

Artigo

RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL E ALOPOIESE DO DIREITO DO TRABALHO

CONSTITUTIONAL COMPLAINT AND ALLOPOIESIS OF LABOR LAW

Thiago Henrique Ament¹

RESUMO²

O Supremo Tribunal Federal (STF), em recentes Reclamações Constitucionais, tem reiteradamente cassado sentenças da Justiça do Trabalho que reconhecem o vínculo de emprego em situações de terceirização, pejetização ou trabalho por meio de plataformas digitais. Em geral, a anulação das decisões trabalhistas que reconhecem o vínculo de emprego fundamentam-se no desrespeito ao entendimento da Corte Suprema sobre a constitucionalidade da terceirização ampla de todas as atividades da empresa e da validação de formas alternativas da relação de trabalho. O presente artigo busca, a partir de uma análise da teoria dos sistemas, investigar as seguintes questões: a) As decisões da Justiça do Trabalho que, depois de colher e analisar as provas do caso concreto, decidem sobre o preenchimento dos requisitos legais do vínculo de emprego estariam violando entendimentos constitucionais do STF ou, ao contrário, b) o STF em Reclamações Constitucionais é que estaria invadindo competência constitucional da justiça do Trabalho para decidir sobre a “relação de trabalho”, conforme inciso I, do art. 114 da Constituição Federal? Trata-se de um conflito entre subsistemas jurídicos que será analisado a partir da construção doutrinária de Nicklas Luhmann, tendo em vista conceitos essenciais da teoria dos sistemas da autopoiese, acoplamento estrutural, posituação e construção do Direito.

Palavras chave: Limites do sistemas; Supremo Tribunal Federal x Justiça do Trabalho; Reclamação Constitucional; Autopoiese; Auto-referência;

¹ Professor Universitário (Unasp), Lacier Cursos Jurídicos para Magistratura e Ministério Público do Trabalho e da ESMAT (Escola Associativa dos Magistrados da 15ª Região). Doutorando e Mestre (2018) em Direito Material e Processual do Trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, pós-graduação na Escola Paulista da Magistratura e graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Juiz do Trabalho desde 2006 - Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5415655302311212>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1889-3308>. E-mail: thiagoament@yahoo.com.br.

² O presente texto foi elaborado com base nas discussões das aulas do programa de doutorado em Direito da USP na disciplina de Direitos e Interesses Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos e sua Tutela Jurisdicional, ministrada pelo Professor Enoque Ribeiro dos Santos. Na noite de 17/08/2023, apresentei o seminário sobre a autopoiese, alopoiese e os problemas estruturais das relações de trabalho.

ABSTRACT

The Federal Supreme Court (STF), in recent Constitutional Complaints, has repeatedly revoked Labor Court rulings that recognize the employment relationship in situations of outsourcing, pejotization or work through digital platforms. In general, the annulment of labor decisions that recognize the employment relationship is based on disrespect for the Supreme Court's understanding of the constitutionality of the broad outsourcing of all company activities and the validation of alternative forms of the employment relationship. This article seeks, based on an analysis of systems theory, to investigate the following questions: a) The decisions of the Labor Court which, after collecting and analyzing the evidence of the specific case, decide on the fulfillment of the legal requirements of the contract of employment would be violating constitutional understandings of the STF or, on the contrary, b) the STF in Constitutional Complaints would be invading the constitutional competence of the Labor Court to decide on the “employment relationship”, as per item I, of art. 114 of the Federal Constitution? This is a conflict between legal subsystems that will be analyzed based on Niklas Luhmann's doctrinal construction, taking into account essential concepts of the systems theory of autopoiesis, structural coupling, positivization and construction of Law.

Key words: System limits; Federal Supreme Court x Labor Court; Constitutional Complaint; Autopoiesis; Self-reference;

1. INTRODUÇÃO

A teoria dos sistemas do sociólogo Niklas Luhmann analisa os problemas da complexa sociedade mundial moderna conferindo especial relevância à comunicação. O estudo dos mecanismos que organizam o funcionamento da sociedade e das funções que a estabilizam é realizado a partir dos sistemas diferenciados³ (político, econômico, jurídico, por exemplo) que reduzem as possibilidades de escolhas e de comportamentos, de modo a garantir um mínimo de segurança. A complexidade

3 LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Traducción: Javier Torres Nafarrate. 1. ed. en español. México: Editorial Herder; Universidad Iberoamericana, 2007. (Disponível em: <https://circulosemiotico.files.wordpress.com/2012/10/la-sociedad-de-la-sociedad-niklas-luhmann.pdf>. Acesso em: 13 out. 2022)

do ambiente é transferida para dentro do sistema que é autopoietico⁴ e interpreta os problemas selecionados do ambiente através de um código binário próprio (acoplamento estrutural). A autonomia do sistema é garantida pelo seu fechamento operacional e não é absoluta, verificando-se uma abertura cognitiva em relação aos demais sistemas e ao meio ambiente no qual inserido.

Para diminuição dessa complexidade do ambiente no qual não há uma unidade de pensamento, dentro do próprio sistema do Direito, foram desenvolvidas diversas especializações. Por exemplo, no início, operou-se uma divisão entre direito público e direito privado. Com a evolução da ciência jurídica, cada um destes grandes ramos do Direito, foi dividido em diversos outros subsistemas jurídicos: direito constitucional, direito administrativo, direito penal, do trabalho, direito civil, direito do consumidor entre outros. Tratam-se de subsistemas diferenciados, com linguagem e comunicação próprias (princípios, regras e institutos), desenvolvidas a partir de finalidades de sentido específicas. A autonomia de cada um destes subsistemas é garantida pelo seu fechamento operacional e não é absoluta, verificando-se uma abertura cognitiva em relação a outros subsistemas jurídicos e ao meio ambiente do qual fazem parte.

Releve-se que cada um destes sistemas são auto-referentes⁵ e, ao mesmo tempo, possuem capacidade para interação com o ambiente e os outros sistemas (hetero-referência), pois o sistema é inseparável do ambiente e vice-versa, um não existe sem o outro. Todavia, as relações mantidas com outros sistemas são diferentes das relações internas entre os elementos do próprio sistema e também com o ambiente.

Os âmbitos de sentido material, temporal e social são construídos internamente no sistema, a partir da tradução dos elementos escolhidos e absorvidos do ambiente.⁶ A unidade do sistema e a redução da complexidade do ambiente são verificadas da partir da construção do sentido de forma congruente com o sentido possível dos sistemas em geral (acoplamento estrutural).

4 “La unidad del sistema jurídico se lleva a efecto en primer lugar en forma de secuencias operativas que reproducen el sistema autopoieticamente. Las operaciones pueden observar su pertenencia al sistema; es decir, tienen capacidad de distinguir entre sistema y entorno. Esta distinción actualiza la autorreferencia; o en otras palabras: actualiza una señalización por medio de la cual el sistema se designa a sí mismo, a diferencia de todo lo demás.” (LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Trad. Javier Torres Nafarrate. 2. ed. Mexico: Editorial Herder, 2005, p. 85. Disponível em: https://www.sijufor.org/uploads/1/2/0/5/120589378/el_derecho_de_la_sociedad_-_luhmann_niklas.pdf. Acesso em: 13 out. 2022, p. 153)

5 A auto-referência permite que o sistema se diferencie do ambiente e de outros sistemas, tornando-se único, criando sua identidade e estrutura própria.

6 Conforme Santos, Luhmann rompe com o direito natural e foi considerado anti-humanista ao sustentar que o mundo não tem um centro de certeza. O aumento da complexidade passaria a exigir mecanismos que simplificasse a vida, dentre os quais se insere o Direito. (SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Direito processual coletivo trabalhista**. Ed. Mizuno. Leme-SP: 2023, p. 126)

As interferências entre estes sistemas obriga o direito a estudar uma forma de acomodação e resolução das questões sujeitas à sua apreciação, desenvolvendo-se o sistema por meio de seus próprios elementos (autocatálise). A autonomia do Direito exige que a análise dos fatos sociais objeto da norma jurídica seja traduzida de acordo com o código que lhe é próprio, devendo a decisão judicial possuir fundamentação em critérios jurídicos (autopoiese).

No presente artigo, investigam-se os atritos entre a comunicação dos subsistemas jurídicos do Supremo Tribunal Federal e da Justiça do Trabalho. Decisões até mesmo monocráticas de Ministros da Corte Suprema, em diversas Reclamações Constitucionais, tem reiteradamente cassado sentenças da Justiça do Trabalho que reconhecem o vínculo de emprego em situações de terceirização, pejetização ou trabalho por meio de plataformas digitais. Em geral, a anulação das decisões trabalhistas que reconhecem o vínculo de emprego fundamentam-se no desrespeito ao entendimento da Corte Suprema sobre a constitucionalidade da terceirização ampla de todas as atividades da empresa e da validação de formas alternativas da relação de trabalho.⁷

Na primeira parte do texto, são revistados alguns conceitos fundamentais da teoria dos sistemas de Nicklas Luhmann que conferem a legitimidade pelo procedimento da decisão, considerada a autopoiese da Justiça do Trabalho. Neste ponto, uma questão já poderia iniciar as reflexões que se desenvolverão a seguir: a organização constitucional brasileira necessita de uma Justiça Especial para a concretização dos seus valores fundamentais do trabalho? A auto-referência do ramo especial trabalhista é investigada sob o prisma da produção do direito por meio da decisão judicial (comunicação para Luhmann), não se limitando o processo a uma função meramente declaratória,⁸ ainda mais depois do caráter vinculante da jurisprudência trazido pelo CPC de 2015.⁹

Na segunda parte do artigo, discutem-se os limites do fechamento operacional do sistema jurídico pelo Supremo Tribunal Federal, tendo em vista as três principais diferentes soluções das Reclamações Constitucionais decididas nesta temática, a saber: a) É cassada a decisão que

⁷ Os precedentes mais invocados nas decisões das Reclamações são ADPF 324 e Tema 725 da Repercussão Geral (terceirização da atividade-fim), na ADC 48 (transportador autônomo de cargas), na ADI 5.625 (parceiros de salão de beleza), podendo a ementa da decisão ser consultada no Anexo I do presente artigo.

⁸ No Brasil, o caráter instrumental do processo é amplamente aceito e foi difundido principalmente a partir da clássica obra de Cândido Rangel Dinamarco: **A instrumentalidade do processo**. 14ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

⁹ Nos termos do art. 15, I, da **Instrução Normativa n. 39 do Tribunal Superior do Trabalho (TST)**, aplicam-se ao processo do trabalho as disposições dos precedentes do art. 927 CPC de 2015. (Disponível em: <https://www.tst.jus.br/documents/10157/429ac88e-9b78-41e5-ae28-2a5f8a27f1fe>. Acesso em: 20 jun. 2023).

reconhece o vínculo de emprego e se determina que outra seja proferida pela própria Justiça do Trabalho; b) Invalida-se a decisão trabalhista e se determina que outra seja proferida pela Justiça Comum; c) É anulada a decisão da Justiça do Trabalho e o próprio Supremo Tribunal Federal julga improcedente o pedido declaratório de vínculo de emprego.

Por último, uma advertência ao leitor. Não é o objeto central do presente texto o exame do acerto ou não das decisões de mérito do Supremo Tribunal Federal no sentido da não adoção pelo ordenamento jurídico constitucional dos direitos mínimos do vínculo de emprego como requisito para exploração da força de trabalho pessoal por conta alheia.¹⁰ Contudo, algumas referências gerais¹¹ podem ser apresentadas nesta temática quando necessárias para melhor compreensão da autopoiese dos subsistemas jurídicos em atrito, dentro de um ambiente em que Reclamações Constitucionais diretamente interferem na análise das provas em decisões trabalhistas de reconhecimento de vínculo de emprego.

2. AUTOPOIESE E ALOPOIESE DO DIREITO DO TRABALHO

O sociólogo Niklas Luhmann analisa a complexa sociedade atual através da teoria dos sistemas que são fechados operacionalmente, mas abertos cognitivamente. A complexidade da sociedade é exponencialmente aumentada na medida em que seus sistemas podem estabelecer relações com o ambiente e também com os outros sistemas.¹² O núcleo da teoria dos sistemas é conectar as

10 CONSTITUCIONAL, TRABALHISTA E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NA RECLAMAÇÃO. OFENSA AO QUE DECIDIDO POR ESTE TRIBUNAL NO JULGAMENTO DA ADPF 324 E DO TEMA 725 DA REPERCUSSÃO GERAL. RECURSO PROVIDO. 1. A controvérsia, nestes autos, é comum tanto ao decidido no julgamento da ADPF 324 (Rel. Min. ROBERTO BARROSO), quanto ao objeto de análise do Tema 725 (RE 958.252, Rel. Min. LUIZ FUX), em que esta CORTE fixou tese no sentido de que: “É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante”. 2. A Primeira Turma já decidiu, em caso análogo, ser lícita a terceirização por “pejotização”, não havendo falar em irregularidade na contratação de pessoa jurídica formada por profissionais liberais para prestar serviços terceirizados na atividade-fim da contratante (Rcl 39.351 AgR; Rel. Min. ROSA WEBER, Red. p/ Acórdão: ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 11/5/2020). 3. Recurso de Agravo ao qual se dá provimento. (Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15350557963&ext=.pdf>. Acesso em: 27 out. 2023)

11 Não obstante a clareza de diversos princípios constitucionais que reconhecem a importância do vínculo de emprego, por exemplo, do “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: VIII - busca do pleno emprego.” Aliás, a ausência do reconhecimento do vínculo de emprego fulmina praticamente todos os direitos fundamentais do art. 7º da Constituição Federal, mínimo indispensável para a existência digna de todos os trabalhadores, urbanos e rurais.

12 De acordo com Santos, os acoplamentos estruturais dos sistemas sociais necessitam de uma base de realidade, de um contínuo de materialidade de um mundo que funciona fisicamente, muito embora não definam os limites de cada sistema. (SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Direito processual coletivo trabalhista**. Ed. Mizuno. Leme-SP: 2023, p. 99)

referências externas e internas mediante operações internas, realizadas dentro do próprio sistema mediante seu código binário próprio.¹³

O ponto de partida para a teoria dos sistemas é a diferença. O sistema não é apenas uma unidade, mas a diferença.¹⁴ Somente a partir do momento em que um sistema desenvolve complexidade para se construir com seus próprios elementos e estruturas, pode-se dizer que verificada sua autopoiese: *Autós* (“por si próprio”) e *poíesis* (“criação”, “produção”). Assim, o sistema produz sua própria unidade quando consegue realizar uma diferença, em relação ao meio e aos demais sistemas sociais.

A autopoiese do sistema não impede que sofra irritações do meio e de outros sistemas, verificando-se uma contradição na difícil e paradoxal missão do Direito, de garantir estabilidade no cenário de uma realidade extremamente complexa e contingente. Os mais diversos ruídos do ambiente procuram interferir no sistema jurídico (principalmente trabalhista). Todavia, somente são introduzidos pelo próprio sistema, mediante seus próprios critérios que lhes atribui a sua forma (encerramento operativo).

Luhmann desenvolve o conceito fundamental da autopoiese na segunda fase de sua obra,¹⁵ a partir de uma adaptação do conceito do biólogo chileno Maturana, porém traçando importantes diferenças. a) Os sistemas sociais são constituintes de sentido (psíquico e social), circunstância não verificada na teoria biológica da autopoiese. b) Nos sistemas providos de sentido, a auto-observação é componente necessário para a reprodução autopoietica (do sentido). Ao contrário, na biologia parte-se de uma concepção radical do fechamento operacional do sistema, exigindo-se um observador de fora para a produção das relações entre sistema e ambiente.¹⁶ Fala-se, assim, em sistemas abertos e fechados.

13 Citando Luhmann, Santos destaca que seria muito parcial a descrição da sociedade moderna apenas como um conjunto de sistemas funcionais autônomos, que não se observam, apenas seguindo as exigências para sua própria reprodução. (SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Direito processual coletivo trabalhista**. Ed. Mizuno. Leme-SP: 2023, p. 98)

14 NAFARRATE, Javier Torres. **Introdução à teoria dos sistemas. Aulas publicadas por Javier Torres Nafarrate**. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasse. 3ª Edição. Vozes. Petrópolis/RJ. 2009, p. 101.

15 Segundo Costa, a obra de Luhmann pode ser dividida em duas fases, resumidas na passagem do paradigma da diferença sistema/ambiente para, no início da década de 1980, aderir ao paradigma dos sistemas auto-referentes (autopoieticos). (COSTA, Antônio Manuel de Almeida. **O funcionalismo sistêmico de N. Luhmann e os seus reflexos no universo jurídico**. Coimbra: Almedina, 2018, ps. 15 e 81)

16 NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2018, p. 128.

O sistema guarda sua autopoiese quando, ao mesmo tempo, observa a si mesmo (para dentro),¹⁷ aos outros sistemas e ao seu ambiente (para fora), preservando sua diferença. Os diversos sistemas precisam se observar reciprocamente para continuarem a existir. Neste cenário complexo, a autonomia do sistema é garantida pela operação interna com a diferença fundamental que lhe garante identidade no ambiente.

Assim, a orientação das operações que pertencem ao sistema são definidas pelo programa condicional e código binário. O sistema jurídico é responsável pela distinção entre os interesses protegidos ou rejeitados pelo Direito. A Justiça não é a simples correspondência entre a decisão e os interesses externos, mas sim a capacidade de qualificação dos interesses de acordo com operações internas do próprio sistema.¹⁸ Por exemplo, o inciso XXVI, do art. 7º da Constituição Federal reconhece as convenções e acordos coletivos de trabalho como direitos fundamentais para a melhoria da condição social de todos os trabalhadores. Assim, não teria legitimidade jurídica uma norma coletiva firmada simplesmente para “destruir” e aniquilar direitos trabalhistas.

Em conformidade com Luhmann, o acoplamento entre direito e política é realizado pela Constituição que garante a interpenetração e constante troca de influências recíprocas entre estes sistemas autopoieticos, filtrando-as.¹⁹ A democratização da política está diretamente relacionada à positivação do Direito, possuindo relevante fundamento na isonomia.

Allopoiese do Direito é o contrário da autopoiese. Do grego állos (um outro, diferente) + poiesis (produção, criação). Injunções diretas do mundo exterior acarretariam uma perda do significado da diferença entre sistema e ambiente.²⁰ Teríamos a sobreposição de outros códigos de comunicação: econômico (ter/não ter) e do político (poder/não poder), afastariam o código-diferença do direito “lícito/ilícito”.²¹

17 Para Luhmann, tratando-se de sistemas constituinte de sentido, “a auto-observação torna-se componente necessário da reprodução autopoietica” (p. 128).

18 SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Direito processual coletivo trabalhista**. Ed. Mizuno. Leme-SP: 2023, p. 134/135.

19 SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Direito processual coletivo trabalhista**. Ed. Mizuno. Leme-SP: 2023, p. 157.

20 SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Direito processual coletivo trabalhista**. Ed. Mizuno. Leme-SP: 2023, p. 232.

21 De acordo com Neves, falta de efetividade de uma constituição simbólica acarreta a sobreposição do sistema político ao sistema do direito. (NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2018, p. 148)

No Brasil, há décadas, assiste-se a uma crescente desvalorização do trabalho, com a sobreposição e a dominação dos sistemas políticos e econômicos sobre o código binário do Direito do Trabalho.²² As nefastas consequências desta interpenetração direta são traduzidas na precarização das relações de trabalhistas e a exclusão do mundo do trabalho de milhões de trabalhadores que não têm assegurados sequer os direitos fundamentais mínimos do art. 7º da Constituição Federal.

A alopoiese do direito do trabalho é um fenômeno generalizado e não simplesmente localizado, verificando-se uma corrupção sistêmica estrutural (e não apenas localizada) do próprio código genético do direito do trabalho.²³ A título de exemplo, a recente Reforma Trabalhista da Lei n. 13.467/2017, valorizando acordos individuais entre as partes e empoderando a negociação coletiva até mesmo para restringir direitos mínimos legais,²⁴ atingiu diretamente o princípio da proteção que é a espinha dorsal do direito do trabalho. Neste ambiente de grande contaminação, o subsistema político passa a submeter e controlar a produção autopoietica dos elementos e operações do Direito do Trabalho.

As consequências da influência externa direta do sistema econômico são sentidas pela sociedade com a sonegação dos direitos fundamentais das relações de trabalho, maior precarização das relações de emprego, aumento da informalidade, sucessivas medidas para desvalorização dos sindicatos etc.

Neste ambiente, o Direito perde sua capacidade de estabilizar expectativas normativas uma vez que o sistema não possui capacidade para suportar a sobrecarga que é imposta por uma sociedade altamente excludente.²⁵ O resultado é facilmente verificável: um quadro de exclusão e

22 A título de exemplo da interpenetração de outros sistemas da economia e da administração no direito do trabalho, confira-se trecho da fundamentação da decisão da ADPF 324 pelo Supremo Tribunal Federal: "(...) Igualmente, não se sustenta a afirmativa de fraude, por tratar-se a terceirização de técnica aplicada pelas mais valiosas e modernas empresas do mundo, cuja importância é reconhecida tanto nas ciências econômicas quanto na literatura de Administração. (...) (Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750738975>. Acesso em: 25 out. 2023)

23 SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Direito processual coletivo trabalhista**. Ed. Mizuno. Leme-SP: 2023, p. 259.

24 Por exemplo, confira-se: CLT, Art. 444, Parágrafo único. A livre estipulação a que se refere o caput deste artigo aplica-se às hipóteses previstas no art. 611-A desta Consolidação, com a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos, no caso de empregado portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social. Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre: (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017) (Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm Acesso em: 25 jul. 2022)

25 SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Direito processual coletivo trabalhista**. Ed. Mizuno. Leme-SP: 2023, p. 24.

miséria em pleno século XXI, tendo em vista o bloqueio da operação do Direito com base no código lícito e ilícito.²⁶

As principais interferências externas do direito do trabalho sempre foram operadas pelos sistemas econômico e político, tendo em vista o grande acoplamento estrutural destes subsistemas, no qual um depende do outro para existir. No presente artigo, contudo, discutem-se os limites desta interferência no código binário próprio trabalhista ou mesmo se não estaria sendo realizada de dentro do próprio sistema jurídico, por meio de Reclamações Constitucionais decididas pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

Tendo em vista a função específica do STF de preservar a Constituição Federal em face de normas inconstitucionais (gerais e individuais),²⁷ até que limite o sistema comporta a utilização do instrumento da Reclamação Constitucional para a interferência em decisões judiciais trabalhistas que examinam as provas de casos concretos diante das regras do devido processo legal?²⁸

2.1 Legitimação pelo procedimento e a justiça da decisão

Um sistema é autopoietico quando se torna capaz de gerar sua própria “estrutura” (ordem sistêmica ou auto-organização) e produzir suas próprias unidades básicas (“elementos”). No subsistema jurídico, diversos direitos fundamentais constitucionais regulam a produção da norma jurídica individual por meio das chamadas garantias processuais, destacando-se: princípio da igualdade, princípio da inafastabilidade da jurisdição e acesso ao Poder Judiciário, princípio do juiz natural, princípio do devido processo legal, princípio do contraditório e ampla defesa, princípio da motivação das decisões judiciais.²⁹

26 SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Direito processual coletivo trabalhista**. Ed. Mizuno. Leme-SP: 2023, p. 246.

27 Constituição Federal, Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional n° 3, de 1993) (...) III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição. d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. (Incluída pela Emenda Constitucional n° 45, de 2004) (Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 jul. 2022)

28 Constituição Federal, Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: (Redação dada pela Emenda Constitucional n° 45, de 2004). I as ações oriundas da relação de trabalho. (Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 jul. 2022)

29 Constituição Federal, art. 5°, caput, XXXV, XXXVII, LIV, LV, art. 93. (Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 jul. 2022)

A legitimidade de construção da norma jurídica é garantida pelo respeito e consistência destes princípios fundamentais pois somente assim o processo tem a capacidade de realizar a filtragem das irritações do ambiente que serão interpretadas de acordo com a própria auto-poiese do Direito.

A teoria dos sistemas de Luhmann ultrapassa a clássica dicotomia aberto-fechado através da relação autopoietica: o sistema é aberto cognitivamente, mas fechado operativamente. O Direito não existe sem o ambiente ou fora da sociedade.³⁰ Porém, os ruídos provocados por outros sistemas são lidos através do código próprio do Direito, conferindo unidade ao sistema de reprodução de suas próprias operações (autocatálise).

O Direito como sistema de controle social regula a sociedade e, dessa forma, também a sua própria operação que somente é legítima dentro de certos limites. Além disso, o Direito também estabelece a articulação e limites da interação entre subsistemas sociais dotados de um elevado grau de autonomia, que possuem o seu código e autopoises próprios.

A utilização da Reclamação Constitucional para atacar uma decisão judicial proferida pelo juiz natural do trabalho que, de forma racional e fundamentada, realiza a valoração das provas trazidas ao processo pelas partes, somente poderia caber em situações de grave anomalia sistêmica, pois viola praticamente todos os princípios do devido processo legal acima referidos.

A ausência de apreciação das provas do processo viola o princípio constitucional do acesso à justiça. A competência do Supremo Tribunal Federal de apreciar Reclamações para a preservação da autoridade de suas decisões não pode ser lida isoladamente, de forma separada das normas da mesma Constituição que assegura diversos princípios fundamentais para o desenvolvimento do processo justo.

A Justiça para Luhmann não pode ser procurada em elementos fora do sistema jurídico. Ao contrário, a Justiça do caso concreto somente seria encontrada a partir da consistência intrínseca das decisões e a coerência da dogmática capazes de produzir comunicação, num sistema fechado e auto-referencial.

³⁰ Não se defende uma chamada “teoria pura” do direito, pois impossível seria afastar-se da realidade entre direito e sociedade.

3. AUTO-REFERÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. PORQUE UM OBSERVADOR ESPECIAL: A JUSTIÇA ESPECIAL?

Na teoria biológica de Maturana, os indivíduos encontram a sua base reprodutiva na vida.³¹ Luhmann defende a existência de uma autopoiese social diferente, própria e particular, cuja base reprodutiva dos sistemas sociais é o sentido, presente em todas as comunicações.³² Os sistemas sociais possuem autonomia, são diferentes e não meros bio-sistemas autopoieticos de segundo grau, apenas desenvolvidos através dos indivíduos humanos.

Neste ponto, reside um dos pontos mais polêmicos da teoria luhmanianna. Os elementos constitutivos dos sistemas sociais não são os homens individuais, mas a comunicação. O homem é retirado do centro dos sistemas para ficar no seu ambiente.³³ A ideia do sistema social como um sistema autopoietico de comunicação é ligada ao tradicional conceito sociológico de “papel”, tendo em vista a perspectiva de que o padrão de operações passadas passe a operar como limite das decisões futuras.

Muitas Reclamações Constitucionais que cassam a decisão de reconhecimento de vínculo de emprego pela Justiça do Trabalho afirmam que é da Justiça Comum a competência para análise do pedido declaratório. Mas, então, qual seria dentro do sistema jurídico o “papel” da Justiça do Trabalho? Considerado o caráter UNO da jurisdição, teria importância o exame do conflito por um outro ramo do Poder Judiciário?³⁴

31 Conforme Gunther, “na sua origem, a teoria da autopoiesis surgiu como uma tentativa de resposta das ciências biológicas para um velho e radical problema da história da ciência e da filosofia: o da vida. O que define um sistema vivo? O que permanece inalterado em cada organismo (vegetal ou animal) durante o curso da sua existência? Qual a característica estrutural e universal responsável pela possibilidade e identidade próprias de cada sistema vivo, para lá das suas contingências espaço-temporais?” (TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico**. Tradução e Prefácio José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 11)

32 TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico**. Tradução e Prefácio José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 12.

33 Santos destaca que não seria possível colocar o homem como parte da sociedade pois a teoria da diferenciação implicaria classificá-lo por estrato social, etnia, nacionalidade etc, o que entraria em oposição ao conceito de direitos humanos, em especial da igualdade. Assim, não restou outra saída que não considerar o homem como parte do ambiente da sociedade (SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Direito processual coletivo trabalhista**. Ed. Mizuno. Leme-SP: 2023, p. 66)

34 Segundo Gunther, somente com a autonomia recursiva de um processo auto-referencial que remete continuamente a si próprio é possível que apareça como um sistema independente de seu meio, ficando imune à respectiva influência direta. “Caso contrário, seria o último a determinar a continuação e a reprodução do primeiro, cujo desenvolvimento evoluiria ao sabor de contingências exógenas em vez de constituir fruto da lógica necessitante de operações próprias endógena e recursivamente organizadas.” (TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico**. Tradução e Prefácio José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 33)

A regra de direito material e o sistema observador importam para o exame da prova dos fatos na construção da norma individual.³⁵ O observador não se coloca acima da realidade; não é um sujeito localizado fora do mundo dos objetos. A Constituição Federal, considerada a importância reconhecida ao direito fundamental do trabalho, definiu de forma expressa a competência de uma Justiça Especial para interpretação e resolução de suas controvérsias. Aliás, a competência trabalhista foi ampliada significativamente para alcançar todos aqueles que vivem da sua força de trabalho e não mais limitando às relações de emprego (Emenda Constitucional n. 45/2004)

Em termos práticos, a questão poderia ser colocada em outros termos: seria possível o desenvolvimento de uma teoria geral do processo e da prova aplicável a todos os ramos do direito (por exemplo, civil, penal, trabalhista)? A produção e valoração da prova podem ser realizadas de forma desvinculada das normas que garantem uma maior aderência social do direito material a ser realizado?

Com o aumento da complexidade social e da superação da chamada moral única, o observador do processo não pode desconsiderar o direito material discutido na ação para valoração das provas na construção da norma individual do caso concreto. Aliás, a circunstância do acoplamento estrutural do direito material e dos fatos sociais em relação ao processo fica caracterizada em diversas situações, por exemplo:

a) Observando que os efeitos pecuniários de uma eventual condenação recairia sobre toda a coletividade, o STJ estabelece um maior rigor para a comprovação do tempo de serviço em ações contra o INSS: Súmula. 149: “*A prova exclusivamente testemunhal não basta a comprovação da atividade rural, para efeito da obtenção de benefício previdenciário*”. Por outro lado, a Justiça do Trabalho reconhece a validade da prova testemunhal para o reconhecimento de vínculo de emprego não registrado em CTPS, conforme Súmula n. 12 do TST.³⁶ Sobre um mesmo fato, portanto, verifica-se uma conclusão diversa de acordo com o sistema *autopoietico* do observador.

³⁵ Segundo Luhmann, “*observar é a operação, enquanto observador é um sistema que utiliza as operações de observação de maneira recursiva, como sequências para obter uma diferença em relação ao meio.*”(NAFARRATE, Javier Torres. **Introdução à teoria dos sistemas. Aulas publicadas por Javier Torres Nafarrate.** Tradução de Ana Cristina Arantes Nasse. 3ª Edição. Vozes. Petrópolis/RJ. 2009, p. 154)

³⁶ CARTEIRA PROFISSIONAL. As anotações apostas pelo empregador na carteira profissional do empregado não geram presunção “*juris et de jure*”, mas apenas “*juris tantum*”. Observação: (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003.



b) O sistema da justiça penal é especial e observa a prova dos fatos de forma muito diferente da justiça comum. Considerada a relevância do bem jurídico envolvido nas ações criminais, é exigido um nível maior de comprovação dos fatos da norma.³⁷ No âmbito criminal, fica nítida a simbiose entre o direito material e processual, tendo em vista o princípio constitucional de direito material da presunção de inocência.

c) A importância da situação das partes na relação jurídica de direito material não passou despercebida pelo legislador do CPC de 2015, permitindo-se um maior acoplamento estrutural entre o processo e a realidade social subjacente que será considerada na elaboração da norma do caso concreto, inclusive com a possibilidade de inversão do ônus da prova.³⁸

Estas situações demonstram que o sistema do observador na aplicação do direito não pode se afastar das normas de direito material na sua operação de observar, ainda mais se considerada a complexa sociedade atual, com a superação da moral única e a função do Direito de estabilizar expectativas normativas.³⁹ Aliás, não teria como ser diferente uma vez que a construção da norma do caso concreto, deve ocorrer dentro de cada sistema específico.⁴⁰

A função específica do sistema da Justiça do Trabalho é combater esta exclusão social e para isso ganhou autonomia que foi reconhecida pelos demais ramos jurídicos, possuindo uma autopoiese própria construída a partir do conceito de subordinação. Conforme o Ministro Delgado,⁴¹ a primeira distinção que vai orientar a observação do sistema da Justiça do Trabalho poderia ser colocada nos seguintes termos:

37 Código de Processo Penal: “Art. 66. Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato.”

38 CPC, art. 373, § 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. - Destaquei

39 Segundo Nafarrate, “A observação não se desenvolve de maneira arbitrária, dado que a Teoria dos Sistemas fechados autopoieticos parte do pressuposto fundamental de que a operação dos sistemas, ao estar determinada estruturalmente (Maturana), depende de sua estrutura e de seu passado”. (NAFARRATE, Javier Torres. *Introdução à teoria dos sistemas. Aulas publicadas por Javier Torres Nafarrate*. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasse. 3ª Edição. Vozes. Petrópolis/RJ. 2009, pág. 153)

40 Conforme o CPC: CPC, Art. 503. A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida. - Destaquei

41 DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores** — 18. ed.— São Paulo: LTr, 2019, p. 99.

Qual a categoria central do Direito do Trabalho, a categoria sem a qual esse ramo jurídico especializado não existiria? Obviamente, se está falando do trabalho subordinado, mais propriamente da relação empregatícia.

O núcleo fundamental do Direito do Trabalho se encontra, sem dúvida, na relação empregatícia de trabalho, em torno dessa relação jurídica específica é que se constrói todo o universo de institutos, princípios e regras características a esse específico ramo jurídico.

Ora, a existência do trabalho livre (isto é, juridicamente livre) é pressuposto histórico-material do surgimento do trabalho subordinado (e, via de consequência, da relação empregatícia). Pressuposto histórico porque o trabalho subordinado não ocorre, de modo relevante, na história, enquanto não assentada uma larga oferta de trabalho livre no universo econômico-social.

Pressuposto material (e lógico) porque o elemento subordinação não se constrói de modo distintivo senão em relações em que o prestador não esteja submetido de modo pessoal e absoluto ao tomador dos serviços (como ocorre na servidão e escravatura, por exemplo). Em decorrência dessa conexão histórica, material e lógica entre trabalho livre e trabalho subordinado, se percebe que as relações jurídicas escravistas e servis são incompatíveis com o Direito do Trabalho. É que elas supõem a sujeição pessoal do trabalhador e não a sua subordinação.

Subordinação é conceito que traduz a situação jurídica derivada do contrato de trabalho mediante a qual o empregado se obriga a acolher a direção do empregador sobre o modo de realização da prestação de serviços.

Assim, o reconhecimento da existência do trabalho subordinado será a primeira observação utilizada como base para análise de todas as observações seguintes no ramo laboral, por exemplo, dos demais requisitos do contrato de emprego dos arts. 2º e 3º da CLT. Noutras palavras, o Direito do Trabalho somente adquire autonomia para constituição de um novo sistema social com o estabelecimento de uma diferença em relação ao sistema existente dos contratos civis em geral, do qual se originou.

Esta primeira operação de observação utiliza a diferenciação e indicação que garante identidade ao sistema trabalhista, constituindo no seu ponto de partida fundamental e que já não se pode

colocar em discussão (ponto cego):⁴² o Direito do Trabalho disciplina uma especial relação jurídica, em que um dos contratantes fica juridicamente subordinado ao outro. Tendo em vista a natural assimetria desta relação e da importância que o trabalho possui na vida das pessoas, normas imperativas garantem direitos mínimos para aquele que vive da força de seu trabalho, como forma de se garantir um patamar civilizatório mínimo à pessoa humana.

Sob outro enfoque, no momento em que se entender pela igualdade das partes de um contrato de emprego e ausência de subordinação, afastando-se a imperatividade de suas normas diante de uma suposta liberdade de manifestação de vontade, desapareceria a primeira distinção fundamental que sustenta todas as demais na relação de trabalho.⁴³ Ausente o vínculo de emprego, não mais subsistem praticamente todos os direitos fundamentais mínimos daqueles que dispensam as energias físicas e mentais da sua personalidade para serem dirigidas em benefício do lucro de outrem.

Noutras palavras, o sistema do Direito do Trabalho somente existirá enquanto normas imperativas tiverem força para garantir o reconhecimento do vínculo de emprego subordinado independentemente da vontade das partes. Tornar facultativa a contratação de pessoas físicas com ou sem vínculo de emprego,⁴⁴ mediante a simples (sem custos) e rápida (algumas horas) inscrição de uma MEI no portal do empreendedor⁴⁵, seria ignorar totalmente a realidade na qual decide a Justiça do Trabalho diariamente (acoplamento estrutural). Não parece, contudo, seja a finalidade do Direito a construção de um mundo paralelo, totalmente alheio ao ambiente onde realiza suas operações.

42 NAFARRATE, Javier Torres. **Introdução à teoria dos sistemas. Aulas publicadas por Javier Torres Nafarrate.** Tradução de Ana Cristina Arantes Nasse. 3ª Edição. Vozes. Petrópolis/RJ. 2009, p. 155.

43 Por exemplo, da irredutibilidade salarial (Constituição Federal, art. 7º, VI), da inalterabilidade contratual lesiva (CLT, art. 468), intransferibilidade (CLT, art. 469) etc.

44 CONSTITUCIONAL, TRABALHISTA E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NA RECLAMAÇÃO. OFENSA AO QUE DECIDIDO POR ESTE TRIBUNAL NO JULGAMENTO DA ADPF 324 E DO TEMA 725 DA REPERCUSSÃO GERAL. RECURSO PROVIDO. 1. A controvérsia, nestes autos, é comum tanto ao decidido no julgamento da ADPF 324 (Rel. Min. ROBERTO BARROSO), quanto ao objeto de análise do Tema 725 (RE 958.252, Rel. Min. LUIZ FUX), em que esta CORTE fixou tese no sentido de que: “É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante”. 2. A Primeira Turma já decidiu, em caso análogo, ser lícita a terceirização por “pejotização”, não havendo falar em irregularidade na contratação de pessoa jurídica formada por profissionais liberais para prestar serviços terceirizados na atividade-fim da contratante (Rcl 39.351 AgR; Rel. Min. ROSA WEBER, Red. p/ Acórdão: ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 11/5/2020). 3. Recurso de Agravo ao qual se dá provimento. (Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15350557963&ext=.pdf>. Acesso em: 27 out. 2023)

45 Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/servicos/realizar-registro-como-microempreendedor-individual-mei>. Acesso em: 03 nov. 2023.

O Direito está dentro da sociedade e existe para organizá-la, diminuindo sua complexidade. Assim, a força normativa dos contratos em geral somente é reconhecida enquanto realizada sua função social.⁴⁶ Releve-se que o contrato de emprego, na maioria das vezes, equipara-se a um típico contrato de adesão, pois dificilmente o trabalhador que precisa do emprego tem liberdade para negociar com seu empregador as cláusulas de seu contrato. Nesta situação, até mesmo no direito civil, “*são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio*”.⁴⁷ Indagar-se-ia, porque no Direito do Trabalho seria diferente...

3.1 A positivação

A positivação na sociedade moderna foi uma grande diferenciação para o Direito que passa a atuar com um código próprio e representou a superação do princípio da estratificação determinado pela política e representações morais estáticas.⁴⁸

Na complexa sociedade atual, o direito positivado não é estático. Luhmann rompe com os fundamentos do direito natural, pois não existiria legitimidade que viesse de fora do Direito. Por se tratar de um sistema autopoietico, todos os seus elementos devem ser criados internamente, segundo seu código próprio. O princípio da legalidade não é uma autarquia ou um alienígena em relação à sociedade. O direito está dentro e somente tem razão de existir para a sociedade, de modo que a escolha entre as condutas lícita e ilícita é determinada pelo ambiente social.

A positivação de valores, cláusulas gerais e princípios nos modernos ordenamentos jurídicos trouxe um grande desafio para a continuidade da operação do Direito por meio do seu código binário próprio (lícito/ilícito). Segundo Teubner, a função destas cláusulas gerais é “*o desenvolvimento de normas substantivas visando a harmonização das diferentes racionalidades sistêmicas*”.⁴⁹

46 Código Civil, Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato. (BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 25 jul. 2022.)

47 Código Civil, Art. 424.

48 Em regimes autoritários, verifica-se uma sobreposição dos códigos do sistema político sobre o código binário do sistema jurídico.

49 TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoético**. Tradução e Prefácio José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 221.

Assim, para a teoria da autopoiese do Direito, os Tribunais estão situados no centro do ordenamento jurídico. O ambiente da sua periferia é muito mais suscetível a irritação dos demais sistemas sociais: contratos e legislação, por exemplo. As decisões dos Tribunais servem como zona de contato do sistema jurídico com os outros sistemas sociais.

Como visto, a positivação das leis é muito importante e representou um grande avanço para a humanidade, principalmente em termos de isonomia e racionalização das expectativas normativas, mas, será que a pureza do Direito se resume à lei?

As discussões sobre a função do processo na sua relação com as normas de direito material do trabalho e com o próprio ordenamento jurídico são renovadas com o sistema de precedentes do Código de Processo Civil de 2015. A partir desta nova realidade em que é reconhecida a função do processo de construir o sentido dos direitos, revelou-se necessária a incorporação ao direito processual escrito da *civil law* de regras sobre a importância de valorização da jurisprudência, pois somente assim será possível o Direito realizar sua função de estabilizar expectativas normativas. As novas normas processuais sobre o caráter vinculante da jurisprudência acabam reconhecendo que o direito processual possui aptidão para complementar e introduzir novos elementos no sistema do Direito, inclusive para a realização dos fins sociais e políticos reconhecidos pela teoria da instrumentalidade do processo.

Colocando a questão em termos práticos, com uma situação deveras debatida nos meios jurídicos da atualidade, indaga-se: O Brasil precisava de uma lei proibindo a terceirização em determinadas atividades (“fim”, por exemplo), tal como nos critérios definidos pela Súmula n. 331 do TST?⁵⁰ Muitos argumentavam que uma vez não existindo vedação legal expressa lei, seria permitido até mesmo a terceirização da chamada atividade-fim.⁵¹ Todavia, parece muito rudimentar o jargão de

50 TST, SUM-331 CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011 I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974) II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa inter- posta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988). III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta. (...) (Disponível em: <https://www.tst.jus.br/documents/10157/63003/LivroInternet+%286%29.pdf/778cc371-66ec-6b88-8310-fabd1504f0a5?t=1691685168350>. Acesso em: 31 out. 2023)

51 Como acabou sendo autorizado pela lei 6.019/74, Art. 5º-A. Contratante é a pessoa física ou jurídica que celebra contrato com empresa de prestação de serviços relacionados a quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)

que tudo que não é proibido, está permitido. Ao Poder Judiciário cabe decidir o que é ou não conforme o Direito, sendo que a pura e simples omissão legislativa não autoriza o juiz a pronunciar o *non liquet*.

3.2 O processo constrói ou apenas declara o direito? (autpoiese)

O Direito é uma construção social para aplicação aos fatos sociais e reais. O Direito material não existe sem o processo e vice-versa. O Direito está mergulhado na linguagem e não vive sem ela, sendo realizada a construção do sentido da norma a partir da argumentação e provas sobre os fatos em análise. Conforme Theodoro Jr.: “o sentido de determinada norma jurídica nunca poderá ser fixado a priori, quer pelo legislador, quer pela doutrina como pensavam positivistas como Kelsen o Hart, mas somente em determinada situação concreta”.⁵²

É informação corrente no âmbito jurídico de que a função do processo seria simplesmente reconhecer o direito e não criar o direito, atuando como um mero instrumento de efetivação e declaração dos direitos previstos nas normas de direito material. No entanto, a análise dos julgamentos dos Tribunais aponta em sentido diverso.

Por exemplo, no julgamento do ARE 1018459 (Tema 935 da Repercussão Geral), em 23/02/2017, o Plenário do STF havia reafirmado sua própria jurisprudência no sentido de que seria inconstitucional a instituição de contribuição assistencial compulsória a empregados da categoria não sindicalizados, por acordo, convenção coletiva ou sentença normativa. Em voto proferido na sessão virtual do Plenário do STF (14/4/2023 a 24/4/2023), o Ministro Gilmar Mendes alterou seu voto anterior para considerar constitucional esta modalidade de cobrança, mesmo em relação a empregados não sindicalizados, desde que assegurado o direito de oposição.⁵³ A situação em análise demonstra que o direito processual também é capaz de construir o direito (material), muito embora sustentem que sua função seria simplesmente reconhecer/declará-lo. O direito não existe sem a linguagem/comunicação (Luhmann), sendo inafastável dos fatos da sociedade em que opera seu código próprio.

⁵² THEODORO JÚNIOR, Humberto et al. **Novo CPC – Fundamentos e sistematização. De acordo com a Lei n.13.256, de 04.02.2016 – Alteradora do Código de Processo Civil**. 3ª Edição. Editora Gen. 2016, p. 341.

⁵³ Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?pidConteudo=506130&ori=1>. Acesso em: 27/04/2023.

O direito material e processual estão estruturalmente acoplados, da mesma forma que o sistema não existe sem o meio cuja complexidade tem a função de reduzir (Luhmann). O direito material depende do seu reconhecimento no processo para que tenha existência real. Nas palavras de Theodoro Jr.: “há muito já não é mais possível se sustentar o dogma da subsunção, supondo-se que a solução de um caso adviria da contraposição entre fatos e norma”⁵⁴. O juiz do moderno processo civil participativo, juntamente com as partes, vai construir o sentido da norma individual e complementar o ordenamento jurídico, com a análise das alegações das partes em contraditório e valoração das provas.

Finalmente, ressalte-se que especificamente em matéria trabalhista, o art. 8º da CLT sempre reconheceu na jurisprudência o caráter de fonte material, inclusive para sustentar decisões.⁵⁵

4. FECHAMENTO OPERACIONAL DO SISTEMA JURÍDICO (STF)

4.1 O Supremo Tribunal Federal sempre pode decidir por último? Limites do próprio sistema e da autopoiese dos demais ramos do Direito

Uma primeira leitura mais superficial da teoria dos sistemas, poderia levar à afirmação de que o Supremo Tribunal Federal decidindo por último sobre a competência para exame da matéria ou até mesmo sobre a inexistência do vínculo de emprego realizaria um perfeito fechamento operacional do sistema.

Esta afirmação estaria absolutamente correta, pensando de acordo com a teoria pura do Direito de Kelsen, ou seja, unicamente verificando a validade da decisão oriunda da autoridade com maior hierarquia normativa. Porém, a arbitrariedade e o subjetivismo violam o código binário

⁵⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto et al. **Novo CPC – Fundamentos e sistematização. De acordo com a Lei nº13.256, de 04.02.2016 – Alteradora do Código de Processo Civil**. 3ª Edição. Editora Gen. 2016.

⁵⁵ Neste sentido, confirmam-se dois exemplos sumulados do TST sobre matéria não objeto de lei específica: Súmula n. 291. HORAS EXTRAS. HABITUALIDADE. SUPRESSÃO. INDENIZAÇÃO. A supressão total ou parcial, pelo empregador, de serviço suplementar prestado com habitualidade, durante pelo menos 1 (um) ano, assegura ao empregado o direito à indenização correspondente ao valor de 1 (um) mês das horas suprimidas, total ou parcialmente, para cada ano ou fração igual ou superior a seis meses de prestação de serviço acima da jornada normal. O cálculo observará a média das horas suplementares nos últimos 12 (doze) meses anteriores à mudança, multiplicada pelo valor da hora extra do dia da supressão. Súmula n. 372. GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO. SUPRESSÃO OU REDUÇÃO. LIMITES. I - Percebida a gratificação de função por dez ou mais anos pelo empregado, se o empregador, sem justo motivo, revertê-lo a seu cargo efetivo, não poderá retirar-lhe a gratificação tendo em vista o princípio da estabilidade financeira. (ex-OJ nº 45 da SBDI-1 - inserida em 25.11.1996)

lícito/ilícito do Direito, podendo verificar-se também em relação ao procedimento. Afinal, como sistema autopoietico, o Direito regula a sua própria criação (autocatálise).

O sistema é aberto cognitivamente aos ruídos do meio ambiente, mas fechado operacionalmente. Luhmann não aceita a tese da moldura kelseniana sobre a possibilidade de várias decisões possíveis, todas conforme o Direito. Todavia, a leitura e interpretação para escolha da única decisão mais adequada não é subjetiva ou fundamentada em valores externos, devendo ser realizada a partir dos elementos do próprio sistema que vai dizer o que é acolhido ou repelido pelo Direito.⁵⁶

O observador natural do sistema das relações de emprego é a Justiça do Trabalho (auto-referência), conforme expressa dicção do art. 114 da Constituição Federal. A competência especial para apreciar a matéria trata-se de desdobramento direto e de fácil percepção do princípio constitucional do juiz natural. Na teoria dos sistemas, os Direitos valem e devem ser levados a sério, de forma coerente, como única forma de realização de Justiça.⁵⁷

Nas Reclamações Constitucionais em análise, o Supremo Tribunal Federal desconsidera decisões anteriores sobre os limites constitucionais para sua atuação apenas em casos excepcionais.⁵⁸ A seguir serão analisadas três situações em que sempre entendeu-se por não justificada ou fora dos limites de atuação da Corte Constitucional, tendo em vista sua função específica.⁵⁹⁶⁰

56 De acordo com Gunther, “O Direito retira a sua própria validade dessa auto-referência pura, pela qual qualquer operação jurídica reenvia para o resultado de operações jurídicas. Significa isto que a validade do Direito não pode ser importada do exterior do sistema jurídicos, mas apenas obtida a partir do seu interior. Nas palavras de Luhmann, ‘não existe direito fora do direito, pelo que, na sua relação com o sistema social, o sistema jurídico não gera nem *inputs* nem *outputs*’.” (TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico**. Tradução e Prefácio José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 2)

57 Na complexidade da sociedade atual, não é jurídico o argumento de que “eu acho” que não está bom ou que a existência do vínculo de emprego e avaliação das provas seria melhor realizada pela Justiça Comum.

58 Na forma analisada no capítulo 3 deste artigo, a auto-referência é um requisito indispensável para garantia da unidade do sistema

59 É uma posição de metamorfose e de dilema funcional mesmo, a qual exige uma decisão pela função do STF no ordenamento jurídico: afinal, o que vai ser decidido em Reclamação? Caso a medida seja recebida como sucedâneo recursal à disposição de todas as partes, inclusive para requerer a análise de decisões fundamentadas em provas de fato, parece natural e até esperado que uma explosão no número de Reclamações. (Disponível em: <https://www.jota.info/stf/do-supremo/stf-ja-recebeu-2-566-reclamacoes-sobre-direito-do-trabalho-em-2023-diz-gilmar-mendes-19102023>. Acesso em: 27/10/2023)

60 Em relação ao Código de Processo Civil de 2015, por exemplo, modificações introduzidas no CPC pela Lei 13.256/2016, que buscou pôr fim na possibilidade de reclamação dirigida ao STJ e ao Supremo Tribunal Federal (STF) para o controle da aplicação dos acórdãos sobre questões repetitivas. (CPC, art. 988, §5º, É inadmissível a reclamação: (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016) (Vigência) I – proposta após o trânsito em julgado da decisão reclamada; (Incluído pela Lei nº 13.256, de 2016) (Vigência) II – proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos

4.1.1 Teratologia

O Supremo Tribunal Federal nunca admitiu o uso da reclamação constitucional como sucedâneo recursal, tendo em vista a necessidade de observância do devido processo legal e as próprias funções da Corte Constitucional. Assim, apenas em casos de anomalias jurídicas seria admitido o uso deste remédio constitucional.⁶¹

Todavia, o caso das sentenças da Justiça do Trabalho que reconhecem o vínculo de emprego numa situação de prestação pessoal de serviços, depois da análise das provas do caso concreto, parece afastar-se de uma situação de teratologia. Explica-se.

Caso estivéssemos tratando de uma violação monstruosa ou de simples aplicação de entendimento já firmado pelo STF, a solução destas Reclamações seria muito fácil, digamos, aplicada de forma automática e única. Todavia, as diferentes soluções⁶² de cassação de decisões de vínculo de emprego demonstram exatamente o contrário, sendo muito difícil sustentar a hipótese da ocorrência de teratologia.

4.1.2 Estrita aderência

A interferência de outro subsistema na decisão do juiz natural trabalhista é possível apenas em casos excepcionais, quando verificada flagrante violação da aplicação ou interpretação de norma constitucional. Analisada sob o prisma da teoria dos sistemas, a função do Supremo Tribunal Federal é julgar a constitucionalidade das normas (gerais e individuais) e não examinar o acerto

extraordinário ou especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias. (Incluído pela Lei nº 13.256, de 2016))

61 AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL PROPOSTA PARA GARANTIR A OBSERVÂNCIA DE DECISÃO DESTA SUPREMA CORTE PROFERIDA SOB A SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 916 DA REPERCUSSÃO GERAL. **AUSÊNCIA DE TERATOLOGIA**. RECLAMAÇÃO COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. INVIABILIDADE. AGRAVO DESPROVIDO. I - Esta Suprema Corte apenas admite a reclamação proposta com a específica finalidade de corrigir eventuais equívocos na aplicação, pelos tribunais, do instituto da repercussão geral, em casos de manifesta teratologia. II - Por cuidar-se, no caso concreto, de recurso extraordinário sem a mínima chance de prosperar, observo que, independentemente de qualquer juízo a respeito da aplicação do Tema 916 da Repercussão Geral, não se justifica a atuação desta Suprema Corte em reclamação, por inexistência de teratologia. III - A reclamação não pode ser utilizada como sucedâneo recursal. IV - Agravo regimental desprovido. (Rcl 61566 AgR, Relator(a): CRISTIANO ZANIN, Primeira Turma, julgado em 09-10-2023, PROCESSO ELETRÔNICO Dje-s/n DIVULG 11-10-2023 PUBLIC 16-10-2023) (Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur489267/false>. Acesso em: 27 out. 2023)

62 As principais e muito diferentes decisões deste tipo de reclamação constitucional serão analisadas pormenorizadamente no capítulo seguinte (4.2).

ou não de decisões concretas, exceto em casos de violação do que expressamente decidido (estrita aderência).⁶³

A valoração das provas judiciais com base no código construído a partir dos elementos dos arts. 2º e 3º da CLT, com a decisão da Justiça do Trabalho que reconhece o vínculo de emprego, não possui aderência às matéria afetas ao controle de proteção de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal. Ambas esferas do Poder Judiciário possuem limites muito distintos de operação da sua própria autopoiese, de acordo com a teoria dos sistemas. Nesse sentido, aliás, colhe-se decisão do STF reconhecendo a ausência de aderência entre a decisão de constitucionalidade em controle concentrado e o exame probatório dos requisitos do vínculo de emprego:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO. AGRAVO INTERNO EM RECLAMAÇÃO. ALEGAÇÃO DE AFRONTA À AUTORIDADE DE DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AUSÊNCIA DE ADERÊNCIA ESTRITA. INEXISTÊNCIA DE PRONUNCIAMENTO JUDICIAL EXPRESSO SOBRE A MATÉRIA. 1. Agravo interno em reclamação ajuizada sob a alegação de violação à autoridade da decisão proferida na ADC 48. 2. Ausência da necessária relação de aderência estrita entre o ato reclamado e o paradigma apontado como violado, tendo em conta que naquele não há manifestação sobre a configuração de vínculo de emprego nas relações dos trabalhadores autônomos de cargas (Lei nº 11.442/2007). Reclamação ajuizada contra ata de audiência, na qual são determinadas providências procedimentais. 3. Agravo interno a que se nega provimento. (Rcl 59216 AgR, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 29-05-2023, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 01-06-2023 PUBLIC 02-06-2023)

63 AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO. TRABALHISTA. TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS. ALEGAÇÃO DE AFRONTA À AUTORIDADE DAS DECISÕES PROFERIDAS POR ESTA SUPREMA CORTE NA ADPF 324/DF, NA ADC 48/DF, NA ADI 5.625/DF, NA ADI 3.991/PA E NO RE 958.252 RG/MG (TEMA 725 DA REPERCUSSÃO GERAL). AUSÊNCIA DE ESTRITA ADERÊNCIA. REANÁLISE DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. UTILIZAÇÃO DA RECLAMAÇÃO COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO DESPROVIDO. I - A autoridade reclamada, mediante apreciação das provas produzidas nos autos, concluiu pela configuração dos elementos fático-jurídicos necessários à formação do vínculo empregatício entre a reclamante e o beneficiário do ato reclamado, em conformidade com o art. 3º da CLT. II - Em casos semelhantes, a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal exige aderência estrita entre o ato reclamado e o conteúdo dos paradigmas apontados como violados, o que não ocorreu no caso. III - Dissentir das razões adotadas pela Justiça trabalhista demandaria o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, circunstância também não admitida em reclamação constitucional. IV - A intenção da agravante é utilizar a reclamação como sucedâneo recursal, finalidade essa que não se compatibiliza com a sua destinação constitucional. V - Agravo regimental desprovido. (Rcl 61438 AgR, Relator(a): CRISTIANO ZANIN, Primeira Turma, julgado em 09-10-2023, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 11-10-2023 PUBLIC 16-10-2023) (Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur489258/false>. Acesso em: 27 out. 2023)

Os precedentes qualificados mais invocados para justificar a estrita aderência da Reclamação Constitucional são os julgamentos da ADPF 324⁶⁴ e do Tema 725⁶⁵ da Repercussão Geral do Supremo Tribunal Federal. Nos dois casos, contudo, não se verifica tenha sido admitida a mera intermediação de mão-de-obra por empresa interposta.⁶⁶ Ao contrário, a terceirização é considerada válida na medida em que corresponda à efetiva transferência de determinadas atividades para serem realizadas por outra empresa, independentemente do objeto social das empresas envolvidas.

Mesmo depois da autorização genérica da terceirização pela Lei n. 13.429/2017, restaram mantidos determinados requisitos para sua validade, dentre eles a efetiva “*transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades*” (art. 4º-A, da n. 6.019/74).⁶⁷ Além disso, a licitude da terceirização pressupõe tenha a prestadora de serviços “*capacidade econômica compatível com a sua execução*” (art. 4º-A, da n. 6.019/74), circunstância muitas vezes não verificada em processos trabalhistas ou Reclamações Constitucionais.

Finalmente, a lei deixa claro que disciplina a efetiva transferência da execução dos serviços para uma “empresa”, sendo que “*o empregado que for demitido não poderá prestar serviços para esta mesma empresa na qualidade de empregado de empresa prestadora de serviços antes do decurso de prazo de dezoito meses, contados a partir da demissão do empregado*”. (Lei n. 6.019/74, Art. 5o-D, Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

A positivação de diversas questões que dependem de prova, deixa claro a ausência de estrita aderência e a impossibilidade de se examinar a matéria da licitude de determinado caso de terceirização no bojo de uma Reclamação Constitucional, considerados os seus limites e função.

64 Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750738975>. Acesso em: 25 out. 2023.

65 Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&is_repercussao_geral=true&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=tema%20725&sort=_score&sortBy=desc. Acesso em: 25 out. 2023

66 **Aliás, diferente não poderia ser, mesmo porque a Constituição da Organização Internacional do trabalho (OIT), estabelece entre seus princípios fundamentais que “o trabalho não é uma mercadoria”. (Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/genericdocument/wcms_336957.pdf. Acesso em: 03 out. 2023)**

67 Na terceirização lícita, não se trata da mera intermediação de mão-de-obra, hipótese que é circunscrita à empresa de trabalho temporário, “*responsável pela colocação de trabalhadores à disposição de outras empresas temporariamente*” (art. 4º, da n. 6.019/74)

4.1.3 Matéria de prova

A natureza extraordinária das Cortes Superiores é incompatível com o pedido para análise de provas.⁶⁸ No sistema jurídico constitucional brasileiro, não é função da Corte Constitucional o exame das provas⁶⁹ sobre o preenchimento dos requisitos fático-jurídicos do contrato de emprego ou mesmo de uma determinada hipótese de terceirização.

Ademais, não afasta o princípio constitucional do acesso à justiça o singelo argumento de que uma vez preenchidos determinados requisitos legais e formais de um contrato civil,⁷⁰ estaria legalmente impedido o trabalhador de buscar na justiça o reconhecimento de seus direitos.⁷¹ Relembre-se que a análise da matéria recai sobre uma relação normalmente assimétrica, distinção inicial sobre a qual partem todas as demais observações deste ramo jurídico especial

Mesmo no campo do Direito Civil, na disciplina de relações entre seres teoricamente equivalentes, podem ser verificadas e comprovadas a ocorrência de vícios do negócio jurídico. Por exemplo, é anulável o negócio jurídico “*por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores*” (art. 171, II do Código Civil). Todas as hipóteses legais de anulabilidade, claramente, dependem do exame das provas do fato concreto, matéria estranha aos Tribunais Superiores.

68 STF Súmula n. 279 Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário. (Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=2174>. Acesso em: 27 out. 2023) STJ Súmula n. 07 A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial (Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2005_1_capSumula7.pdf. Acesso em: 27 out. 2023) TST Súmula n. 126 RECURSO. CABIMENTO (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003 Incabível o recurso de revista ou de embargos (arts. 896 e 894, "b", da CLT) para reexame de fatos e provas. (Disponível em: <https://www.tst.jus.br/documents/10157/63003/LivroInternet+%286%29.pdf/778cc371-66ec-6b88-8310-fabd1504f0a5?t=1691685168350>. Acesso em: 27 out. 2023)

69 EMENTA AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DE DECISÃO NO RHC Nº 216.272/MG: NÃO VERIFICADO. USO COMO SUCEDÂNEO RECURSAL E REVISÃO DO CONTEÚDO FÁTICO-PROBATÓRIO: VEDAÇÃO. 1. O Juízo de origem observou, em sua essência, a ordem emanada no habeas corpus, acabando por confirmar que entendeu ter a vítima pretendido, sim, representar contra o então réu. 2. É consabido que a reclamação não se presta à dilação probatória nem serve como sucedâneo recursal, de modo que descabe na via eleita questionar as razões que levaram o ato reclamado a decidir pela vontade inequívoca da vítima em representar no caso concreto. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (Rcl 59304 AgR, Relator(a): ANDRÉ MENDONÇA, Segunda Turma, julgado em 09-10-2023, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 20-10-2023 PUBLIC 23-10-2023) (Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur489967/false>. Acesso em: 27 out. 2023)

70 CLT, Art. 442-B. A contratação do autônomo, cumpridas por este todas as formalidades legais, com ou sem exclusividade, de forma contínua ou não, afasta a qualidade de empregado prevista no art. 3o desta Consolidação. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

71 Constituição Federal, art. 5º, XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

A autopoiese do Direito não significa que o seu código binário seja arbitrário ou que exista fora da sociedade. O acoplamento estrutural das normas de direito material e a realidade sempre foi inerente a este ramo especial trabalhista da justiça, possuindo notável previsão no art. 9º da CLT: “Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.”

Na linha de referida disposição legal, a necessidade de análise da prova do caso concreto quando em análise pedido de reconhecimento de vínculo de emprego é expressamente reconhecida na parte final do precedente qualificado da ADI 5.625⁷², *in verbis*:

- 1) É constitucional a celebração de contrato civil de parceria entre salões de beleza e profissionais do setor, nos termos da Lei n. 13.352, de 27 de outubro de 2016;
- 2) É nulo o contrato civil de parceria referido, quando utilizado para dissimular relação de emprego de fato existente, a ser reconhecida sempre que se fizerem presentes seus elementos caracterizadores.

Brasília, 28 de outubro de 2021. Ministro NUNES MARQUES Redator do acórdão.

Não é porque a análise do caso concreto tenha evidenciado o preenchimento dos requisitos do vínculo de emprego que a lei da parceria dos salões de beleza seja inconstitucional. Apenas não terá aplicação no caso em análise, uma vez que cuida de situação diversa.

Finalmente, na sintonia de que algumas vezes é necessário dizer o óbvio, talvez a redação da referida ementa ficasse mais clara ao acrescentar que é competência constitucional da Justiça do Trabalho reconhecer “a relação de emprego de fato existente”, tendo como consequência a nulidade do contrato civil de parceria.⁷³

4.2 Reclamação Constitucional: três diferentes respostas

Na complexidade da situação atual, ao invés de buscar na auto-referência das três hipóteses anteriores de não conhecimento da Reclamação Constitucional,⁷⁴ o Supremo Tribunal Federal

⁷² Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=759942773>. Acesso em: 25 out. 2023.

⁷³ Realmente, causaria perplexidade a qualquer aluno do terceiro ano de direito a defesa da tese de que o juiz estatual comum deveria, primeiro, decidir sobre a existência do vínculo de emprego que acarretaria a nulidade do contrato de parceria para, depois, encaminhar os autos para a Justiça do Trabalho.

⁷⁴ O instituto da Reclamação Constitucional foi incluído pela Emenda Constitucional n. 45/2004 e pode ser utilizado nas hipóteses específicas de cabimento do art. 103-A, § 3º: Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar

tem se utilizado deste remédio excepcional para interferir no sistema processual trabalhista de solução de casos particulares, seja analisando provas, em situações de ausência de estrita aderência ou teratologia, atuando como verdadeira instância recursal de casos individuais.

A incoerência sistêmica deste procedimento é facilmente verificável através da variedade de soluções das decisões de Reclamações Constitucionais que impugnam o reconhecimento do vínculo de emprego pela Justiça do Trabalho. Abaixo serão analisadas as três principais soluções, conquanto a criatividade dos operadores jurídicos possa desenvolver muitas outras.

4.2.1 A Reclamação cassa a decisão que reconhece o vínculo de emprego e determina que outra seja proferida pela própria Justiça do Trabalho

Nesta primeira hipótese, revela-se inafastável a conclusão do ingresso do Supremo Tribunal Federal no mérito do exame de provas, função totalmente estranha à Corte Constitucional. As decisões trabalhistas cassadas não se fundamentam em norma declarada inconstitucional pelo STF, mas principalmente na análise das provas concretas dos requisitos do vínculo de emprego, em especial da subordinação jurídica.

Aliás, parece difícil sustentar que a Constituição Federal não priorize o reconhecimento da relação de emprego diante da clareza de seu texto normativo: “*Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: VIII - busca do pleno emprego.*”

No mesmo sentido, a Recomendação da Organização Internacional do Trabalho n. 169,⁷⁵

8. Os Membros devem tomar medidas para combater eficazmente o emprego ilegal, ou seja, o emprego que não cumpre os requisitos das leis, regulamentos e práticas nacionais.

a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

75

Disponível

em:

https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312507:NO
O. Acesso em: 31 out. 2023.

9. Os Membros devem tomar medidas para permitir a transferência progressiva de trabalhadores do sector informal, onde exista, para o sector formal.

No caso brasileiro, a corrupção sistêmica estrutural é ainda mais gritante e culmina com um processo de dependência e falta de acesso das pessoas aos sistemas sociais: os trabalhadores excluídos dependem dos direitos básicos e fundamentais garantidos pela Constituição,⁷⁶ mas sem a inclusão pelo direito do trabalho não conseguem alcançá-los. Trata-se do fenômeno da subintegração: o cidadão depende dos critérios dos outros sistemas (político, econômico, jurídico etc.), mas não tem acesso às suas prestações, vivendo numa situação de marginalidade.⁷⁷

Por outro lado, desenvolve-se o fenômeno da sobreintegração, quando o cidadão tem acesso aos benefícios do sistema mesmo sem uma relação de dependência de suas regras e critérios.⁷⁸ É o caso dos violadores de direitos fundamentais, no segmento especificamente trabalhista, num exemplo extremo, da negação de direitos fundamentais garantidos até mesmo para trabalhadores avulsos,⁷⁹ mesmo sem vínculo empregatício.

Nesta hipótese, fica uma questão: a filtragem constitucional e atuação extrema do Supremo Tribunal Federal, inclusive superando importantes critérios da autoreferência sistêmica de não conhecimento da matéria fora do devido processo legal, ocorreria apenas para a defesa de direitos fundamentais de quem, do sobreintegrado?⁸⁰ Realmente, seria muito difícil de imaginar uma situação inversa, ou seja, o uso de semelhante saída interpretativa para o reconhecimento do vínculo de emprego de um subintegrado no bojo de uma Reclamação Constitucional.⁸¹

76 **Constituição Federal, Art. 6º** São direitos sociais a **educação**, a **saúde**, a alimentação, **o trabalho**, a **moradia**, o transporte, o lazer, a **segurança**, a **previdência social**, a proteção à **maternidade e à infância**, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015) (Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 jul. 2022)

77

78 SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Direito processual coletivo trabalhista**. Ed. Mizuno. Leme-SP: 2023, p. 242.

79 Constituição Federal, art. 7º, XXXIV - igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso.

80 (...) 18. Diante do exposto, com base no art. 161, parágrafo único, do RI/STF, julgo procedente o pedido, para cassar a decisão reclamada (Autos nº 0001311-52.2016.5.14.0001) e determinar que outra seja proferida, em observância à jurisprudência vinculante desta Corte. RECLAMAÇÃO 59.836 DISTRITO FEDERAL RELATOR : MIN. ROBERTO BARROSO (Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RCL59836.pdf>. Acesso em: 27 out. 2023)

81 Conforme Santos, “para a maioria da população, ou seja, os subintegrados ou subcidadãos, os horizontes de ação e vivência permanecem muito distantes dos programas constitucionais. Por outro lado, os sobreintegrados continuam, como sempre, dispondo das normas constitucionais”. (SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Direito processual coletivo trabalhista**. Ed. Mizuno. Leme-SP: 2023)

Nenhum sistema ou pessoa é obrigada ou teria condições de conhecer sobre tudo de todas as matérias.⁸² Da mesma forma, é muito mais fácil um sistema interferir diretamente na operação de outro (alopoiese) quando este apresenta pouca familiaridade na área em que está atuando (uma vez que ausente a auto referência). Sistemas econômicos e políticos sempre tentaram corromper o código próprio da Justiça do Trabalho sem muito sucesso,⁸³ tendo em vista a autonomia e auto-referência deste ramo especializado. Neste momento, a pressão destes sistemas não jurídicos (econômico e político, principalmente), continua a atacar fortemente o código binário da Justiça do Trabalho, doravante utilizando-se de Reclamações junto ao Supremo Tribunal Federal.

4.2.2 Invalida-se a sentença trabalhista e é determinado que outra seja proferida pela Justiça Comum

A competência sempre foi definida pela causa de pedir e pedido, conforme expressamente reconhecido na Súmula n. 736 do STF: “*Compete à justiça do trabalho julgar as ações que tenham como causa de pedir o descumprimento de normas trabalhistas relativas à segurança, higiene e saúde dos trabalhadores.*”⁸⁴

Afastar da jurisdição trabalhista a competência para decidir sobre o preenchimento dos requisitos-fáticos jurídicos do pedido de reconhecimento de vínculo de emprego, com flagrante violação do juiz natural (Constituição Federal, art. 114, I),⁸⁵ caracteriza um típico caso de alopoiese do Direito do Trabalho, agora buscado dentro do próprio sistema jurídico.

82 Segundo Marcos Neves Fava, “Durante o julgamento da prescrição do FGTS (ARE 70.912), o ministro Fux proferiu no plenário do Supremo Tribunal Federal uma impropriedade, que como tal poderia ser reconhecida pelos estudantes de terceiro ano da Faculdade de Direito, aproximadamente assim: o FGTS é uma taxa que o empregador desconta do salário do trabalhador e na dispensa paga sobre o saldo dessa conta uma multa de 10%. Provavelmente alertado — as imagens da TV Justiça indiciam isso, por algum assessor, ele emendou parece que esse valor recentemente foi alterado para 40%. Impropriedade porque Fundo não é cobrado do empregado, mas acrescido ao salário, e a multa, na verdade, indenização, de 40% está nesse importe desde 1988, não fora, em 2014, alterada “recentemente.” (Direito do Trabalho, esse desconhecido de parte do Supremo Tribunal Federal - Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-out-29/neves-fava-direito-trabalho-desconhecido-parte-stf>. Acesso em: 30/10/2023)

83 A título de exemplo, confira-se a Reforma Trabalhista da Lei n. 13.467/17 que não interpretada da forma literal como pretendida, mas filtrada pelos Tribunais do trabalho de acordo com os princípios constitucionais.

84 Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=2243>. Acesso em: 1 nov. 2023.

85 16. Como de fácil percepção, para se aferir os próprios elementos do ilícito, sobretudo a culpa e o nexa causal, é imprescindível que se esteja mais próximo do dia-a-dia da complexa realidade laboral. Aspecto em que avulta a especialização mesma de que se revestem os órgãos judicantes de índole trabalhista. É como dizer: órgãos que se debruçam cotidianamente sobre os fatos atinentes à relação de emprego (muitas vezes quanto à própria existência dela) e que por isso mesmo detêm melhores condições para apreciar toda a trama dos delicados aspectos objetivos e subjetivos que permeiam a relação de emprego. Daí o conteúdo semântico da Súmula 736, deste Excelso Pretórios

Conflito de competência não existe na maioria destas Reclamações Constitucionais que tratam de processos de vínculo de emprego. Nenhum operador jurídico que leva a sério o ordenamento jurídico duvidaria da competência constitucional da Justiça do Trabalho para o exame do pedido declaratório de vínculo de emprego. Aliás, caso existisse algum conflito de competência entre a Justiça Comum e a Justiça do Trabalho, caberia sua resolução no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e não da Corte Suprema, conforme expressa organização constitucional.⁸⁶

Segundo Luhmann, os Tribunais estão no centro do sistema jurídico e “criam” o Direito nos casos concretos.⁸⁷ A legislação e os contratos estão na membrana e devem ser interpretados à luz dos casos concretos (acoplamento estrutural). O sistema jurídico trabalhista é auto-referente, produz e opera com sentido próprio que lhe confere autonomia e identidade perante os outros sistemas da sociedade. Os juízes trabalhistas atuam no papel de observadores utilizando um código binário e programa próprios, tendo em vista a finalidade da proteção social.⁸⁸ Para Luhmann, a Justiça não é algo externo ao sistema jurídico, mas encontrado na consistência das decisões. Tudo vem de dentro do sistema do direito e é estabelecido por decisões. Quem vai produzir o direito destes trabalhadores que postulam o reconhecimento da relação de emprego, a Justiça Comum que é afeta a questões envolvendo particulares em igualdade de condições?

4.2.3 É anulada a decisão da Justiça do Trabalho e o próprio STF julga improcedente o pedido de vínculo de emprego

assim didaticamente legendada: "Compete à justiça do trabalho julgar as ações que tenham como causa de pedir o descumprimento de normas trabalhistas relativas à segurança, higiene e saúde dos trabalhadores". [CC 7.204, rel. min. Ayres Britto, P, j. 29-6-2005, DJ de 9-12-2005.] (Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=2243>. Acesso em: 1 nov. 2023.)

⁸⁶ Constituição Federal, Art. 105, Compete ao Superior Tribunal de Justiça: d) os conflitos de competência entre quaisquer tribunais, ressalvado o disposto no art. 102, I, "o", bem como entre tribunal e juízes a ele não vinculados e entre juízes vinculados a tribunais diversos. (Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 jul. 2022)

⁸⁷ Ainda que neste ponto possa ser feita alguma comparação com o realismo jurídico, verifica-se uma importante diferença: no realismo, primeiro, decide-se, depois, encontram-se os fundamentos. Na teoria dos sistemas de Luhmann, as operações são realizadas a partir de elementos de dentro do próprio sistema.

⁸⁸ (...) 3. No julgamento da ADC nº 48/DF, o STF afirmou a constitucionalidade da Lei nº 11.442/07, em especial a natureza comercial da contratação de autônomos para o exercício da atividade de transporte de cargas e a competência da Justiça Comum para a análise das controvérsias dela decorrentes. 4. O julgado na ADC nº 48 conduz à compreensão de que compete à Justiça Comum avaliar se estão presentes ou não os elementos caracterizadores da relação comercial e, ausentes as características, enviar o caso à Justiça Especializada para decidir quanto à relação de emprego. 5. A decisão reclamada, ao estabelecer que cabe à Justiça do Trabalho a análise do preenchimento dos requisitos previstos na Lei nº 11.442/07, viola o entendimento firmado pelo STF no julgamento da ADC nº 48/DF. 6. Agravo regimental não provido. (Rcl 60103 AgR - Órgão julgador: Segunda Turma Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI - Julgamento: 04/09/2023 - Publicação: 09/10/2023) (Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur488981/false>. Acesso em: 31 out. 2023)

Nesta terceira hipótese de solução da Reclamação Constitucional chega-se ao máximo do afastamento do princípio constitucional do acesso à justiça e valoração das provas do caso concreto. O Supremo Tribunal Federal não apenas cassa a decisão da justiça trabalhista, como também já decide pela improcedência do pedido de declaração de vínculo de emprego, de forma automática.⁸⁹

O Direito é um sistema social constituído de sentido, existe dentro da sociedade e para a sociedade. Não existe Direito fora da sociedade. Caso o Direito fosse completamente desconectado da realidade (e de suas provas), poderia ser imaginado um mesmo direito que simplesmente fosse transportado para diversos outros países. Mas todos sabem que isso não é possível, pois o Direito não sobrevive desconectado do meio em que opera.

Ainda mais no caso das assimétricas relações trabalhista, é natural e até esperado que o Direito do Trabalho tenha um acoplamento muito maior com a realidade, principalmente no tema de provas, tendo em vista a grande limitação da autonomia da vontade do hipossuficiente. A maior aderência social exigida no exame das relações trabalhistas é contrária à ideia de uma teoria pura ou de um direito hermeticamente fechado. Não é compatível com a autopoiese do Direito do Trabalho a análise do pedido de vínculo de emprego exclusivamente sob o aspecto formal e legal, sem qualquer verificação de prova dos fatos da realidade, verificados no meio em que suas operações são realizadas.

5. CONCLUSÃO

A teoria dos sistemas de Niklas Luhmann foi apresentada como referencial teórico no presente artigo para análise do conflito entre sistemas jurídicos, tendo em vista as decisões do Supremo Tribunal Federal proferidas em Reclamações Constitucionais que invalidam sentenças de reconhecimento de vínculo de emprego da Justiça do Trabalho. Seguiram-se algumas considerações:

89 (...) Diante do exposto, com fundamento no art. 161, parágrafo único, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, JULGO PROCEDENTE o pedido para cassar a decisão reclamada por ofensa ao Tema 725-RG (RE 958.252, rel. Min. LUIZ FUX) e à ADPF 324 (Rel. Min. ROBERTO BARROSO), julgando improcedente a ação trabalhista Processo 1001034- 06.2020.5.02.0068, da 68ª Vara do Trabalho de São Paulo. (RECLAMAÇÃO 58.177 SÃO PAULO RELATOR : MIN. ALEXANDRE DE MORAES) (Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1387157/false>. Acesso em: 27 out. 2023)

a) De acordo com a teoria luhmanniana, um sistema possui autonomia quando é capaz de gerar a sua própria “estrutura” (auto-organização) e produzir suas unidades básicas (elementos), diferenciando-se do seu meio e de outros sistemas. A autopoiese da Justiça do Trabalho é reconhecida na competência material do art. 114 da Constituição Federal para análise dos conflitos oriundos da “relação de trabalho”.

b) Os sistemas jurídicos são operacionalmente fechados e cognitivamente abertos em relação ao ambiente. A decisão de reconhecimento de vínculo de emprego deve ser sempre fundamentada nas provas do processo que podem demonstrar uma situação muito diversa do contrato formal firmado inicialmente pelas partes. A justiça da situação concreta somente pode ser encontrada a partir da consistência intrínseca das decisões e da coerência dogmática capazes de produzir comunicação, num sistema fechado e auto-referencial, no caso da Justiça do Trabalho.

c) A Justiça do Trabalho não tem aplicado lei considerada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Afasta-se a ideia de teratologia. A lei do contrato civil utilizada para mascarar a relação de emprego continua a existir no mundo jurídico, conquanto não seja aplicável no caso em análise diante das provas realizadas (CLT, art. 9º). Da mesma forma, ao decidir pela não ocorrência de culpa ou dolo numa ação indenizatória na Justiça Cível, não significa que o juiz estadual tenha revogado ou deixado de aplicar o art. 186 do Código Civil. Apenas não estiveram presentes os seus elementos para responsabilização do agente no caso concreto.

d) A legitimação das decisões judiciais ocorre pela observância do procedimento. A operação do Supremo Tribunal Federal além dos limites do seu sistema acaba por provocar a alopoiese do Direito do Trabalho, trazendo o risco de incidência direta dos sistemas político e econômico sobre o código próprio da Justiça do Trabalho.

6. NREFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ALMEIDA COSTA, António Manuel de. **O funcionalismo sistémico de N. Luhmann e os seus reflexos no universo jurídico**. Lisboa: Almedina, 2018.

AMENT, Thiago Henrique. **Recurso de revista repetitivo: entre os precedentes da common law e o julgamento por causa piloto**. São Paulo: Ltr, 2018.

BEBBER, Júlio César. **Decisão unipessoal na Reclamação 259.836 converteu STF em tribunal ordinário.** Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-jun-10/julio-cesar-bebber-decisao-unipessoal-converte-stf-tribunal-ordinario>. Acesso em: 29 jun. 2023.

BRASIL. **Código Civil.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 25 jul. 2022.

BRASIL. **Código de Processo Civil (CPC).** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 25 jul. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 jul. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 5.452 de 1º de maio de 1943 (CLT).** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 25 jul. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação Rcl 61566 AgR, Rel. Ministro Cristiano Zanin, Primeira Turma, julgado em 09-10-2023. **Pesquisa de jurisprudência.** Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur489267/false>. Acesso em: 27 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação Rcl 61566 AgR, Rel. Ministro Cristiano Zanin, Primeira Turma, julgado em 09-10-2023. **Pesquisa de jurisprudência.** <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=2243>. Acesso em: 1 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação Rcl 58.177 SP. Rel. Ministro Alexandre de Moraes. **Pesquisa de jurisprudência.** Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1387157/false>. Acesso em: 27 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação Rcl 59.795 MG. Rel. Ministro Alexandre de Moraes. **Pesquisa de jurisprudência.** Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RCL5979510decisao_monocratica21.pdf. Acesso em: 27 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 58.177 MG. Rel. Ministro Alexandre de Moraes. **Pesquisa de jurisprudência.** Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1387157/false>. Acesso em: 27 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 39.351 AgR. Rel. Min. ROSA WEBER, Red. p/ Acórdão: Alexandre de Moraes, Primeira Turma, julgado em 11/5/2020. **Pesquisa de**

jurisprudência.

Disponível

em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15350557963&ext=.pdf>. Acesso em: 27 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação Rcl 59304 AgR, Rel. Ministro André Mendonça, Segunda Turma, julgado em 23-10-2023. **Pesquisa de jurisprudência.** Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur489967/false>. Acesso em: 27 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação Rcl 59.836, Rel. Ministro Roberto Barroso. **Pesquisa de jurisprudência.** Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RCL59836.pdf>. Acesso em: 27 out. 2023.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial.** - 2ª ed. - São Paulo: Saraiva., 2011.

CARELLI, Rodrigo. **Nota zero ao ministro Alexandre de Moraes em Direito do Trabalho.** Conjur. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-jun-13/rodrigo-carelli-nota-zero-alexandre-direito-trabalho>. Acesso em: 29 jun. 2023.

CORSI, Giancarlo; Esposito, Elena; Baraldi, Claudio. **Glosario sobre la teoria social de Niklas Luhmann.** Disponível em: <https://educativa.weebly.com/uploads/1/5/0/9/15091428/glosario-sobre-teoria-social-de-luhmann.pdf>. Acesso em: 26 abr. 2023.

COSTA, Antônio Manuel de Almeida. **O funcionalismo sistêmico de N. Luhmann e os seus reflexos no universo jurídico.** Coimbra: Almedina, 2018.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo.** 14ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** Trad. Néelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

GIGLIO, Wagner D. **Setenta anos de evolução da Justiça do Trabalho.** 116 Rev. TST, Brasília, vol. 77, n. 2, abr/jun 2011. (Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/25342/009_giglio.pdf?sequence=2&isAllowed=y. Acesso em: 24/06/2023)

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores** — 18. ed.— São Paulo: LTr, 2019.

GRAU, Eros. **Direito posto e o direito pressuposto.** 9ª Edição. São Paulo: Malheiros. 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo**. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016.

HIGA, Flávio da Costa. "**Suicidar-se para não ser assassinada**": genial estratégia para Justiça do Trabalho. Conjur. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-jun-06/flavio-costa-higa-jt-cometer-suicidio-nao-assassinada>. Acesso em: 29 jun. 2023.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 8ªed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 1999.

LEITE GONÇALVES, Guilherme. **Função interpretativa, alopoiese do direito e hermenêutica da cordialidade**. Revista Direito e Práxis, vol. 1, núm. 1, 2010, pp. 16-31 Universidade do Estado do Rio de Janeiro - Rio de Janeiro, Brasil, p. 26. (Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/3509/350944548003.pdf>. Acesso em: 16 out. 2022).

LEONEL, Ricardo de Barros. **Reclamação constitucional**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011

LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la sociedad**. Disponível em: https://www.sijufor.org/uploads/1/2/0/5/120589378/el_derecho_de_la_sociedad_-_luhmann_niklas.pdf. Acesso em: 13 out. 2022.

LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Traducción: Javier Torres Nafarrate. 1. ed. en español. México: Editorial Herder; Universidad Iberoamericana, 2007. (Disponível em: <https://circulosemiotico.files.wordpress.com/2012/10/la-sociedad-de-la-sociedad-niklas-luhmann.pdf>. Acesso em: 13 out. 2022).

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Trad. Maria da Conceição Corte-Real. Brasília-DF: Editora da Universidade de Brasília, 1980.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Trad. Gustavo Bayer. Rio do Janeiro-RJ: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito II**. Trad. Gustavo Bayer. Rio do Janeiro-RJ: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

NAFARRATE, Javier Torres. **Introdução à teoria dos sistemas. Aulas publicadas por Javier Torres Nafarrate**. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasse. 3ª Edição. Vozes. Petrópolis/RJ. 2009.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2018.

Organização Internacional do Trabalho (OIT). **Recomendação n. 169**. Disponível em: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312507:NO. Acesso em: 31 out. 2023.

Organização Internacional do Trabalho (OIT). **Constituição**. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/genericdocument/wcms_336957.pdf. Acesso em: 03 out. 2023.

PASSOS, J.J. CALMON DE. **Instrumentalidade do processo e devido processo legal**. Disponível em:

http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDC_07_05.pdf. Acesso em: 20 abr. 2023.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 24ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 24ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1999.

RODRIGUES, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. 3 ed. São Paulo: Ltr, 2004.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Direito processual coletivo trabalhista**. Ed. Mizuno. Leme-SP: 2023.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos; HAJEL FILHO, Ricardo Antonio Bittar. **Curso de direito processual do trabalho**. 4 Edição. GEN Atlas. Barueri-SP: 2020.

TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoético**. Tradução e Prefácio José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

TEUBNER, Gunther. **Direito, Sistema e Policontextualidade**. Piracicaba: UNIMEP, 2005.

Artigo recebido: 27.02.2024

Artigo publicado em: 30.06.2024