 4. a preocupação de que a decisão judicial criará *jurisprudência*, podendo, em grande medida, criar paradigmas para a solução de casos análogos e futuros, 5. a liberdade do juiz será melhor respeitada se suas decisões forem acolhidas pelas instâncias superiores, o que lhe trará credibilidade, e 6. o nítido caráter ético de qualquer decisão judicial, que, como argumentação, é, também, *argumentação ética*. Estes dilemas acompanham o trabalho do juiz, quotidianamente. Compatibilizar o atendimento ao dever de fundamentar as sentenças, observando a formação da jurisprudência, atento à necessária credibilidade de suas decisões, a par de dar ao caso concreto um julgamento que traduza sua certeza de justiça (ética ou ideológica, sobretudo), qualquer que sejam as estipulações legislativas em debate (leis, decretos, normas administrativas, Constituição, princípios etc.).

⁴⁰ A única exceção atine ao estado de São Paulo que dispõe de dois TRTs, um com sede em Campinas, da 15ª Região, e jurisdição sobre todo o estado, menos a região da Grande São Paulo, que fica sob jurisdição do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Neste único caso, ultrapassados os limites dos dois regionais, mas mantida a lide no âmbito do Estado de São Paulo, a competência será do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região.

⁴¹ Cf. *Libertad y restricción en la decisión judicial: una fenomenología crítica*. Bogotá: Siglo del hombre, 1999, pp. 91-221.

O exercício do poder normativo extrapola, no entanto, as dificuldades encontradas por Kennedy em sua estilização de julgamento, porque ignora, autorizada pelo próprio ordenamento positivo, as leis, para, outrossim, criá-las. Com outra agravante: por sua natureza, a sentença normativa não precisa de *fundamento* específico, bastando-lhe a justificativa constitucional de sua existência. Vale dizer, quando a cláusula eleita para análise – o aumento salarial – é deferida, concede-se apenas o aumento, sem necessidade de informar qualquer fundamento, quer para o deferimento do pedido inicial dos trabalhadores, quer do valor atribuído ao reajuste.

Caricadamente: o sindicato autor postula reajuste de 10%, a parte contrária contesta, pedindo que não se defira qualquer aumento, ou que seja fixado no patamar de 3%, a sentença normativa defere o índice de 6,44%. Apenas a contestação, em termos práticos, contém argumentação jurídica fundamentada, que se revela, muitas vezes, no princípio da legalidade e em dados concretos da categoria econômica, que demonstram a inexistência, por exemplo, de aumento da produção ou dos resultados naquela área econômica de atuação. Note-se o seguinte exemplo, retirado do julgamento no dissídio coletivo dos Trabalhadores das Autarquias de Fiscalização do Exercício Profissional e Entidades Coligadas no Estado de São Paulo, pelo Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo, quanto à data base de 2004:

“2) Reajuste salarial – Reajuste dos salários vigentes em abril de 2004, mediante aplicação do Índice do Custo de Vida calculado pelo Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Sócio-Econômicos (ICV-Dieese) referente ao período de 1º de maio de 2003 a 30 de abril de 2004. Os salários vigentes em abril de 2004 serão reajustados pelo índice ora arbitrado, de 4,36%, correspondente ao ICV-Dieese, tal como pleiteado pelo suscitante”.

Ou, ainda, a cláusula 12 do mesmo julgamento:

“12. Gratificação. O Conselho/Ordem efetuará a seus funcionários o pagamento de um abono anual, a título de gratificação, correspondente a 1 (um) salário vigente na época do seu recebimento, garantidas as condições mais favoráveis já praticadas”.

Leia-se, com clareza: não há qualquer fundamento esboçado que seja pela decisão judicial, para sustentar o pedido deferido, bastando a autorização constitucional de manejo do poder normativo, para que a regra seja, simplesmente, criada. E, neste passo, a impositiva conclusão é a de que o espaço preenchido pelo poder normativo não conforma comunicação executada por meio do código *licito-ilícito*, utilizando-se, isto sim, de elementos externos ao sistema jurídico.

A fixação de aumentos salariais, sem qualquer fundamento jurídico, implica disposição de lei, norma genérica e que não exige, para sua validade legítima, a argumen-

tação típica do discurso (comunicação) jurídico. Ademais, no caso particular da fixação de valores salariais – aumentos, reajustes, pisos – está a imiscuir-se em seara do sistema econômico (precificação).

Ultrapassa, pois, os limites do próprio sistema, invadindo, e, com isto, perdendo a diferenciação, o espaço de outros sistemas sociais. E, confirmando a conclusão, o resultado decorrente de tal invasão impõe prejuízos – ou, na melhor das hipóteses, impede a aquisição de ganhos – na solução dos conflitos, que poderiam ser resolvidos no âmago de sistemas diversos. A história do processo coletivo do trabalho demonstra que o poder normativo inibe o aperfeiçoamento da negociação coletiva, como expressa Octávio Bueno Magano⁴²:

“a redução do poder normativo da Justiça do Trabalho se recomenda porque seu exercício, durante longos anos, não o exaltou, antes o depreciou, não só por ser fator desestimulante do processo de negociação coletiva, mas também porque implica frequentemente intervenções atabalhoadas na ordem econômica e social”.

A Emenda Constitucional 45 de 2004, resultante da reforma do Poder Judiciário, iniciada em 1992, alterou, substancialmente, o funcionamento do poder normativo na Justiça do Trabalho, o que pode alterar a conclusão de que este instrumento, aplicado nos processos coletivos do trabalho, não se coaduna com o código típico do sistema jurídico. A análise do novo perfil do instituto ocupa a próxima sessão deste estudo.

7. Emenda Constitucional 45/2004 e modificações no perfil do poder normativo

O histórico processo legislativo de reforma do Poder Judiciário iniciou-se em 1992, com o projeto de Emenda Constitucional 29, relatado, inicialmente, pelo deputado federal Hélio Bicudo e, transpondo mais de uma década, resultou na publicação da Emenda Constitucional 45, em 31 de dezembro de 2004. Parcela relevante do funcionamento da Justiça do Trabalho restou alterada pela referida emenda constitucional, em particular no que diz respeito à sua competência material. As mudanças, neste ramo especializado da Justiça, no entanto, não cessaram no tema apontado, penetrando no universo do dissídio coletivo e, por conseguinte, no poder normativo.

Comparem-se, inicialmente, os textos vigentes e o anterior, quanto à matéria em análise:

⁴² Citado por Rocha, Marcelo Oliveira. Convenções e acordos coletivos de trabalho. *Jus Vigilantibus*, Vitória, 8 mai. 2006. Disponível em: <http://jusvi.com/doutrinas_e_pecas/vcr/21099> [acessado em 20 de julho de 2007].

“Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convenionadas anteriormente”.

Já o anterior, vinha vazado assim:

“Recusando-se qualquer das partes à negociação ou à arbitragem, é facultado aos respectivos sindicatos ajuizar dissídio coletivo, podendo a Justiça do Trabalho estabelecer normas e condições, respeitadas as disposições convencionais e legais mínimas de proteção ao trabalho”.

Vejam-se, pontualmente, as diferenças encontradas.

Ambos garantem a permanência do exaurimento da tentativa negocial, como condição de ajuizamento do dissídio coletivo. Ambos os textos constitucionais enunciam: “recusando-se qualquer das partes à negociação”. O Tribunal Superior do Trabalho, sob a antiga ordem constitucional, já havia firmado posição clara no sentido de constituir a prévia negociação exaurida em condição do ajuizamento da medida coletiva, o que se exemplifica com esta decisão relatada pelo Ministro Ronaldo Leal:

DISSÍDIO COLETIVO – AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTOS DE CONSTITUIÇÃO E DESENVOLVIMENTO VÁLIDO E REGULAR DO PROCESSO – A partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, o esgotamento da via negocial passou a ser elemento indispensável ao ajuizamento da ação coletiva (art. 114, § 2º). Pressupondo a instauração de instância o malogro das tentativas de composição amigável, deve o suscitante, primeiramente, comprovar nos autos que as condições de trabalho, objeto deste feito, foram aprovadas pela categoria de forma legal e que se encontra devidamente autorizado para negociá-las junto à classe patronal com a finalidade de firmar acordo ou convenção coletiva. Em segundo lugar, é necessário também que o suscitante demonstre, de forma cabal, haver tentado chegar, verdadeiramente, a uma composição amigável antes de buscar o pronunciamento desta justiça especializada. O sindicato profissional não atentou para as disposições contidas no seu estatuto, quando da convocação da categoria para a assembléia geral, e no art. 612 da CLT, no pertinente ao *quorum* legal necessário para a validade daquele evento, bem como não demonstrou o exaurimento das tentativas de negociação prévias, exigência constitucional para a instauração da instância coletiva. Inobservadas, pelo suscitante, formalidades imprescindíveis ao ajuizamento do dissídio coletivo, o processo é extinto sem apreciação do mérito, na forma do art. 267, IV, do Código de Processo Civil.⁴³

⁴³ TST – RODC 612177 – SDC – Rel. Min. Ronaldo José Lopes Leal – DJU 24.11.2000, p. 482.

Para o aresto em referencia as “formalidades imprescindíveis ao ajuizamento do dissídio” incluem a necessidade de as partes demonstrarem “haver tentado chegar, verdadeiramente, a uma composição amigável antes de buscar o pronunciamento desta justiça especializada”. A autocomposição forma a maneira natural de solução dos dissídios coletivos, porque solve a lide – ou evita que ela ecloda – sem intervenção estatal. Apenas afastada de forma peremptória a saída consensual, as partes podiam, já na vigência do Texto Constitucional de 1988, acorrer ao Judiciário.

Inexiste, no entanto, ao contrário do que equivocadamente já se sustentou, direito ao resultado positivo da negociação, noutras palavras, o direito das partes, obrigatoriamente, transigirem. Daí imaginar-se que o direito de acesso ao Judiciário (direito de ação), no plano do dissídio coletivo, corresponderia a um direito material de obter o resultado afirmativo da negociação, ou o acordo.

A nova Constituição da República estabelece o mesmo pré-requisito, firmando posição em favor da valorização da negociação livre entre as partes, na busca de uma sociedade mais justa e do aprimoramento das relações trabalhistas, com o conseqüente aparelhamento do rol de normas, já não pequeno, de proteção ao trabalho.

No plano da identidade entre os textos, as normas são, ainda, unívocas, ao autorizarem as partes à arbitragem, colocada como alternativa ao resultado negativo da negociação coletiva.

Mas estancam-se aí as identidades.

Restringiu⁴⁴ a Carta Política vigente, em muito, pela EC 45, o acesso a essa via de solução dos conflitos coletivos, ao estabelecer que, frustradas a negociação e a arbitragem, as partes só podem acorrer a Juízo por “mútuo acordo”. Paradoxo aparente. Se não transigiram, se não concordaram em caminhar para a arbitragem, poderão socorrer-se, por iniciativa recíproca, ao Judiciário?

Paradoxo apenas aparente.

Com efeito, para tachar de paradoxal a exigência do texto, preciso seria conceber a existência de um direito tutelável, que seria o direito ao acordo, ou o direito ao resultado positivo da negociação. Não atingido, prevaleceria, em face da garantia constitucional de

⁴⁴ Os parágrafos que se seguem, na análise do texto constitucional reformado, extraem-se do artigo: Primeiras linhas sobre a metamorfose do dissídio coletivo - Emenda Constitucional 45 e reforma sindical, que publiquei em Arruda Pinto, Roberto Parahyba de (coordenador), *O direito e o processo do trabalho na sociedade contemporânea – homenagem a Francisco Ary Montenegro Castelo*, São Paulo: LTr, 2005, a partir da p. 243.

acesso à jurisdição, a intervenção judicial, pelas mãos do Poder Normativo. Não existe, no entanto, no sistema pátrio, qualquer disposição que assegure aos interessados, o fim útil da negociação. O direito limita-se ao reconhecimento da validade, tão ampla quanto as demais normas heterogêneas do direito do trabalho, do resultado negocial a que, espontaneamente, cheguem as partes, na forma do art. 7º, XXVI. Garantia de que todo processo negocial culminará em acordo não prevalece no sistema jurídico brasileiro.

Bom é notar que a OIT, por seu comitê de liberdades sindicais, já se manifestou sobre a matéria, referindo-se, por acaso, a um problema egresso do Brasil. Na greve dos petroleiros, eclodida com violência e persistência nos anos 90, o agente econômico, a Petrobrás, empregadora única dos trabalhadores dessa categoria profissional, suscitou dissídio coletivo, buscando solver o conflito, há muito deflagrado e que lhe trazia notórios prejuízos, com a paralisação praticamente total das unidades refinadoras. O Tribunal Superior do Trabalho foi acionado, por meio de dissídio coletivo, e prolatou decisão, a que não deram cumprimento os trabalhadores, fato que ensejou a aplicação de multas elevadíssimas⁴⁵. A Central Única dos Trabalhadores, CUT, formalizou reclamação perante o Comitê de Liberdades Sindicais e obteve manifestação daquele importante órgão da Organização Internacional do Trabalho, no sentido de se constituir atentado à liberdade sindical – conduta anti-sindical – a possibilidade de um dos atores do embate coletivo requisitar interferência do Poder Judiciário.

As diferenças não cessam, no entanto, por aí.

A novel Constituição da República estatui, ainda, que, concordando ambas as partes, a única via de acesso ao Poder Judiciário será a do dissídio econômico, eliminando, por exclusão intencional, as demais formas de dissídios coletivos, antes presentes no ordenamento pátrio, como o de interpretação e o de revisão (art. 873, CLT). Enfaticamente, limitou o constituinte derivado reformador as hipóteses de acesso ao dissídio coletivo apenas aos de interesse, ou, pela letra da lei, os econômicos.

Na decisão do Tribunal, também modificação relevante encontra-se estampada no texto. Antes, podia a Corte “estabelecer” normas, vale dizer, criar novas regras, não previstas em lei, para satisfação do litígio. Hodiernamente, à luz da nova ordem constitucional, não há qualquer autorização para tanto.

Os limites do poder normativo oscilaram ao longo dos tempos e sob as diferentes perspectivas dos Tribunais Superiores. Relatada por Coqueijo Costa, antiga decisão do Tri-

⁴⁵ A história confirmou, depois, a ineficácia dessas multas, porque, como noticiado amplamente, o Congresso Nacional emitiu, antes da cobrança final das multas referidas, decreto legislativo isentando a Federação de Trabalhadores das punições.

bunal Superior do Trabalho procura estabelecer, com analogia geográfica, tais limites: “Poder normativo. 1. O poder normativo atribuído à Justiça do Trabalho limita-se, ao norte, pela Constituição Federal; ao sul, pela lei, a qual não pode contrariar; a leste, pela equidade e o bom senso; e a oeste, pela regra consolidada no artigo setecentos e sessenta e seis, conforme a qual nos dissídios coletivos serão estipuladas condições que assegurem justo salário aos trabalhadores, mas ‘permitam também justa retribuição às empresas interessadas’”.⁴⁶

Já o Supremo Tribunal Federal, em mais de uma decisão, restringiu a operação do poder normativo, concluindo que as cláusulas criadas nas sentenças normativas “a despeito de configurarem fonte de direito objetivo, revestem o caráter de regras subsidiárias, somente suscetíveis de operar no vazio legislativo, e sujeitas à supremacia da lei formal (art. 114, § 2º, da CF)”⁴⁷. Segundo o Pretório Excelso, a criação de normas por meio do deslocamento da competência legislativa ocorreria apenas no vazio da lei e, ainda, quando não houvesse “reserva legal”. Vale dizer: não se poderia inovar por dissídio coletivo primário qualquer dos aspectos do direito do trabalho já regulados pela lei ou pela Constituição da República, assim como não se poderia invadir a competência do Legislativo, quando o ordenamento apontasse para a lei como fonte formal de determinado direito. Exemplo da primeira hipótese é o valor da hora extraordinária, já estabelecido em 50% pela Constituição Federal; exemplo da última é o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço “nos termos da lei”, previsto no inciso XXI do art. 7º da Carta Política.

Ao extirpar da letra constitucional a expressão “estabelecendo normas”, o constituinte derivado tolheu os Tribunais Trabalhistas do exercício criativo de regras gerais e de aplicação irrestrita. Destaque-se, ainda, que, sob a égide da Constituição da República de 1988, a decisão haveria apenas de respeitar as garantias mínimas estabelecidas pela lei e pelas convenções, mas o texto vigente acrescenta o respeito às “convencionadas anteriormente”. Não é possível interpretar a referida disposição, ignorando o advérbio “anteriormente”. Se ele não existisse na frase, nenhuma alteração teria ocorrido. Sua inserção, no entanto, aponta para sensível modificação. Ao decidir o dissídio, o Tribunal terá como piso a garantia legal e como teto as condições anteriormente pactuadas. Para solucionar um dissídio coletivo entre categorias que, no passado, já houverem pactuado, por exemplo, fixação de patamar superior a 50% para o pagamento de horas extraordinárias, poderá o Tribunal do Trabalho elevar o *plus* mínimo da Constituição até o limite “anteriormente convencionado”.

Tal disposição supervaloriza, inequivocamente, a responsabilidade na negociação e faz surgir, incidentalmente, um potencial efeito abrangente das cláusulas fixadas por negociação coletiva. Não importa quando, se já houve sobre o ponto consenso, o Tribunal

⁴⁶ TST RODC nº 30/82, em 27.05.82, T. Pleno, Rel. Min. Coqueijo Costa. DJ 12.08.82.

⁴⁷ RE 197.911-9, 1ª Turma, Rel. Min. OCTÁVIO GALLOTTI, proferido em 24.09.1996.

pode evocá-lo para, aí sim, no estreito espaço que restou ao Poder Normativo, ressuscitar o acordado, convertendo-o em sentença normativa.

Estreito braço de areia restou cercado de água por todos os lados, na península do Poder Normativo, que se encontra no mar dos conflitos coletivos.

O exercício⁴⁸ de comunicação equivalente à operação de julgamento dos dissídios coletivos sofreu, pois, grave e distintiva alteração, enquadrando-se, como parece, ao código estrito (e restritivo) do sistema jurídico. Com efeito, o minguado poder normativo poderá, doravante, ser exercido pelos Tribunais do Trabalho, apenas com base nas normas de proteção vigentes, sem olvidar as “bem como as convenionadas anteriormente”. Estas referem-se ao resultado positivo da negociação coletiva, em acordos e convenções coletivas anteriores, que envolveram as categorias em litígios. Em termos práticos, retomando a cláusula de reajuste salarial tomada por exemplo neste estudo, será possível o deferimento de qualquer recomposição salarial, se e como esta reconstrução operou-se em norma autônoma anterior. Noutras palavras, diante do pedido de aumento salarial, o Tribunal poderá deferi-lo, identificando o critério de cálculo do reajuste, tal como já estabeleceram, outrora, as categorias litigantes, por ato espontâneo (forma de autocomposição, acordo ou convenção coletiva de trabalho), em anos anteriores.

Os acordos e convenções coletivas são, como cediço, fontes de direito material do trabalho, como se lê no ensino de Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva:

“Na evolução das relações entre capital e trabalho evidencia-se, mormente nos últimos tempos, a valorização dos instrumentos jurídicos oriundos da negociação coletiva como fonte formal do Direito, por traduzirem os reais interesses coletivos das categorias econômicas e profissionais.

A convenção ou acordo coletivo de trabalho, nascida da negociação coletiva vitoriosa, compõe-se fundamentalmente de normas jurídicas que delineiam condições de labor aplicáveis, no lapso de vigência, às relações individuais de trabalho abarcadas nos âmbitos pessoal e espacial de representação dos entes convenientes.

Dessarte, por formarmos um Estado Democrático de Direito, a Constituição Federal de 1988 imprimiu nova roupagem à autonomia privada coletiva, privilegiando este poder social de solucionar conflitos laborais, pois ninguém melhor do que os próprios atores sociais, que vivenciam o cotidiano laboral, para saber das possibilidades de avanço e retrocesso na construção do Direito”.⁴⁹

⁴⁸ Cessa neste parágrafo a transcrição do artigo mencionado em nota anterior.

⁴⁹ In “Limites do conteúdo da negociação coletiva”, *Juris Síntese* nº 53 - Mai/Jun de 2005, Porto Alegre: Síntese-IOB.

E como tais – fontes materiais do direito do trabalho – ocupam-se da *linguagem do direito*, do que resulta que o direito construído a partir destas normas coletivas faz-se apenas por meio do próprio direito. Esta forma de validação do código típico do sistema jurídico passa a ser plenamente aceitável, já que existe espaço criador na comunicação interna do direito, enquanto sistema social, até mesmo no que diz respeito à decisão judicial.

8. Conclusões

Após averiguar subsídios elementares da conformação da Teoria dos Sistemas e conceituar o poder normativo da Justiça do Trabalho, tal como vigente nas Constituições da República até a de 1988, impôs-se a conclusão de que esta forma de comunicação – a decisão em dissídio coletivo, com o uso do poder normativo – extrapola os limites do sistema jurídico, invadindo a seara dos demais sistemas, como o político e o econômico.

As alterações emergentes do Texto Constitucional emendado em 2004 (EC 45) impelem, no entanto, à reflexão de que o novo modelo de poder normativo, reduzido, mais comedido e, sobretudo, exercido sobre as cláusulas anteriormente pactuadas em acordos ou convenções coletivas, pode devolver a enunciação comunicativa em análise – o julgamento em dissídio coletivo, por meio do poder normativo – para o estrito campo das comunicações jurídicas, no âmbito deste mesmo sistema.

As distorções e prejuízos emanadas da cinqüentenária prática do uso do poder normativo abstrato contrapõem-se, no entanto, a alguns ganhos para os grupos beneficiados por tais decisões, o que não impede, no entanto, de se reconhecer que maiores são os deméritos do que os méritos de tal aplicação, confirmando-se que a invasão sistêmica não indica a solução mais adequada para os conflitos sociais. Resolve-se, com menor complexidade, no âmbito da economia, o conflito que se pode transferir para este sistema (ou subsistema) social, assim como não se solucionam a contento os conflitos que demandam a atribuição de valor ao código *licito-ilícito*, senão pela utilização do sistema jurídico.

9. Bibliografia

ARTAUD, Antonin *Le théâtre et son double*. Paris: Gallimard, 1964.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CASTILHO, José Luciano de. Negociação coletiva – greve – poder normativo, artigo disponível em www.tst.gov.br/ArtigosJuridicos/GMLCP/NEGOCIACAOEPODERNORMATIVO.pdf, acessado em 20 de julho de 2007.

CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Cláudio. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. Cidade do México: Universidade iberoamericana, Biblioteca Francisco Xavier Clavigero, Centro de Información Académica, 1996, tradução para o espanhol de Miguel Romero Pérez e Carlos Villalobos, sob coordenação de Javier Torres Nafarrate.

DE GIORGI, Raffaele. *Direito, tempo e memória*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

FAVA, Marcos Neves. Primeiras linhas sobre a metamorfose do dissídio coletivo - Emenda Constitucional 45 e reforma sindical in ARRUDA PINTO, Roberto Parahyba de (coordenador), *O direito e o processo do trabalho na sociedade contemporânea – homenagem a Francisco Ary Montenegro Castelo*. São Paulo: LTr, 2005.

FAVVETTI, Rafael Thomaz. *Controle de constitucionalidade e política fiscal*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003.

GENRO, Tarso. Em defesa do poder normativo e da reforma do Estado, artigo disponível em http://www.origem.ppg.br/clientes/tarso/index.php?p=p_32&sName=Em%20Defesa%20do%20Poder%20Normativo%20e%20da%20Reforma%20do%20Estado [acessado em 20 de julho de 2007].

GONÇALVES DA SILVA, Luciana Aboim Machado. Limites do conteúdo da negociação coletiva in *Juris Síntese* nº 53 - Mai/Jun de 2005, Porto Alegre: Síntese-IOB.

KENNEDY, Duncan. *Liberdad y restricción em la decisión judicial: una fenomenología crítica*. Bogotá: Siglo del hombre, 1999.

LUHMANN, Niklas. *Law as social system*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

_____. *Sistema giuridico e dogmatica giuricia*. Bolonha: Il mulino, 1978, tradução de Alberto Febrajo.

_____. *Stato di diritto e sistema sociale*. Napoli: Guida Editori, 1978.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *Processo coletivo do trabalho*, 2ª edição. São Paulo: LTr, 1996.

MATURAMA, Humberto. *Cognição, ciência e vida cotidiana*. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2001.

NAFARRATE, Javier Torres. *Introducción a la Teoría de Sistemas*. Cidade do México: Iteo, Universidad Iberoamericana e Anthropos, editorial del hombre, 1996.

PASTORE, José. O fim dos juízes classistas, artigo disponível em <http://www.josepastore.com.br/artigos/relacoestrabalhistas/026.htm> [acessado em 20 de julho de 2007].

PINTO, José Augusto Rodrigues. *Direito sindical e coletivo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2002.

ROCHA, Marcelo Oliveira. Convenções e acordos coletivos de trabalho. *Jus Vigilantibus*, Vitória, 8 maio de 2006. Disponível em: <http://jusvi.com/doutrinas_e_pecas/ver/21099> [acessado em 20 de julho de 2007].

