

**Pontifícia Universidade Católica de São Paulo**  
**PUC-SP**

**Eduardo Fornazari Alencar**

**A resiliência do direito do trabalho**

**Doutorado em Direito**

**São Paulo**

**2020**

**Eduardo Fornazari Alencar**

**A resiliência do direito do trabalho**

**Doutorado em Direito**

Tese de Doutorado apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, sob a orientação da Professora Doutora Suely Ester Gitelman.

**São Paulo**

**2020**

**Banca Examinadora**

---

---

---

---

---

À minha querida avó, Olívia Marangoni Fornazari, e ao meu pai, José Adair de Alencar (*in memoriam*), que, onde estiverem, estarão sentindo as mesmas saudades.

À minha mãe, Maria Helena Fornazari Alencar, a quem primeiro me viu chorar. E a quem primeiro fiz rir.

À minha encantadora mulher, Alessandra Barreto Borges e Alencar, com muito amor e gratidão pelo estímulo e pela generosidade na entrega das horas subtraídas da sua companhia.

Aos meus filhos, Maria Eduarda e Pedro Henrique, que são, nas palavras da minha mãe, a maior riqueza que Deus poderia nos dar.

## AGRADECIMENTOS

Neste momento de finalização da minha tese, chego trazendo a confiança de muitas pessoas que me estenderam a mão, dando-me força para conseguir alcançar este objetivo. Agradeço a todos aqueles que colaboraram direta ou indiretamente com a construção desse trabalho e, em especial, agradeço:

À minha mulher, Alessandra, pelo apoio incondicional que sempre me deu em todos os momentos da vida e, ainda mais neste, em que precisou cuidar quase que sozinha dos nossos filhos.

Aos meus filhos, por entenderem e terem a compreensão da importância para mim da conclusão da tese.

À professora Suely Ester Gitelman porque acreditou e estimulou-me a perseguir os meus objetivos.

Aos professores Carla Romar e Paulo Sérgio Feuz de quem tive o privilégio de receber as melhores orientações na banca de qualificação.

Ao meu querido amigo Adriano Ferriani, um dos primeiros incentivadores para que me lançasse nessa jornada. Muito obrigado pelo estímulo, compreensão e valiosos ensinamentos transmitidos durante nossas inúmeras conversas.

Ao sempre amigo Alexandre Jamal Batista pela parceria, pelos diálogos de apoio e por uma grande disponibilidade em compartilhar sua experiência de percurso na mesma empreitada. Muito obrigado por todo o apoio e por sua amizade.

À minha sócia e amiga, Carina Poliselli Bruniera Duarte, que, além de assumir a operação de toda a área trabalhista do nosso Escritório, ainda me auxiliou e me ajudou na revisão de várias partes do trabalho.

Aos meus amigos e sócios, que me incentivaram ao longo dos estudos, Adriano Jamal Batista, Carla Ferriani, Carlos Alberto Ferriani, Fabiana Fragoso de Arruda, Jorge Nunes da Silva Neto, Luis Fernando Rezk de Ângelo, Renan Mota Melara, Ângela de Souza Sil Alessandro de Oliveira Guarniéri, bem como aos advogados e demais colaboradores trabalham ou trabalharam diretamente comigo durante esse período.

A todos os que, em alguma ocasião me ouviram, me deram uma palavra de apoio ou, pelo menos, sorriram para mim em sinal de solidariedade.

“Deus me conceda  
Serenidade  
para aceitar as coisas  
que não posso mudar  
Coragem  
para mudar as coisas  
que eu posso, e  
Sabedoria  
para saber a diferença.”

*(São Francisco de Assis, século XIII)*

## RESUMO

O tema da *Resiliência do Direito do Trabalho* é atual e oportuno porque se reveste em uma forma de compreender como funciona a dinâmica do Direito e mais precisamente do Direito do Trabalho, em uma sociedade contemporânea, frente às mudanças que recorrentemente ele enfrenta, preservando seu equilíbrio, estrutura e identidade. Com a presente tese, busca-se averiguar se o Direito do Trabalho é resiliente, como isso se dá e por que isso acontece, além das suas consequências. Para tanto, é feita uma abordagem dos elementos constitutivos do tema, tendo como base uma pesquisa extensa em livros, artigos e periódicos. De início, é abordado enquadramento do sistema jurídico como um sistema autopoietico, tomando por base a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. Em seguida, é estudada a resiliência, seu conceito, suas concepções e modelos. A partir daí, passa-se a analisar o pluralismo do Direito do Trabalho como elemento justificador da sua resiliência. Colocados, assim, os elementos do tema, chega-se à conclusão de que o Direito do Trabalho é resiliente e que isso se deve primordialmente ao seu pluralismo. Por fim, são apontadas as consequências disso.

**Palavras-chave:** Resiliência; Direito do trabalho; Resiliência do direito do trabalho; Capacidade adaptativa; Pluralismo jurídico; Sistema resiliente; Teoria dos sistemas.

## ABSTRACT

*Resiliência do Direito do Trabalho* is a topical and well-timed subject because configures itself as a way of understanding how the Law dynamic works and, more precisely, the Labor Law dynamic, in a contemporary society, facing up changes repeatedly, while preserving its general balance, structure and identity. This present thesis aims ascertain whether Labor Law is resilient, how and why this resilience could be effected, also its consequences. For this purpose, an approach on constituent elements of the subject was made based on extensive books, articles and periodicals research. Initially, it is undertaken the legal system framing as an autopoietic system, building it on the Niklas Luhmann's systems theory. Thereafter, the resilience is studied, its concept, meanings and patterns. Subsequently, this work analyses the Labour Law pluralismo as the justifier aspect of its resilience. After the subject elements had been analysed, it must be concluded that the Labor Law is resiliente and its resilience is due primarily to its pluralism. Lastly, the consequences of that are identified.

**Keywords:** Resilience; Labor law; Labor law resilience; Adaptive capacity; Legal pluralism; Resilient system; Systems theory.

## RIASSUNTO

Il tema della *Resilienza del Diritto del Lavoro* è attuale e opportuno perché è un modo di comprendere come funzionano le dinamiche del Diritto, e più precisamente del Diritto del Lavoro, in una società contemporanea, dinanzi ai cambiamenti che ricorrentemente deve affrontare, preservandone l'equilibrio, la struttura e l'identità. Con la presente tesi, si è cercato di scoprire se il Diritto del Lavoro è resiliente, e il come e il perché succede, oltre alle sue conseguenze. A tal fine, viene fatto un approccio agli elementi costitutivi del tema, sulla base di ricerche approfondite su libri, articoli e periodici. Inizialmente, la struttura del sistema giuridico viene affrontata come un sistema autopoietico, basato sulla teoria dei sistemi di Niklas Luhmann. In seguito, viene studiata la resilienza, il suo concetto, le sue concezioni e i suoi modelli. Da lì, viene analizzato il pluralismo del Diritto del Lavoro in quanto elemento che giustifica la sua resilienza. Pertanto, dopo aver collocato gli elementi del tema, si giunge alla conclusione che il Diritto del Lavoro è resiliente e che tal cosa è dovuta principalmente al suo pluralismo. Infine, vengono evidenziate le relative conseguenze.

**Parole chiave:** Resilienza; Diritto del lavoro; Resilienza del diritto del lavoro; Capacità adattativa; Pluralismo giuridico; Sistema resiliente; Teoria dei sistemi.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
1. TEORIA DOS SISTEMAS E O SISTEMA JURÍDICO .....	15
1.1 Aspectos da teoria sistêmica de Luhmann.....	15
1.2 A teoria autopoietica dos sistemas.....	23
1.3 O sistema jurídico como sistema autopoietico .....	29
2. RESILIÊNCIA .....	43
2.1 Resiliência e sua significação .....	43
2.1.1 Conceituando resiliência.....	43
2.1.2 As várias concepções de resiliência.....	44
2.2 Definindo um sistema resiliente .....	46
2.2.1 Modelos de resiliência .....	46
2.2.2 Distinção entre resiliência da engenharia e resiliência ecológica.....	47
2.3 Quando um sistema jurídico é resiliente?.....	50
3. CAPACIDADE ADAPTATIVA DO DIREITO.....	57
3.1 Princípios de um sistema adaptativo .....	57
3.2 Definição da capacidade adaptativa do sistema .....	61
3.3 Quando é adaptável um sistema jurídico?.....	63
4. PLURALISMO DO DIREITO DO TRABALHO .....	64
4.1 Concepção de pluralismo jurídico .....	64
4.2 Pluralidade de fontes do direito do trabalho.....	69
4.2.1 Normas constitucionais.....	70
4.2.2 Normas legais .....	72
4.2.3 Decretos e regulamentos.....	72
4.2.4 Normas internacionais .....	73
4.2.5 Sentença normativa .....	73
4.2.6 Jurisprudência.....	74
4.2.7 Sentença arbitral .....	75

4.2.8 Convenções e acordos coletivos .....	75
4.2.9 Usos e costumes .....	76
4.2.10 Regulamento interno da empresa .....	78
4.2.11 Disposições contratuais .....	78
4.2.12 Princípios universais do direito do trabalho .....	79
4.2.13 Equidade .....	81
4.2.14 Doutrina .....	82
4.3 Autonomia do direito do trabalho em relação às normas, processos e institutos do sistema jurídico.....	83
4.4 Resiliência e capacidade adaptativa baseadas no pluralismo .....	87
5. RESILIÊNCIA DO DIREITO DO TRABALHO .....	90
5.1 Resiliência e capacidade adaptativa do direito do trabalho.....	90
5.2 Consequências da resiliência do direito do trabalho .....	96
CONCLUSÕES .....	98
REFERÊNCIAS .....	101

## INTRODUÇÃO

### **Justificativa**

O tema *Resiliência do Direito do Trabalho* é atual e oportuno. A ideia de resiliência especificamente no campo do Direito é, na verdade, um tema ainda a ser desvendado cuja relevância deriva do fato de ser uma das formas de compreender como funciona a dinâmica do Direito e, mais precisamente, do Direito do Trabalho, em uma sociedade contemporânea, frente às mudanças que recorrentemente ele enfrenta, preservando seu equilíbrio, sua estrutura e sua identidade.

Houve certa dificuldade na obtenção de textos específicos sobre a matéria. Às vezes foram encontrados artigos sobre o assunto, sendo, contudo, muita escassa a tratativa específica do tema. Era, portanto, necessário fazer um estudo conjunto sobre a matéria.

A análise do tema demanda o estudo dos elementos que o compõem e que darão subsídios para conhecer as suas consequências e implicações perante o Direito em geral e, particularmente, o Direito do Trabalho.

Uma abordagem mais ampla, envolvendo a *teoria dos sistemas*, o *pluralismo jurídico trabalhista*, a *capacidade adaptativa* e a *resiliência*, em si, se mostra necessária para o estudo do tema em discussão porque é justamente a conjunção desses elementos que pode propiciar melhor compreensão da tese aqui defendida.

### **Formulação da hipótese**

Deve-se constatar se o Direito do Trabalho é resiliente e também como se dá a sua capacidade de reação frente a perturbações que podem surgir neste segmento do Direito, que é o mais social de todos e que está em permanente formação. É preciso, pois, averiguar quais os elementos que justificam a sua resiliência e como esta se efetiva no plano do sistema jurídico trabalhista. A multinormatividade do Direito do Trabalho deve ser estudada como um fator que favorece sua capacidade adaptativa e também a sua resiliência.

Existe, assim, resiliência do Direito do Trabalho?

## Método

No decorrer da exposição do trabalho serão analisados vários institutos, preceitos e modelos. O objetivo não é o de esmiuçar cada um desses elementos, mas apenas demonstrar que sua conjunção indicará a melhor resposta para a questão proposta, com a constatação, enfim, de que o Direito do Trabalho tem resiliência. São utilizados tanto o método estruturalista, de verificar o que é o Direito, como o funcionalista, a fim de se entender para que serve o Direito. Os métodos científicos gerais foram também usados, como o histórico, o sociológico, o analítico, e feita a análise do sistema jurídico e do seu comportamento como um sistema autopoietico. Adotamos, ainda, o método sistêmico-construtivista, uma perspectiva que considera a realidade como uma construção de um observador.

O trato do tema envolve, ainda, a observância dos métodos: descritivo, verificando como a questão da resiliência é observada e descrevendo os vários aspectos pertinentes a ela; comparativo, em que se faz o confronto ou a comparação entre os modelos de resiliência frente a alguns ramos do Direito e mais especificamente ao do Direito do Trabalho; crítico-avaliativo, procurando estabelecer uma abordagem crítica do tema e das suas consequências.

Dentro do possível, foi consultada a doutrina especializada sobre os elementos que compõem o tema, em livros, artigos e periódicos, para se dar subsídio ao trabalho. O plano de pesquisa seguiu a ordem a seguir mencionada, em que são destacados os tópicos ou aspectos mais importantes a serem analisados.

De início, é abordada a *teoria dos sistemas* de Niklas Luhmann, base doutrinária dos sistemas autopoieticos, em que são tratados os principais aspectos dessa teoria, estabelecendo o sistema jurídico como um sistema funcional com capacidade de autoprodução, sendo ele, portanto, autopoietico. Em seguida, será estudada a questão da *resiliência*, seu conceito, suas várias concepções, seus modelos, as distinções entre *resiliência de engenharia* e *resiliência ecossocial*, explicando, então, quando um sistema jurídico é resiliente.

Na sequência, é tratada a capacidade adaptativa do Direito, com sua definição, seus princípios e sua dinâmica, permitindo verificar como essa capacidade contribui para o equilíbrio do sistema, alternando os modelos de resiliência de engenharia e de resiliência ecossocial. A partir desse ponto, é analisado o pluralismo do Direito do Trabalho como elemento justificador

da sua resiliência, indicando, em apertada síntese, a concepção de pluralismo jurídico; a pluralidade de fontes do Direito Laboral; a autonomia desse ramo do Direito em relação às normas, aos processos e aos institutos do sistema jurídico; e, por fim, descrevendo como a resiliência e a capacidade adaptativa são amparadas pelo pluralismo jurídico.

Colocados assim, todos esses elementos, dá-se, em capítulo específico, o desenvolvimento da hipótese proposta, em que são destacadas as razões das quais se extrai, conclusivamente, que o Direito do Trabalho é resiliente, o que se deve primordialmente ao seu pluralismo. Ainda neste capítulo, são apontadas as consequências da resiliência na seara trabalhista. Afinal, são tecidas as conclusões necessárias, em decorrência de toda a exposição que foi feita.

Como dizem os chineses, toda longa caminhada deve iniciar-se pelo primeiro passo. É o que se pretende fazer com a presente tese. Que ela seja o primeiro de muitos passos que venham a ser dados para melhor compreensão de como funciona a resiliência no âmbito do Direito do Trabalho.

## 1. TEORIA DOS SISTEMAS E O SISTEMA JURÍDICO

Entre as várias acepções de sistema, adotamos a variante particular da teoria dos sistemas sociais autopoieticos desenvolvida pelo sociólogo alemão Niklas Luhmann. Na sua teoria sistêmica, Luhmann, além de traçar uma diferenciação da sociedade em subsistemas funcionais (como a Economia, a Política, a Ciência, a Educação, a Religião e também o Direito) e de atribuir uma capacidade de autoprodução (autopoiese) a esses sistemas, procurou fazer da sua teoria um instrumento hábil a reduzir a complexidade da sociedade atual.

Por sua vez, o sistema jurídico enquanto um sistema parcial integrante do sistema global, ainda que distinto deste no plano funcional, como se verá mais adiante, tem a incumbência de manter estáveis as expectativas normativas. Ecoando a ideia de Hart de regras secundárias, Luhmann observa que as normas jurídicas não apenas restringem conduta, mas também a facilitam.

### 1.1 Aspectos da teoria sistêmica de Luhmann

Luhmann trabalha com um sentido próprio do que seja um sistema. Todo sistema é concebido como a “disposição das partes ou dos elementos de um todo, coordenados entre si, e que funcionam com estrutura organizada”.<sup>1</sup> Portanto, só se pode cogitar um sistema se as partes ou elementos são dispostos em ordem (estrutura) para uma determinada função. Luhmann inicia a sua teoria dividindo o meio (lugar onde se vive) em vários sistemas, com o intuito de observar cada fração do meio mediante suas características específicas e com as influências dos demais sistemas.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. São Paulo: Nova Fronteira, 1995. p. 603.

<sup>2</sup> “A teoria do encerramento operativo estabelece que a diferença sistema/meio só se realiza e é possível pelo sistema. Isso não exclui que um observador externo, situado no meio, possa observar o sistema. Porém, o ponto cardinal desse preceito teórico reside em que o sistema estabelece seus próprios limites mediante operações exclusivas, devendo-se unicamente a isso que ele possa ser observado. Esse procedimento tão específico é indicado com o conceito de encerramento operativo, segundo o qual o sistema produz um tipo de operação exclusiva: por exemplo, um ser vivo que reproduz a vida que o mantém vivo, enquanto pode permanecer com vida; ou um sistema social que produz a diferença entre comunicação e meio, no momento em que realiza processos de comunicação – ou seja, em que a comunicação desenvolve uma lógica própria de conexão da comunicação seguinte, e que inventa sua própria memória, separando-se (diferenciando-se), assim, do especificamente vivo.” (LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2010. p. 102.)

Diferentemente da metodologia analítica criada por René Descartes, que consiste em quebrar fenômenos complexos em pedaços a fim de compreender o comportamento do todo a partir das propriedades das suas partes, a teoria dos sistemas proposta por Luhmann segue ordem diversa, segundo a qual o todo – sistêmico – é que deve determinar as relações das partes.<sup>3</sup> A forma de observação passa, desta maneira, a ser fundada nas comunicações realizadas entre os sistemas, assim como nas relações internas de seus elementos integrantes.

Partindo da chamada teoria estruturalista funcional de Talcott Parson, ou seja, do estudo dos elementos (órgãos) que compõem o sistema (corpo), Luhmann desenvolve uma teoria funcional estruturalista, em que a função de determinado sistema passa a ocupar o foco central de sua teoria, não mais a estrutura. Não se observarão apenas os elementos que compõem um sistema (corpo), mas também as funções do sistema e seus elementos (órgãos).

Concebido, assim, o sistema como a disposição dos elementos de um todo, coordenados entre si, funcionando com estrutura organizada, tem-se que a coordenação dos elementos e a organização das estruturas somente serão possíveis mediante algum grau de comunicação entre os elementos.

Na realidade, todos os sistemas têm a comunicação de seus elementos como característica comum. Mais do que isso: os sistemas, entre si e dentro de determinados limites, também se comunicam.

Os próprios sistemas sociais são formas de relação baseadas na comunicação. Nesse particular, o indivíduo apenas reúne dois sistemas em um: o sistema orgânico e o nervoso, sendo certo que este último é o verdadeiro responsável pela interação social por intermédio do processo comunicativo.<sup>4</sup>

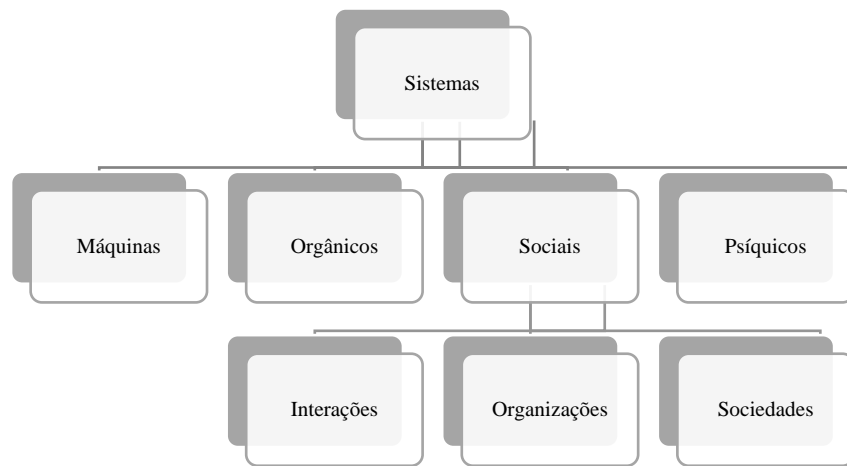
---

<sup>3</sup> “O método sistêmico consiste em uma ruptura completa com o método racionalista clássico – de estilo analítico –, herdado de Descartes. O método sistêmico distingue-se por quatro preceitos, chamados de pertinência, de globalismo, de teleologia e de agregação. A pertinência é examinada em relação ao pesquisador e opõe-se ao princípio da prova. O globalismo diz respeito ao meio do sistema. É a recusa do reducionismo, que se manifesta com a prioridade dada à análise. A teleologia pesquisa o comportamento do sistema e exclui o raciocínio linear de tipo casual. A agregação visa a uma representação simplificadora, preferível à pesquisa exaustiva, que tira o fôlego, segundo a fórmula cartesiana (...)” (ARNAUD, André-Jean; DULCE, M. J. F. *Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 302-303.)

<sup>4</sup> TRINDADE, André. *Para entender Luhmann e o direito como sistema autopoietico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 34.

Por esse motivo, Luhmann afirma que sem comunicação não existiria sociedade, pois a comunicação é a única via possível para que possam ser constituídas seleções em comum como mecanismos de redução da complexidade.<sup>5</sup> Qualquer forma de interpenetração/acoplamento entre sistemas é baseada em uma comunicação.

Para Luhmann, os sistemas podem ser divididos em três níveis:<sup>6</sup>



Essa divisão do meio em sistemas é possível mediante a confrontação dos sistemas com o seu entorno. Vale dizer, do enfrentamento dos sistemas com o meio resulta uma seleção dos elementos que lhes pertencem e a refutação dos elementos que não se enquadram no seu código seletor.

Como se vê, já no segundo nível dos sistemas, Luhmann encontra os sistemas sociais. Resta-nos, pois, observar as suas características específicas e as influências que sofrem dos demais sistemas.

A introdução da teoria dos sistemas nas ciências sociais é atribuída a Niklas Luhmann. E ele a faz de modo indireto, isto é, de forma desconectada da realidade. Afinal,

<sup>5</sup> ARNAUD, André-Jean; LOPES JUNIOR, Dalmir (org.). *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 304.

<sup>6</sup> LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociais: lineamientos para uma teoria general*. Barcelona: Anthropos Editorial, 1998. p. 27 *apud* TRINDADE, André. *Para entender Luhmann e o direito como sistema autopoietico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 30-31.

segundo Luhmann, estudar a realidade de um sistema social implica estudar as suas características e funções para, somente após, aplicarem-se os resultados à realidade fática.<sup>7</sup>

Com isso, ele busca desenvolver uma teoria que se preocupe com a constante especificação dos sistemas sociais por meio da identificação de seus elementos característicos e de seu código determinado.

Ainda de acordo com a sua visão, tudo aquilo que não se enquadra em um determinado sistema – inclusive outros sistemas – é meio. Em outras palavras, cada sistema forma parte do meio dos outros sistemas. Um sistema não percebe os outros como sistemas, senão como aquela parte da complexidade que não se reduz com ajuste ao código e aos programas próprios (regramento).

Luhmann abandona a concepção segundo a qual atrás dos subsistemas sociais está uma estrutura ontológico-causal (natural) a determinar o seu funcionamento.<sup>8</sup> Os sistemas sociais, sob a sua ótica, seriam sujeitos epistêmicos autônomos, com capacidade de se autoproduzir, de se auto-observar e de se autodescrever (autopoiéticos, enfim).<sup>9</sup>

Entretanto, não obstante esse verdadeiro fechamento operativo, os sistemas sociais seriam permeáveis a determinadas provocações externas, cujas características demonstrem

---

<sup>7</sup> “No novo pensamento sistêmico, a metáfora do conhecimento como um edifício está sendo substituída pela rede. Quando percebemos a realidade como uma rede de relações, nossas descrições também formam uma rede interconectada de relações e de modelos, na qual não há fundamentos. Para a maioria dos cientistas, essa visão do conhecimento como uma rede sem fundamentos firmes é extremamente perturbadora, e hoje de modo algum é aceita. Porém, à medida que a abordagem de rede se expande por toda a comunidade científica, a ideia do conhecimento como uma rede encontrará, sem dúvida, aceitação crescente.” (CAPRA, Fritjof. *A teia da vida*. Tradução de Newron Roberval Eichenberg. São Paulo: Cutrix, 1999. p. 48.)

<sup>8</sup> “Luhmann abandona a concepção segundo a qual por detrás dos subsistemas sociais está uma estrutura ontológico-causal (natural, metafísica) a determinar seus funcionamentos assumindo uma concepção – abstrata –, segundo a qual a função é um esquema de sentido que permite independência à sua análise, na medida em que cada arranjo de sentido é fundador de um grupo de conceitos operativos que consente à sociedade alcançar resultados, diminuindo a complexidade inerente à troca comunicativa, que é duplamente contingente.” (BITTAR, Eduardo C. B. *Curso de filosofia política*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 312.)

<sup>9</sup> “O encerramento operativo traz como consequência que o sistema dependa de sua própria organização. As estruturas específicas podem ser construídas e transformadas, unicamente mediante operações que surgem nele mesmo; por exemplo, a linguagem pode ser transformada somente mediante comunicações, e não imediatamente, com fogo ou fresas, ou com radiações espaciais, ou em virtude de desempenhos perceptivos da consciência do indivíduo. O encerramento operativo faz com que o sistema se torne altamente compatível com a desordem no meio, ou mais precisamente com meios ordenados fragmentariamente, em pedaços pequenos, em sistemas variados, mas sem formar uma unidade. Pode-se dizer que a evolução leva necessariamente ao encerramento dos sistemas, o qual, por sua vez, contribui para que se instaure um tipo de ordem geral em relação ao qual se confirma a eficácia do encerramento operativo.” (LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2010. p. 111.)

pertinência com o código binário “sistema/não sistema”. Portanto, ao seu ver, a sociedade seria como um sistema cibernético (ciência que estuda as comunicações e o sistema de controle não só dos organismos vivos, mas também das máquinas), isto é, sistemas abertos que apresentam a particularidade de se autorregular em graças à capacidade de utilizar os fluxos de informação que recebem de seu meio externo para tais fins.

Para o professor Celso Fernandes Campilongo, Luhmann

vê o sistema como, simultaneamente, aberto em termos cognitivos e fechado em termos operativos. Dito de modo singelo: o direito moderno mantém elevada interdependência com os demais sistemas (p. e., econômico, político, científico etc.) e é sensível às demandas que lhe são formuladas por esse ambiente (abertura cognitiva); entretanto, só consegue processá-las nos limites inerentes às estruturas, seleções e operações que diferenciam o direito dos demais sistemas (fechamento operativo).<sup>10</sup>

Como já dito, o grande objetivo de Luhmann era reduzir a complexidade da sociedade atual por meio da sua teoria sistêmica. A complexidade é por ele mencionada não como qualidade do que é complicado, mas como um enorme leque de possibilidades que constantemente se abre ao indivíduo, dando azo, por consequência, à inevitável necessidade de se fazerem escolhas.

Ora, se o indivíduo, hodiernamente, tem inúmeras possibilidades de agir, fruto de um mundo cada vez mais complexo, é evidente que, por vezes, sua escolha ensejará consequências indesejadas, isto é, dará origem a frustrações. A esta possibilidade de frustração, Luhmann chamou “contingência”.

O risco da ocorrência de frustrações é, pois, elemento que irrita os sistemas sociais e, por decorrência, o próprio sistema jurídico. Entretanto, é o risco que faz com que os sistemas sociais “reajam a fim de estabilizarem estruturas de expectativas e, conseqüentemente, forneçam variantes para as decisões, permitindo uma redução na complexidade que atinge (também) o sistema jurídico”.<sup>11</sup> A realidade é que a sociedade não pode crescer enquanto a complexidade, que ainda admite dentro de si, não for reduzida.

<sup>10</sup> CAMPILONGO, Celso *apud* BITTAR, Eduardo C. B. *Curso de filosofia política*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 312.

<sup>11</sup> SCHWARTZ, Germano. *O tratamento jurídico do risco no direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 39.

Busca-se a redução da complexidade mediante seleção de padrões comportamentais que permitam aos integrantes de uma coletividade idealizar as expectativas do todo constituído como generalizadas. Do contrário, a inexistência de estruturas de seleção social levaria o ser, de forma impositiva, a realizar escolhas sem a mínima coordenação social (estado de natureza ou caos).

Os seres humanos sentem-se seguros na medida em que são capazes de prever o seu futuro próximo. O desconhecido e o imprevisível são, para o homem, fontes certas de desconforto, de apreensão. Não por outra razão, costumamos agir em função de expectativas relativas ao meio em que vivemos, acerca de um evento futuro.

Aliás, na visão de Luhmann, a sociedade atual está fundada em um progressivo encadeamento de expectativas comportamentais que se prestam a uma eventual previsão do futuro próximo. Para ele, os sistemas sociais necessitam que os sistemas psíquicos operem em sintonia porque a seleção de uma ação é pré-condição para a seleção de uma outra, e assim sucessivamente.

Melhor explicando: ao fazer menção às expectativas relacionadas ao meio em que vivemos, é necessário discriminar aquelas expectativas que recaem sobre outros indivíduos. Nesse caso, agimos em função da expectativa de que a contraparte agirá sob a influência da sua própria expectativa, isto é, a expectativa original se torna dependente de um juízo de valor humano.

As expectativas que recaem sobre outros indivíduos, portanto, não podem ser consideradas como determinadas. Nas palavras de Luhmann, “o comportamento do outro não pode ser tomado como fato determinado, ele tem que ser expectável em sua seletividade, como seleção entre outras possibilidades do outro”.<sup>12</sup> Ter-se-ia, nessas hipóteses, expectativas de expectativas ou a chamada “dupla contingência”.

A forma adotada pelo sistema para reduzir essa infundável quantidade de possibilidades seria o emprego de sínteses comportamentais, embasadas em expectativas comportamentais. Luhmann afirma que

---

<sup>12</sup> LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 57.

as sínteses funcionam como uma espécie de fórmula curta simbólica para a integração de expectativas concretas. A orientação a partir da regra dispensa a orientação a partir das expectativas. Ela absorve, além disso, o risco da expectativa, ou pelo menos o reduz, isso porque, graças à regra, pode ser suposto que aquele que diverge age erradamente, que a discrepância se origina, portanto, não da expectativa (própria) errada, mas da ação (alheia) errada.<sup>13</sup>

A delimitação de padrões sociais gerais permite, enfim, a criação de expectativas compartilhadas exigíveis que possibilitam sustentar o mito da “segurança jurídica” do Direito.<sup>14</sup> Veja-se que o risco da escolha errônea pode ser agravado se a escolha a ser feita estiver sujeita à conformidade das expectativas do autor e de outro indivíduo. É, como já se disse, a chamada “dupla contingência”.

Como forma de simplificar a convivência social, estabilizando as expectativas de forma generalizada, Luhmann desenvolveu, então, a teoria dos sistemas e propôs o uso das chamadas sínteses de comportamento, já referidas anteriormente. Nessa mesma linha, Parsons havia apregoado que a construção de um sistema de expectativas aplicáveis aos indivíduos devia ter o elemento normativo como “integralizador” de expectativas, reduzindo a probabilidade de dano futuro (risco).

As expectativas podem ser: a) cognitivas – em que, ocorrendo o desapontamento, é possível se adaptar à realidade, existindo uma (in)consciente predisposição de assimilação; b) normativas – em que, existindo o dano, a expectativa não é abandonada, sendo as normas expectativas de comportamento estabilizadas em termos contrafáticos, isto é, deve-se buscar a aplicação da norma por parte do Estado.

No entender de Luhmann, as normas jurídicas são criadas com base em um consenso social sobre determinada expectativa em determinados tempo e lugar. Ela somente existirá se tais expectativas forem frustradas ou tiverem a condição de frustrabilidade. Assim, sobrevindo um desapontamento, dá-se início a uma reação que, via de regra, aciona o sistema social, especialmente o sistema encarregado da produção legislativa, o qual, analisando o referido desapontamento, cria normas de expectativas contrafáticas, ou seja, normas jurídicas.

---

<sup>13</sup> LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 52.

<sup>14</sup> TRINDADE, André. *Para entender Luhmann e o direito como sistema autopoiético*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 42.

Para que a sociedade prossiga em sua dinâmica evolucionista, é indispensável que, de modo progressivo, converta as expectativas comportamentais genericamente aceitáveis em expectativas normativas expectáveis. Para tanto, o sistema de regulamentação das expectativas deve ser passível de adaptação pelas influências externas, as quais, naturalmente, lhe fornecem elementos para direcionar as adaptações normativo-sociais. Nesse sentido, é possível que uma expectativa inicialmente cognitiva se torne normativa e, após, pela constante e progressiva alteração do meio, volte a ser cognitiva.

A constante adequação das normas por intermédio do processo legislativo (homeostase) é, enfim, a forma adotada pela teoria sistêmica para que as expectativas comportamentais acompanhem as mutações ocorridas no meio.

Por outro lado, existem estruturas sociais das quais o ordenamento retira a sua necessária e devida abstração. São elas: as expectativas comportamentais de pessoas, papéis, programas (regras baseadas no sistema “se/então”) e valores.

É verdade que tanto as expectativas comportamentais relacionadas a pessoas como aquelas relacionadas a valores não são capazes de reduzir, de forma suficiente, a chamada contingência. Por essa razão, o Direito acaba se baseando em programas e papéis, que cumprem com maior eficiência a pretendida função redutora de complexidade, graças à generalização de expectativas comportamentais. Logo, segundo Luhmann, “o direito é uma estrutura de um sistema social que se baseia na generalização congruente de expectativas comportamentais normativas”.<sup>15</sup>

Toda sociedade, enfim, precisa prever um volume suficiente de diversidade de expectativas normativas e viabilizá-las estruturalmente. Até por isso, é perfeitamente normal que projeções normativas conflitem uma com as outras e que a norma de um se torne o desapontamento do outro.<sup>16</sup> Nessas situações, deve-se desconstruir a ideia de uma relação social

---

<sup>15</sup> LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 118.

<sup>16</sup> “A sociologia atual está plenamente capacitada para considerar como normais as contradições entre expectativas e até mesmo um grau tolerável de conflito declarado, reconhecendo isso até mesmo como uma condição para a manutenção do sistema social em um ambiente demasiadamente complexo.” (LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*, cit., p. 77.)

dualística dividida em quem espera e aquele que age, inserindo-se a figura do terceiro que, além de observador, é atraído para julgamentos, condenações e ações.

A propósito, Luhmann ressalta que a jurisprudência é um instrumento hábil a adaptar as expectativas normativas, legitimando a assimilação. Diz ele: As frustrações devem ser continuamente reprocessadas no circuito das decisões jurídicas, sendo, então, absorvidas cognitivamente como informações que darão ensejo à indagação se elas são suficientes para fundamentar uma mudança do direito.<sup>17</sup>

Note-se que há uma aparente contradição na assertiva transcrita. Afinal, o Direito vigente produz frustrações que devem ser continuamente reprocessadas no seio das decisões jurídicas e, então, devem ser absorvidas para servirem de base à mudança do próprio Direito.

Para responder a esse paradoxo, Luhmann agrega a concepção da necessária autopoiese dos sistemas sociais e, por via de consequência, do próprio direito.<sup>18</sup> Ele pensa o sistema jurídico fechado em seu interior, mas aberto ao entorno, e sua evolução reside na interação de sua parte endógena absorvida pelo exógeno social.

O sistema do Direito seria um sistema diferenciado dos demais sistemas sociais, tendo em vista o seu processo hermético-recursivo interno contraposto à sua abertura cognitiva para o exterior. É na mera produção de elementos próprios do Direito que reside seu caráter autopoietico. Tudo isto tendo como base a auto-observação, a autoconstituição e a autorreprodução do sistema.<sup>19</sup>

## 1.2 A teoria autopoietica dos sistemas

A denominação “autopoiese” é a fusão de dois termos: “auto”, que se refere ao próprio objeto, e “poiese”, que diz respeito à reprodução/criação. A autopoiese é uma

<sup>17</sup> LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 37.

<sup>18</sup> “O direito se torna autopoietico quando suas autodescrições permitem desenvolver e aplicar uma teoria de fontes jurídicas no contexto da qual as normas possam ser geradas através de precedentes jurisprudenciais ou outros processos de criação jurídica endógena.” (TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoietico*. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. p. 85.)

<sup>19</sup> TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoietico*, cit., p. 70.

terminologia empregada inicialmente por dois biólogos chilenos, Humberto Maturana e Francisco Varela, para designar os elementos característicos de um sistema vivo e sua estrutura.

O conceito de *autopoiesis* nasceu da seguinte indagação: como se pode definir um ser vivo? As pesquisas sobre tal objeto de estudo apontaram uma definição de vida como sendo

a autonomia e constância de uma determinada organização das relações e os elementos constitutivos desse mesmo sistema, organização essa que é autorreferencial no sentido de que a sua ordem interna é gerada a partir da interação dos seus próprios elementos e autorreprodutiva no sentido de que tais elementos são produzidos a partir dessa mesma rede de interação circular e recursiva.<sup>20</sup>

O responsável pela colocação da autopoiese no meio social foi o próprio Luhmann, na década de 1980. Na sua visão,

a reorganização permanente e a autopoiese constituem categorias aplicáveis a toda ordem biológica e, a fortiori, à ordem sociológica humana. Uma célula está em autoprodução permanente por meio da morte de suas moléculas. Um organismo está em autoprodução permanente por meio da morte de suas células; uma sociedade está em autoprodução permanente por meio da morte de seus indivíduos: ela se reorganiza incessantemente por meio de desordens, antagonismos, conflitos que minam sua existência e, ao mesmo tempo, mantêm sua validade.<sup>21</sup>

Nesse sentido, “o meio pode ser visto como um contínuo seletor das mudanças estruturais que o organismo experimenta em sua ontogenia”<sup>22</sup> (estudo da formação e desenvolvimento do ser vivo). Cuida-se de verdadeiro acoplamento estrutural entre o sistema nervoso do observador e o meio, fato que proporciona uma mútua transformação ou adaptação. “O ser é modificado pelo meio ao qual pertence e modifica”.<sup>23</sup> Ao aplicar à teoria social a concepção autopoietica, Luhmann cria uma gama de novas possibilidades.

Como já visto, para ele os sistemas sociais são autopoieticos que operam de forma fechada em seu interior, mas são, ao mesmo tempo, abertos às entradas e pressões do entorno

<sup>20</sup> TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoietico*. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. p. 3.

<sup>21</sup> “Cada célula de nosso corpo é uma parte que está no todo de nosso organismo, mas cada célula contém totalidade do patrimônio genético do conjunto do corpo, o que significa que o todo está também na parte. Cada indivíduo numa sociedade é uma parte de um todo, que é sociedade, mas esta intervém, desde o nascimento do indivíduo, como sua linguagem, suas normas, suas proposições, sua cultura, seu saber, outra vez, o todo está na parte.” (MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1996. p. 300.)

<sup>22</sup> MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco J. *A árvore do conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana*. São Paulo: Palas Athena, 2001. p. 114-115.

<sup>23</sup> MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*, cit., p. 300.

com o qual se comunica.<sup>24</sup> Enquanto a clausura operativa interna possibilita a estabilidade dos sistemas sociais, a abertura ao exterior permite a sua comunicação com os demais sistemas.<sup>25</sup>

No entender de Luhmann, tudo o que se comunica faz parte da sociedade ou é sociedade. E esta última

é uma realidade com clausura autorreferencial ordenada de forma autossustitutiva, de vez que tudo que deve ser substituído ou mudado em seu interior deve ser mudado ou substituído a partir de seu próprio interior. É assim que a sociedade se comunica, se transforma e se complexifica.<sup>26</sup>

A propósito, existe uma diferença entre a interação realizada desses dois seres humanos e um ser humano e o meio. Na relação entre dois seres humanos, um reconhece as necessidades do outro tendo como base suas próprias necessidades. Essa comunicação é realizada pela linguagem produzida pelo sistema nervoso: ligação entre o sistema orgânico e o sistema social do indivíduo.

Tanto o meio como o ser humano passam por mudanças devido à característica dinâmica dos seus sistemas. Todavia, as variações do meio e do observador ocorrem de forma diversa. O primeiro apresenta uma variação acíclica, isto é, sua mutação contínua e ininterrupta. Já as mutações do observador seguem o ciclo de variação das etapas reprodutivas. A evolução,

---

<sup>24</sup> “Auto-organização e autopoiesis são dois conceitos que devem manter-se claramente separados, Cada um acentua aspectos específicos do encerramento da operação. Os dois têm como base um princípio teórico sustentado na diferença e um mesmo princípio de operação. Ou seja: o sistema só pode dispor de suas próprias operações, ou, em outras palavras, dentro do sistema não existe outra coisa senão sua própria operação. Esta operação única consegue configurar dois acontecimentos fundamentais, dentro do sistema: a auto-organização e a autopoieses. Auto-organização significa construção de estruturas próprias dentro do sistema. Como os sistemas estão enclausurados em sua operação, eles não podem conter estruturas. Eles mesmos devem construí-las: por exemplo, numa conversa, o que se disse por último é o ponto de apoio para dizer o que se deve continuar dizendo; assim como o que se percebe no último momento constitui o ponto de partida para o discernimento de outras percepções. A presença corporal em um espaço específico é o eixo fundamental para captar a normalidade da continuidade da percepção. Portanto, o conceito de auto-organização deverá ser entendido, primeiramente, como produção de estruturas próprias, mediante operações específicas. Autopoieses significa, ao contrário, determinação do estado anterior do sistema, a partir da limitação anterior à qual a operação chegou. Somente por meio de uma estruturação limitante, um sistema adquire a suficiente direção interna que torna possível a autorreprodução. Assim, uma estrutura constitui a limitação das relações possíveis no sistema, mas não é o fator produtor, a origem da autopoiesis.” (LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2010. p. 113.)

<sup>25</sup> “A clausura operativa institui a validade do sistema jurídico e a orientação para aprender constitui a abertura cognitiva do sistema entre seu meio envolvente. A comunicação jurídica, orientada pelo código direito/não direito, permite que o sistema jurídico crie sua própria realidade, permite a ele definir a fronteira que separa a comunicação de seu interior, da complexidade abundante que o meio fornece.” (ARNAUD, André-Jean; LOPES JUNIOR, Dalmir (org.). *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 27.)

<sup>26</sup> TRINDADE, André. *Para entender Luhmann e o direito como sistema autopoietico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 71.

portanto, decorre da invariância da autopoiese (capacidade de se autorreproduzir mantendo as características necessárias para uma ulterior reprodução) e da adaptação (capacidade de interação com o meio que possibilita os acoplamentos estruturais e a manutenção de ambos). Tal concepção, como se verá nos próximos capítulos, tem imbricação com a ideia de capacidade adaptativa do sistema e com a sua resiliência.

A produção do conhecimento, como forma de interação do observador com o meio, é efetivada mediante um acoplamento estrutural. Esse acoplamento é realizado entre o sistema nervoso e o meio que circunda o ser humano, alargando o domínio de interações de um organismo.

O sistema nervoso é o responsável pelo conhecimento, classificando quais elementos são passíveis de mudar o seu estado anterior. Ele constrói um mundo ao especificar quais configurações do meio são perturbações e quais mudanças estas desencadeiam no organismo. Não por outro motivo, é esse acoplamento estrutural entre o meio e o observador que permitirá a continuidade do funcionamento do organismo e do meio em que o observador está inserido.

Luhmann é convicto da inadequação dos métodos de observação da sociedade atual, entendendo haver uma complexidade que foge do domínio dos sociólogos e suas teorias. Tais teorias, por serem desenvolvidas em momento histórico específico, seriam inaptas à correta descrição da atual realidade social, que se encontra em constante evolução. Por isso afirma que:

Nenhuma das sociologias do direito até hoje apresentadas foi capaz de aprofundar-se até as raízes do direito. Podemos chegar rapidamente a uma visão geral do que foi feito nesse sentido. O dever ser é um pressuposto como uma qualidade experimentada, vivenciável, mas não mais detalhadamente analisável, como o 'fato' básico da vida jurídica.<sup>27</sup>

Dada a inadequação apontada, Luhmann opta por desenvolver sua própria teoria, cujo intuito é a análise interior da sociedade e suas relações. Assim, busca afastar a ideia de sujeito-objeto, fazendo o estudo de forma reflexiva. Para observar com mais precisão a sociedade, Luhmann divide o sistema social em subsistemas – tais como o jurídico, o

---

<sup>27</sup> LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito II*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985. p. 42.

econômico e o político – cada qual guiado por princípios específicos, todavia com comunicações externas, o que viabiliza o próprio desenvolvimento de modo geral.

A interdisciplinaridade torna-se elemento imprescindível da teoria luhmanniana. Todavia, a opção é de visualizar a sociedade como um todo: “As teorias dos sistemas (ou sistêmicas) visam compreender a sociedade em conjunto (na sua totalidade). Especialmente em Luhmann, a teoria crítica da sociedade está relacionada com o interesse na análise do seu todo”.<sup>28</sup>

Evidentemente, não se pode ver um mundo objetivo alheio ao seu observador, já que a experiência está acoplada ao mundo que se vivencia. É nessa relação que se encontra o elo entre o orgânico e o social, de forma que, para buscar o fundamento das interações sociais, deve-se deixar em segundo plano a sociologia e enfatizar os conhecimentos biológicos.

A interação entre os seres da sociedade, designada como “acoplamentos de terceira ordem”, propicia o ambiente para a continuidade da espécie e a estrutura inicial para a organização societária. A comunicação, portanto, torna-se base sociedade. Ou seja, esta é formada essencialmente pela interdependência comunicativa dos seus elementos, cuja reprodução comunicativa produz as estruturas e a diferenciação dos sistemas: “La sociedad es el sistema que engloba todas las comunicaciones, aquel que se reproduce autopoieticamente mediante el entrelazamiento recursivo de las comunicaciones y produce comunicaciones siempre nuevas y distintas”.<sup>29</sup>

Vislumbra-se, assim, que a teoria de Luhmann tem três fundamentos/preocupações: a comunicação, a evolução da sociedade e os sistemas. Busca integrar o sujeito e o que seria o objeto do estudo, reduzindo, assim, a complexidade deste.

A compreensão do sistema para Luhmann apresenta evidentes distinções em relação aos estudos precedentes. Até então, pela teoria analítica, o processo de observação

---

<sup>28</sup> KAUFFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Tradução de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 409.

<sup>29</sup> LUHMANN, Niklas. *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*. Tradução de Jostxo Beriain e José María García Blanco. Madri: Trotta, 1998. p. 59 e s. Tradução livre: “A sociedade é o sistema que abrange todas as comunicações, que se reproduz autopoieticamente através do entrelaçamento recursivo das comunicações e produz sempre novas e diferentes comunicações”.

científica de um objeto pressupunha análise estrutural de todos os seus elementos constitutivos isoladamente. Conhecer algo significava poder determinar quais são as partes que formam o todo desse objeto, não as relações entre os elementos, mas tão somente a condição/colocação no todo. Na proposta do sociólogo alemão, parte-se da observação de determinado objeto pela interação de seus elementos, de modo que o arcabouço científico se forma com base nas relações entre elementos e respectivas funções no todo comunicativo do sistema.

O que se propõem são sistemas autorreferenciais, que se organizam e reproduzem pela circulação interna dos elementos do próprio sistema. E daí a semelhança com o desenvolvimento e autorreprodução das células do ser humano, objeto de estudo de Maturana e Varela:

O neologismo, tão esotérico quanto as ideias de Luhmann, transporta para os sistemas sociais o conceito de autopoiesis desenvolvido por Maturana e Varela para exame dos sistemas biológicos. Esses sistemas seriam autorreferenciais, isto é, organizados e reproduzidos por meio de circulação interna de elementos inerentes ao próprio sistema. Maturana e Varela, a partir de um livro publicado em 1973, no Chile (*De máquinas y seres vivos*), desenvolvem a tese que os sistemas celulares possuem, internamente, todos os elementos necessários para o desempenho de suas funções fundamentais, inclusive autorreprodução. Lidam, portanto, com um conceito de sistema fechado, autorreferencial, ou, conforme a terminologia depois consagrada, um sistema autopoietico.<sup>30</sup>

Porém Luhmann muda paradigmas da pesquisa de Maturana e Varela. E nem poderia ser diferente, ao passo em que o estudo destes não tem nenhum vértice social: “A concepção luhmanniana da autopoiesis afasta-se do modelo biológico de Maturana, na medida em que nela se distinguem os sistemas constituintes de sentido (psíquicos e sociais) dos sistemas não constituídos de sentido (orgânicos e neurofisiológicos)...”<sup>31</sup>

De qualquer forma, as características determinantes do sistema autopoietico são sua autonomia em relação ao meio que o circunda e sua clausura operacional no que diz respeito às comunicações com esse mesmo meio. A autonomia faz referência à observância do código binário que determina quais elementos pertencem ao sistema e quais são externos. A clausura do sistema faz com que somente os elementos que foram filtrados por tal código binário possam fazer parte do sistema.

<sup>30</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e democracia*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 73.

<sup>31</sup> NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 61.

### 1.3 O sistema jurídico como sistema autopoietico

Os subsistemas sociais, também denominados sistemas parciais, são provenientes de construções comunicativas mediante operações, as quais distinguem um dos outros, garantindo a respectiva unidade. É a especificidade das comunicações que garante a adequação de cada subsistema à realidade social, em permanente evolução.

Com propriedade, afirma o professor Celso Antonio Campilongo:

Entre o sistema (social) e o ambiente externo existem assimetrias marcantes. A unidade entre sistema e ambiente constitui o mundo. Ocorre que apenas no sistema o mundo e o ambiente podem ser conceitos de orientação. Trata-se de uma reintrodução da diferença no sistema. A diferença é imanente ao sistema. É com base na distinção sistema/ambiente, fruto de operações do sistema, que se torna possível construir a unidade do sistema. O re-entry ocorre quando o sistema trata sua distinção com o ambiente como se fosse uma distinção diversa. Apenas o sistema pode perguntar sobre suas próprias relações com o ambiente.<sup>32</sup>

Na realidade, é a diferença entre o sistema e o ambiente, mediante processo de auto-observação, de onde se extraem sua independência e a especificidade de suas funções.<sup>33</sup>

Direito é um sistema parcial integrante do sistema global, distinguível funcionalmente, com o fito de manter estáveis as expectativas normativas. O que o caracteriza é a comunicação própria:

No plano da estrutura, ao contrário, a positivação do direito significa uma reformulação interna radical. Após alterações estruturais tão amplas, a congruência do direito tem de ser buscada de outra forma, estabelecendo um outro tipo de equilíbrio. Ela não pode mais basear-se na crença em outra ordem verdadeira como base de fundamentos morais naturais e invariantes do direito. Agora ela tem que referir-se ao sistema social que gera a redução de complexidade do direito.<sup>34</sup>

<sup>32</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. Aos que não veem que não veem aquilo que não veem. In: GIORGI, Raffaele de. *Direito, tempo e memória*. São Paulo: Quarter Latin, 2006. p. 18.

<sup>33</sup> “... cabe ressaltar aqui que é o próprio modo pelo qual a teoria dos sistemas concebe a sociedade moderna – ou seja, em termos de um sistema autopoietico de comunicação que se caracteriza por uma diferenciação funcional em sistema autorreferenciais e autopoieticos que, embora sejam cognitivamente abertos, são operacionalmente fechados e que realizam a redução de complexidade por meio de operações seletivas que são balizadas por códigos específicos, imutáveis e não passíveis de serem sobrepostos...” (VILLAS BÓAS FILHO, Orlando. *O direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. São Paulo: Max Limonad, 2006. p. 101.)

<sup>34</sup> LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito II*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985. p. 42.

A diferenciação funcional é o ponto central que dá autonomia e estabilidade ao sistema autopoietico. Ela que determina quais elementos pertencem ou não ao sistema. Isso faz ensejar a criação de sistemas sociais parciais para solução de problemas sociais específicos, o que os torna mais eficazes.

A sociedade comunica em si mesma, gerando a redução da complexidade e a criação das possibilidades. Percebe-se que a autorreprodução ocorre por meio de movimento circular e isso garante a continuidade do sistema, bem como sua constante evolução. Desse modo,

Do ponto de vista sistêmico, pode-se afirmar que o sistema do direito é operativamente fechado e cognitivamente aberto ao mesmo tempo. É um sistema autopoietico, isto é, reproduz de forma condicional os seus elementos diferenciando-se de suas consequências cognitivas.<sup>35</sup>

É o fechamento do sistema jurídico que faz com que ele se autorreproduza, porém é sua abertura que absorve do meio externo elementos necessários ao seu desenvolvimento. O Direito retira a sua própria validade dessa autorreferência 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 jurídico, mas apenas obtida a partir do seu interior.<sup>36</sup>

Vê-se, portanto, que nada advém de fora do subsistema, toda a produção é interna. Todos os subsistemas funcionalmente diferenciados têm um código próprio que lhe confere unidade e fechamento operacional.<sup>37</sup>

Entretanto, imprescindível a comunicação entre sistemas, denominada acoplamento estrutural: meio de trocas comunicativas entre sistemas que compartilham conteúdos comuns. Um mesmo fato da vida pode ser incluído em mais de um sistema, dada a aceitação pelo código binário.

---

<sup>35</sup> ROCHA, Leonel Severo. Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico. In: SCHWARTZ, Germano A. Doederlin; CLAM, Jean. *Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 47.

<sup>36</sup> TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoietico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 2.

<sup>37</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 75.

O Direito é autônomo porque se caracteriza pela dicotomização de seu valor central (direito/não direito – ou lícito/ilícito), assim como pela especificação das expectativas sociais orientadas ao próprio Direito como expectativas mantidas. O código mencionado transforma toda a comunicação em comunicação jurídica. Trata-se de um esquema de observação de segunda ordem, sem normatividade. É um efetivo instrumento de observação que permite a conclusão acerca da sua pertinência ou não ao sistema:

Todos os sistemas funcionalmente diferenciados possuem um código próprio que lhes confere unidade e fechamento operativo. Esse fechamento, como insistentemente explica Luhmann, é condição para a abertura do sistema às referências do ambiente e aos programas de mudança no sistema.<sup>38</sup>

Esta característica de fechamento do sistema é ponto nevrálgico na teoria luhmanniana. Porém, como bem adverte Teubner, “a clausura autopoiética do sistema jurídico não implica necessariamente uma espécie de autismo sistêmico do mundo jurídico, mas funciona como condição de sua abertura aos eventos produzidos no respectivo meio envolvente”.<sup>39</sup>

Ainda, de acordo com Marcelo Neves, “Trata-se de autonomia do sistema, não de sua autarquia, nem de isolamento (causal). O fechamento operativo é, ao contrário, condição de possibilidade para abertura”.<sup>40</sup>

Logo, embora o sistema tenha esta clausura operacional, ele também é aberto. Aberto às influências do meio externo, selecionando pelo código direito/não-direito os elementos que passam a integrar sua estrutura. Fechado no sentido de autorreferencialidade operativa, ou seja, na regulação de sua identidade pelo código binário.

A clausura operacional não implica isolamento do sistema. Significa tão somente que para produzir suas operações remetem-se às suas próprias operações e as reproduzem, ou seja, movimento circular. O sistema deve pressupor-se a si mesmo.<sup>41</sup> Cada sistema parcial encontra-se fechado em suas específicas operações de produção e de reprodução.

<sup>38</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 75.

<sup>39</sup> TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoiético*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 87.

<sup>40</sup> NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 63.

<sup>41</sup> LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Tradução de Javier Nafarrete Torres. México: Universidad Iberoamericana, 2002. p. 68.

Não é viável o absoluto fechamento – entenda-se ausência de qualquer tipo de influência externa – de um sistema. Pelo contrário, a comunicação entre sistemas é condição de sua existência. E esta interação dá-se mediante acoplamentos estruturais. Ou seja: fechamento operacional, porém acoplamento estrutural, em uma relação coordenada.<sup>42</sup> Como adverte Luhmann, “o direito não pode ficar adstrito à mera tautologia de seu código funcional, na forma de: é direito isto que é legal. É preciso que ele tome referências externas como engate para sua autoprodução”.<sup>43</sup>

Os sistemas têm sensibilidade a influências externas, ainda que seja para refutá-las. Essas comunicações possibilitam a adaptação dinâmica a um novo ambiente e impedem que o sistema seja destruído. São, portanto, tanto forma de inclusão como de exclusão de novos valores:

Los acoplamientos estructurales sólo funcionan con un efecto de inclusión y de exclusión. Una Constitución, por ejemplo, puede haber sido aprobada en su texto, pero no funcionará se no puede evitar los efectos contrarios a la constitución de la violencia política sobre el sistema del Derecho. Estos acoplamientos estructurales, por otra parte, conforman mecanismos que son considerados de manera distinta por cada uno de los sistemas acoplados y de esta manera se consiguen las irritaciones o gatillamientos mutuos.<sup>44</sup>

A sociedade, na concepção de Luhmann, não é pensada como um aglomerado de pessoas ou um território geograficamente delimitado. Em suas perspectivas, é concebida como um sistema em virtude de comunicações, operação esta fundamental à sua continuidade e à autorreprodução. É a comunicação que determinará qual a operação é característica do sistema – tal qual “direito/não direito”. Tem, portanto, outro sentido:

---

<sup>42</sup> MANSILLA, Darío Rodríguez. Invitación a la sociología de Niklas Luhmann. In: LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Tradução de Javier Nafarrete Torres. México: Universidade Iberoamericana, 2002. p. 50.

<sup>43</sup> ARNAUD, André-Jean; LOPES JUNIOR, Dalmir (org.). *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 21.

<sup>44</sup> MANSILLA, Darío Rodríguez. Invitación a la sociología de Niklas Luhmann. In: LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, cit., p. 51. Tradução livre: “Os acoplamentos estruturais só funcionam com um efeito de inclusão e de exclusão. Uma constituição, por exemplo, pode haver sido aprovada em seu texto, mas não funcionará se não pode evitar efeitos contrários à instituição da violência política sobre o sistema do Direito. Esses acoplamentos estruturais, de outro lado, conformam mecanismo considerados de maneira distinta por cada um dos sistemas acoplados e, dessa maneira, obtêm-se as provocações ou gatilhos mútuos”.

A comunicação jurídica apenas aumenta a margem de insegurança socialmente suportável. Por isso, como um primeiro dado importante da linguagem jurídica, vale sublinhar que o direito multiplica possibilidades de comunicação e reforça expectativas de comportamento. Não está ao alcance do discurso jurídico erradicar a insegurança ou garantir condutas.<sup>45</sup>

Mesmo diante da interação meio–sistema, a base para existência é a autorreprodução de seus elementos sistêmicos que apresentam “dinâmica circular, produzem os seus elementos, as suas estruturas e processos, os seus limites e a sua unidade essencial”.<sup>46</sup> O Direito tem, pois, um processo de produção interno e circular.

Reitere-se que todos os sistemas funcionalmente diferenciados têm um código próprio que lhes confere unidade e fechamento operacional.<sup>47</sup> O Direito é subsistema do sistema social, de forma que está sujeito à dinâmica crescente e contínua da sociedade. Por isso, para Luhmann, ele “não é determinado por si próprio ou a partir de normas ou princípios superiores, mas por sua referência à sociedade”.<sup>48</sup>

O código do sistema jurídico regula as relações internas do Direito, nada interferindo em sistema exterior. O contato do Direito com seu ambiente social tem outro sentido: oportunidades políticas, utilidade econômica etc. Em torno do sistema é que se localizam os casos concretos. Quer dizer: não existe Direito fora do Direito. O Direito vale-se de seu código binário para relacionar-se com os elementos e sistemas externos para adaptar-se ao meio social, sem perder sua independência.

O que caracteriza os subsistemas luhmannianos é a distinção comunicativa de cada qual. E, dentro desta distinção, a dicotomia “sim/não”, assume papel preponderante de toda a teoria, já que indicar uma coisa é distingui-lo de outra.<sup>49</sup> A diferenciação entre sistema e meio, portanto, é ponto de partida para a construção autopoiética do sistema:

<sup>45</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O direito na sociedade complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 162.

<sup>46</sup> TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoiético*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 32.

<sup>47</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 75.

<sup>48</sup> LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 34.

<sup>49</sup> “La repuesta presupone una diferenciación entre sistema y entorno, establecida por el propio sistema. Un sistema que norma expectativas se afirma a sí mismo, trazando una diferencia con respecto al entorno – el que a su vez se realiza por el trazo y no si el sistema. El trazo del límite se logra estableciendo normas, en referencia a las cuales es legítimo (o no) el apartarse. Entonces, para el mismo sistema se establece una distinción, dependiendo de si se actúa de acuerdo a la norma trazada por el (o si no). El sistema permanece estable en el

A teoria dos sistemas flui da tensão entre sistema e ambiente. Radicalizar essa diferença integra o projeto de Luhmann. Para isso, além do recurso à distinção operação/observação, o cálculo das formas, concebido por Spencer Brown, é outra referência especial para construção da tensão. Indicar algo é o mesmo que diferenciá-lo.<sup>50</sup>

No que se refere ao sistema jurídico, a delimitação do código é dada pela doutrina, pela práxis jurídica. E o código seleciona quais fatos do meio social podem ser considerados integrantes do sistema jurídico. A comunicação do sistema jurídico com o meio extrajurídico é cognoscitiva, uma espécie de filtragem, não tendo caráter normativo. O Direito resulta de estruturas sistêmicas que permitem o desenvolvimento de possibilidades e sua redução a uma decisão, consistindo na atribuição de vigência do Direito, por mais rigorosa que seja a cadeia causal, estará referida a um fator variável: uma decisão.<sup>51</sup>

Guerra Filho afirma que o sistema jurídico integra o sistema imunológico da sociedade, imunizando-a de conflitos entre seus membros:

Isso é feito não pela negação dos conflitos, assim como os sistemas vivos se imunizam das doenças com seus germes. Para tanto a complexidade da realidade social, com sua extrema contingência, é reduzida pela construção de uma “para-realidade”, codificada a partir do esquematismo binário “direito/não direito” (ou lícito/ilícito – Rech/Unrecht), onde se preveem os conflitos que são conflitos para o direito e se oferecem as soluções que são conformes ao direito.<sup>52</sup>

O código binário, frise-se, é critério de distinção entre subsistemas, possibilitando a inclusão ou exclusão de elementos em uma relação dicotômica de pertinência. São dois valores contrapostos que partem da noção de verdadeiro/falso da ciência. As comunicações entre os sistemas dar-se-ão tão somente por intermédio do código, o qual revela a concernente funcionalidade. Ou seja, determinado fato que pertença a outro sistema, mediante determinado

---

marco de sus posibilidades, independientemente de cómo opera el entorno.” (LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Tradução de Javier Nafarrete Torres. México: Universidad Iberoamericana, 2002. p. 200). Tradução livre: “A resposta pressupõe uma distinção entre sistema e meio, estabelecida pelo próprio sistema. Um sistema que normatiza expectativas se afirma a si mesmo, trazendo uma diferença quanto ao meio – o que, por sua vez, se realiza pelo limite, e não pelo sistema. O limite se obtém estabelecendo-se normas, em referência ao que é legítimo (ou não) se afastar. Então, para o mesmo sistema se estabelece uma distinção, dependendo de se atua de acordo com a norma estabelecida por ele (ou se não). O sistema permanece estável nos marcos de suas possibilidades, independentemente de como opera o meio”.

<sup>50</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. Aos que não veem que não veem aquilo que não veem. In: GIORGI, Raffaele de. *Direito, tempo e memória*. São Paulo: Quarter Latin, 2006. p. 19.

<sup>51</sup> LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito II*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985. p. 8.

<sup>52</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Autopoiese do direito na sociedade pós-moderna: introdução a uma teoria social sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 63.

código, no sistema jurídico será absorvido exclusivamente pelo critério “direito/não direito”. Tanto quanto certo fato jurídico ingressa em outro sistema sob o código dicotômico deste.

Vê-se que é o código binário que garante a abertura do sistema ao meio exterior. Logo, além de função estruturante interna, faculta o desenvolvimento mediante absorção de valores extrassistema, da mesma forma que assegura a unidade, ao expelir tais valores que a ele não se sujeitam. A concepção de sistema jurídico de Luhmann, cuja absorção no sistema depende unicamente da sujeição ao código binário “+/-”, afasta as noções de normas pressupostas (KELSEN) ou mesmo apego às fontes divinas (jusnaturalismo) como forma de legitimação ou unidade. Esta exsurge da operação que lhe é característica.

Determinado valor será jurídico se se enquadrar no “Direito”. De outro modo, o código se presta a dizer o que “não é Direito”, dada a respectiva negação. O código “não Direito”, dessa forma, é tão imprescindível quanto seu viés positivo. Mas vale enfatizar que mesmo o “não Direito” faz parte do sistema jurídico:

El sistema, cuando reconoce el no-derecho del otro, no puede dejar este no-derecho al arbitrio de sus propias manos, sino que tiene que encontrar posibilidades para tratar ese no-derecho en términos de derecho. Dicho de otra manera, el no-derecho es una seña desencadeante indispensable para las operaciones jurídicas. No sólo el valor del derecho, sino también el valor del no-derecho tienen que ser comprendidos como realización completa del código en el ámbito codificado, como valor contrario al valor contrario.<sup>53</sup>

Ingressando no sistema determinada conduta que não lhe pertence (não Direito), o sistema se irrita, emitindo uma sanção como meio de corrigir a falha. Mesmo esta rejeição pelo sistema é forma de produção interna que é forma de garantir a abertura e a conseqüente e necessária progressão. Portanto, “una vez establecido el código con tal (sobre todo mediante una organización jurisdiccional), se inicia también un proceso de constitución de reglas que toma una forma autopoietica que se nutre de sí mismo”.<sup>54</sup>

---

<sup>53</sup> LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Tradução de Javier Nafarrete Torres. México: Universidad Iberoamericana, 2002. p. 233. Tradução livre: “O sistema, quando reconhece o não Direito de outro, não pode deixar, não pode deixar esse não Direito ao arbítrio de suas próprias mãos, e sim encontrar possibilidades para tratar esse não Direito em termos de Direito. Dito de outra maneira, o não Direito é um sinal desencadeante indispensável para as operações jurídicas. Não só o valor do Direito, mas também o valor do não Direito, tem de ser compreendido como realização completa do código no âmbito codificado como valor contrário ao valor contrário”.

<sup>54</sup> LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, cit., p. 263. Tradução livre: “Uma vez estabelecido o código como tal (sobretudo mediante uma organização jurisdiccional), se inicia também um processo de constituição de regras que toma uma forma autopoietica que se nutre de si mesmo”.

A função exercida pelo sistema jurídico junto à sociedade facilita o processo de redução da complexidade por delimitar uma gama específica de elementos que podem ser observados. Os limites não podem ser prescritos, são constituídos pelo seu potencial de autorreprodução. O Direito não é um dado *a priori* do comportamento humano ou da regulação da convivência humana que garante a sociedade. Trata-se de fruto da evolução do sistema da sociedade, diferenciando-se de seu ambiente e formando um sistema operativamente fechado. Assim, é capaz de produzir seus próprios elementos constitutivos.

Vale ressaltar que na teoria luhmanniana não há hierarquia. É como se fosse uma teia de sistemas, cuja ligação entre cada subsistema faz com que eles se comuniquem. Nas palavras de Schuartz, “uma fronteira se constitui com a diferenciação de um sistema e acaba por gerar aquilo que se diferencia com um sistema e aquilo de que esse sistema se diferencia como um sistema”.<sup>55</sup>

O sistema jurídico se comunica com os demais pelo critério “Direito/não Direito”, sendo as especificidades comunicativas delimitadas pelo observador. A produção e reprodução de seus elementos dá-se de maneira circular: operações jurídicas geram operações jurídicas, de maneira recursiva. O sistema do Direito objetiva reduzir as possibilidades comportamentais, gerando maior segurança nas comunicações sociais. A complexidade, assim, é relevante na teoria de Luhmann:

A complexidade é, então, reconstruída a partir de outro prisma: a de sua redução. É sua redução que, paradoxalmente, permite a evolução social, e mais, é o que permite toda a origem da interação social. (...) o mundo apresenta mais possibilidades do que o senso humano pode perceber. O mundo é complexo demais para sua capacidade sensitiva.<sup>56</sup>

Embora haja a possibilidade de desapontamento quanto às expectativas, a ideia é que se reduzam tais situações. No processo cotidiano de comunicação, o processo de seleção ocorre inicialmente na medida em que alguém escolhe uma comunicação entre diversas outras comunicações possíveis e o seu destinatário trate o que foi comunicado não mais como seleção,

---

<sup>55</sup> SCHUARTZ, Luis Fernando. *Norma contingência e racionalidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 81.

<sup>56</sup> ROCHA, Leonel Severo. Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico. In: SCHWARTZ, Germano A. Doederlin; CLAM, Jean. *Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 69-70.

mas como fato ou como premissas de suas próprias seleções, ou seja, incorporando a escolha do outro no resultado da seleção prévia.<sup>57</sup>

A função do Direito, portanto, é reduzir a complexidade da vida em sociedade, oferecendo previsibilidade comportamental. Para tanto, é imprescindível a adequação temporal. Luhmann considera a existência de um “tempo social”, não necessariamente vinculado ao aspecto cronológico. Para ele, há direta influência entre o elemento tempo e o grau de complexidade do Direito.

Assim, “o direito flui de forma legítima e controlável; ele se adéqua ao fato de que nas sociedade funcionalmente diferenciadas o alto grau de interdependência de todos os processos faz com que o tempo se torne escasso e passe a fluir mais rapidamente”.<sup>58</sup>

Em outra ocasião afirma Luhmann:

O direito surge então como um elemento codeterminante e codeterminado desse processo de desenvolvimento (...) Ele o fomenta ao adaptar-se a suas necessidades. Essas necessidades, porém, apontam para uma maior complexidade e variabilidade social: a sociedade torna-se mais rica em possibilidades; com isso o seu direito tem que ser estruturalmente compatível com um número maior de possíveis situações e eventos.<sup>59</sup>

O Direito é estritamente vinculado à noção de tempo. A normatividade busca desvendar o futuro, uma conduta futura. O que acontecerá no futuro é preocupação central do Direito, sendo necessário ter-se uma previsibilidade a fim de que se possa viver o presente. Daí que as mudanças da vida social invadem o Direito.

Justamente esta característica de desenvolvimento temporal é a que possibilita às normas jurídicas a necessária adaptação frente às circunstâncias específicas em constante e veloz mutação. Há necessidade de o sistema jurídico acompanhar o desenvolvimento social para que não haja uma ruptura e torne o sistema ineficaz. Ou seja, deve haver adequação às constantes alterações sociais, de modo que o subsistema Direito deve estar apto a apreender na realidade os elementos necessários à sua adequação.

---

<sup>57</sup> LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 54.

<sup>58</sup> LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito II*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 11.

<sup>59</sup> LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*, cit., p. 33.

A teoria dos sistemas de Luhmann tem, assim, proporcionado a configuração de um novo estilo científico, mais apto à compreensão das atuais sociedades complexas que vivemos, contrariamente ao modelo limitado de sociedade existente no normativismo, hermenêutica e pragmática jurídicas, estando, desse modo, no centro das discussões atuais sobre o sentido do Direito e da sociedade.<sup>60</sup>

O conhecimento sistêmico-autopoiético, porém, não é atrelado a fatos específicos e nem delimitado temporalmente. É possível que o sistema absorva certo grau de incerteza acerca do futuro justamente para se adaptar a ele. Os sistemas autopoiéticos se reproduzem constantemente no decorrer do tempo. O Direito como produção de normatização social tem, assim, uma estrutura comunicativa, com recorrências óbvias às estruturas sociais.

Daí Luhmann dizer que as:

(...) projeções normativas relativamente estáveis e resistentes produzidas pelo sistema social como expectativas são integradas e transformadas em direito.  
 (...) a tese de uma necessária superprodução de expectativas normativas, de uma multiplicidade e contradição sempre demasiadamente amplas no sistema normativo da sociedade, é de importância fundamental para a teoria evolutiva do direito.<sup>61</sup>

Não há como se negar que a pós-modernidade traz consigo profunda insegurança, gerando mais complexidade, reforçando a ideia de “sociedade de risco”.

Na medida em que cresce a complexidade da sociedade no decurso do progresso civilizacional, aumentam os problemas, carecendo de solução e, portanto, tem de se ultrapassar as formas antigas de acordo espontâneo e confirmação do que é exato. Essas formas são substituídas por mecanismos de criação e estabilização de símbolos, mecanismos estes indiretos e mais generalizados.

A legitimação pelo procedimento e pela igualdade das probabilidades de obter decisões satisfatórias substitui os antigos fundamentos jusnaturalistas ou os métodos variáveis

---

<sup>60</sup> ROCHA, Leonel Severo. Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico. In: SCHWARTZ, Germano A. Doederlin; CLAM, Jean. *Introdução à teoria do sistema autopoiético do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 33.

<sup>61</sup> LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 75.

de estabelecimento de consenso. Dessa forma, as dificuldades deslocam-se para o conceito da aprovação ou da aceitação.<sup>62</sup> Ainda segundo Luhmann:

A diferenciação aumenta as dificuldades da decisão. Priva o procedimento jurídico de inúmeras probabilidades de simplificação. Cada procedimento tem de principiar sob convicção prévia de que qualquer coisa pode, dentro do vasto quadro dos fatos gerais e conhecidos, ser outra coisa. A sentença não pode ser tão facilmente obtida a partir de preconceitos. No lugar de preconceitos tem de entrar pré-conceitos, no sentido de ideias pré-concebidas ou decisões legais que já não estabelecem o caso isolado e deixam em suspenso, sobretudo a questão da verdade da afirmação dos fatos.<sup>63</sup>

O sistema jurídico, neste contexto, tem um papel fundamental de normatizar e normalizar expectativas, por meio do dever-ser e da institucionalização dos modos de normatização. Isso é possível mediante o que Luhmann chama de generalizações congruentes de expectativas:

(...) o direito é imprescindível enquanto estrutura, porque sem a generalização congruente de expectativas comportamentais normativas, os homens não podem orientar-se entre si, não podem esperar suas expectativas. E essa estrutura tem que ser institucionalizada ao nível da própria sociedade, pois só aqui podem ser criadas aquelas instâncias que domesticam o ambiente para outros sistemas sociais. Ela se modifica, portanto, com a evolução da complexidade social.<sup>64</sup>

As possibilidades decorrentes da evolução constante da sociedade aumentam a complexidade. As inúmeras expectativas geradas demandam instrumentos que simplifiquem a tomada de decisões. Nesse sentido, a evolução do Direito *pari passu* é que o torna eficaz, atendendo às expectativas sociais.

A função do sistema jurídico é a de absorver e reduzir inseguranças: “Las normas reducen las contingencias de la limitación de la contingencia, es decir: fijan la limitacionalidad ya probada de la utilización arbitraria de los signos”.<sup>65</sup> O Direito está intrinsecamente ligado à garantia das expectativas normativas. Para tanto, é necessário que o Direito tenha seus valores

<sup>62</sup> LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Editora UnB, 1980. p. 30-32.

<sup>63</sup> LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*, cit., p. 58.

<sup>64</sup> LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 170.

<sup>65</sup> LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Tradução de Javier Nafarrete Torres. México: Universidade Iberoamericana, 2002. p. 185. Tradução livre: “As normas reduzem as contingências da limitação é dizer: definir a limitação já testada da utilização arbitrária dos signos”.

efetivados, sendo o próprio Direito meio para tanto, ainda que se valendo da aplicação de sanções.<sup>66</sup>

O Direito é quem confirma as suas próprias expectativas mediante comunicação, não tão somente em relação a indivíduos determinados, mas levando-se em conta também o seu aspecto temporal. Como o Direito regula uma ação futura, necessária à simbolização, característica específica da ordem normativa:

Las normas jurídicas constituyen un entramado de expectativas simbólicamente generalizadas. Con ello no sólo producen indicaciones generales que son independientes de las circunstancias, sino que los símbolos están referidos a lo que no es visible y que no puede ser translúcido: el futuro.<sup>67</sup>

A estabilização das expectativas normativas – construídas por normas – dá-se pela regulação da generalização temporal, objetiva e social. É o Direito que permite saber quais expectativas têm respaldo social ou não, de forma que acabam sendo reduzidas as possibilidades comportamentais da sociedade.

O Direito, com o uso de símbolos, predetermina ao indivíduo uma determinada expectativa comportamental. Todavia, ele não se resume a isso. É possível que o Direito crie possibilidades de comportamento, que sem ele não existiriam, tais como, no Direito do Trabalho, critérios de responsabilização, regimes de trabalho, teletrabalho, trabalho intermitente etc.

---

<sup>66</sup> “O conceito de aceitação e aprovação tem de ser correspondentemente formalizado. O que quer dizer é que os indivíduos, por quaisquer motivos, assumam sempre as decisões como premissas do seu próprio comportamento e estruturam as suas expectativas de acordo com isso (...) através de mudanças de convicções, e de nova interpretação do passado, adesão a novos ambientes.

(...)

As normas são expectativas de comportamento estabilizadas em termos contrafáticos. E o sentido implica a incondicionalidade de sua vigência na medida em que a vigência é experimentada, e, portanto, também institucionalizada, independentemente da satisfação fática ou não da norma.” (LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Editora UnB, 1980. p. 33-48).

<sup>67</sup> LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Tradução de Javier Nafarrete Torres. México: Universidad Iberoamericana, 2002. p. 186. Tradução livre: “As normas jurídicas constituem um entrelaçamento de expectativas simbolicamente generalizadas. Com ele, não só se produzem indicações gerais que são independentes das circunstâncias, mas também que os símbolos se referem ao que não é visível e que não pode ser translúcido: o futuro”.

Na teoria sistêmica, as normas garantem expectativas em face de possíveis frustrações. Não garantem, todavia, que o comportamento seja efetivamente aquele previsto. As normas não evitam as frustrações, porém viabilizam ao sujeito, cuja expectativa fora violada, a manutenção de sua posição, ainda que por aplicação de sanção como forma de correção:

O Sistema Jurídico aparece como um dos “sistemas funcionais” do sistema social, com a tarefa de reduzir a complexidade do ambiente, absorvendo a contingência do comportamento social, ao garantir certa congruência entre as expectativas de como os indivíduos vão comportar-se e a generalização dessas expectativas, pela imunização do perigo de decepcionarem-se. Daí ser o direito definido, na teoria sociológica luhmanniana, como “generalização congruente de expectativas governamentais”, generalização esta que fornece “uma imunização simbólica de expectativas contra outras possibilidades”.<sup>68</sup>

A redução da complexidade da sociedade, portanto, se dá por meio de generalização de expectativa de comportamentos, que vale para determinado período temporal, para situações distintas e para uma pluralidade de pessoas. Essa forma de proceder não exclui um comportamento estranho, mas o limita. Enfim, na teoria sistêmica, a função específica do Direito na sociedade é a generalização congruente de expectativas comportamentais.

Essa compreensão do Direito enquanto um sistema social autopoiético, cujas operações são comunicativas, desenvolvidas por meio de processos de tomada de decisões elaborados no interior de certa organização jurídica, é premissa básica para o desenvolvimento da tese que aqui está a ser defendida.

Além disso, em uma sociedade complexa, fortemente marcada pela dinâmica das transformações e da grande margem de contingência, em razão também do excesso de possibilidades, o estudo da capacidade adaptativa e da resiliência do Direito como forma de resistir e recuperar seu estado de equilíbrio frente às irritações que podem aparecer no sistema ganha substancial importância.

---

<sup>68</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Autopoiiese do direito na sociedade pós-moderna: introdução a uma teoria social sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 186.

Mais ainda: não só no Direito, mas, sobretudo, no Direito do Trabalho, em que a ressonância das questões e das dinâmicas sociais é marcante e inerente à sua própria existência, abordar o funcionamento de sua resiliência e a sua capacidade adaptativa frente às mudanças de toda ordem na sociedade contemporânea mostra-se premente. E é justamente isso que será tratado nos próximos capítulos.

## 2. RESILIÊNCIA

Quem não quer ser resiliente? A capacidade de se recuperar de uma desilusão ou de outros contratempos é admirável nas pessoas. Mas o que significa um sistema social, um sistema jurídico ser resiliente? Ainda mais, há apenas um modelo de resiliência ou vários modelos de resiliência que possam ser concebidos? No presente capítulo, pretende-se descrever os princípios fundamentais da teoria da resiliência, sua significação e sua projeção no contexto de um sistema jurídico.

### 2.1 Resiliência e sua significação

#### 2.1.1 Conceituando resiliência

As palavras têm significado, devendo ser perquirida sua origem como a melhor forma de se iniciar sua conceituação. O cientista inglês Thomas Young<sup>69</sup> é um dos precursores do termo. Em 1807, ele desenvolveu um trabalho sobre módulo de elasticidade a partir de experimentos sobre tensão e compressão de materiais, denominando essa capacidade como “resiliência”. A origem etimológica da palavra “resiliência” está no latim e deriva de *resiliere*, formada por “re” indicando “para trás”, mais “salire”, que significa “pular” ou “saltar”, constituindo, assim, o sentido de pular ou saltar de volta, ou seja, retornar a um estado anterior.<sup>70</sup>

Para o professor português José Tavares, resiliência é, do ponto de vista físico e mecânico,

a qualidade de resistência de um material ao choque, à tensão, à pressão que lhe permite voltar, sempre que é forçado ou violentado, à sua forma ou posição inicial, por exemplo, uma barra de ferro, um elástico, uma mola etc. Aliás, nas ciências dos materiais, que hoje assumem grande relevância nas prioridades e avanços da investigação, um dos grandes objectivos a atingir, através das tecnologias disponíveis, é produzir ligas o mais flexíveis, fiáveis, leves, consistentes e económicas possível para depois serem utilizadas, com vantagem, no maior número de artefactos e situações possível: computadores, móveis, carros e nos mais variados equipamentos e utensílios.<sup>71</sup>

<sup>69</sup> YOUNG, Thomas. *Miscellaneous works of the late Thomas Young*. London: John Murray, Albemarle Street, 1855. v. 2, p. 138. Disponível em: [https://play.google.com/books/reader?id2\\_AEAAAAYAAJ&printsec=frontcover&output=reader&authuser=0&hl=pt\\_BR&pg=GBS.PR3](https://play.google.com/books/reader?id2_AEAAAAYAAJ&printsec=frontcover&output=reader&authuser=0&hl=pt_BR&pg=GBS.PR3). Acesso em: 27 nov. 2019.

<sup>70</sup> YUNES, Maria Angela Mattar; SZYMANSKI, Heloisa. Resiliência: noção, conceito afins e considerações críticas. In: TAVARES, José (org.). *Resiliência e educação*. São Paulo: Cortez, 2001. p. 15.

<sup>71</sup> TAVARES, José. A resiliência na sociedade emergente. In: TAVARES, José (org.). *Resiliência e educação*. São Paulo: Cortez, 2001. p. 45.

Pode-se, pois, compreender que o termo *resiliência* diz respeito à capacidade de um corpo físico (inanimado) enfrentar certa tensão e posteriormente recuperar seu estado normal. Quer dizer, é a capacidade de um corpo de recuperar sua forma original depois de ter sido tensionado.

### 2.1.2 As várias concepções de resiliência

Essa noção de resiliência, com o passar do tempo, acabou despertando o interesse de outras áreas. A preocupação em desenvolver estratégias eficientes para o enfrentamento de eventuais adversidades coloca a ideia de resiliência na pauta de interesses em diversos âmbitos do conhecimento.<sup>72</sup>

Na atualidade, há inúmeras abordagens da resiliência nos mais variados segmentos do conhecimento. Há concepções de resiliência da saúde (medicina), resiliência dos ecossistemas, resiliência da família, resiliência das cidades, resiliência de comunidades e resiliência das organizações, entre outras.<sup>73</sup> As definições são as mais diversas, mas todas normalmente ligam o conceito de resiliência à capacidade de recuperação após uma determinada tensão ou estresse.<sup>74</sup>

A despeito das várias concepções de resiliência, é certo que no âmbito das ciências sociais, notadamente na Psicologia, é que ela se desenvolveu e ganhou novos contornos oriundos de parâmetros e pressupostos próprios da Psicologia. Nesse contexto, resiliência pode ser compreendida como:

capacidade de responder de forma mais consistente aos desafios e dificuldades, de reagir com flexibilidade e capacidade de recuperação diante desses desafios e circunstâncias desfavoráveis, tendo uma atitude otimista, positiva e perseverante e mantendo um equilíbrio dinâmico durante e após os embates – uma característica

<sup>72</sup> FLORES, Luis Gustavo Gomes. *Resiliência jurídica: para pensar a inovação do direito a partir de uma perspectiva sistêmica*. 2014. Tese (Doutorado em Direito) – UNISINOS, São Leopoldo, 2014. p. 98. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/4141>. Acesso em: 28 nov. 2019.

<sup>73</sup> FLORES, Luis Gustavo Gomes. *Resiliência jurídica: para pensar a inovação do direito a partir de uma perspectiva sistêmica*, cit., p. 98. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/4141>. Acesso em: 28 nov. 2019.

<sup>74</sup> MERRIAM-WEBSTER NA ENCYCLOPEDIA BRITANNICA COMPANY. *Resilience*. Disponível em: <http://www.merriam-webster.com/dictionary/resilience>. Acesso em: 27 nov. 2019; O'ROURKE, T.D. *Critical infrastructure, interdependencies and resilience*. Disponível em: [http://pdf.aminer.org/000/243/970/robust\\_and\\_resilient\\_critical\\_infrastructure\\_systems.pdf](http://pdf.aminer.org/000/243/970/robust_and_resilient_critical_infrastructure_systems.pdf). Acesso em: 27 nov. 2019. p. 25; BEAL, Alasdair N. *Thomas Young and the theory of structures*. In: Alasdair's Engineering Pages. Disponível em: <http://anbeal.co.uk/youngtheorystructures.html>. Acesso em: 4 dez. 2019.

(poderíamos dizer características?) de personalidade que, ativada e desenvolvida, possibilita ao sujeito superar-se e às pressões de seu mundo, desenvolver um autoconceito realista, autoconfiança e um senso de autoproteção que não desconsidera a abertura ao novo, à mudança, ao outro e à realidade subjacente.<sup>75</sup>

Como se vê, no âmbito da Psicologia, a resiliência refere-se à capacidade de um indivíduo vir a superar crises e desafios sem sofrer traumas, colocando em destaque a análise da dimensão psíquica do indivíduo, embora não necessariamente esteja restrita a ela, já que não se pode desprezar, ainda que indiretamente, outros aspectos, como os biológicos e os sociais que também podem ter alguma influência na complexidade do tema. De qualquer sorte, vale distinguir a concepção da resiliência dos materiais da concepção de resiliência dos processos cognitivos, sendo importante estar ciente de que:

(...) não há como comparar (...) a resiliência de materiais com a resiliência como um processo psicológico, mesmo porque o conceito de “deformação” em Física e Psicologia são incomparáveis. Pode-se apenas tentar fazer algumas referências e apontamentos conceituais sobre as definições encontradas, sem esquecer as idiosincrasias de dois campos da ciência tão distintos. Vale dizer que a Psicologia apropriou-se de um conceito construído dentro de um modelo matemático, e devemos ter muita cautela para não incorrer em comparações indevidas.<sup>76</sup>

Trata-se, na verdade, de um processo de superação do qual emerge a capacidade do ser humano de obter um resultado, digamos, positivo a partir de uma experiência negativa.

Um ponto importante a ser destacado na transposição da resiliência da Física para a Psicologia reside no fato de que a composição de um indivíduo envolve uma complexidade estrutural maior do que a composição de um corpo físico inanimado.<sup>77</sup>

A mesma compreensão se aplica no âmbito dos sistemas, sejam eles naturais, sejam eles sociais. A propósito, do ponto de vista funcional, uma boa definição de resiliência é “a capacidade de um sistema de experimentar choques, mantendo-se essencialmente a mesma função, estrutura, resposta e, portanto, identidade”.<sup>78</sup>

<sup>75</sup> PLACCO, Vera Maria Nigro de Souza. Prefácio. In: TAVARES, José (org.). *Resiliência e educação*. São Paulo: Cortez, 2001. p. 7.

<sup>76</sup> YUNES, Maria Angela Mattar; SZYMANSKI, Heloisa. Resiliência: noção, conceito afins e considerações críticas. In: TAVARES, José (org.). *Resiliência e educação*. São Paulo: Cortez, 2001. p. 16.

<sup>77</sup> FLORES, Luis Gustavo Gomes. *Resiliência jurídica: para pensar a inovação do direito a partir de uma perspectiva sistêmica*. 2014. Tese (Doutorado em Direito) – UNISINOS, São Leopoldo, 2014. p. 100. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/4141>. Acesso em: 28 nov. 2019.

<sup>78</sup> WALKER, Brian *et al.* A handful of heuristics and some propositions for understanding resilience in social-ecological systems. *Revista Ecology & Society*, n. 11, jun. 2016. Disponível em: <http://www.ecologyandsociety.org/vol11/iss1/art13/ES-2005-1530.pdf>. Acesso em: 5 dez. 2019.

No âmbito do Direito, deve-se entender a resiliência jurídica como uma habilidade do sistema jurídico ou de um segmento deste de se preparar e de se adaptar a mudanças de condições, suportando-as e recuperando-se diante de perturbações, distúrbios ou irritações que possam acometer o sistema, com a preservação de sua estrutura, função e identidade.

## 2.2 Definindo um sistema resiliente

Consoante já delineado, a característica marcante da resiliência de um sistema (natural ou social, inclusive o jurídico) é a sua capacidade de manter um alto nível de consistência da estrutura comportamental do sistema diante de um ambiente dinâmico de mudança. O cientista e ecologista C. S. Holling, em estudo clássico de 1973, introduziu a ideia de que os sistemas sociais e naturais que exibem a capacidade descrita devem ser considerados sistemas resilientes.<sup>79</sup>

Está-se a falar aqui de sistemas complexos, que são aqueles que, conforme visto alhures, são mais do que a simples soma de suas partes, pois interagem com outros sistemas além de serem dotados de mecanismos de reprodução interna. Como esses sistemas têm suas partes interligadas com outras, sejam internas, sejam externas, as relações dinâmicas das partes podem resultar em outras relações emergentes. Os sistemas complexos podem variar do demasiado rígido à fluidez excessiva, mas o mais interessante é que eles têm mecanismos de auto-organização, autoprodução e autorreferência (autopoiéticos enfim)<sup>80</sup> que os direcionam para um ato robusto de equilíbrio e de resiliência quando estão à beira de um colapso.

### 2.2.1 Modelos de resiliência

O modelo de resiliência traçado por Holling vem sendo aprimorado e aplicado ao longo do tempo, sempre procurando explicar como esses sistemas toleram perturbações sem alterar sua identidade estrutural básica.<sup>81</sup> A teoria da resiliência se fundiu em torno de várias características-chave do modelo de Holling.

<sup>79</sup> HOLLING, Crawford Stanley. *Resilience and stability of ecological systems*. *Annual Review of Ecology, Evolution, and Systematics*, v. 4. p. 1-23. nov. 1973. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1146/annurev.es.04.110173.000245>. Acesso em: 4 dez. 2019.

<sup>80</sup> LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2010. p. 111.

<sup>81</sup> GUNDERSON, Lance H.; HOLLING, Crawford S. *Panarchy: understanding transformations in human and natural systems*. Estados Unidos da América: Island Press, 2002. p. 425-462.

Primeiro, uma característica da resiliência é a recuperação – o tempo necessário para que um sistema retorne a um estado de equilíbrio ou ao estado estacionário após uma perturbação. Holling refere-se a esse tipo de resiliência como *resiliência de engenharia*, a fim de demonstrar que se baseia em confiabilidade, eficiência, controle de qualidade e em estratégias similares para perseguir um único objetivo – retornar ao estado de equilíbrio.<sup>82</sup> Alguns autores tratam esse mesmo modelo de resiliência com o nome de *resiliência específica*.<sup>83</sup>

A *resiliência da engenharia* (ou *resiliência específica*) é distinta da *resiliência ecológica*,<sup>84</sup> que é outro tipo de resiliência. A *resiliência ecológica* é medida pela quantidade ou magnitude da perturbação que um sistema pode absorver sem ter sua estrutura comportamental fundamental redefinida. Essa propriedade dela é conhecida como resistência.<sup>85</sup>

Em contraste à *resiliência de engenharia*, a *resiliência ecológica* depende de ajustes nos processos do sistema como meio de gerenciar a integridade geral do sistema.<sup>86</sup> Esse modelo de resiliência também é chamado de *resiliência geral*.<sup>87</sup> Pode ainda ser denominada de *resiliência ecossocial ou dos ecossistemas*.

## 2.2.2 Distinção entre resiliência da engenharia e resiliência ecológica

Enquanto a *resiliência de engenharia* favorece a recuperação como objetivo do projeto, a *resiliência ecológica* favorece a resistência como seu objetivo. Mas note-se que há

---

<sup>82</sup> GUNDERSON, Lance H.; HOLLING, Crawford S. *Panarchy: understanding transformations in human and natural systems*. Estados Unidos da América: Island Press, 2002. p. 426.

<sup>83</sup> BUSCHBACHER, Robert. *A teoria da resiliência e os sistemas socioecológicos: como se preparar para um futuro imprevisível?* Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/5561>. Acesso em: 7 dez. 2019.

<sup>84</sup> BUSCHBACHER, Robert. *A teoria da resiliência e os sistemas socioecológicos: como se preparar para um futuro imprevisível?* Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/5561>. Acesso em: 7 dez. 2019.

<sup>85</sup> BUSCHBACHER, Robert. *A teoria da resiliência e os sistemas socioecológicos: como se preparar para um futuro imprevisível?*, cit., p. 426-427.

<sup>86</sup> GUNDERSON, Lance H.; HOLLING, Crawford S. *Panarchy: understanding transformations in human and natural systems*. Estados Unidos da América: Island Press, 2002. p. 426-427.

<sup>87</sup> BUSCHBACHER, Robert. *A teoria da resiliência e os sistemas socioecológicos: como se preparar para um futuro imprevisível?* Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/5561>. Acesso em: 7 dez. 2019.

semelhanças nos dois conceitos que vislumbram um sistema que sofre uma perturbação e que retorna ao seu estado de equilíbrio, ainda que por vias distintas.<sup>88</sup>

Pois bem. Esses modelos de resiliência diferem, no entanto, em termos de mecanismos e estratégias que o sistema utiliza para evitar que seja levado ao ponto de precisar ser reestruturado funcionalmente. Por um lado, a estratégia da *resiliência de engenharia* é aproximar do equilíbrio todos os recursos do sistema, com o objetivo de favorecer o retorno ao seu estado normal.<sup>89</sup> Por outro lado, a estratégia da *resiliência ecológica* tem como modelo a possibilidade dos recursos flutuarem dentro de uma bacia de atração para o equilíbrio, com o objetivo de evitar “desvios” para um outro estado, fora do componente estrutural.<sup>90</sup> Os teóricos da resiliência usam a heurística de uma bola em um recipiente, como uma tigela, em uma mesa para demonstrar, com mais nitidez, essa distinção.<sup>91</sup>

Estratégias de *resiliência de engenharia* podem ser representadas por uma bola no fundo de um recipiente estreito com bordas altas, como um vaso ou uma taça com lados íngremes. As estratégias de *resiliência ecológica* produzem, por sua vez, um recipiente raso e largo, como um prato com uma superfície ampla e bordado com lados pouco íngremes ou, ainda, como uma bacia. Em repouso, as bolas nos dois recipientes permanecem paradas no fundo, em equilíbrio.

Quando a mesa é agitada, as bolas rolam, mas não rolam da mesma maneira. A bola no vaso alto e estreito fica perto do fundo e tem uma recuperação rápida, enquanto a bola no prato raso e largo pode rolar ao redor e chegar longe do fundo, mas resiste a cair sobre a borda.

O objetivo da resiliência é manter as bolas nos recipientes, mas é possível imaginar como distúrbios diferentes podem produzir resultados diferentes entre as duas tigelas. Por exemplo: um vento forte pode bater sobre o vaso alto, mas não sobre o prato raso. Já, um terremoto pode sacudir a bola do prato raso, mas não a do vaso alto. Para traduzir essa heurística

---

<sup>88</sup> GUNDERSON, Lance H.; HOLLING, Crawford S. *Panarchy: understanding transformations in human and natural systems*. Estados Unidos da América: Island Press, 2002. p. 427.

<sup>89</sup> GUNDERSON, Lance H.; HOLLING, Crawford S. *Panarchy: understanding transformations in human and natural systems*, cit., p. 427.

<sup>90</sup> GUNDERSON, Lance H.; HOLLING, Crawford S. *Panarchy: understanding transformations in human and natural systems*, cit., p. 427.

<sup>91</sup> GUNDERSON, Lance H.; HOLLING, Crawford S. *Panarchy: understanding transformations in human and natural systems*, cit., p. 427.

de volta à terminologia da teoria da resiliência, vale considerar que os recipientes ou as tigelas representam a chamada “bacia de atração” das bolas,<sup>92</sup> que, por sua vez, representam o estado comportamental do sistema atual. O fundo do recipiente representa o “atrator” para o estado de equilíbrio, enquanto a forma dele define a “latitude” dentro da qual o estado do sistema pode se mover antes de cruzar o limiar que, se violado, dificulta ou até mesmo impossibilita a recuperação do equilíbrio em algumas circunstâncias extremas. Quanto maior o recipiente (por exemplo, uma bacia larga), maior o número de estados do sistema que podem ser experimentados sem ultrapassar o seu limite.

A suscetibilidade do sistema pode ser definida a partir da proximidade do estado atual do sistema a esse limite. Para evitar atingir um alto nível de fragilidade, as estratégias de *resiliência de engenharia* contam com fortes atratores e latitude limitada, enquanto estratégias de *resiliência ecológica* toleram atratores mais fracos em troca de mais latitude.<sup>93</sup> Outra diferença entre as duas estratégias tem a ver com o que a teoria da resiliência chama de “diversidade de respostas do sistema”, que é “a diversidade de respostas à perturbação entre espécies ou atores que contribuem para a mesma função no sistema socioecológico”.<sup>94</sup>

Por abrir uma pluralidade de opções, com muitas peças que interagem no sistema, a diversidade de respostas aumenta a resiliência. Deve-se ter presente que essa diversidade de respostas normalmente é provocada por estratégias de *resiliência ecológica* porque estratégias de *resiliência de engenharia*, como a eficiência, tendem a remover o que, na fase de construção e *design* do modelo, são aparentemente redundâncias desnecessárias.<sup>95</sup> Se surgirem novas espécies de problemas que não estão previstos na fase de construção e *design*, muito provavelmente as suposições nas quais o sistema foi baseado podem se mostrar oprimidas. A

---

<sup>92</sup> Essa terminologia é amplamente usada na teoria da resiliência e de sistemas adaptativos complexos. WALKER, Brian. Resilience, adaptability and transformability in social-ecological systems. *Revista Ecology & Society*, n. 19, dez. 2004. Disponível em: <http://www.ecologyandsociety.org/vol9/iss2/art5/print.pdf>. Acesso em: 5 dez. 2019.

<sup>93</sup> WALKER, Brian *et al.* A handful of heuristics and some propositions for understanding resilience in social-ecological systems. *Revista Ecology & Society*, n. 11, jun. 2016. Disponível em: <http://www.ecologyandsociety.org/vol11/iss1/art13/ES-2005-1530.pdf>. Acesso em: 5 dez. 2019.

<sup>94</sup> WALKER, Brian *et al.* A handful of heuristics and some propositions for understanding resilience in social-ecological systems. *Revista Ecology & Society*, n. 11, jun. 2016. Disponível em: <http://www.ecologyandsociety.org/vol11/iss1/art13/ES-2005-1530.pdf>. Acesso em: 5 dez. 2019.

<sup>95</sup> WALKER, Brian *et al.* A handful of heuristics and some propositions for understanding resilience in social-ecological systems. *Revista Ecology & Society*, n. 11, jun. 2016. Disponível em: <http://www.ecologyandsociety.org/vol11/iss1/art13/ES-2005-1530.pdf>. Acesso em: 5 dez. 2019.

redundância na forma de opções de resposta alternativas, embora não seja eficiente, pode ser valiosa nesses casos.

*A resiliência da engenharia e a resiliência ecológica* são, portanto, dois modelos distintos, com diferenças potencialmente grandes na orientação e no desempenho do sistema. De fato, elas representam contrastes sim... Mas “é fundamental que eles possam se tornar paradigmas alternativos, cujos devotos refletem tradições de uma disciplina ou de uma atitude mais do que de uma realidade da natureza”.<sup>96</sup>

Contudo, a literatura da teoria da resiliência geralmente falha em distinguir entre essas duas propriedades.<sup>97</sup> Antes, porém, de examinar como elas se diferem para os sistemas jurídicos, convém verificar quando os sistemas legais mostram resiliência e se isso é sempre desejável.

### 2.3 Quando um sistema jurídico é resiliente?

Os estudiosos do Direito costumam usar termos como *resiliência* e *resistência* para descrever qualidades positivas de um sistema jurídico.<sup>98</sup> Na teoria da resiliência, os cientistas sociais, ecologistas e pesquisadores de sistemas complexos dizem que um sistema legal resiliente goza de consistência na estrutura comportamental geral, apesar da mudança contínua das condições externas e internas.

Nesse intertítulo, procura-se fazer o exercício teórico de perguntar como podemos mapear os princípios da teoria da resiliência nos sistemas jurídicos para entender melhor quando os sistemas legais são e não são resilientes. O sistema jurídico, como qualquer sistema, pode ser definido por sua estrutura (por exemplo, divisão constitucional de poderes) e processos (por exemplo, procedimentos administrativos de decisão).<sup>99</sup>

---

<sup>96</sup> GUNDERSON, Lance H.; HOLLING, Crawford S. *Panarchy: understanding transformations in human and natural systems*. Estados Unidos da América: Island Press, 2002. p. 428.

<sup>97</sup> CÔTÉ, Isabelle M.; DARLING, Emily S. Rethinking ecosystem resilience in the face of climate change. *Revista PLoS BIOLOGY*, n. 8, jun. 2010. p. 1. Disponível em: [http://www.plosbiology.org/article/ fetchObjectAttachment.action?uri=info%3Adoi%2F10.1371%2Fjournal.pbio.1000438&representation=PDF](http://www.plosbiology.org/article/fetchObjectAttachment.action?uri=info%3Adoi%2F10.1371%2Fjournal.pbio.1000438&representation=PDF). Acesso em: 7 dez. 2019.

<sup>98</sup> LLEWELLYN, Karl N. *The common law tradition: deciding appeals*. Boston: Little, Brown & Co., 1960. p. 613.

<sup>99</sup> RUHL, John B. General design principles for resilience and adaptive capacity in legal systems: with applications to climate change adaptation. *North Carolina Law Review*, v. 89, jan. 2011. p. 1389. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/268036393>. Acesso em: 27 nov. 2019. p. 1389.

A estrutura e o processo definem, assim, a forma da base da atração (a “bacia”) e produzem o comportamento do sistema na forma de atos do poder executivo, criação de leis pelo Legislativo, decisões proferidas pelos tribunais e ações de terceiros que possam atuar diretamente no sistema como acontece com os sindicatos no âmbito do Direito do Trabalho. Conjunto este de ações que revelam onde a “bola” está em um certo momento.

Diferentes configurações de estrutura e processos – diferentes formas de bacias – produzem diferentes resultados comportamentais em resposta a mudanças nas condições internas e externas.

A configuração do seu *design* também influencia a maneira pela qual o sistema suporta alterações de qualidade e de magnitude diferentes ao longo do tempo. Algumas configurações podem depender de estratégias de *resiliência de engenharia* para criar um conjunto muito eficiente de componentes estruturais e de processos confiáveis, enquanto outras podem usar estratégias de *resiliência ecológica* para criar uma ampla diversidade de responsabilidades e de respostas no sistema. Essas opções de *design* ocorrem em diferentes escalas e para diferentes subsistemas. Exemplo: o Direito Ambiental é sabidamente diferente em estrutura e processo em relação ao Direito Penal.

De fato, um teórico da resiliência certamente interpretaria alguns recursos do sistema jurídico brasileiro como versões fortes de estratégias de *resiliência da engenharia*. A Constituição, a título de ilustração, mostra pouca tolerância a mudanças estruturais ou de processo. Ela foi projetada justamente para ser mais difícil de ser alterada do que outros diplomas legais. Ainda que se tenham envidado esforços para conseguir mudanças pontuais mediante processos legislativos e judiciais, a sua interpretação e a sua aplicação têm se mantido persistente no reconhecimento dos seus valores fundantes.

Por conta da sua origem, enquanto norma estatal máxima da Nação, as oportunidades para a diversidade de respostas são menores do que aquelas encontradas em outros segmentos do nosso ordenamento. Certamente, o estado comportamental da doutrina constitucional mudou nos últimos anos, mas a latitude deixada pelo “recipiente” da Constituição é mais a de um vaso do que de uma bacia larga.

De qualquer sorte, ela, ainda assim, é resiliente. Como regra, a estrutura de uma Constituição é altamente projetada e o *design* de seus processos é condutor que muda para novos estados de equilíbrio – os chamados “momentos constitucionais” – ainda que isso não seja recorrente.<sup>100</sup> Todavia, o sistema, por exemplo, do Direito do Trabalho oferece um exemplo mais ligado à ideia de *resiliência ecológica*: é uma estrutura plural em termos de fontes e altamente dispersa nos tribunais em todo o País, o que favorece a sua concepção sob um conjunto flexível de regras de processo.

A diversidade de respostas é alta, pois, além de os próprios atores sociais poderem atuar diretamente na sua formação, a diversidade de decisões judiciais e de atos do Poder Executivo permite obter respostas doutrinárias variáveis, mesmo para problemas jurídicos semelhantes. Isso sem contar com os usos e costumes e com os regulamentos empresariais que também permeiam o seu sistema de fontes.

O resultado é uma alta capacidade de mudanças de comportamento em resposta a mudanças nas condições internas e externas sem alterar a estrutura básica do sistema e o *design* do processo. Os resultados podem mudar responsivamente a condições alteradas. Às vezes eles podem acontecer de forma rápida. Outras vezes, eles podem levar anos para dar uma resposta. Tudo isso, claro, sem que a estrutura do sistema e o *design* do processo sejam alterados.

A alteração na legislação trabalhista promovida pela Lei n. 13.467/17, conhecida como reforma trabalhista, está a suscitar, por certo, circunstâncias atualizadas ou mesmo novos conhecimentos que podem fazer com que aquilo que era anteriormente proibido passe a ser permitido e vice-versa.

Há situações, por exemplo, que não eram permitidas, como a dispensa por mútuo acordo e o procedimento de homologação judicial de acordo extrajudicial, que agora são permitidos,<sup>101</sup> como há direitos que deixaram de ser garantidos como a homologação obrigatória para quem tinha mais de um ano de serviço.

---

<sup>100</sup> SUNSTEIN, Carl R. Congress, constitutional moments, and the cost-benefit state legislative foreword. *Stanford Law Review*, v. 48, 1995-1996. p. 247. Disponível em: [https://chicagounbound.uchicago.edu/journal\\_articles/8330/](https://chicagounbound.uchicago.edu/journal_articles/8330/). Acesso em: 28 nov. 2019.

<sup>101</sup> GITELMAN, Suely Ester. Segurança jurídica do empregador: a rescisão do contrato de trabalho por mútuo acordo, o fim da homologação obrigatória, o processo de jurisdição voluntária para homologação de acordo extrajudicial e o termo de quitação anual. In: TREMEL, Rosângela; CALCINI, Ricardo (org.). *Reforma trabalhista*. Campina Grande: EDUEPB, 2018. p. 897-909.

E tudo isso no interior de uma trama social, em que os atores sociais (sindicatos, por exemplo) têm, inclusive, a possibilidade de intervir, criando normas de forma diversa daquela trazida pelo novel diploma legal, dentro do que conhecemos como poder normativo dos grupos sociais.<sup>102</sup> Muitos outros exemplos no âmbito do Direito do Trabalho poderiam ser aqui descritos. Mas o acima apontado é sinalagmático.

A dinâmica das relações de trabalho tem propiciado mudanças no mercado de trabalho, nas relações individuais e coletivas e, por conseguinte, acaba por afetar a forma como o *design* do sistema jurídico trabalhista deve lidar com isso. E a tendência é de haver cada vez mais mudanças nesse sentido.

Daí porque a estrutura do Direito do Trabalho tem muito mais a ver com a estratégia da *resiliência ecológica* do que com a estratégia da *resiliência da engenharia*, inversamente do que se viu que acontece com o Direito Constitucional em que esta última é preferível àquela.

Como se vê, há evidências de resiliência de ambos os tipos no sistema jurídico brasileiro. No entanto, são necessárias algumas ressalvas. Primeiro, impende observar que um sistema jurídico ser ou não ser resiliente implica nada sobre o sistema do ponto de vista estritamente normativo. A resiliência é uma qualidade de um sistema social, mas não o torna “bom” ou “ruim”.

Certamente, um sistema jurídico resiliente pode depender ou levar a normas sociais específicas e, portanto, a presença ou ausência de resiliência pode dizer algo sobre outras características normativas da sociedade. Embora a resiliência possa, por si só, ser desejável e ser considerada normativamente uma boa qualidade para promover um sistema jurídico mais justo, a presença ou ausência de resiliência em um sistema jurídico não lhe confere, necessariamente, um *status* normativo específico: se “bom” ou se “ruim”.

O que pode ser considerado em um determinado momento um sistema negativo – o feudalismo, por exemplo – pode, no entanto, ser um sistema resiliente e, por conseguinte, resistir a mudanças (como aconteceu por séculos). Na verdade, à medida que a resiliência passa

---

<sup>102</sup> TELLES JUNIOR, Goffredo da Silva. *Filosofia do direito*. São Paulo: Max Limonad, 1966. v. 2, p. 466-469.

a ser uma qualidade desejada, ela pode se opor a outros objetivos normativos do sistema. Pode ser possível ter muita resiliência.

Se, por exemplo, um sistema jurídico é altamente resiliente no sentido de engenharia, mas está produzindo resultados que não são mais normativamente aceitáveis, sua resiliência é um problema, não uma virtude. Nesse caso, pode ser necessário um distúrbio externo extremo ou a reforma interna do próprio sistema para alterar o regime altamente resiliente, porém indesejável. A persistência e o desaparecimento definitivo do sistema jurídico que apoiava a escravidão é um exemplo clássico dessa dinâmica. Além disso, é importante distinguir entre resiliência do sistema jurídico e resiliência de outros sistemas naturais e sociais com que o Direito tende a interagir.

Os estudiosos do Direito Ambiental, por exemplo, podem se concentrar em como o Direito pode promover a resiliência dos ecossistemas e, de outro lado, os estudiosos do Direito Financeiro podem se concentrar em como tornar o sistema financeiro mais resiliente, mas isso não é o mesmo que tornar o Direito *per se* mais resiliente.

Não se deve conceber também que uma resiliência da resistência bem-sucedida venha, necessariamente, a promover a resiliência de qualquer outra coisa que também seja importante. É preciso ainda fazer a distinção entre a resiliência da estrutura e dos processos subjacentes do sistema jurídico e a estabilidade do conteúdo substancial do Direito em si. Certamente, a volatilidade do conteúdo substantivo do Direito é algo com o qual muitos atores do sistema jurídico se preocupam, mas é um produto do sistema jurídico, não parte de sua estrutura e processo.

Um sistema jurídico que se baseia vigorosamente nas estratégias de *resiliência do ecossistema*, por exemplo, provavelmente experimentará alto fluxo no conteúdo jurídico substantivo que produz. A “bola” rola longe do ponto de equilíbrio em tais sistemas, mesmo porque eles costumam ser mais fluidos.

De outra parte, pode ser que o controle do fluxo seja um objetivo primordial do sistema, notadamente quando ele apresenta maior rigidez. Pode haver muitas razões para se preferir a estabilidade no conteúdo substantivo do Direito. Tais circunstâncias podem, enfim,

conduzir ou restringir as escolhas entre as estratégias de *resiliência de engenharia* e de *resiliência ecológica* para a estrutura e o processo do sistema jurídico.

Mais do que isso: essas opções de *design* operam em várias escalas dentro do vasto domínio do Direito, o sistema jurídico. A teoria da resiliência não afirma que um sistema tão complexo quanto o Direito seja inteiramente um vaso ou unicamente uma bacia. Pode, em vez disso, tratar-se de mais de um conjunto de paisagens sobre as quais encontramos estratégias de *resiliência de engenharia* e de *resiliência ecológica* que se mesclam em diferentes misturas para formar topografias de vários contornos, dependendo de onde o sistema é bem-sucedido. E

é essencial entender as escalas de interesse e de análise porque um nível de *panarquia* pode colapsar e atingir os níveis mais baixos, mas o sistema, como um todo, ainda pode ser preservado... Resiliência é uma propriedade que pode existir em qualquer escala em uma panarquia. Um determinado nível do sistema pode não ser muito resiliente, mas o sistema num nível maior pode ser.<sup>103</sup>

O Direito Ambiental, já citado como exemplo, tem muitas facetas, nem todas as quais usam a mesma combinação de estratégias de resiliência. Ele está aninhado com muitos outros campos de regulamentação no sistema em uma escala maior. O Direito Administrativo é um deles. Mas cada um com seu próprio cenário de resiliência. Da mesma forma, o Direito Administrativo opera em conjunto com o Direito Civil, que contempla diferentes propriedades de resiliência.

O sistema jurídico, portanto, tem muitos estados de equilíbrio potencial em muitas escalas diferentes, cada um com seu próprio conjunto de atributos de resiliência. Um componente do sistema ou subsistema – para usar um exemplo real, o nosso sistema de Direito Financeiro – pode falhar, mas os outros sistemas jurídicos que compõem o todo podem continuar se mostrando resilientes.

Resulta de tudo o que foi dito até aqui que a possibilidade de ignorar um estado de equilíbrio para outro não é necessariamente indesejável nos sistemas legais (e nem em outros sistemas). Se a resiliência dos ecossistemas naturais ou a estabilidade das decisões judiciais for

---

<sup>103</sup> ALLEN, Craig R.; HOLLING, Crawford S. Novelty, adaptive capacity, and resilience. *Revista Ecology & Society*, n. 15, set. 2010. Disponível em: <http://www.ecologyandsociety.org/vol15/iss3/art24/ES-2010-3720.pdf>. Acesso em: 4 dez. 2019.

uma prioridade, pode ser que a estrutura e o processo do Direito é que devem mudar para um novo estado de equilíbrio quando a mudança puder vir a ameaçar esses valores.

Uma das facetas da teoria da resiliência concentra-se, portanto, em como gerenciar sistemas que têm múltiplos estados de equilíbrio e como alternar entre eles sob certas condições,<sup>104</sup> facilitando, assim, a resiliência nos sistemas. Só que isso “é repleto de dificuldades”.<sup>105</sup>

Não há, a rigor, um medidor de resiliência para o Direito ou para qualquer outro sistema social. O que se tenta demonstrar na presente tese, e isso será abordado mais adiante, é que um sistema com uma pluralidade de fontes ou um pluralismo jurídico, com uma diversidade ampla de respostas possíveis, como sabidamente ocorre com o Direito do Trabalho, experimenta um maior grau de resiliência como um todo, mormente se comparado com alguns outros ramos do Direito. Registre-se, ademais, que, por conta de tudo o que foi explicado até aqui, no âmbito do Direito do Trabalho, as estratégias de resiliência são muito mais ligadas à da *resiliência ecológica* do que às da *resiliência de engenharia*.

Não obstante isso, não se pode negar que algumas partes do Direito do Trabalho, por exemplo, o Direito Constitucional do Trabalho ou o Direito Administrativo do Trabalho, sejam mais voltadas para a ideia de *resiliência de engenharia*.

---

<sup>104</sup> GUNDERSON, Lance H.; HOLLING, Crawford S. *Panarchy: understanding transformations in human and natural systems*. Estados Unidos da América: Island Press, 2002. p. 429.

<sup>105</sup> CÔTÉ, Isabelle M.; DARLING, Emily S. Rethinking ecosystem resilience in the face of climate change. *Revista PLoS BIOLOGY*, n. 8, jun. 2010. p. 1. Disponível em: <http://www.plosbiology.org/article/fetchObjectAttachment.action?uri=info%3Adoi%2F10.1371%2Fjournal.pbio.1000438&representation=PDF>. Acesso em: 7 dez. 2019.

### 3. CAPACIDADE ADAPTATIVA DO DIREITO

A resiliência do sistema não é uniforme no tempo, no espaço e nem em variadas condições. Antes disso, “um sistema pode ter uma propriedade que seja robusta a um conjunto de perturbações e, no entanto, ser frágil para uma propriedade diferente e/ou uma determinada perturbação”<sup>106</sup>, e, portanto, “num sistema (...), a resiliência se expande e se contrai”.<sup>107</sup> Negociações internas no sistema não são a única razão pela qual a resiliência é variável.

Os componentes de um sistema podem romper de maneira a prejudicar uma ou mais propriedades da resiliência, podendo, no entanto, surgir outros tipos de condições exógenas para as quais um sistema tem pouca resistência ou que apresenta barreiras mais substanciais à sua recuperação. Resiliência, em outras palavras, deve ser gerenciada. O sistema deve se adaptar. Mas deve se adaptar sem comprometer sua própria estrutura comportamental básica.

Neste capítulo, será examinado o que isso significa em teoria e o que isso significa para um sistema jurídico.

#### 3.1 Princípios de um sistema adaptativo

Dada a definição de resiliência e identificada sua operação em sistemas sociais, incluindo o Direito, segue-se uma pergunta óbvia: o que permite a esses sistemas sustentar padrões produtivos e agregados mediante tantas mudanças?<sup>108</sup> A resposta é a sua capacidade adaptativa. Antes, porém de definir a capacidade adaptativa do sistema e demonstrar quando ela está presente no sistema jurídico, convém assinalar os princípios que norteiam um sistema adaptativo.

O ponto de partida, para tanto, envolve descompactar, de forma mais refinada, no que toca aos seus atributos, os dois modelos de resiliência já vistos: o de engenharia e o da ecologia. Em um exame aprofundado da resiliência em sistemas complexos, Alderson e

<sup>106</sup> ALDERSON, David L.; DOYLE, John C. Contrasting views of complexity and their implications for network-centric infrastructures. *Revista IEEE Transactions on Systems, Man, & Cybernetics*, v. 40, p. 839-840, jul. 2010. Disponível em: <https://ieeexplore.ieee.org/document/5477188>. Acesso em: 8 dez. 2019.

<sup>107</sup> GUNDERSON, Lance H.; HOLLING, Crawford S. *Panarchy: understanding transformations in human and natural systems*. Estados Unidos da América: Island Press, 2002. p. 425.

<sup>108</sup> MILLER, John H.; PAGE, Scott E. *Complex adaptive systems: an introduction to computational models of social life*. Princeton: Princeton University Press, 2007. p. 28.

Doyle<sup>109</sup> explicam que são cinco recursos principais de um sistema que contribuem para a capacidade de suportar as mudanças circundantes, ou seja, para a sua capacidade adaptativa: confiabilidade, eficiência, escalabilidade, modularidade e evolutividade. Dizem eles:

Confiabilidade envolve robustez aos seus componentes. Eficiência é robustez à caridade de recursos. Escalabilidade é robustez às mudanças no tamanho e na complexidade do sistema como um todo. Modularidade é robustez para arranjos estruturados dos componentes. A capacidade de evolução é a robustez das linhagens às mudanças em escalas no decorrer do tempo.<sup>110</sup>

Dessas cinco qualidades, a confiabilidade e a eficiência parecem ser mais importantes com a visão de Holling de resiliência de engenharia, enquanto escalabilidade, modularidade e evolutividade se aproximam mais da resiliência ecológica.<sup>111</sup>

Embora seja ideal poder maximizar todas as cinco propriedades de resiliência em um sistema jurídico, é muito mais provável que as compensações que limitam essa possibilidade sejam encontradas e forcem decisões difíceis sobre o *design* do sistema. Um sistema que é altamente eficiente no uso de recursos mais escassos, por exemplo, pode ter menos diversidade de respostas conseqüentemente à falta de redundância nos componentes importantes do sistema.<sup>112</sup> Uma pergunta recorrente sobre o *design* do sistema, portanto, é qual dessas propriedades ele deve favorecer. A teoria da resiliência sugere que a resposta a essa pergunta, notadamente, no contexto de um sistema socioecológico, como é o Direito, deve preferir as estratégias de *resiliência ecológica*.

Essa deve ser a carga predominante, ao passo que as estratégias de resiliência de engenharia têm uma carga mais residual e específica. Holling e Gunderson afirmam, por exemplo, que

---

<sup>109</sup> ALDERSON, David L.; DOYLE, John C. Contrasting views of complexity and their implications for network-centric infrastructures. *Revista IEEE Transactions on Systems, Man, & Cybernetics*, v. 40, p. 839-840, jul. 2010. Disponível em: <https://ieeexplore.ieee.org/document/5477188>. Acesso em: 8 dez. 2019.

<sup>110</sup> ALDERSON, David L.; DOYLE, John C. Contrasting views of complexity and their implications for network-centric infrastructures. *Revista IEEE Transactions on Systems, Man, & Cybernetics*, v. 40, p. 839-840, jul. 2010. Disponível em: <https://ieeexplore.ieee.org/document/5477188>. Acesso em: 8 dez. 2019.

<sup>111</sup> GUNDERSON, Lance H.; HOLLING, Crawford S. *Panarchy: understanding transformations in human and natural systems*. Estados Unidos da América: Island Press, 2002. p. 428.

<sup>112</sup> ALDERSON, David L.; DOYLE, John C. Contrasting views of complexity and their implications for network-centric infrastructures. *Revista IEEE Transactions on Systems, Man, & Cybernetics*, v. 40, p. 840, jul. 2010. p. 840. Disponível em: <https://ieeexplore.ieee.org/document/5477188>. Acesso em: 8 dez. 2019.

o foco exclusivo na primeira definição de resiliência, resiliência de engenharia, reforça o mito perigoso de que a variabilidade dos sistemas naturais pode ser efetivamente controlada, que as consequências são imprevisíveis e que a produção máxima sustentada é um fator de risco meta alcançável e sustentável.<sup>113</sup>

As premissas de variabilidade controlada e previsibilidade confiável, se tais premissas forem verdadeiras, apoiariam o foco em estratégias como confiabilidade e eficiência do sistema. Sob tais condições, o comportamento previsível, com baixa variação das mudanças esperadas, tornaria mais fácil e menos arriscado se valer de um *design* e de uma arquitetura de componentes do sistema mais enxutos.

Porém, se essas premissas não forem verdadeiras, o sucesso no uso de estratégias de *resiliência de engenharia* para prever uma pequena tolerância à variabilidade significa que “o sistema se torna mais vulnerável a choques externos que antes poderiam ser absorvidos”.<sup>114</sup>

Em outras palavras, se é esperado que haja pouca capacidade para restringir e controlar uma alta variabilidade de alterações nas condições internas e externas, as estratégias de *resiliência da engenharia* representam um risco maior de falha. Nessas condições, o *design* do sistema deve favorecer estratégias de *resiliência ecológica*.<sup>115</sup>

Pois bem, vale aqui esclarecer melhor o que escalabilidade, modularidade e evolutividade implicam. A *escalabilidade* permite que um sistema altere escalas temporais e espaciais relevantes para se ajustar às condições alteradas; a *modularidade* permite que o sistema troque funções e relacionamentos entre os componentes do sistema para se ajustar às condições alteradas; e a *evolutividade* implica a capacidade de continuar fazendo as duas coisas por um longo período de tempo.<sup>116</sup> Existem exemplos óbvios dessas qualidades em sistemas jurídicos duradouros.

---

<sup>113</sup> GUNDERSON, Lance H.; HOLLING, Crawford S. *Panarchy: understanding transformations in human and natural systems*. Estados Unidos da América: Island Press, 2002. p. 428.

<sup>114</sup> GUNDERSON, Lance H.; HOLLING, Crawford S. *Panarchy: understanding transformations in human and natural systems*, cit., p. 428

<sup>115</sup> GUNDERSON, Lance H.; HOLLING, Crawford S. *Panarchy: understanding transformations in human and natural systems*, cit., p. 432-433.

<sup>116</sup> ALDERSON, David L.; DOYLE, John C. Contrasting views of complexity and their implications for network-centric infrastructures. *Revista IEEE Transactions on Systems, Man, & Cybernetics*, v. 40, p. 840, jul. 2010. Disponível em: <https://ieeexplore.ieee.org/document/5477188>. Acesso em: 8 dez. 2019.

O sistema jurídico trabalhista, por exemplo, aumentou em *escala* espacial, ampliou sua aplicação, adquiriu autonomia em relação a outros sistemas, passou a ter institutos, regras e princípios próprios, alcançando um novo *status* após ter tido outro *status* no sistema. Além disso, em qualquer escala, o pluralismo do Direito do Trabalho também permite ao sistema configurar combinações diferentes de fontes e normas para responder a diferentes desafios sociais e para reorganizar as combinações para se ajustar às mudanças do mercado de trabalho, o que evidencia uma ampla *modularidade*. O sistema tem feito as duas coisas há tempos, o que o induz a uma *capacidade de evoluir*.

Isso não quer dizer que a *resiliência da engenharia* não seja um componente útil de *design* para o Direito do Trabalho. Pode-se querer que alguns princípios fundamentais, como o princípio da proteção (que contempla as regras do *in dubio pro operario*, da condição mais benéfica e da norma mais favorável),<sup>117</sup> se atenha às condições de equilíbrio. Mesmo que se esperem alta variabilidade e pouca previsibilidade do tipo de estresse do sistema que potencialmente flui do princípio da proteção, pode-se querer valorizar tanto esse objetivo normativo que não haja disposição em tolerar uma gama de resultados produzidos sob um forte projeto de *resiliência ecológica*, especialmente para esse valor fundante do Direito Laboral.

Simplificando, algumas normas são tão importantes que não se quer que a “bola” possa se afastar do fundo do vaso. Isso ocorre, como regra, quando se trata de garantias constitucionais trabalhistas mínimas, âmbito em que claramente prevalece o modelo de *resiliência de engenharia*. Agora, não é fácil saber exatamente onde a bola repousa sobre o espectro entre *resiliência de engenharia extrema* e *resiliência ecológica extrema*.

Exemplificativamente: um debate persistente no âmbito do Direito do Trabalho costuma se dar entre a proteção do trabalho projetado a partir de princípios gerais fixos no modo de *resiliência de engenharia* e a flexibilidade das relações de trabalho envolvida em processos mais flexíveis no modo de *resiliência ecológica*.

De maneira geral, contudo, a teoria da resiliência, como já dito, prega que, em condições de alta variabilidade e baixa previsibilidade, tal como se dá no âmbito das relações de trabalho, deve-se apontar na direção das estratégias de *resiliência ecológica* como a regra de

---

<sup>117</sup> RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2000. p. 83-138.

*design* padrão do sistema, mesmo porque a *modularidade* que compõe esse tipo de resiliência encontra na pluralidade do Direito do Trabalho grande ressonância.

Isso não quer dizer que uma parte do *design* do sistema não possa seguir o modelo de uma *resiliência de engenharia* (como a que trate das garantias constitucionais mínimas).

### 3.2 Definição da capacidade adaptativa do sistema

Qualquer combinação específica de estratégias de resiliência enfrenta limites. Mesmo assim, pode-se dizer que um sistema se beneficiaria de um protocolo para identificar alterações iminentes das condições e para responder por estratégias de reequilíbrio de resiliência. A ideia de que um sistema pode detectar ameaças ao equilíbrio do sistema e responder alterando as estratégias de resiliência sem alterar os atributos fundamentais do sistema é conhecida como *capacidade adaptativa* do sistema.<sup>118</sup>

Voltando à heurística da bola e da bacia de atração, a capacidade adaptativa permite que a forma da bacia mude para alterar o equilíbrio entre estratégias de *resiliência de engenharia* e de *resiliência ecológica*. Uma bacia de vidro tem capacidade pouco adaptativa; uma bacia feita de massa de vidraceiro, por sua vez, tem muita capacidade adaptativa. A diversidade de componentes na formação da bacia de atração é essencial para que um sistema tenha uma maior capacidade adaptativa. Isso, aliás, parece ser evidente no Direito do Trabalho, que conta com um conjunto de fontes amplo, plural e diverso.

Como quer que seja, a capacidade adaptativa envolve, pois:

(i) tornar as bacias de atração desejáveis mais amplas e/ou mais profundas e reduzir bacias indesejáveis; (ii) criação de novas bacias desejáveis ou eliminação de bacias indesejáveis; e (iii) mudar o estado atual do sistema para avançar mais profundamente em uma bacia desejável ou mais perto da borda de uma indesejável.<sup>119</sup>

Essas mudanças gerais no sistema são realizadas “afastando-se ou aproximando-se o estado do sistema da corrente atual” (alterando a *latitude*), “movendo o estado atual do

<sup>118</sup> GUNDERSON, Lance H.; HOLLING, Crawford S. *Panarchy: understanding transformations in human and natural systems*. Estados Unidos da América: Island Press, 2002. p. 428.

<sup>119</sup> WALKER, Brian *et al.* A handful of heuristics and some propositions for understanding resilience in social-ecological systems. *Revista Ecology & Society*, n. 11, jun. 2016. Disponível em: <http://www.ecologyandsociety.org/vol11/iss1/art13/ES-2005-1530.pdf>. Acesso em: 5 dez. 2019.

sistema para longe ou mais próximo do limiar” (alterando a *precariedade ou suscetibilidade*), “tornando o limiar mais difícil ou mais fácil de alcançar” (alterando a *resistência*) e “gerenciar interações em escala cruzada para evitar a perda de resiliência nas escalas socialmente mais críticas e catastróficas” (alteração da *panarquia*).<sup>120</sup>

Vale ponderar que a resiliência não exige necessariamente altos níveis de capacidade de adaptação. Um sistema que se apoia fortemente no tipo de atributos de *resiliência de engenharia*, como *confiabilidade e eficiência*, pode se mostrar resiliente sem a adaptação precisamente porque é muito resistente à mudança. Da mesma forma, esse sistema, por sua rigidez, pode ser vulnerável a rupturas em larga escala se alguma falha interna ou perturbação externa vier a quebrar o muro de resistência.<sup>121</sup> A flexibilidade parece ser uma proteção útil contra essa possibilidade.

É claro que há um limite de quanto um sistema é capaz de se adaptar antes de deixar de ser o mesmo sistema. A capacidade adaptativa implica “a robustez do sistema para mudar a resiliência”,<sup>122</sup> significando que o objetivo da adaptação é manter intacta a identidade básica do sistema, mais do que propriamente proteger a resiliência dele.

Com efeito, um sistema que tenha um foco excessivamente forte na adaptabilidade pode, em algumas circunstâncias, até mesmo vir a minar a sua resiliência. A otimização do sistema para se adaptar a um conjunto específico de distúrbios pode potencialmente diminuir a resiliência a distúrbios conhecidos.<sup>123</sup>

Em apertada síntese: assim como acontece com as estratégias de resiliência, as estratégias de capacidade de adaptação têm vantagens e desvantagens.

---

<sup>120</sup> WALKER, Brian *et al.* A handful of heuristics and some propositions for understanding resilience in social-ecological systems. *Revista Ecology & Society*, n. 11, jun. 2016. Disponível em: <http://www.ecologyandsociety.org/vol11/iss1/art13/ES-2005-1530.pdf>. Acesso em: 5 dez. 2019.

<sup>121</sup> GUNDERSON, Lance H.; HOLLING, Crawford S. *Panarchy: understanding transformations in human and natural systems*. Estados Unidos da América: Island Press, 2002. p. 428.

<sup>122</sup> GUNDERSON, Lance H.; HOLLING, Crawford S. *Panarchy: understanding transformations in human and natural systems*, cit., p. 435.

<sup>123</sup> WALKER, Brian *et al.* A handful of heuristics and some propositions for understanding resilience in social-ecological systems. *Revista Ecology & Society*, n. 11, jun. 2016. Disponível em: <http://www.ecologyandsociety.org/vol11/iss1/art13/ES-2005-1530.pdf>. Acesso em: 5 dez. 2019.

### 3.3 Quando é adaptável um sistema jurídico?

Assim como a resiliência, a doutrina retrata frequentemente a capacidade adaptativa como uma qualidade positiva nos sistemas jurídicos,<sup>124</sup> mas raramente se expande sobre o que significa capacidade adaptativa para o Direito. A ideia de que capacidade adaptativa significa gerenciar a combinação de propriedades de resiliência – como confiabilidade, eficiência, escalabilidade, modularidade e capacidade de evoluir – não costuma ser abordada nos estudos sobre adaptação em sistemas jurídicos.

A integração dos princípios da teoria da resiliência exige que haja um comprometimento em gerenciar estratégias de resiliência de maneira contínua e flexível ao longo do tempo.

A lição clara da teoria da resiliência é no sentido de que, por um lado, quando a variabilidade é alta e a previsibilidade é baixa, as estratégias de *resiliência ecológica* (escalabilidade, modularidade e evolutividade) se sobressaem. Já as estratégias de *resiliência de engenharia* (confiabilidade e eficiência), por outro lado, podem ser mais úteis nos casos em que a variabilidade é baixa e as expectativas de condições futuras são praticamente certas.

A capacidade adaptativa consiste em permitir que o sistema se mova entre esses modelos à medida que os regimes mudam de variabilidade e previsibilidade – para permitir alterar a forma do recipiente do sistema. Tem-se, portanto, que a questão da adaptação do sistema jurídico está diretamente ligada à dinâmica de conciliar as chamadas “bacias de atração” da resiliência de engenharia com a da resiliência ecológica. Quanto mais dinâmico isso, maior a sua capacidade adaptativa.

Paralelamente a isso, a resiliência do sistema depende em muito da flexibilidade de fazer a “bacia de atração” ou, em outras palavras, da variedade de componentes que a formam, de modo que, em tese, quanto maior o número de fontes e, portanto, de camadas da bacia de atração, maior será a sua resiliência.

---

<sup>124</sup> ARTHURS, Harry W. National traditions in labor law scholarship: the Canadian case. *Revista Comparative Labor Law and Policy Journal*, v. 23, 2002. p. 666. Disponível em: [https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=1751&context=scholarly\\_works](https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=1751&context=scholarly_works). Acesso em: 8 dez. 2019.

## 4. PLURALISMO DO DIREITO DO TRABALHO

O Direito do Trabalho reflete e se baseia no pluralismo jurídico. É o ramo do Direito em que se vê maior amplitude para a pluralidade. Isso reforça a ideia de resiliência à medida que a formação da sua “bacia de atração” – como um facilitador da retomada do equilíbrio do sistema após alguma perturbação – é concebida por múltiplos elementos, por uma pluralidade e diversidade de fontes normativas. Antes, porém, de tratarmos como essa característica do pluralismo jurídico implica maior resiliência para o sistema, convém melhor traçar as diretrizes que norteiam o pluralismo do Direito do Trabalho.

### 4.1 Concepção de pluralismo jurídico

O pluralismo significa a livre atuação dos indivíduos e dos grupos componentes da sociedade civil na persecução dos interesses que lhe são próprios. Em uma síntese mais apertada, poderíamos dizer que o pluralismo jurídico corresponde à existência, no seio da sociedade civil, de centros autônomos de produção jurídica, entendendo-se que as normas deles oriundas têm a mesma natureza das emanadas pelo Estado, com a diferença de que as do último são dotadas de mais intensa positividade.<sup>125</sup>

O Estado pluralista democrático é o tipo de Estado cujo ordenamento jurídico resulta de um complexo de relações entre as partes e o todo e vice-versa, em um sistema unitário que atenda, ao mesmo tempo, ao que há de específico e próprio nos indivíduos e nas associações, assim como os valores reconhecidos de uma comunidade concreta.<sup>126</sup>

A democracia implica pluralidade de soluções políticas e jurídicas.

A família precedeu o Estado e tinha suas regras de conduta. Os órgãos que têm assembleias acabam estabelecendo normas que devem ser cumpridas pelos membros daquela coletividade. Nos contratos, as partes estabelecem regras de conduta. Não é, portanto, apenas o Estado que emite normas jurídicas.<sup>127</sup> O aspecto de maior relevância do pluralismo jurídico é, pois, a negação da exclusividade normativa do Estado. Coloca-se, assim, o pluralismo jurídico

<sup>125</sup> DEL VECCHIO, Giorgio. *Leçons de philosophie du droit*. Paris: Sirey, 1936. p. 297.

<sup>126</sup> REALE, Miguel. *Pluralismo e liberdade*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 232-233.

<sup>127</sup> MARTINS, Sergio Pinto. *O pluralismo do direito do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 59.

em contraposição frontal ao monismo jurídico, concepção segundo a qual goza o Estado do monopólio da produção jurídica.

O monismo, como se sabe, tornou-se a concepção dominante a partir da Revolução Francesa e está implícito no movimento desencadeado no início do século XIX em prol da codificação.<sup>128</sup> Sobre essa concepção monista, bem externou Jhering ao dizer:

O Estado é a única fonte do Direito. A autonomia exercida de fato por muitas associações ao lado do Estado não contradiz essa asserção. Essa autonomia encontra a sua base jurídica numa concessão expressa ou na tolerância tácita do Estado. Não existe por si mesma, deriva do Estado.<sup>129</sup>

O formidável crescimento dos grupos profissionais nos países industrializados, ocorrido no curso do século XX e a sua crescente influência na solução dos problemas políticos parecem desmentir essa tese monista. Mostram-se, assim, mais condizentes com a nossa realidade atual, as palavras de Del Vecchio, para quem:

A dependência de todos os órgãos sociais da organização jurídica do Estado se resolve frequentemente numa simples *fictio juris*, já que, na realidade, encontram-se organismos sociais que vivem *jure próprio*, não se vinculando ao Estado senão por liames externos, ou através de relações acentuadamente genéricas, que não afetam a sua estrutura e que não destroem conseqüentemente a autonomia de sua organização intrínseca.<sup>130</sup>

Sendo a sociedade civil composta de vários centros de poder, cada um deles desenvolve o seu sistema normativo, ressalvada a predominância do sistema estatal. Vale dizer, em outras palavras, que os grupos gozam de autonomia, enquanto o Estado detém a soberania.

Tal autonomia se define como poder de autorregrear os próprios interesses,<sup>131</sup> o qual, no que concerne aos grupos profissionais e econômicos, se exterioriza na celebração de convenções e de acordos coletivos de trabalho. Esses instrumentos normativos se concebem, assim, não mais como uma delegação do Poder Estatal, mas como autêntica manifestação do poder grupal, o qual não deve, a rigor, sofrer ingerências estatais.

<sup>128</sup> FASSÔ, Guido. *Histoire de la philosophie du droit*. Paris: LGDJ, 1974. p. 2.

<sup>129</sup> JHERING, Rudolf von. *A evolução do direito*. Lisboa: José Bastos, [s.d.]. p. 220-221.

<sup>130</sup> DEL VECCHIO, Giorgio. *Leçons de philosophie du droit*. Paris: Sirey, 1936. p. 294.

<sup>131</sup> SANTI ROMANO. *Fragmentos de un diccionario jurídico*. Buenos Aires: Ediciones Juridiques Europa-America, 1964. p. 37.

Do ponto de vista político, o que se realça é a existência de um sistema em que as decisões provêm da interação e da competição de uma multiplicidade de grupos representando interesses sociais diversos, cabendo ao Estado a função de mero árbitro na solução dos interesses conflitantes.<sup>132</sup>

À luz do pluralismo, a sociedade civil se concebe como um conjunto de entes individuais e coletivos, em permanente atividade.<sup>133</sup>

Há de se acentuar ainda que a quantidade de grupos participantes das decisões adotadas, no âmbito de cada sistema, é potencialmente ilimitada, o que quer dizer que os grupos são tantos quanto sejam os interesses justificativos de uma organização.<sup>134</sup>

É preciso registrar, finalmente, que, do ponto de vista negativo, o pluralismo significa a valorização do grupo profissional e econômico como instrumento vertical da limitação do poder estatal.<sup>135</sup>

O pluralismo pode ser tido como uma nova versão do liberalismo, dele se assemelhando pela liberdade outorgada aos protagonistas sociais, na realização dos seus interesses e, ainda, pelo tipo de vinculação do Estado aos programas sociais e econômicos, geralmente de caráter indutivo. Dele se distingue porque não antagoniza os corpos intermediários, reconhecendo-lhes, ao contrário, a autonomia, e, ainda, porque não se alheia dos problemas sociais e econômicos.

O pluralismo, com as apontadas feições, pode ser também denominado de “neoliberalismo” e tem sido a ideologia dominante no mundo ocidental desde o término da Segunda Grande Guerra Mundial. As Constituições que o acolhem dão prioridade aos mecanismos de autocomposição para a solução dos problemas sociais. Pode-se dizer que a negociação coletiva, a convenção coletiva, a greve, a conciliação, a mediação e a arbitragem voluntária se tornam as formas dominantes de exteriorização das relações trabalhistas.<sup>136</sup>

---

<sup>132</sup> MAGANO, Octavio Bueno. *Política do trabalho*. São Paulo: LTr, 2001. v. 4, p. 502-503.

<sup>133</sup> LOEWENTEIN, Karl. *Political power and the governmental process*. Chicago: The University of Chicago Press, 1965. p. 344.

<sup>134</sup> MAGANO, Octavio Bueno. *Política do trabalho*. São Paulo: LTr, 2001. v. 4, p. 503.

<sup>135</sup> LOEWENTEIN, Karl. *Political power and the governmental process*. Chicago: The University of Chicago Press, 1965. p. 344.

<sup>136</sup> MAGANO, Octavio Bueno. *Política do trabalho*, cit., p. 503.

No nosso sistema jurídico, a Constituição de 1988 prevê direta ou indiretamente o pluralismo. Determina o inciso V do art. 1º o pluralismo político como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Estabelece o art. 17 da Carta Magna o pluripartidarismo. É indicado o pluralismo cultural nos arts. 215 e 216 da Lei Maior, pois o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional.

O pluralismo no âmbito do ensino é estabelecido no art. 206 da Constituição, esclarecendo que “o ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: III – pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino”.

Esboça-se o pluralismo econômico pela livre iniciativa e livre concorrência, previstas no art. 170 da Carta Magna e em seu inciso IV. O pluralismo social seria uma forma de contrabalancear o poder do Estado,<sup>137</sup> pois a sociedade é composta de vários grupos, como a Igreja, as associações e os sindicatos.

O pluralismo jurídico, por sua vez, pode ser dividido de várias formas: a) proveniente do Poder legislativo, quando são elaboradas as leis; b) originado do Poder Judiciário, que corresponde à jurisdição; c) decorrente dos usos e costumes jurídicos, que indicam o poder social, do povo; d) negocial, derivado da autonomia da vontade das partes em estabelecer obrigações como no contrato de trabalho, nas convenções e acordos coletivos.<sup>138</sup>

No pluralismo, há vários grupos que representam interesses sociais diversos. O Estado acaba funcionando como mero árbitro e a ele incumbe harmonizar os conflitos. Pode-se dizer que são tantos os grupos quantos forem os interesses a serem defendidos pelas organizações.

Como já dito, tem o pluralismo uma feição democrática porque admite a existência de várias normas jurídicas que estabelecem regras de condutas.

---

<sup>137</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A reconstrução da democracia*. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 86-87.

<sup>138</sup> MARTINS, Sergio Pinto. *O pluralismo do direito do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 25.

Representa o pluralismo jurídico a descentralização do Direito, implicando a multiplicidade de sistemas e institutos jurídicos. Nele, o Estado admite ou tolera a existência de outros centros de produção de normas jurídicas. Reduzir o Direito à coerção seria colocar o fundamento de obrigatoriedade na força, que facilmente se deturparia no medo, na ameaça e no terror.<sup>139</sup>

O pluralismo combate a concentração de todo o poder em torno do Estado. Constitui, na verdade, o pluralismo uma garantia do indivíduo e dos grupos contra o superpoder do Estado.

A premissa central do pluralismo jurídico é a de que as normas jurídicas não são apenas promulgadas pelo Estado, mas que também surgem em todos os campos sociais, em todos os locais de contínua interação econômica, sendo o Direito do Trabalho um dos nichos em que isso sabidamente tem maior manifestação. Em abono disso, vale transcrever aqui as palavras da professora Carla Teresa Martins Romar que, com muita propriedade, assinala:

O plurinormativismo jurídico evidencia-se de forma muito clara no âmbito do Direito do Trabalho, no qual as chamadas normas coletivas (acordos e convenções coletivos de trabalho) constituem uma realidade concreta que, estabelecendo regras, condutas e direitos diferentes e além dos previstos em lei, conferem dinamicidade às relações entre trabalhadores e empregadores.<sup>140</sup>

Com efeito, a origem do pluralismo do Direito do Trabalho está no poder dos grupos em se autodeterminarem, estabelecendo normas próprias.<sup>141</sup> No Direito do Trabalho, há a convivência entre normas oriundas do Estado e as elaboradas pelas partes, formando um complexo normativo que, como se verá mais adiante, tem um papel importante na sua resiliência.

No Brasil, há a regulamentação das condições de trabalho por meio da lei, como também o há pela negociação coletiva e até mesmo pelas disposições contratuais. Nosso modelo é, portanto, misto, mesclando os modelos legislado e negociado. Por isso, Sergio Pinto Martins assevera:

---

<sup>139</sup> MONCADA, Cabral de. *Filosofia do direito e do estado*. Coimbra: Coimbra Editora, 1965. v. 2, p. 126.

<sup>140</sup> ROMAR, Carla Teresa Martins. *Direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 66.

<sup>141</sup> MARTINS, Sergio Pinto. *O pluralismo do direito do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 69.

No sistema brasileiro, há a prevalência do modelo misto, em que a maioria das regras é legislada; nelas são estabelecidas normas de ordem pública, que permitem a existência de outras normas, como o contrato de trabalho, o regulamento da empresa e as normas coletivas.<sup>142</sup>

São fontes estatais de produção do Direito do Trabalho: as Constituições, leis, decretos e regulamentos (atos administrativos), sentenças normativas e a jurisprudência. Os tratados internacionais, as declarações de direitos e outras normas internacionais são fontes internacionais de produção do Direito do Trabalho. São fontes negociais: o contrato de trabalho, o regulamento da empresa (quando bilateral), as convenções e os acordos coletivos de trabalho. Há ainda os usos e costumes, os princípios gerais, a equidade, além da questão da doutrina como fonte do Direito. A seguir, será examinada essa pluralidade e diversidade de fontes normativas, com as suas respectivas peculiaridades.

#### **4.2 Pluralidade de fontes do Direito do Trabalho**

No Direito do Trabalho, em que o pluralismo jurídico é uma realidade, a pluralidade de fontes normativas é, pois, uma característica marcante. E essa diversidade de fontes é que permite que a já referida “bacia de atração” tenha uma formação e uma composição que favorecem a capacidade adaptativa e a resiliência deste ramo do Direito.

Exprimindo a *communis opinio doctorum*, Evaristo de Moraes Filho acentua que as fontes formais do Direito podem ser heterônimas ou autônomas.<sup>143</sup>

Fontes heterônimas são as que vêm de fora da vontade das partes e são emanadas do Estado. Exemplos: as Constituições, as leis, os decretos (regulamentos), as sentenças normativas e a jurisprudência. Fontes autônomas são oriundas das próprias partes, como o contrato de trabalho, o regulamento de empresa, a convenção coletiva, o acordo coletivo e o costume. As fontes, sejam as heterônimas, sejam as autônomas, sejam ainda as que não se enquadram nesse tipo de divisão, se definem como expressões visíveis do Direito, como modos pelos quais ele se revela.<sup>144</sup>

<sup>142</sup> MARTINS, Sergio Pinto. *O pluralismo do direito do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 25.

<sup>143</sup> MORAES FILHO, Evaristo de. *Introdução ao direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2000. p. 153.

<sup>144</sup> MAGANO, Octavio Bueno. *Primeiras lições de direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: RT, 2003. p. 12.

Essa deve ser a premissa maior para se considerar determinados elementos do sistema como fonte ou não do Direito e essa será a nossa diretriz para traçar a seguir todas as fontes que reputamos compor a “bacia de atração” do Direito do Trabalho. Mas vale aqui uma observação: o rol adotado não corresponde às indicações constantes do art. 8º, da CLT porque a disparidade se explica diante de uma concepção sistêmica e autopoietica do Direito contemporâneo, já tratada no nosso primeiro capítulo.

#### ***4.2.1 Normas constitucionais***

As *Constituições* foram uma conquista do povo contra o arbítrio do poder estatal, que tudo determinava. Em um Estado de Direito, a Constituição é o impedimento ao avanço do Estado sobre o cidadão, que tem seus direitos fundamentais inseridos na Lei Maior e que devem ser observados e respeitados pelo Estado.

É uma garantia do cidadão e de toda a sociedade contra abusos praticados pelo Estado.<sup>145</sup> Pertinente, assim, a lição de Paulo Bonavides de que “as Constituições existem para o homem e não para o Estado; para a sociedade e não para o poder”.<sup>146</sup>

A primeira geração dos direitos constitucionais pretende valorizar o homem, assegurando liberdades e direitos individuais; um exemplo estaria na Constituição dos Estados Unidos da América.

A segunda geração dos direitos constitucionais chama-se “constitucionalismo social”. São inseridas nas Constituições regras trabalhistas, econômicas, previdenciárias, sociais e culturais. Essa fase é inaugurada em 1917 com a Constituição do México. Desse momento em diante, as Constituições passam a tratar do tema trabalhista.

A terceira geração de direitos constitucionais é denominada de “direitos difusos”, tratando, por exemplo, de direitos relativos ao meio ambiente, ao patrimônio comum da humanidade, à comunicação, à paz.

---

<sup>145</sup> MARTINS, Sergio Pinto. *O pluralismo do direito do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 77.

<sup>146</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 271.

Como regra, a Constituição é a principal fonte do Direito, mormente nos sistemas jurídicos em que a Constituição Federal é escrita e rígida, como é o caso do Brasil. E o é também, por óbvio, para o Direito do Trabalho.

Em nosso país, o Direito do Trabalho passou a ser previsto constitucionalmente com a Constituição de 1934 e, a partir de então, integrou o texto de todas as Constituições posteriores, o que certamente o reveste de maior garantia e o coloca em um plano institucional mais elevado em relação às leis ordinárias.<sup>147</sup>

Sua importância é, portanto, solenemente afirmada. Assegura-se, inclusive, maior estabilidade no que toca às garantias mínimas constitucionais diante dos obstáculos criados ao processo de revisão constitucional.

Atualmente, a Constituição Federal de 1988 inscreve um grande número de disposições trabalhistas em seu texto, abrangendo normas de Direito Individual, de Direito Tutelar, de Direito Coletivo e de Direito Processual do Trabalho, consubstanciando-se, sem dúvida alguma, na mais importante fonte do Direito do Trabalho, mormente porque nela se encontram os contornos básicos e essenciais dos direitos e garantias dos trabalhadores, com os quais todas as demais fontes normativas devem estar em conformidade e harmonia.

Segundo a Constituição, os instrumentos normativos alusivos às relações de trabalho devem objetivar a prevalência dos valores sociais do trabalho (art. 1º, inciso IV). E o respeito à dignidade do trabalhador constitui um dos direitos supraestatais inerentes ao ser humano (art. 1º, inciso III), cuja observância independe da vigência de leis nacionais ou de tratados internacionais.<sup>148</sup>

Há também referências à “valorização do trabalho humano”; à “justiça social”; à “função social da propriedade”; e à “busca do pleno emprego” (art. 170, *caput* e incisos II e VIII), valores dos quais as normativas trabalhistas não podem se distanciar.

---

<sup>147</sup> ROMAR, Carla Teresa Martins. *Direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 67.

<sup>148</sup> SÜSSEKIND, Arnaldo *et al.* *Instituições de direito do trabalho*. 2. ed. atualizado por Arnaldo Süssekind e João de Lima Teixeira Filho. São Paulo: LTr, 2005. v. 1, p. 143.

### 4.2.2 Normas legais

Lei, no sentido material, é toda regra de Direito Geral, abstrata e permanente, tornada obrigatória pela vontade da autoridade competente para produzir direito e expressa em uma fórmula escrita.<sup>149</sup> Em sentido estrito, a lei é norma jurídica emanada do Poder Legislativo, sancionada e promulgada pelo Presidente da República.<sup>150</sup> Enquadram-se no conceito genérico de lei como fonte do Direito do Trabalho tanto as leis complementares e as leis ordinárias como as leis delegadas (CF, art. 68) e as medidas provisórias (CF, art. 62).

No Brasil, as leis sobre Direito do Trabalho são abundantes, sendo que a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT e as diversas leis esparsas formam o conjunto de leis consideradas como fontes do Direito do Trabalho,<sup>151</sup> admitindo-se, ainda, o Direito comum como fonte subsidiária e subsidiária do Direito do Trabalho.<sup>152</sup>

### 4.2.3 Decretos e regulamentos

Os decretos e regulamentos, como atos do Poder Executivo, têm por função integrar a lei, “constituindo um desenvolvimento, uma especificação do pensamento legislativo”.<sup>153</sup> Eles somente obrigam enquanto não firam a lei a que estão ligados (CF, art. 84, IV).

Trata-se de poder regulamentar, no exercício do qual a Administração Pública estabelece normas jurídicas que, em sentido material, revestem-se de características de lei. Assim, os regulamentos relativos à legislação trabalhista são fontes formais do Direito do Trabalho.<sup>154</sup>

Outros atos da administração pública, como portarias, instruções normativas, circulares, avisos e decisões ministeriais não constituem, em regra, fontes formais do Direito, tendo em vista que obrigam apenas os funcionários a que se dirigem. No entanto, como bem assevera a professora Carla Teresa Martins Romar, “é possível que tais diplomas assumam

<sup>149</sup> BRETHER DE LA GRESSAYE e LABORDE-LACOSTE. Introduction générale à l'étude du droit. 1947. p. 197 *apud* SÜSSEKIND, Arnaldo *et al.* *Instituições de direito do trabalho*. 2. ed. atualizado por Arnaldo Süssekind e João de Lima Teixeira Filho. São Paulo: LTr, 2005. v. 1, p. 154.

<sup>150</sup> LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Freitas Lopes, 1953. v. 1, p. 60-61.

<sup>151</sup> ROMAR, Carla Teresa Martins. *Direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 68.

<sup>152</sup> Art. 8º, § 1º, da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT.

<sup>153</sup> LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Freitas Lopes, 1953. v. 1, p. 72.

<sup>154</sup> ROMAR, Carla Teresa Martins. *Direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 68.

caráter normativo, criando direitos e obrigações no âmbito trabalhista, como ocorre, por exemplo, em relação às questões de segurança e medicina do trabalho”.<sup>155</sup>

#### **4.2.4 Normas internacionais**

A pluralidade de normas jurídicas também é verificada com base na pluralidade de Estados, de Nações. Eles estabelecem entre si normas. Muitos Estados fazem parte de determinadas organizações internacionais, em que são estabelecidas normas.

As normas internacionais têm incidência sobre o ordenamento interno de um país. Normalmente, para que uma norma internacional ingresse e tenha vigência no Estado, é preciso que ela seja por ele ratificada. É o que acontece, por exemplo, com o Brasil.

Os tratados internacionais que tratem de matéria trabalhista e as convenções da Organização Internacional do Trabalho – OIT constituem fontes do Direito do Trabalho.<sup>156</sup> Tanto os tratados como as convenções são, pois, fontes do Direito do Trabalho, mas dependem de ratificação para que passem a integrar o ordenamento de cada país. Com a ratificação, perde-se relevância a distinção entre fontes internas e fontes de origem internacional, já que se tornam normas jurídicas internas.<sup>157</sup>

#### **4.2.5 Sentença normativa**

A sentença normativa, não obstante seja uma fonte estatal de produção de Direito, cria condições de trabalho, quando do julgamento dos dissídios coletivos.<sup>158</sup>

Esclarece Oliveira Viana que a sentença normativa é uma fonte de Direito peculiar ao Direito do Trabalho.<sup>159</sup> Trata-se de fonte porque se apresenta como uma das formas de exteriorização da disciplina em causa.

<sup>155</sup> ROMAR, Carla Teresa Martins. *Direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 68.

<sup>156</sup> Nesse sentido, vide BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 25; DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 156.

<sup>157</sup> ROMAR, Carla Teresa Martins. *Direito do trabalh*, cit., p. 74.

<sup>158</sup> MARTINS, Sergio Pinto. *O pluralismo do direito do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 99.

<sup>159</sup> VIANA, Oliveira. *Problemas de direito corporativo*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1938. p. 101.

Tem a sentença normativa natureza de ato jurisdicional, pois somente é determinada quando há provocação dos Tribunais Trabalhistas para dirimir a relação coletiva em um processo de dissídio coletivo. Não se trata de ato legislativo, pois esse é emanado do Poder Legislativo, mediante sistema próprio para esse fim.

Na sentença normativa são criadas, modificadas e extintas condições de trabalho. As regras nela estabelecidas passam a ter incidência sobre os contratos de trabalho dos empregados que foram representados pelos sindicatos de trabalhadores. Importa, portanto, o estabelecimento de normas que aderem ao contrato de trabalho. Pode também a sentença normativa ter conteúdo declaratório, de indicar a existência ou inexistência de uma relação jurídica ou a interpretação de determinada norma.

As condições de trabalho criadas pela sentença normativa valem, geralmente, para a categoria, mas podem dizer respeito a uma ou mais empresas, como nos dissídios coletivos de greve, em que são partes o sindicato dos trabalhadores e uma determinada empresa. Enfim, um dos caminhos para se conhecerem as condições de trabalho, próprias de determinadas categorias profissionais ou mesmo de determinadas empresas, é o da consulta às sentenças normativas.

#### **4.2.6 Jurisprudência**

A jurisprudência é a *auctoritas rerum similiter judicatorum*, ou seja, a autoridade das coisas decididas de modo semelhante.<sup>160</sup> Na área trabalhista, o melhor exemplo da força criadora da jurisprudência encontra-se na chamada estabilidade provisória, que já era assegurada ao dirigente sindical, mesmo antes de sua transposição para a lei.<sup>161</sup>

Para Maurício Godinho Delgado é inegável o papel de criação do Direito que têm as interpretações dos tribunais acerca da ordem jurídica. Segundo o referido autor, “no âmbito justrabalhista, o simples exame de certas súmulas de jurisprudência uniforme do Tribunal Superior do Trabalho demonstra a clara qualidade de comando geral, impessoal e abstrato de que se revestem tais súmulas”.<sup>162</sup>

<sup>160</sup> MAGANO, Octavio Bueno. *Primeiras lições de direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: RT, 2003. p. 13.

<sup>161</sup> Vide Súmula 197 do STF.

<sup>162</sup> DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 158.

Tal entendimento sempre foi corroborado pelo fato de o Direito do Trabalho apresentar uma abundância de decisões jurisprudenciais cristalizadas por meio de Súmulas, Orientações Jurisprudenciais e Precedentes Normativos do Tribunal Superior do Trabalho, que sempre tiveram um papel importante para o entendimento da estrutura e da dinâmica deste ramo do Direito. Ainda que o papel de criador do Direito pela jurisprudência trabalhista tenha sido mitigado pela Lei n. 13.467/2017,<sup>163</sup> não se pode negar, à guisa de conclusão, que ela constitui uma das mais importantes formas de exteriorização do Direito do Trabalho.

#### **4.2.7 Sentença arbitral**

Sentença arbitral é a decisão tomada por um árbitro escolhido pelas partes para a solução de um conflito de interesse entre elas.

No âmbito trabalhista, em decorrência do previsto no § 1º do art. 114 da Constituição Federal, que indicou a arbitragem como uma das formas de solução dos conflitos coletivos do trabalho, o laudo arbitral poder ser definido como a decisão de caráter normativo tomado por alguém escolhido por sindicatos e por empresas para a solução de um conflito coletivo.<sup>164</sup>

A sentença arbitral, sob o enfoque coletivo, é fonte do Direito do Trabalho à medida que, ao decidir o conflito coletivo, o árbitro estabelece, de forma geral, impessoal e abstrata, normas e condições que regularão as relações entre as partes envolvidas.

#### **4.2.8 Convenções e acordos coletivos**

O que foi dito em relação à Sentença Normativa se aplica, *mutatis mutandis*, ao acordo coletivo e à convenção coletiva de trabalho, instrumentos normativos que se revelam como um misto de contrato e de lei. Temos aqui um ato-regra: fonte do Direito, pois.<sup>165</sup>

<sup>163</sup> A Lei n. 13.467/2017 incluiu o § 2º do art. 8º da CLT, prevendo que “Súmulas e outros enunciados de jurisprudência editadas pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelos Tribunais Regionais do Trabalho não poderão restringir direitos legalmente previstos e nem criar obrigações que não estejam previstas em lei”.

<sup>164</sup> ROMAR, Carla Teresa Martins. *Direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 70.

<sup>165</sup> SÜSSEKIND, Arnaldo *et al.* *Instituições de direito do trabalho*. 2. ed. atualizado por Arnaldo Süssekind e João de Lima Teixeira Filho. São Paulo: LTr, 2005. v. 1, p. 157.

Os mais legítimos, digamos assim, os que melhor atendem às exigências das relações de trabalho, os que melhor traduzem o sentido deste Direito, que deslocou o centro do mundo jurídico do individual para o coletivo.

São a convenção e o acordo coletivos de trabalho instrumentos de produção das normas jurídicas pelos próprios destinatários. No caso da convenção, de maior amplitude porque alcança toda uma categoria. No caso do acordo, de aplicação mais restrita, abrangendo apenas uma ou mais empresas, e não toda a categoria.

Tais instrumentos normativos são expressamente reconhecidos e prestigiados pela Constituição (art. 7º, inciso XXVI) e pela Lei n. 13.467/2017 (art. 611, da CLT).

Constituem eles a própria expressão da autonomia privada coletiva, da autonomia dos chamados corpos intermediários da sociedade civil.<sup>166</sup> São, portanto, fontes do Direito do Trabalho das mais relevantes porque se impõem, de forma obrigatória, aos membros das categorias e das empresas a que se referem.

Mais do que isso: a Lei n. 13.467/2017 acrescentou o art. 611-A à Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, prevendo a prevalência dos instrumentos coletivos sobre a própria lei, indicando um rol exemplificativo de temas e questões a respeito dos quais referidas normas coletivas podem dispor com esse efeito de prevalência à lei.<sup>167</sup>

#### **4.2.9 Usos e costumes**

Costume é a regra de conduta criada espontaneamente pela consciência comum do povo, que a observa por modo constante e uniforme e sem a convicção de corresponder a uma necessidade jurídica.<sup>168</sup>

Américo Plá Rodríguez afirma que, no âmbito do Direito do Trabalho, o uso e o costume não se distinguem. Para ele, basta o uso para ser obrigatório. Assevera o mestre que “no direito do trabalho desaparece esse segundo elemento de natureza psicológica, razão pela

<sup>166</sup> MAGANO, Octavio Bueno. *Primeiras lições de direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: RT, 2003. p. 15.

<sup>167</sup> ROMAR, Carla Teresa Martins. *Direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 71-72.

<sup>168</sup> RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. São Paulo: Max Limonad, 1952. v. 2, p. 287.

qual ambas as fontes (usos e costumes) se equiparam: daí concluir que toda prática repetida e contínua gera a obrigação de não se afastar dela, reduzindo os benefícios que, para o trabalho, resultam de sua aplicação”.<sup>169</sup>

No Direito do Trabalho, no exercício de uma profissão, verificam-se muitas práticas, que são antigas e que acabam sendo observadas posteriormente pela própria lei, como ocorreu no trabalho rural e no marítimo.

Vários são os exemplos de costumes que posteriormente foram incorporados pela legislação: o descanso semanal remunerado que advém da prática de cultuar a Deus no sétimo dia da semana; a gorjeta, como prática de pagamento em determinadas categorias; a própria greve, que surge da prática de certos trabalhadores franceses, que tinham o costume de se reunir na “Place de Gréve” quando procuravam empregos e, depois, quando paralisavam o trabalho, conservaram o costume de se reunir no mesmo local, daí o uso da palavra *greve* para designar o fato social.<sup>170</sup>

Os costumes comportam três modalidades: *secundum legem*, *praeter legem* e *contra legem*. *Secundum legem* é o costume que a lei manda observar; *praeter legem* é o supletivo das lacunas da legislação; *contra legem* é o que se atrita com disposição legal. Nos países da Common Law, o Direito costumeiro obriga quando os precedentes judiciais o consagram, como ocorre na Inglaterra. Os precedentes judiciais são utilizados para casos semelhantes que serão julgados.<sup>171</sup>

Aqui no Brasil, a importância do costume, no campo do Direito do Trabalho, como já dito, muito se realça na parte relativa à disciplina e à dinâmica das profissões. É uma fonte muito corriqueiramente alegada em reclamações trabalhistas nas quais se questiona a mudança de uma prática patronal mais benéfica para uma menos benéfica, não necessariamente documentada no contrato de trabalho.

---

<sup>169</sup> RODRIGUEZ, Américo Plá. *Curso de derecho laboral*. 2. ed. Montevideo: Acali, 1979. t. 1, v. 1, p. 172.

<sup>170</sup> MARTINS, Sergio Pinto. *O pluralismo do direito do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 106.

<sup>171</sup> MARTINS, Sergio Pinto. *O pluralismo do direito do trabalho*, cit., p. 108.

#### 4.2.10 Regulamento interno da empresa

Define-se o regulamento da empresa como o conjunto sistemático de normas, disciplinando condições de trabalho ou procedimentos técnicos, aplicáveis no âmbito da empresa. A sua inclusão como fonte se impõe porque corresponde a uma das formas mais frequentes de exteriorização de condições de trabalho, onde são reguladas as condições concretas de trabalho existentes no dia a dia da empresa.

Isso vale mesmo que o regulamento seja imposto pelo empregador, tal como normalmente acontece no Brasil, pois nele são fixadas condições de trabalho, que estabelecem direitos e obrigações para empregados e empregadores.<sup>172</sup> Evaristo de Moraes Filho ensina que, “pelo fato de serem estabelecidas condições de trabalho no regulamento, este vem a ser uma fonte normativa do Direito do Trabalho, pois suas cláusulas aderem ao contrato de trabalho”.<sup>173</sup>

#### 4.2.11 Disposições contratuais

Encontram-se as disposições contratuais expressamente arroladas como fontes do Direito do Trabalho, no art. 8º, da CLT. A menção ali é a disposições contratuais que criam direitos e obrigações para empregados e empregadores.

Com efeito, nos contratos de trabalho são estabelecidas regras diversas das previstas na legislação, na maior parte das vezes para melhorar as condições de trabalho. Mas, com o advento da Lei n. 13.467/2017, no caso de trabalhador hipersuficiente,<sup>174</sup> o ordenamento passou a admitir, inclusive, a possibilidade de se estabelecerem condições menos favoráveis, com a mesma eficácia dada aos instrumentos coletivos.

Embora as partes sejam livres para contratar, segundo o *caput* do art. 444 da CLT, devem observar as normas de ordem pública descritas no ordenamento jurídico, como as normas de proteção ao trabalho, que ficam fora da autonomia da vontade dos envolvidos. São

<sup>172</sup> MARTINS, Sergio Pinto. *O pluralismo do direito do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 93.

<sup>173</sup> MORAES FILHO, Evaristo de. *Introdução ao direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2000. p. 157.

<sup>174</sup> Expressão sabidamente utilizada para designar o empregado que seja 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. 444, parágrafo único, parte final, da CLT).

normas de proteção ao trabalho, por exemplo, as relativas ao trabalho do menor, da mulher, segurança e medicina do trabalho.

O Estado, nesse caso, limita a autonomia da vontade das partes, estipulando regras mínimas e obrigatórias em matéria trabalhista, passando a integrar o contrato de trabalho. A elaboração do contrato de trabalho tanto poderá ser expressa, oral ou escrita, como tácita (art. 443 da CLT). Independentemente da forma, pois, será ele fonte do Direito.

#### ***4.2.12 Princípios universais do direito do trabalho***

Desde logo convém frisar nossa posição de que os princípios gerais do Direito, entre os quais se incluem os princípios universais do Direito do Trabalho, não têm caráter meramente supletivo como podem sugerir o disposto no art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e no art. 8º da CLT.

Quando muito, a redação desses dispositivos deve ser interpretada de forma restritiva, no sentido de que, em caso de omissão, é possível se valer dos princípios para efeito de integração do sistema. Mas não se pode admitir que eles só sirvam para esse fim. Absolutamente, isso não é factível. Não há no ordenamento nenhuma proibição à utilização dos princípios em outras circunstâncias. Nem mesmo poderia.

Aliás, a aceção, digamos, arcaica dos princípios como mera fonte subsidiária, se um dia foi adequada, não mais subsiste a uma concepção moderna, sistêmica e autopoietica do Direito contemporâneo. Miguel Reale, já em 1973, apontava a obsolescência daquela aceção restritiva:

Ora, o apelo à analogia não impede que recorramos, concomitantemente, aos costumes e aos princípios gerais, mesmo porque todo raciocínio analógico pressupõe a apontada correspondência entre duas modalidades do real postas em confronto (*analogia entis*) e conduz naturalmente ao plano dos princípios. Quando mais não seja estes reforçam as aduzidas razões de similitude e dão objetividade à sempre delicada aplicação do processo analógico.<sup>175</sup>

---

<sup>175</sup> REALE, Miguel. *Lições preliminares do direito*. São Paulo: Bushatsky, 1973. p. 311.

Para Alonso Olea, o princípio geral de Direito é mais do que uma fonte supletiva para ser aplicada na omissão ou imprecisão da lei ou do costume; é, na verdade, um critério geral de ordenação, que inspira todo o sistema, com múltiplos efeitos.<sup>176</sup>

Américo Plá Rodriguez – autor de clássica e célebre obra sobre o tema no âmbito do Direito do Trabalho – define os princípios como

linhas diretrizes que informam algumas normas e inspiram direta ou indiretamente uma série de soluções, pelo que podem servir para promover e embasar a aprovação de novas normas, orientar a interpretação das existentes e resolver caso não previstos.<sup>177</sup>

Para o emérito professor Amauri Mascaro Nascimento, os princípios, segundo a concepção jusnaturalista, são metajurídicos, situam-se acima do Direito Positivo, sobre o qual exercem uma função corretiva e prioritária, de modo que prevalecem sobre as leis que os contrariam, expressando valores que não podem ser contrariados pelas leis positivas, uma vez que são regras de Direito Natural.<sup>178</sup>

Os princípios universais do Direito do Trabalho são, na verdade, valores que o direito reconhece como ideias fundantes do ordenamento jurídico, dos quais as regras jurídicas não devem afastar-se para que possam cumprir adequadamente os seus fins. E como valores, em uma concepção tridimensionalista, fazem parte do Direito, não podendo dele se separarem.

Mais do que isso. Vale aqui a lição do professor Celso Antonio Bandeira de Mello, para quem os princípios constituem

mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que irradia sobre as diferentes normas, compondo-lhe o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmonioso.<sup>179</sup>

<sup>176</sup> ALONSO OLEA, Manuel. *Introducción al derecho del trabajo*. 3. ed. Madri: Revista del Derecho Privado, 1974. p. 295.

<sup>177</sup> RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2000. p. 17.

<sup>178</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 381.

<sup>179</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Elementos de direito administrativo*. São Paulo: RT, 1980. p. 20.

Conclui-se, entretanto, que os princípios do Direito do Trabalho não apenas subsidiam a legislação trabalhista, mas, antes disso, conferem-lhe o espírito, dimensionando o seu sentido e o seu alcance, diante da sua função também hermenêutica.

Eis aqui, aliás, uma das maiores contribuições da teoria dos sistemas à ciência do Direito: reconhecer nos princípios e valores imanescentes ao ordenamento o seu papel estruturante, conformador de sentido, sem o qual o Direito objetivo não seria um sistema aberto de regras e princípios, mas um conjunto acríptico de normas positivas mais ou menos coerentes entre si.<sup>180</sup>

Os princípios universais do Direito do Trabalho têm dimensão não só normativa, mas também política, histórica e sociológica, sendo, como bem já mencionado, uma fonte metajurídica e que irradia sobre todo o sistema.

#### **4.2.13 Equidade**

A regra de Direito, como já dissemos, é geral, impessoal e abstrata. O juiz é o intermediário entre a lei e a vida, e o “pecado original” da lei, na expressão feliz de Lopes da Costa, é o de ser uma regra geral a aplicar-se a casos particulares.<sup>181</sup>

A equidade é, segundo Carnelutti, a justiça do juiz, em contraposição à lei, justiça do legislador.<sup>182</sup> Historicamente, como ensina Henri de Page, a função da equidade consistiu em abrandar e complementar o Direito estrito.<sup>183</sup>

O Direito progrediu. Muitas das soluções ditadas, antes, pela equidade foram absorvidas pelo próprio Direito e passaram a ser “legais”. Daí porque a sua função histórica perdeu, em parte, importância.

<sup>180</sup> FELICIANO, Guilherme Guimarães. Dos princípios do direito do trabalho no mundo contemporâneo. *Revista do TRT 15ª Região*. p. 91. Disponível em: [https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/106056/2005\\_feliciano\\_guilherme\\_principios\\_direito.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/106056/2005_feliciano_guilherme_principios_direito.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em: 4 jan. 2020.

<sup>181</sup> LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *Direito processual civil brasileiro*. Rio de Janeiro: J. Konfino, 1945. v. 3, p. 2.

<sup>182</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de derecho procesal civil*. Tradução de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Uteha Argentina, 1944. p. 159.

<sup>183</sup> PAGE, Henri de. *Traité élémentaire de droit civil belge*. Bruxelles: E. Bruylant, 1948. p. 25.

Mas Henri de Page acentua que, se a função própria da equidade foi atenuada pelo progresso do Direito, isso não quer dizer que seu “espírito” não se encontre no Direito contemporâneo. E conclui: “O direito deve ser, ainda hoje, aplicado humanamente, com bom senso, e na justa medida”.<sup>184</sup>

A propósito disso, vale pontuar que a teoria do abuso dos direitos, por exemplo, é uma das manifestações mais notáveis do princípio da equidade em nossa época.<sup>185</sup> No âmbito do Direito do Trabalho, a aceitação da equidade como fonte é afirmada pela doutrina que, com fundamento no art. 8º da CLT, considera-a como fonte normativa subsidiária a ser invocada em caso de lacuna.

No entanto, a CLT, em duas oportunidades, trata a equidade como fonte do Direito do Trabalho em sentido próprio. Primeiro, no rito sumaríssimo, quando autoriza o juiz a adotar em cada caso a decisão que reputar mais equânime, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum (§ 1º, art. 852-I). Segundo, quando permite nos dissídios coletivos que a Justiça do Trabalho profira sentença normativa baseadas em condições concretas vivenciadas pelas categorias em conflito, ajustando a lei à realidade fática (art. 766 da CLT).<sup>186</sup>

#### **4.2.14 Doutrina**

Dá-se o nome de doutrina aos estudos de caráter científico, realizados pelos juristas sobre o Direito, seja com o propósito puramente teórico de sistematização de seus preceitos, seja com a finalidade de os interpretar e assinalar as regras de sua aplicação.<sup>187</sup> Por ser a doutrina destituída de força obrigatória, muitos juristas negam-lhe valor como fonte.<sup>188</sup> Mas a questão, como adverte Cueto Rua, não é saber se os juízes estão obrigados a seguir a doutrina e sim a de apurar se efetivamente a observam.<sup>189</sup> E, não havendo dúvida de que o fazem, daí forçoso

<sup>184</sup> PAGE, Henri de. *Traité élémentaire de droit civil belge*. Bruxelles: E. Bruylant, 1948. p. 25-26.

<sup>185</sup> SÜSSEKIND, Arnaldo *et al.* *Instituições de direito do trabalho*. 2. ed. atualizado por Arnaldo Süssekind e João de Lima Teixeira Filho. São Paulo: LTr, 2005. v. 1, p. 164.

<sup>186</sup> ROMAR, Carla Teresa Martins. *Direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 75.

<sup>187</sup> GARCIA MAYNES, Eduardo. *Introducción al estudio del derecho*. México: Porrúa, 1974. p. 76.

<sup>188</sup> Idem. Miguel Reale também recusa à doutrina a condição de fonte, adotando tal posição porque “ela não se desenvolve numa estrutura de poder”. Todavia, reconhece que nem por isso ela deixa de ser uma das molas propulsoras, e a mais racional das forças diretoras do ordenamento jurídico” (*Lições preliminares do direito*. São Paulo: Bushatsky, 1973).

<sup>189</sup> CUETO RUA, Julio. *Fuentes del derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1961. p. 204.

concluir que a doutrina se constitui em um valioso critério de objetividade através do qual o Direito se exterioriza e se aplica.<sup>190</sup>

Um bom exemplo para assinalar a importância da doutrina é dado por Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho quando

na construção pretoriana, anteriormente à Constituição Federal de 1988, da reparabilidade do dano moral, negada frontalmente no início pelo Supremo Tribunal Federal, mas admitida, posteriormente, sem que houvesse qualquer modificação legislativa genérica, em face da evolução dos estudos sobre responsabilidade civil.<sup>191</sup>

A doutrina mantém-se sempre atual. Ela segue o curso do tempo. Não fica estática como a letra das leis. Ela traz ideias novas pois está sempre em mutação. Ela organiza melhor o Direito, para que com isso possa haver melhor entendimento dele.<sup>192</sup>

Enfim, a doutrina desenvolve um papel crítico frente às normas, o que é essencial para se ter uma visão mais clara da norma no momento da sua aplicação, sendo, assim, um instrumento de revelação do Direito.

### **4.3 Autonomia do direito do trabalho em relação às normas, processos e institutos do sistema jurídico**

Uma das razões para a existência de um pluralismo do Direito do Trabalho está centrada na autonomia desse ramo do Direito em relação a outros ramos. Essa autonomia se dá tanto no que toca às normas, como em relação aos procedimentos e ainda no que concerne aos institutos jurídicos.

Quais são, então, os elementos que caracterizam a autonomia de uma disciplina jurídica, como é o caso do Direito do Trabalho?

<sup>190</sup> MACHADO NETO, Antonio Luiz. *Teoria geral do direito*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1966. p. 229-230.

<sup>191</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. Parte geral. 14. ed. São Paulo. Saraiva, 2012. p. 56-57.

<sup>192</sup> FELICIANO, Guilherme Guimarães. Dos princípios do direito do trabalho no mundo contemporâneo. *Revista do TRT 15ª Região*. p. 91. Disponível em: [https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/106056/2005\\_feliciano\\_guilherme\\_principios\\_direito.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/106056/2005_feliciano_guilherme_principios_direito.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em: 7 jan. 2020.

Para Alfredo Rocco, uma disciplina jurídica pode ser considerada ciência autônoma, embora não independente, se: a) for bastante ampla para merecer um estudo adequado e especial; b) contiver doutrinas homogêneas dominadas por conceitos gerais comuns e distintos dos conceitos informadores de outras disciplinas; c) tiver método próprio, isto é, utilizar procedimentos especiais para o conhecimento das verdades que constituem objeto de suas investigações.<sup>193</sup>

Já Mario Deveali considera desnecessário o terceiro elemento citado, enquanto Ferruccio Pergolesi, aceitando a opinião de Francesco Ferrara, entende como autônoma a disciplina jurídica que tem um “corpo independente de princípios, com espírito e diretrizes próprios, um direito normal que tenha em si mesmo as suas regras e exceções e que, como sistema orgânico, admita a analogia”.<sup>194</sup>

Hoje, praticamente todos os estudiosos do Direito do Trabalho proclamam sua autonomia. O estudo mais amplo e profundo sobre autonomia do Direito do Trabalho é o da professora Maria do Rosário Palma Ramalho, da Faculdade de Direito de Lisboa.

Nesse trabalho, defendido pela referida professora perante a banca examinadora de sua tese de doutorado em 2000 e publicado em 2001 pela Editora Almedina, com o título *Da autonomia dogmática do direito do trabalho*, são examinados os mais diferentes aspectos da questão, os quais são merecedores de grande realce, motivo pelo qual os adotaremos, mesmo que de forma sintética, neste tópico.

Entre esses aspectos, vale destacar o do enquadramento clássico do problema, ou seja, da autonomização sistemática da nossa disciplina que, segundo a autora, deu-se quando da constatação da ineficiência do Direito Civil para solucionar alguns de seus problemas.

Na mencionada tese é assinalado também que a autonomia sistemática do Direito do Trabalho aconteceu porque o fenômeno sociológico “trabalho” identifica com facilidade as normas jurídicas que se organizam em torno dos centros regulativos dessa disciplina, seja no

---

<sup>193</sup> ROCCO, Alfredo. *Principi di diritto commerciale*, apud DEVEALI, Mario. *Lineamientos de derecho del trabajo*. Buenos Aires: Editora Argentina, 1948. p. 20.

<sup>194</sup> DEVEALI, Mario. *Lineamientos de derecho del trabajo*. Buenos Aires: Editora Argentina, 1948. p. 21.

plano individual, seja no coletivo. A autonomia dá-se a partir de uma concepção comunitário-pessoal da relação de trabalho.

Seguiu-se, acentua a autora, à elaboração normativa, a elaboração dogmática natural e logicamente subsequente à construção normativa, além da dignidade acadêmica das matérias laborais, tudo em uma trajetória expansiva do civilismo para o trabalhismo.<sup>195</sup>

Aduz ainda ela que se situa na segunda década do século XX a construção teórica do contrato e da relação do trabalho, rompendo com o enquadramento tradicional obrigacional porque tem pressupostos próprios axiológicos e técnico-jurídicos.<sup>196</sup> Chega até mesmo a questionar a própria categoria do contrato – teoria da relação objetiva do emprego – para sustentar que o vínculo entre empregado e empregador é uma situação jurídica, tema este que desenvolveu no seu *Curso de Direito do Trabalho*.<sup>197</sup>

Para o emérito professor Amauri Mascaro Nascimento, a autonomia do Direito do Trabalho se dá em quatro planos: legislativo, doutrinário, didático e jurisdicional.<sup>198</sup>

No primeiro, porque o Direito do Trabalho desenvolveu-se conforme as necessidades sociais, obrigando-se o seu desmembramento do Direito Civil. Hoje, o Direito do Trabalho tem seus próprios contornos muito bem definidos e conta, no Brasil, com estatuto próprio e independente (Consolidação das Leis do Trabalho – CLT), embora em consonância com outros preceitos jurídicos, inclusive com a própria Constituição, que dispõe sobre direitos do trabalhador.

No segundo plano, que diz respeito à autonomia doutrinária, isso se revela pela existência de uma vasta bibliografia própria e de princípios próprios e característicos desse ramo específico, como, aliás, já pontuamos anteriormente.

---

<sup>195</sup> PALMA RAMALHO, Maria do Rosário. *Da autonomia dogmática do direito do trabalho*. Coimbra: Almedina, 2001.

<sup>196</sup> PALMA RAMALHO, Maria do Rosário. *Da autonomia dogmática do direito do trabalho*. Coimbra: Almedina, 2001.

<sup>197</sup> PALMA RAMALHO, Maria do Rosário. *Direito do trabalho*. Parte I – Dogmática geral. Coimbra: Almedina, 2005. p. 486.

<sup>198</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 238-241.

No terceiro plano, o da autonomia didática, ela se dá como resultado da maturidade que leva o Direito do Trabalho a contar com uma cadeira própria nas Faculdades de Direito, Economia, Administração de Empresas, Serviço Social, o que não acontece com vários outros ramos do Direito.

No quarto plano, do ponto de vista jurisdicional, a autonomia ocorre porque há uma jurisdição especial, a Justiça do Trabalho. Nem todos os ramos do Direito são confiados a uma Justiça Especializada. No Brasil, isso acontece só com o Direito do Trabalho, o Direito Eleitoral e o Direito Penal Militar.<sup>199</sup>

Aí estão, sem dúvida, todos os elementos afirmadores da autonomia do Direito do Trabalho.

E, se não bastassem tais características, poderíamos invocar, supletivamente, a importância política, social e econômica de suas normas na civilização presente; a inserção dos seus princípios nos mais importantes documentos internacionais e nas modernas Constituições; e, finalmente, o funcionamento desde 1919, da Organização Internacional do Trabalho – OIT, destinada a universalizar os preceitos fundamentais da proteção ao trabalho sob a égide da Justiça Social.

Acrescentem-se, ainda, a pluralidade e diversidade de fontes já apontadas no intertítulo anterior e que são peculiares ao Direito do Trabalho, caracterizando a singularidade dos seus métodos de criação de normas. Tudo isso, enfim, a documentar a sua autonomia.

Já dissemos que o pluralismo jurídico representa a descentralização do Direito, implicando a multiplicidade de sistemas e institutos jurídicos. Diríamos agora, mais do que isso: o pluralismo do Direito do Trabalho, ao mesmo tempo que pode ser fruto da autonomia deste ramo do Direito, pode ser também um elemento a distinguir esse segmento do Direito de outros. Em outras palavras, o pluralismo pode ser tanto causa como efeito da autonomia. Na verdade, de uma forma ou de outra, ele se concentra nessa autonomia.

---

<sup>199</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 241.

Por fim, quanto ao tema da autonomia do Direito do Trabalho, convém aqui fazermos uma pequena, mas necessária advertência: quando se fala em autonomia de qualquer um dos ramos do Direito, deve-se ter presente que se está a falar em uma autonomia sempre relativa. Ela não significa independência, mas a configuração de uma das partes do todo orgânico que é o Direito.<sup>200</sup>

#### 4.4 Resiliência e capacidade adaptativa baseadas no pluralismo

À medida que a sociedade se desenvolve e multiplicam-se os corpos intermediários e os atores sociais, aumentam também os ordenamentos em razão da multiplicidade das relações. O pluralismo jurídico é fato e está coordenado no interior de um ordenamento geral e mais amplo que é o do Estado. O pluralismo do Direito do Trabalho é uma parte do pluralismo, inserido no segmento do pluralismo jurídico. O Direito é multiforme, não sendo representado apenas pela lei. A norma do Estado não concentra todo o Direito Positivo, que surge também dos grupos e dos costumes. Há, portanto, normas estatais, negociais e consuetudinárias.<sup>201</sup>

No Direito do Trabalho, em que a dinâmica das questões sociais se apresenta em constante atividade, a pluralidade de institutos e de fontes normativas é ainda mais ampla. Essa pluralidade própria e mais abrangente no campo trabalhista, que decorre em boa parte também da autonomia do Direito do Trabalho, enfatiza a resiliência e a capacidade adaptativa desse segmento particular do Direito.

Isso se dá porque a composição e a configuração das chamadas “bacias de atração”, tanto do modelo de resiliência de engenharia como do modelo de resiliência ecológica,<sup>202</sup>

<sup>200</sup> SÜSSEKIND, Arnaldo *et al.* *Instituições de direito do trabalho*. 2. ed. atualizado por Arnaldo Süssekind e João de Lima Teixeira Filho. São Paulo: LTr, 2005. v. 1, p. 130.

<sup>201</sup> MARTINS, Sergio Pinto. *O pluralismo do direito do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 164.

<sup>202</sup> Heuristicamente já frisamos às páginas 50/51: “Estratégias de resiliência de engenharia podem ser representadas por uma bola no fundo de um recipiente estreito com bordas altas, como um vaso ou uma taça com lados íngremes. As estratégias de resiliência ecológica produzem, por sua vez, um recipiente raso e largo, como um prato com uma superfície ampla e bordado com lados pouco íngremes ou, ainda, como uma bacia. Em repouso, as bolas nos dois recipientes permanecem paradas no fundo, em equilíbrio. Quando a mesa é agitada, as bolas rolam, mas não rolam da mesma maneira. A bola no vaso alto e estreito fica perto do fundo e tem uma recuperação rápida, enquanto a bola no prato raso e largo pode rolar ao redor e chegar longe do fundo, mas resiste a derramar sobre a borda. O objetivo da resiliência é manter as bolas nos recipientes, mas pode-se imaginar como distúrbios diferentes podem produzir resultados diferentes entre as duas tigelas. Por exemplo: um vento forte pode bater sobre o vaso alto, mas não sobre o prato raso. Já, um terremoto pode sacudir a bola do prato raso, mas não a do vaso alto. Para traduzir essa heurística de volta à terminologia da teoria da resiliência, vale considerar que os recipientes ou as tigelas representam a chamada ‘bacia de atração’ das bolas,

produzem diferentes possibilidades de respostas a mudanças no sistema. Quanto mais plural e diversa for a composição da “bacia de atração” do sistema, maior tende a ser a sua resiliência, assim entendida como a habilidade de enfrentar as adversidades, preservando o equilíbrio, as estruturas e a identidade do sistema. Tal aspecto parece claro em relação ao Direito do Trabalho, em que o pluralismo é, por assim dizer, dos mais amplos. O mesmo pode ser dito em relação aos efeitos do pluralismo na capacidade adaptativa do sistema.

A capacidade adaptativa envolve a ideia de que um sistema pode detectar ameaças ao seu equilíbrio e vir a responder a elas, alterando e alternando os modelos de resiliência.<sup>203</sup> Em outras palavras, a capacidade adaptativa permite que a forma da “bacia de atração” mude de modo a alterar e amoldar o equilíbrio entre os modelos de resiliência de engenharia e de resiliência ecológica.

A mudança da forma da “bacia de atração” tende a ser mais flexível conforme a variedade dos elementos que a compõem. Explica-se: havendo apenas um único elemento na composição da “bacia de atração”, a alteração da sua forma pode se mostrar muito mais difícil do que se a composição for mesclada por vários elementos, isto é, se sua composição for plural.

Diz-se que “pode se mostrar muito mais difícil” porque, excepcionalmente, pode até haver a formação da “bacia de atração” por um único elemento que seja flexível, o que, neste caso, tornaria menos difícil remodelar a base de atração. Mas a chance de isso ocorrer é bem menor do que o contrário. Quer dizer, as bacias com composições mistas e plurais normalmente se mostram mais flexíveis do que aquelas compostas por um único elemento, com composição singular. Tem-se, pois, que as bacias compostas de forma plural costumam atribuir maior capacidade adaptativa ao sistema.

Como se infere do exposto, não há como negar ao pluralismo a condição de elemento catalisador e facilitador, seja para a resiliência, seja para a capacidade adaptativa do sistema. Transmutando isso para o plano de um sistema jurídico, forçoso reconhecer que o

---

que, por sua vez, representam o estado comportamental do sistema atual. O fundo do recipiente representa o ‘atrator’ para o estado de equilíbrio, enquanto a forma dele define a ‘latitude’ dentro da qual o estado do sistema pode se mover antes de cruzar o limiar que, se violado, dificulta e até mesmo impossibilita a recuperação do equilíbrio em algumas circunstâncias extremas. Quanto maior o recipiente (por exemplo, uma bacia larga), maior o número de estados do sistema que podem ser experimentados sem ultrapassar o seu limite”.

<sup>203</sup> GUNDERSON, Lance H.; HOLLING, Crawford S. *Panarchy: understanding transformations in human and natural systems*. Estados Unidos da América: Island Press, 2002. p. 428.

pluralismo normativo, ao encerrar uma multiplicidade de fontes na composição da base de atração do ordenamento, tem, assim, um papel importante e contribuidor para a sua resiliência e para a sua capacidade adaptativa.

Resta, agora, saber como isso funciona no campo específico do Direito do Trabalho, com suas nuances e peculiaridades. É o que se fará ao longo do próximo capítulo.

## 5. RESILIÊNCIA DO DIREITO DO TRABALHO

### 5.1 Resiliência e capacidade adaptativa do direito do trabalho

O Direito do Trabalho tem se desenvolvido ao longo do tempo, enfrentado e superado as adversidades com as quais se deparava. Passou por revoluções, guerras, mudanças de regimes e de governos, crises econômicas, crises sociais, desastres, entre inúmeras outras circunstâncias que poderiam aqui ser mencionadas. E, mesmo diante de tais situações, o sistema jurídico trabalhista tem se mantido firme nos seus propósitos, recuperando-se de alguns abalos e preservando seu equilíbrio, suas estruturas e sua identidade. Há alguma dúvida de que ele seja resiliente? A resposta certamente é negativa. Não há dúvida. Ele é, sim, resiliente.

Antes, porém, de se adentrar nas razões e justificativas para essa resiliência do Direito do Trabalho, convém tecer algumas considerações sobre a evolução normativa desse sistema, o qual, como já foi tido, está em constante formação. O Direito do Trabalho, na formulação tradicional, é genérico e rígido. Genérico porque supostamente se aplica a pessoas da mesma condição social, a saber, os trabalhadores. Não é à toa que, inicialmente, denominava-se “Direito Operário”, passando, depois, a ser sucessivamente conhecido como legislação industrial, legislação social, legislação do trabalho e Direito do Trabalho. Esse traço de generalidade está ligado à concepção weberiana da sociedade máquina, totalmente burocratizada e racionalizada, convicção de que toda atividade econômica, pouco suscetível de mudanças automáticas, pode ser administrada por meio de previsões e cálculos. De acordo com isso, o Direito Operário tinha de ser necessariamente concebido como um conjunto de normas aplicáveis a pessoas iguais e não diversificadas.<sup>204</sup>

A rigidez do Direito do Trabalho está ligada à ideia de que o trabalhador é hipossuficiente e carece de proteção do Estado. Este o protege por meio de normas rígidas e imperativas, insuscetíveis de postergação, mesmo quando os interessados o desejem.

As apontadas características do Direito do Trabalho foram postas em xeque, basicamente, por quatro fatores: as crises econômicas, o desenvolvimento da tecnologia, a atuação de empresas globais e o desaparecimento da Guerra Fria entre os blocos do oeste e do leste.

---

<sup>204</sup> MAGANO, Octavio Bueno. *Política do trabalho*. São Paulo: LTr, 2001. v. 4, p. 466.

Com efeito, as crises econômicas costumam afetar diretamente o emprego das pessoas. Como forma de se evitarem novas dispensas, os parceiros sociais acabam entrando em vários tipos de entendimentos, como os de redução de horas de trabalho, os de trabalho a tempo parcial, os de solidariedade etc.

Por outro lado, a tecnologia vem, já há algum tempo, acarretando mudanças paulatinas nas condições de trabalho, mormente porque a mão de obra, nesse novo contexto tecnológico, tem de ser mais qualificada, além da participação humana na produção de bens e de serviços ficar mais direcionada nas atividades de cunho criativo e intuitivo. Quer dizer, a classe de trabalhadores não é mais homogênea como era no passado. Cada dia que passa, a heterogeneidade dos trabalhadores é maior. Essa nova marca no mundo do trabalho não mais se ajusta à legislação trabalhista clássica, de caráter rígido e protecionista.

Bem ressaltou Antônio Monteiro Fernandes nesta passagem:

... o modelo dito “clássico” dos ordenamentos laborais, baseado na identificação de um arquétipo relacionado com o vínculo empregatício e inspirado na necessidade social de tutela da parte mais fraca nesse esquema contratual, é um modelo sitiado pelo adensamento de novas realidades socioeconômicas, e colocado numa crise de identidade manifesta.<sup>205</sup>

Claras são as indicações que o referido modelo encontra-se sitiado pela flexibilização, elasticidade, individualização de condições de trabalho, superação de crise econômica, descentralização, preferência pelo concreto em detrimento do abstrato, substituição do garantismo por multiplicação das ofertas de emprego.<sup>206</sup> O Direito do Trabalho, então, caminhou no sentido de se tornar menos rígido e menos protecionista. Mais flexível, portanto.

A flexibilidade aqui deve ser entendida como um processo de adaptação das normas trabalhistas à realidade social cambiante. Trata-se de um processo porque se traduz em sucessão de estados e mudanças. Caracteriza-se como adaptação porque não gera mudanças *in vitro*, e sim as exigidas pela realidade cambiante, como retrações ou expansões econômicas, processo tecnológico, transformações sociais ou políticas. Tudo isso, diga-se, sem perder de vista sua principal característica: a proteção do trabalho. Como se vê, o Direito do Trabalho tem se revelado um sistema resiliente e com grande capacidade adaptativa.

<sup>205</sup> FERNANDES, Antônio Monteiro. A flexibilização em direito do trabalho. *Revista do TRT da 8ª Região*, Belém, v. 21, 1988. p. 11.

<sup>206</sup> MAGANO, Octavio Bueno. *Política do trabalho*. São Paulo: LTr, 2001. v. 4, p. 469.

Pois bem, feitas essas primeiras considerações, revela-se necessário ponderar os aspectos que norteiam a sua resiliência e a sua capacidade adaptativa. Em primeiro lugar, deve-se ter presente que o sistema jurídico, enquanto sistema social, não pode ser visto senão como um sistema que se autoproduz e se auto-organiza. Um sistema que tem autorreferência. Deve ser concebido, assim, como um sistema autopoietico, que tem meios próprios de respostas a eventuais mudanças ou mesmo a adversidades. Isso também se aplica ao Direito do Trabalho, que é um segmento ou um subsistema do sistema jurídico geral.

Nessa perspectiva autopoietica, o Direito do Trabalho mostra-se simultaneamente aberto e fechado, apresentando um grande potencial para o enfrentamento da complexidade social, reduzindo essa complexidade e favorecendo, com isso, a sua resiliência.

Em segundo lugar, vale referir que a própria ideia de resiliência do Direito do Trabalho está pautada na mescla de dois modelos de resiliência já delineados linhas atrás, quais sejam: o da resiliência de engenharia (com foco na recuperação) e o da resiliência ecológica (com foco na resistência).<sup>207</sup>

Esses dois modelos de resiliência, embora distintos, se sobrepõem um ao outro formando uma topografia multiforme no sistema. Parte do sistema se relaciona com a modalidade de resiliência de engenharia e parte se amolda à modalidade de resiliência ecológica, mesmo porque, diante da complexidade de um sistema social, como acontece com o Direito do Trabalho, não se concebe que ele seja inteiramente ligado ao modelo de resiliência de engenharia ou unicamente voltado para o modelo de resiliência ecológica. Há uma mistura de modelos que permitem uma melhor resposta, dependendo de onde o sistema é mais bem-sucedido em determinado momento.

Vale dizer que, a mescla ou a alternância entre os modelos de resiliência, consoante a realidade a ser enfrentada, amplia o poder de resposta do sistema, contribuindo, destarte, para uma maior resiliência.

---

<sup>207</sup> Já dissemos às páginas 49/50 que: “A estratégia da resiliência de engenharia é aproximar do equilíbrio todos os recursos do sistema, com o objetivo de favorecer o retorno ao seu estado normal. Por outro lado, a estratégia da resiliência ecológica tem como modelo a possibilidade de os recursos flutuarem dentro de uma bacia de atração para o equilíbrio, com o objetivo de evitar ‘desvios’ para um outro estado, fora do componente estrutural”.

Vem a seguir, em terceiro lugar, a questão da capacidade adaptativa do sistema. Entende-se por capacidade adaptativa o gerenciamento que o sistema consegue fazer para alternar e misturar os modelos de resiliência já citados, combinando as propriedades desses dois modelos também já tratadas anteriormente, a saber: confiabilidade e eficiência, que dizem respeito à resiliência de engenharia; escalabilidade, modularidade e capacidade de evoluir, que formam a resiliência ecológica. A capacidade adaptativa favorece a movimentação entre esses modelos, permitindo, desse modo, promover alterações na forma da “bacia de atração” do sistema.

Realmente, a questão da adaptação do sistema jurídico está relacionada diretamente com a dinâmica de se poder conciliar as chamadas “bacias de atração” da resiliência de engenharia com a da resiliência ecológica. Conseqüentemente, quanto maior for o dinamismo de conciliação do sistema, maior será a capacidade adaptativa dele.

Não se pode esquecer que a resiliência do sistema depende em boa medida da flexibilidade em compor a “bacia de atração” ou, melhor dizendo, da variedade de componentes que a formam, de maneira que, quanto maior for a pluralidade de fontes e, portanto, de camadas e componentes da base de atração, maior será a resiliência do sistema.

Eis aí que surge, em quarto lugar, o elemento essencial para aumentar a capacidade adaptativa e, por conseguinte, se obter maior resiliência sistêmica: a pluralidade de fontes. O que, em um sistema jurídico, corresponde ao pluralismo jurídico.

Quando se fala em pluralismo jurídico, logo se pensa no Direito do Trabalho. E nem poderia ser diferente. Ele é um dos ramos mais plurais do Direito, para não dizer o mais plural de todos eles. O pluralismo é, por sua vez, uma das mais marcantes características do Direito Laboral. Já o afirmamos ao longo de todo o capítulo anterior.

Mas de que forma esse pluralismo do Direito do Trabalho se enquadra nos modelos de resiliência e como isso afeta essa habilidade do sistema? A resposta a essa indagação não é simples. É preciso analisar as fontes normativas e os institutos a que se referem e confrontá-las com as estratégias de resiliência citadas, procurando amoldá-las e combiná-las, segundo as

características de cada uma delas. Para tanto, vale ilustrar mais uma vez o que representam os dois modelos de resiliência num sistema.

A resiliência de engenharia pode ser representada por uma bola no fundo de um recipiente estreito com bordas altas, como um vaso com lados íngremes. O objetivo desse modelo é aproximar do equilíbrio todos os recursos do sistema, com o objetivo de favorecer rapidamente o retorno ao seu estado normal.

Já a resiliência ecológica pode ser reproduzida como um recipiente raso e largo, como um prato, ou mesmo uma bacia, com uma superfície ampla e bordado com lados pouco íngremes. O objetivo aqui é o de possibilitar que os recursos flutuem dentro do recipiente mais largo para o equilíbrio, evitando que transbordem para fora da sua estrutura.

De se notar que, em cada um dos modelos, as bolas (estado comportamental atual do sistema), diante de uma perturbação ou adversidade, não rolam da mesma maneira. A bola no vaso alto e estreito (resiliência de engenharia) fica perto do fundo e tem uma recuperação rápida; enquanto a bola no prato raso e largo (resiliência ecológica) pode rolar ao redor da base de atração e chegar longe do fundo, mas resiste a ultrapassar a borda.

Considerando que os modelos se mesclam e se sobrepõem um ao outro, há de se conceber que o modelo de resiliência de engenharia representa a parte nuclear e mais rígida do sistema, ao passo que o modelo de resiliência ecológica representa a parte mais periférica e mais flexível do sistema.

*Mutatis mutandis*, no Direito do Trabalho quer nos parecer que a parte nuclear, que corresponde à resiliência de engenharia, traz em si, como carga preponderante, aqueles componentes aos quais o sistema não admite muita flexibilidade. São eles, a nosso ver: a) direitos fundamentais dos trabalhadores reconhecidos universalmente em convenções, tratados internacionais e na própria Constituição, tais como o da “dignidade do trabalhador”, o da “valorização do trabalho humano”; o da “justiça social”; o da “função social da propriedade”; e o da “busca do pleno emprego”; b) garantias constitucionais mínimas, sejam as de natureza individual, sejam as de natureza coletiva, sejam, ainda, as de natureza social; c) princípios universais do Direito do Trabalho, como o da proteção, o da não discriminação, o da razoabilidade, o da boa-fé objetiva, o da primazia da realidade, entre outros que sejam ideias

fundantes do Direito Laboral; e d) normas de segurança e saúde do trabalhador, isto é, normas asseguradoras de integridade psicossomática dos trabalhadores.

A parte mais periférica e ampla, relacionada à resiliência ecológica, traz consigo, como carga preponderante, aqueles componentes do sistema que têm maior flexibilidade. Vale frisar aqui, todos os direitos, regras e institutos que não estejam na parte nuclear do sistema.

Observe-se que os componentes – de um ou de outro modelo de resiliência – irradiam uns sobre os outros. Por isso que se mencionou que a composição de cada modelo envolvia uma carga preponderante, mas não exclusiva, única ou exaustiva. Há a possibilidade de um componente variar de modelo, dependendo da circunstância enfrentada e do momento, quer seja para relativizar, em situações excepcionais, a rigidez da parte nuclear, quer seja para diminuir a flexibilidade da parte periférica.

Mas não é só isso: o pluralismo jurídico, em razão da variedade de componentes que encerra em suas bases de atração do sistema, afeta também a capacidade adaptativa deste, favorecendo justamente a alternância e mutação dos modelos e permitindo com isso uma possibilidade de resposta mais ampla, dinâmica e eficaz por parte do sistema. Isso potencializa a resiliência do Direito do Trabalho, implicando maior resistência e maior poder de recuperação do estado de equilíbrio do sistema mesmo diante de perturbações das mais variadas espécies.

Do ponto de vista prático, tudo isso torna o Direito do Trabalho mais ajustável a situações fáticas e aos anseios sociais; mais elástico; fácil de manejar; mais maleável; enfim, menos rígido. Simboliza, ainda, a troca do genérico pelo individualizado; do válido pelo eficaz; do fantasioso pelo real. Significa, afinal, a predominância do negociado sobre o legislado; da autonomia dos grupos profissionais sobre o paternalismo estatal; do reconhecimento de que o Direito do Trabalho é fruto de uma pluralidade de fontes e não depende apenas da atuação do Estado para se desenvolver ou, até mesmo, para se inovar.

Mesmo assim, o sistema deve sempre preservar a questão da proteção do trabalho, por ser um valor fundante e inerente à própria identidade do Direito do Trabalho.

## 5.2 Consequências da resiliência do direito do trabalho

A resiliência do Direito do Trabalho, nos termos delineados anteriormente, traz sabidamente várias consequências práticas para o sistema e para os seus operadores. Destacam-se aquelas a seguir assinaladas.

Primeira consequência: a resiliência possibilita maior flexibilidade na aplicação do Direito do Trabalho por parte dos poderes competentes. Ela irradia tanto para a formação do Direito Laboral como para a sua aplicação, fazendo o sistema se autorreproduzir independentemente das mudanças na legislação e possa, desse modo, seguir no seu objetivo de proteção do trabalho, respondendo às necessidades demandadas.

Exemplo disso é a capacidade das reiteradas decisões judiciais proferidas em um mesmo sentido, isto é, da jurisprudência, no caso, trabalhista, de amoldar e atualizar o sentido contido no ordenamento. Não se está a falar aqui de uma atividade jurisdicional discricionária, mas de uma atividade jurisdicional motivada e reiterada com o objetivo de tornar o sistema mais ajustável às situações fáticas enfrentadas pelos atores sociais. Uma atividade jurisdicional mais alinhada em reconhecer as necessidades concretas dos grupos frente a uma que seja abstrata e generalizada no sistema.

Segunda consequência: a resiliência também funciona para que o sistema consiga compreender uma adversidade momentânea e, mesmo assim, consiga manter seu equilíbrio.

O comportamento do Direito do Trabalho diante de medidas provisórias em matéria trabalhista, que podem ser editadas pelo Governo em caso de relevância e urgência, é um exemplo disso. Muitas vezes, quando não são convertidas em lei, as medidas provisórias perdem eficácia. Só que a resiliência do sistema atua para que o sistema prontamente se restabeleça sem aquelas regras que vigeram por algum período e se ajuste à nova realidade sem que perca a sua identidade. Até mesmo durante o período de vigência das medidas provisórias, a resiliência trabalha para que a identidade e o equilíbrio do sistema sejam mantidos.

Terceira consequência: a resiliência serve ainda de propósito para que as instituições do sistema possam corrigir desvios que possam tentar afastá-lo dos seus valores fundantes. É o que ocorre, a título de ilustração, quando o Ministério Público do Trabalho atua

de forma a preservar a linha mestra do sistema, que é a da proteção do trabalho, adotando procedimentos investigatórios, firmando Termos de Ajuste de Conduta e promovendo ações judiciais coletivas ou públicas.

Quarta consequência: a resiliência tem também uma função informadora e diretiva para o sistema. O legislador, ao criar normas de Direito do Trabalho, deve procurar observar qual estratégia de resiliência há de ser favorecida pela atividade legiferante: se será a da resiliência de engenharia, em que se pretende impor uma norma com imperatividade e maior rigidez; ou se será a da resiliência de ecologia, em que se pretende dar maior autonomia para os grupos profissionais e para as suas negociações coletivas.

Quinta consequência: a resiliência do Direito do Trabalho, em uma concepção autopoietica, é até mesmo um elemento de inovação do sistema. Ela permite o enfrentamento de novas situações sociais e laborais, notadamente as trazidas pela tecnologia, adaptando o sistema, primeiro, para melhor compreender a novidade e, segundo, para melhor responder a ela.

Não por outra razão o Direito do Trabalho, no plano universal – e no Brasil não é diferente – vem se ajustando à nova realidade tecnológica e às novas formas de trabalho, ainda que com alguma dificuldade, sem, contudo, perder seu objetivo que, repita-se, é o de preservar o trabalho. Registre-se, a propósito, que, com a rapidez com que as mudanças no mundo tecnológico acontecem, não há mais como conceber um modelo de sistema que dependa apenas da atuação estatal para a produção do Direito. É imprescindível que o sistema tenha meios próprios, reflexivos e autoconstrutivos de modo a conseguir responder a essas inovações; e a resiliência do sistema favorece não só o poder de resposta a isso como também a própria inovação do sistema.

Essas são, enfim, algumas das principais consequências de se ter um sistema trabalhista resiliente.

## CONCLUSÕES

No decorrer de todo este trabalho procurou-se colacionar e desenvolver diversos fundamentos para demonstrar alguns posicionamentos, com vistas a referendar a tese defendida, que podem ser assim sintetizados:

1 – O sistema jurídico é um sistema funcional com capacidade de autoprodução na concepção de Niklas Luhmann, sendo ele, portanto, autopoietico.

2 – Esses sistemas autopoieticos, funcionais, têm resiliência, assim entendida como a habilidade que o próprio sistema tem de resistir ou de se recuperar frente a uma tensão ou perturbação que venha sofrer, preservando o seu equilíbrio, as suas estruturas e a sua identidade.

3 – Quando se fala em resiliência de um sistema, há, na verdade, dois modelos ou estratégias de resiliência que podem ser concebidos: o primeiro, chamado de resiliência de engenharia, que tem como foco a recuperação do sistema e que pode ser representado por um recipiente mais estreito e mais fundo, como um vaso; o segundo, denominado de resiliência de ecologia ou resiliência ecossocial, que tem como foco a resistência do sistema e que pode ser representado por um recipiente mais largo e mais raso, como um prato; ambos os recipientes correspondem ao que chamamos de bacia ou base de atração, que, por sua vez, funciona como um fator atrativo do equilíbrio do sistema.

4 – Os dois modelos de resiliência mencionados se sobrepõem um ao outro e funcionam simultaneamente em um sistema, sendo que parte do sistema se relaciona com a modalidade de resiliência de engenharia e parte se amolda à modalidade de resiliência ecológica.

5 – Além desses modelos de resiliência, o sistema jurídico tem capacidade adaptativa, que é um atributo do sistema que permite combinar e alternar os modelos de resiliência para favorecer o equilíbrio do sistema.

6 – Essa questão da adaptação do sistema está diretamente ligada à dinâmica de conciliar as chamadas “bacias de atração” da resiliência de engenharia com a da resiliência ecológica. Quanto mais dinâmico esse processo, maior a sua capacidade adaptativa.

7 – Já a resiliência do sistema depende em muito da flexibilidade de fazer a “bacia de atração” ou, em outras palavras, da variedade de seus componentes, sendo, a rigor, mais resiliente o sistema que tenha um maior número ou uma maior diversidade de fontes, que acabam por compor a sua base de atração.

8 – O Direito é, em regra, plural. O pluralismo jurídico pressupõe uma diversidade de fontes e está, em razão do que se disse até aqui, a amparar a capacidade adaptativa e a resiliência do sistema.

9 – O Direito do Trabalho, por sua vez, é o mais plural dos ramos do Direito. É um sistema que tem o pluralismo jurídico como uma das suas características marcantes. São vários os centros de produção do Direito Laboral, assim como são várias as suas fontes. E ele é também autônomo em relação a outros ramos, tendo princípios, normas, regras, processos e institutos próprios que lhe permitem uma função autoconstrutiva peculiar.

10 – O Direito do Trabalho tem se desenvolvido ao longo do tempo. Tem passado por revoluções, guerras, mudanças de regimes e de governos, crises econômicas, crises sociais, desastres, etc. Mesmo diante de tais adversidades, ele tem se mantido firme nos seus propósitos, preservando seu equilíbrio, suas estruturas e sua identidade. Ele é, sem dúvida, resiliente.

11 – O que foi dito nos itens anteriores se justifica, em boa medida, em razão da multiplicidade de fontes do Direito do Trabalho, da sua multinormatividade. O seu farto pluralismo favorece a sua resiliência porque a sua “bacia de atração” é composta por diversos elementos e não por um só. Ela, no Direito do Trabalho, é substancialmente plural, e não singular.

12 – Mas a resiliência do sistema jurídico está concebida, como já se disse linhas atrás, em dois modelos de resiliência. Isso funciona no âmbito do Direito do Trabalho da seguinte maneira: os direitos fundamentais do trabalhador, as garantias mínimas constitucionais, os seus princípios fundantes e as normas de segurança e de saúde do trabalhador estão ligados à ideia de resiliência de engenharia, o que pressupõe um modelo mais rígido de resiliência para essas normas; já todos os demais direitos, regras e institutos dizem respeito à resiliência ecológica, o que envolve um modelo mais amplo e flexível.

13 – A resiliência do Direito do Trabalho, do ponto de vista prático, o torna mais ajustável a situações fáticas, mais elástico e mais fácil de manejar. Simboliza, ainda, a troca do genérico pelo individualizado; do válido pelo eficaz; do fantasioso pelo real. Significa, afinal, a predominância do negociado sobre o legislado; da autonomia dos grupos profissionais sobre o paternalismo estatal; do reconhecimento de que o Direito do Trabalho é fruto de uma pluralidade de fontes e não depende apenas da atuação do Estado para se desenvolver e, até mesmo, para se inovar.

14 – Várias são as consequências dessa resiliência no âmbito do Direito do Trabalho: primeiro, ela possibilita maior flexibilidade na aplicação do Direito do Trabalho (exemplo: o papel da jurisprudência trabalhista); segundo, ela permite que o sistema compreenda uma adversidade momentânea e, mesmo assim, consiga manter seu equilíbrio (exemplo: o comportamento do sistema mesmo diante de uma medida provisória não aprovada pelo Congresso); terceiro, ela serve de propósito para que as instituições do sistema possam vir a corrigir desvios que possam tentar afastar o sistema dos seus valores fundantes (exemplo: atuação do Ministério Público do Trabalho); quarto, ela tem função informativa e diretiva para o sistema (exemplo: observar o legislador a melhor estratégia de resiliência a ser seguida quando da criação da norma trabalhista); quinto, a resiliência, em uma concepção autopoietica, favorece a autoconstrução e a inovação do sistema (exemplo: enfrentamento da nova realidade do mercado de trabalho trazida pelos avanços tecnológicos). E faz tudo isso sem perder de vista a identidade do sistema, que, no caso do Direito do Trabalho, reside justamente na preservação do trabalho.

Muitos outros argumentos, além dos que foram expostos, podem concorrer para a prevalência ou não das ideias aqui defendidas.

Por isso mesmo, encerra-se a presente tese com as palavras de José Augusto Rodrigues Pinto, na lembrança de que o apanágio do jurista autêntico “não é criar dogmas, mas sim instigar a dialética, verdadeira seiva vivificante do direito”.<sup>208</sup>

---

<sup>208</sup> RODRIGUES PINTO, José Augusto. Prefácio. In: PAMPLONA FILHO, Rodolfo: *Prescrição trabalhista: questões controvertidas*. São Paulo: LTr, 1996. p. 14.

## REFERÊNCIAS

ALDERSON, David L.; DOYLE, John C. Contrasting views of complexity and their implications for network-centric infrastructures. *Revista IEEE Transactions on Systems, Man, & Cybernetics*, v. 40, p. 839-840, jul. 2010. Disponível em: <https://ieeexplore.ieee.org/document/5477188>. Acesso em: 8 dez. 2019.

ALLEN, Craig R.; HOLLING, Crawford S. Novelty, adaptive capacity, and resilience. *Revista Ecology & Society*, n. 15, set. 2010. Disponível em: <http://www.ecologyandsociety.org/vol15/iss3/art24/ES-2010-3720.pdf>. Acesso em: 4 dez. 2019.

ALONSO OLEA, Manuel. *Introducción al derecho del trabajo*. 3. ed. Madrid: Revista del Derecho Privado, 1974.

ARNAUD, André-Jean; DULCE, M. J. F. *Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ARNAUD, André-Jean; LOPES JUNIOR, Dalmir (org.). *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

ARTHURS, Harry W. Labour law without the state? *Revista The University of Toronto Law Journal*, v. 46, n. 1, p. 1-45, 1996. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/i234081>. Acesso em: 10 dez. 2019.

ARTHURS, Harry W. National traditions in labor law scholarship: the Canadian case. *Revista Comparative Labor Law and Policy Journal*, v. 23, 2002. Disponível em: [https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=1751&context=scholarly\\_works](https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=1751&context=scholarly_works). Acesso em: 8 dez. 2019.

BAGOLINI, Luigi. *Filosofia do trabalho*. São Paulo: LTr, 1997.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Elementos de direito administrativo*. São Paulo: RT, 1980.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2008.

BEAL, Alasdair N. *Thomas Young and the theory of structures*. In: Alasdair's Engineering Pages. Disponível em: <http://anbeal.co.uk/youngtheorystructures.html>. Acesso em: 4 dez. 2019.

BITTAR, Eduardo C. B. *Curso de filosofia política*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

BUSCHBACHER, Robert. *A teoria da resiliência e os sistemas socioecológicos: como se preparar para um futuro imprevisível?* Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/5561>. Acesso em: 7 dez. 2019.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Aos que não veem que não veem aquilo que não veem. In: GIORGI, Raffaele de. *Direito, tempo e memória*. São Paulo: Quarter Latin, 2006.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e democracia*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O direito na sociedade complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

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

CAPRA, Fritjof. *A teia da vida*. Tradução de Newron Roberval Eichemberg. São Paulo: Cutrix, 1999.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de derecho procesal civil*. Tradução de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Uteha Argentina, 1944.

CÔTÉ, Isabelle M.; DARLING, Emily S. Rethinking ecosystem resilience in the face of climate change. *Revista PLoS BIOLOGY*, n. 8, jun. 2010. Disponível em: <http://www.plosbiology.org/article/fetchObjectAttachment.action?uri=info%3Adoi%2F10.1371%2Fjournal.pbio.1000438&representation=PDF>. Acesso em: 7 dez. 2019.

CUETO RUA, Julio. *Fuentes del derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1961.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Leçons de philosophie du droit*. Paris: Sirey, 1936.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010.

DEVEALI, Mario. *Lineamientos de derecho del trabajo*. Buenos Aires: Editora Argentina, 1948.

ECO, Humberto. *Como se faz uma tese*. 1. ed. traduzida do original italiano “Como se fa una tesi di laurea”. São Paulo: Perspectiva, 1988.

FASSÒ, Guido. *Histoire de la philosophie du droit*. Paris: LGDJ, 1974.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. Dos princípios do direito do trabalho no mundo contemporâneo. *Revista do TRT 15ª Região*. Disponível em: [https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/106056/2005\\_feliciano\\_guilherme\\_principios\\_direito.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/106056/2005_feliciano_guilherme_principios_direito.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em: 4 jan. 2020.

FEREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A reconstrução da democracia*. São Paulo: Saraiva, 1979.

FERNANDES, Antônio Monteiro. A flexibilização em direito do trabalho. *Revista do TRT da 8ª Região*, Belém, v. 21, 1988.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. São Paulo: Nova Fronteira, 1995.

FLORES, Luis Gustavo Gomes. *Resiliência jurídica: para pensar a inovação do direito a partir de uma perspectiva sistêmica*. 2014. Tese (Doutorado em Direito) – UNISINOS, São Leopoldo, 2014. Disponível em:

<http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/4141>. Acesso em: 28 nov. 2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. Parte geral. 14. ed. São Paulo. Saraiva, 2012.

GARCIA MAYNES, Eduardo. *Introducción al estudio del derecho*. México: Porrúa, 1974.

GIORGI, Raffaele de. *Direito, tempo e memória*. São Paulo: Quarter Latin, 2006.

GITELMAN, Suely Ester. Segurança jurídica do empregador: a rescisão do contrato de trabalho por mútuo acordo, o fim da homologação obrigatória, o processo de jurisdição voluntária para homologação de acordo extrajudicial e o termo de quitação anual. *In: TREMEL, Rosangela; CALCINI, Ricardo (org.). Reforma trabalhista*. Campina Grande: EDUEPB, 2018.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Autopoiese do direito na sociedade pós-moderna: introdução a uma teoria social sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

GUNDERSON, Lance H.; HOLLING, Crawford S. *Panarchy: understanding transformations in human and natural systems*. Estados Unidos da América: Island Press, 2002. p. 425-462.

HOLLING, Crawford Stanley. *Resilience and stability of ecological systems*. *Annual Review of Ecology, Evolution, and Systematics*, v. 4. p. 1-23. nov. 1973. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1146/annurev.es.04.110173.000245>. Acesso em: 4 dez. 2019.

JHERING, Rudolf von. *A evolução do direito*. Lisboa: José Bastos, [s.d.].

KAUFFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Tradução de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

LLEWELLYN, Karl N. *The common law tradition: deciding appeals*. Boston: Little, Brown & Co., 1960.

LOEWENTEIN, Karl. *Political power and the governamental process*. Chicago: The University of Chicago Press, 1965.

LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *Direito processual civil brasileiro*. Rio de Janeiro: J. Konfino, 1945. v. 3.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Freitas Lopes, 1953. v. 1.

LUHMANN, Niklas. *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*. Tradução de Josexo Beriain e José María García Blanco. Madri: Trotta, 1998.

LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Tradução de Javier Nafarrete Torres. México: Universidad Iberoamericana, 2002.

LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2010.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Editora UnB, 1980.

LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales: lineamientos para uma teoria general*. Barcelona: Anthropos Editorial, 1998.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito II*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

MACHADO NETO, Antonio Luiz. *Teoria geral do direito*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1966.

MAGANO, Octavio Bueno. *Política do trabalho*. São Paulo: LTr, 2001. v. 4.

MAGANO, Octavio Bueno. *Primeiras lições de direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: RT, 2003.

MANSILLA, Darío Rodríguez. Invitación a la sociología de Niklas Luhmann. *In:* LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Tradução de Javier Nafarrete Torres. México: Universidade Iberoamericana, 2002.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. *Direito do trabalho*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. *Negociação coletiva e contrato individual de trabalho*. São Paulo: Atlas, 2000.

MARTINS, Sergio Pinto. *O pluralismo do direito do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2001.

MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco J. *A árvore do conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana*. São Paulo: Palas Athena, 2001.

MERRIAM-WEBSTER NA ENCYCLOPEDIA BRITANNICA COMPANY. *Resilience*. Disponível em: <http://www.merriam-webster.com/dictionary/resilience>. Acesso em: 27 nov. 2019.

MILLER, John H.; PAGE, Scott E. *Complex adaptive systems: an introduction to computational models of social life*. Princeton: Princeton University Press, 2007.

MONCADA, Cabral de. *Filosofia do direito e do estado*. Coimbra: Coimbra Editora, 1965. v. 2.

MORAES FILHO, Evaristo de. *Introdução ao direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2000.

MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1996.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

O'ROURKE, T.D. *Critical infrastructure, interdependencies and resilience*. Disponível em: [http://pdf.aminer.org/000/243/970/robust\\_and\\_resilient\\_critical\\_infrastructure\\_systems.pdf](http://pdf.aminer.org/000/243/970/robust_and_resilient_critical_infrastructure_systems.pdf). Acesso em: 27 nov. 2019.

PAGE, Henri de. *Traité élémentaire de droit civil belge*. Bruxelles: E. Bruylant, 1948.

PALMA RAMALHO, Maria do Rosário. *Da autonomia dogmática do direito do trabalho*. Coimbra: Almedina, 2001.

PALMA RAMALHO, Maria do Rosário. *Direito do trabalho*. Parte I – Dogmática geral. Coimbra: Almedina, 2005.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Prescrição trabalhista: questões controvertidas*. São Paulo: LTr, 1996.

PLACCO, Vera Maria Nigro de Souza. Prefácio. In: TAVARES, José (org.). *Resiliência e educação*. São Paulo: Cortez, 2001.

RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. São Paulo: Max Limonad, 1952. v. 2.

REALE, Miguel. *Lições preliminares do direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

REALE, Miguel. *Lições preliminares do direito*. São Paulo: Bushatsky, 1973.

REALE, Miguel. *Pluralismo e liberdade*. São Paulo: Saraiva, 2001.

ROCHA, Leonel Severo. Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico. *In: SCHWARTZ, Germano A. Doederlin; CLAM, Jean. Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

RODRIGUES PINTO, José Augusto. Prefácio. *In: PAMPLONA FILHO, Rodolfo: Prescrição trabalhista: questões controvertidas.* São Paulo: LTr, 1996.

RODRIGUEZ, Américo Plá. *Curso de derecho laboral.* 2. ed. Montevideo: Acali, 1979. t. 1, v. 1.

RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de direito do trabalho.* São Paulo: LTr, 2000.

ROMAR, Carla Teresa Martins. *Direito do trabalho.* São Paulo: Saraiva, 2018 (Coleção esquematizado).

RUHL, John B. General design principles for resilience and adaptive capacity in legal systems: with applications to climate change adaptation. *North Carolina Law Review*, v. 89, jan. 2011. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/268036393>. Acesso em: 27 nov. 2019.

SANTI ROMANO. *Fragments de un diccionario jurídico.* Buenos Aires: Ediciones Juridiques Europa-America, 1964.

SCHUARTZ, Luis Fernando. *Norma contingência e racionalidade.* Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SCHWARTZ, Germano. *O tratamento jurídico do risco no direito à saúde.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SEVERINO, Antônio Joaquim. *Metodologia do trabalho científico.* 21. ed. São Paulo: Cortez, 2000.

SUNSTEIN, Carl R. Congress, constitutional moments, and the cost-benefit state legislative foreword. *Stanford Law Review*, v. 48, 1995-1996. Disponível em:

[https://chicagounbound.uchicago.edu/journal\\_articles/8330/](https://chicagounbound.uchicago.edu/journal_articles/8330/). Acesso em: 28 nov. 2019.

SÜSSEKIND, Arnaldo *et al.* *Instituições de direito do trabalho*. 2. ed. atualizado por Arnaldo Süssekind e João de Lima Teixeira Filho. São Paulo: LTr, 2005. v. 1.

TAVARES, José. A resiliência na sociedade emergente. In: TAVARES, José (org.). *Resiliência e educação*. São Paulo: Cortez, 2001.

TELLES JUNIOR, Goffredo da Silva. *Filosofia do direito*. São Paulo: Max Limonad, 1966. v. 2.

TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoietico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoietico*. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

TRINDADE, André. *Para entender Luhmann e o direito como sistema autopoietico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

VIANA, Oliveira. *Problemas de direito corporativo*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1938.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *O direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. São Paulo: Max Limonad, 2006.

WALKER, Brian *et al.* A handful of heuristics and some propositions for understanding resilience in social-ecological systems. *Revista Ecology & Society*, n. 11, jun. 2016.

Disponível em: <http://www.ecologyandsociety.org/vol11/iss1/art13/ES-2005-1530.pdf>.

Acesso em: 5 dez. 2019.

WALKER, Brian. Resilience, adaptability and transformability in social-ecological systems. *Revista Ecology & Society*, n. 19, dez. 2004. Disponível em: <http://www.ecologyandsociety.org/vol9/iss2/art5/print.pdf>. Acesso em: 5 dez. 2019.

YOUNG, Thomas. *Miscellaneous works of the late Thomas Young*. London: John Murray, Albemarle Street, 1855. v. 2, p. 138. Disponível em: [https://play.google.com/books/reader?id2\\_AEAAAAYAAJ&printsec=frontcover&output=reader&authuser=0&hl=pt\\_BR&pg=GBS.PR3](https://play.google.com/books/reader?id2_AEAAAAYAAJ&printsec=frontcover&output=reader&authuser=0&hl=pt_BR&pg=GBS.PR3). Acesso em: 27 nov. 2019.

YUNES, Maria Angela Mattar; SZYMANSKI, Heloisa. Resiliência: noção, conceito afins e considerações críticas. In: TAVARES, José (org.). *Resiliência e educação*. São Paulo: Cortez, 2001.