

O MITO DO GRANDE ORÁCULO

Rogério Viola COELHO¹

SUMARIO I. *O pensamento mítico.* II. *O pensamento mítico e o direito.* III. *O mito do legislador racional.* IV. *A instituição judiciária e o mito do grande oráculo.* V. *As decorrências hermenêuticas da mitologia positivista.* VI. *A política judiciária conformada pelos enunciados do TST.* VII. *Algumas premissas para repensar a função judicial.*

RESUMEN: O presente trabalho pretende construir uma abordagem crítica da Instituição Judiciária no Brasil, tendo como referencial teórico a obra “Direito, Mito e Razão”, dos autores belgas Jacques Lenoble e François Ost. As relações de poder no interior de instituição e a hegemonia ideológica exercida pelos Tribunais Superiores são examinadas a luz dos mitos do legislador racional e do juiz-oráculo, descritos pelos autores belgas. O autor formula a hipótese de que a definição do julgador como um agente servil de uma vontade heterônoma, cumpre a função de recobrir os tribunais com uma máscara ideológica que permite aos seus membros desvencilhar-se das reais determinações do direito.

ABSTRACT: The present paper aims at presenting a critical study of the Judiciary Institutions in Brazil, having as theoretical basis the book “Droit, Mythe et Raison” written by the Belgian authors Jacques Lenoble and François Ost. The power relationships inside an institution and the ideological hegemony exercised by the Superior Court are analysed through the myths of the rational legislator and the judge functioning as an oracle, thus described by the Belgian authors. The author of this paper presents the hypothesis that the definition of a judge as a servile agent of an heterony-

¹ O autor é advogado militante em Porto Alegre, Brasil.

mous will, attributed to an imaginary legislator, performs the function of providing the court with an ideological mask allowing its members to free themselves from the true tasks of the law.

I. O PENSAMENTO MÍTICO

1. *O mito no mundo primitivo*

Para o homem primitivo inexistia uma linha divisória entre o homem e o resto da natureza. Há na sua mente uma só comunidade —uma sociedade formada pelos homens e também pelos demais seres concebidos como homens— onde todos são submetidos à ordens ditadas por entes sobrenaturais (míticos) e considerados destinatários de normas de comportamento emanadas das mesmas entidades. Figuras fantasmagóricas, deuses e demônios, povoam o universo do homem primitivo.² O que unifica todos os integrantes dessa comunidade é a submissão a vontades externas, desses seres imaginários, a quem é conferido o poder instituinte da própria comunidade. Este estado de falsa consciência, que remanesce ainda hoje na sociedade humana, é identificado por Castoriadis como heteronomia, onde o heteros é “o outro, que deu a lei”.³

O pensamento mítico, segundo a escola antropológica, constitui uma expressão simbólica de profundas emoções humanas que ignora o princípio da não contradição, é insensível às seqüências causais, diferenciando mal o sujeito do objeto, e é regido por uma lei de participação que assimila as coisas mais diversas entre si. Estes processos fariam do mito não apenas algo diferente de nosso sistema conceitual, mas o seu contrário, o seu inverso.⁴ Vernant, entretanto, considera que esta abordagem restringe o fenômeno na medida em que se limita a descrever o pensamento mítico extremado- o do pensamento lógico, sem atentar para o fato de que ele reflete de alguma forma a realidade empírica e tem incidência sobre ela. Impõe-se, no seu entendimento, a pesquisa desta relação entre o mito e a realidade, para o que seria necessário considerá-lo uma língua a decifrar.

2 Cassirer, Ernst, *El mito del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1974, p. 29.

3 Castoriadis, Cornelius, “Psicoanálise e protejo de autonomia”, *Revista do Centro de Estudos Psicanalíticos de Porto Alegre*, CEP-PA, año I, núm. 1, p. 108.

4 Vernant, Jean Pierre, *Mito e Sociedade na Grécia antiga*, tradução Myriam Campello, Rio de Janeiro, José Olympio, 1992, p. 184.

O fato é que o surgimento da expressão simbólica, lingüística, no homem primitivo, inaugurou um longo e interminável processo de aproximação e de apropriação da objetividade real empírica pelo sujeito cognoscente —o homem. É natural que no seu nascedouro o processo constitutivo das expressões lingüísticas (o processo de conhecimento) tivesse um reduzido grau de autonomia em relações as emoções; que estas expressões fossem menos “libertas” dos desejos, vale dizer, mais atreladas às suas fortes de terminações psíquicas.

A função cumprida pelo mito na fase inaugural da apreensão do mundo pelo pensamento é a de regulador da vida social. Assim, dando o valor de paradigma, propicia um modelo de referência que permite situar, compreender e julgar os fatos que ocorrem na comunidade. Conforme observa Vernant, com os olhos postos na Grécia antiga, “ao se re fratar através das aventuras lendárias dos heróis ou dos deuses é que os atos humanos, pensados na categoria da imitação, podem marcar seu sentido e situar-se na escala de valores”.⁵

2. *O mito no mundo moderno*

A visão antropomórfica do mundo, própria do mito, foi sendo superada à medida que o comportamento das coisas foi deixando de ser visto como expressão de vontades para ser descrito como efeito de causas. Este deslocamento deu ensejo ao surgimento das ciências da natureza, cujo avanço produziu o gradual alijamento do pensamento mítico da visão do mundo natural.

No mundo moderno, o pensamento mítico, exorcizado do universo das ciências naturais, acantonou-se no universo próprio das ciências sociais, particularmente na esfera política, onde remanesce aquela tendência do homem primitivo de submeter-se e submeter a vida social à vontade sobrenatural de divindades —agora postas como entes de razão— cuja presença é marcante no que se convencionou chamar de imaginário social. Vale dizer, a heteronomia —manifesta na vida cotidiana do homem primitivo— remanesce sob novas formas, matizadas e sutis, na vida social do homem moderno, que se fez vassalo desses entes de razão para esconder o fato relevante de que a sociedade humana é que institui a si mesma.⁶

⁵ *Ibidem*, p. 180

⁶ Castoradis, Cornelius, *op. cit.*, nota 3, p. 108.

A descrição do mito como fenômeno de personificação do desejo coletivo —concebida pelo francês E. Doutté para explicar a gênese dos deuses e demônios da sociedade primitiva— fornece também a chave para o entendimento dos mitos modernos. Os atributos sobre-humanos conferidos pelo homem moderno ao “grande homem”, eleito como salvador, seriam a expressão do desejo coletivo de encontrar um guia onisciente e onipotente para a sociedade. Mas, além disto, o homem moderno cria entidades imaginárias, entes de razão a que são atribuídas relevantes funções na vida social, conferindo-lhes atributos humanos —vontade, poder, sentimentos, etcetera— sem observar, na fixação destes atributos, os limites inerentes ao homem. Estes seres fictícios, sobre-humanos, são também personificações de desejos coletivos.

O que diferencia o fenômeno da personificação de desejos coletivos no homem moderno e no homem primitivo, segundo Cassier, é que o primeiro, comprometido com a racionalidade de que se jacta, constrói sempre uma teoria justificadora de seu credo.⁷ É necessário observar também que no mundo moderno, embora os mitos estejam sempre embasados em desejos coletivos, muitas vezes eles são produzidos conscientemente por uma parcela minoritária da sociedade para o “consumo” da maioria. Os grupos que detém a hegemonia da cultura na sociedade e o controle dos meios de comunicação modernos, podem, não só criar os mitos, como também produzir, por indução, os desejos coletivos que haverão de dar-lhes sustentação. Capella constata a existência hoje de uma indústria de produção massiva de sentimentos de carência que “coloniza” as consciências, difundindo socialmente mitos políticos voltados para suprir o caráter crescentemente vazio do sistema representativo.⁸

3. *O substrato social da mitificação do estado*

Kelsen, não o da Teoria Pura, mas “el otro Kelsen”, revela que a propagação dos mitos encontra suporte na estrutura emocional do homem moderno, constatando a existência de um notável paralelismo entre a sua religiosidade e a sua socialidade. Observando as linhas diretrizes de seu estado de ânimo, Kelsen conclui que seus estados emocionais frente a Deus e a sociedade são idênticos. Ao saber que está vinculado inelutavelmente a

⁷ *Ibidem*, p. 58.

⁸ Capella, Juan Ramón, *Los ciudadanos siervos*, 2ª ed., Madrid Trotta, 1993, p. 80.

outros, o indivíduo sente neles companheiros, mas, por outra parte, se sente prisioneiro da rede de conexões formada pelos múltiplos vínculos interindividuais e, portanto, como parte não autônoma de um todo, cujo sentido radica nesta conjunção de partes que se completam. Esse todo —o todo social— é assim experimentado pelo indivíduo como algo situado por cima de si, como algo superior que possibilita e condiciona sua própria existência, o que suscita nele um sentimento de dependência. E esta representação da subordinação e dependência instaura a figura complementar de uma autoridade que instituiu o intrincamento social e o vínculo social, autoridade instituinte da sociedade na forma da qual ela se introjeta no indivíduo.⁹ Esta figura de autoridade tende naturalmente a se corporificar no Estado. A incondicional dependência através da qual a sociedade penetra e domina cada vez mais seu espírito e, de outro lado, a autoridade com a qual a deidade toma posse da alma do indivíduo não apresentam diferença alguma de essência e nem de grau, segundo Kelsen.

Na mente do homem primitivo o rei é idêntico a Deus, ou passa a seus olhos por representante de Deus e seu mandamento por expressão da vontade divina.¹⁰ Esta equação perdura no discurso jurídico até o advento do Estado moderno: a lei posta pelo soberano foi tida sempre como expressão da vontade divina. A instauração do Estado de Direito é que vem produzir a ruptura formal dessa relação de identidade, até então propagada sem modificações. Nestas condições, o discurso apologético do jus positivismo, amplamente hegemônico em nosso meio, encontra respaldo na memória da espécie alojada no inconsciente coletivo para divinizar o Estado entronizando-o no lugar do soberano. Por outro lado, reforça a tendência de perpetuação dessa identidade.

4. *O positivismo, o senso común jurídico e o pensamiento mítico*

O Estado moderno, separado da sociedade e a ela sobreposto, passa a representar efetivamente, no espírito do indivíduo, o todo social, assumindo a função hipotética de autoridade instituinte da sociedade. No mundo contemporâneo, o discurso voltado para a identificação do Estado com Deus encontra terreno fértil no inconsciente do indivíduo, não só em face do que

⁹ Kelsen, Hans, "Dios y Estado", em Correas, Óscar (comp.) *El otro Kelsen*, México, UNAM, 1989, p. 246.

¹⁰ *Ibidem*, p. 247.

consideramos a memória da espécie, como também porque ele está hoje, ainda mais dependente do (e dissolvido no) todo social. Esta dependência/dissolução produz nele um estado emocional cada vez mais propício a introjeção dos poderes e das instituições do Estado como entes mágicos, dotados de atributos sobre humanos, vale dizer, como divindades.

Persiste, assim, na vida social da modernidade, uma base real para a propagação dos mitos, propícia para a conformação de um imaginário social dominado pela figura divinizada do Estado, investido na função mágica de promotor da felicidade geral, tarefa cometida originalmente à Deus.

Este o substrato do senso comum jurídico sobre o qual se sustenta o ideário positivista, que coloca acima dos três poderes, um ente dotado de vontade —ente místico e transpessoal, de que os três poderes seriam apenas a manifestação palpável, como órgãos que expressam essa vontade onipotente.¹¹ Deitando raízes na estrutura emocional do homem moderno, cada vez mais submetido às determinações da objetividade, a doutrina apolética do Estado burguês é dotada de grande tenacidade, resistindo às evidências empíricas de sua insolvência enquanto instituição humana reguladora universal das relações no interior da sociedade e promotora do progresso.

II. O PENSAMENTO MÍTICO E O DIREITO

1. *Os mitos conformadores da racionalidade jurídica*

A relação entre direito e mito não se limita à presença subversiva do pensamento mítico no interior do raciocínio jurídico aparentemente lógico, que daria ensejo às ideologias, no sentido marxiano de “falsa consciência”. Conforme observam Lenoble e Ost, a lógica jurídica se inscreve em um contexto conformado por significações sacralizadas, estruturadoras de uma esfera de categorias fixas, essencialmente míticas, dentro da qual se desenvolve um discurso jurídico fechado, marcado pelo dogma. Em razão de sua inscrição em um universo dominado pelo desejo e a crença —o universo do mito— a racionalidade jurídica seria a um só tempo lógica e fantasmagórica.¹² Dentre estes mitos, encontram-se o do legislador racional e o mito do grande oráculo.

¹¹ García de Enterría, Eduardo, *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho*, Madrid, Civitas, 1984, p. 27.

¹² Lenoble, Jacques; e Osr, François, *Droit, Mythe et Raison. Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique*, Bruxelles, publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1980, p. 4.

O processo de instauração destes mitos obedece a lógica que foi estudada por Freud ao desvendar os procedimentos pelos quais se puderam defender os dogmas religiosos. Além da técnica do creio porque absurdo, recorre o pensamento religioso a filosofia do “como se”, anteriormente estudada por Vaihinger. Esta “filosofia” consiste em incluir em nossos processos cognitivos hipóteses cuja ausência de fundamento, inclusive seu caráter absurdo nos aparece com clareza. Nós as chamamos de ficções, mas em virtude de numerosas razões práticas, devemos conduzir-nos como se acreditássemos nestas ficções.¹³

Este é, sem dúvida, o processo construtivo do mito do legislador racional —um ente imaginário colocado em lugar do legislador real— capaz de produzir obra perfeita. Este também o processo construtivo do mito do grande oráculo, como adiante se verá. O fundo comum destes mitos, em que se ancora o direito moderno, é o culto da razão: ambos veiculam a idéia de que a ordem jurídica, posta na lei e expressa através dos Tribunais é obra da razão. Con forme observa Luiz Inácio Adams, a Razão iluminista, instituidora de uma ordem no mundo para dominá-lo, propiciando assim o progresso do homem, é a marca do positivismo jurídico.¹⁴

2. Os mitos e a ordem jurídica

A dominação social, na medida em que se exerce concretamente através do direito, necessita que ele seja legitimado para produzir o consenso indispensável à manutenção de um mínimo de coesão social. Eros Roberto Grau sustenta que os mitos modernos, conformadores do pensamento jurídico ocidental contemporâneo, cumprem esta imprescindível função de justificação: são instituídos conscientemente para validar a ordem jurídica burguesa e legitimar a obediência às suas prescrições. Para ele, o momento de desmitização da cultura anunciado pelo iluminismo racionalista —que pretendeu ser a superação definitiva da obscuridadedos mitos, características marcantes das Idades Antiga e Média— foi apenas um momento de substituição de mitos: “mitos irracionais ou inconscientes são, então, substituídos por outros, mitos também, porém definitivamente conscientes e racionais nos que os inventam como racionais e conscientes, embora

¹³ Ots, François y Kerchove, Michel Van de, *Materiales para una teoría crítica del derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1991, p. 114.

¹⁴ Adams, Luiz Inácio, *Razão Jurídica e Direito*, mimeo, p. 7.

hermeticamente, foram aqueles, nos que os inventaram”.¹⁵ No seu entendimento, os mitos modernos são impostos à sociedade como instrumento linguístico de quem tem condições de exercer ideologicamente a dominação social.

Estes mitos, conscientemente mantidos pela ideologia jurídica dominante, são propagados nas escolas e perpetuados no Poder Judiciário. Conforme veremos, o aparelho judiciário, convenientemente estruturado para assegurar a hegemonia dos Tribunais Superiores através da concentração do poder no topo da Instituição, cumpre, além da função basilar de dirimir os conflitos no seio da sociedade, o papel de instaurar —através da interpretação autêntica da lei— uma ordem jurídica determinada, resultante de uma das leituras possíveis do sistema jurídico vigente, leitura esta apresentada sempre como a única possível e verdadeira.

Neste processo, segundo a teologia positivista, a atividade judicante é exercida como se os julgadores se restringissem ao desvendamento, através de simples operações lógicas, da vontade do legislador racional, ente imaginário colocado em lugar do legislador real. Instaurase, assim, o mito do juiz oráculo —outro ente imaginário, colocado no lugar do julgador real, que seria capaz de exercer uma atividade livre de toda subjetividade humana. Este mito, como veremos a seguir, funciona como um manto protetor, uma máscara ideológica, que permite aos Tribunais Superiores transgredir ou negar vigência aos princípios e às normas dominantes do sistema jurídico sem macular sua imagem social, que é encimada pelos braços do equilíbrio, da prudência, da isenção e da neutralidade em face dos interesses particulares em conflito. É essa máscara ideológica que permite aos Tribunais negar eficácia normativa material à Constituição, ou mitigar os seus preceitos quando eles se contrapõem à lógica da economia para realizar a vocação maior do direito: o domínio do homem sobre as de terminações da objetividade.

III. O MITO DO LEGISLADOR RACIONAL

1. *O Estado liberal de direito e a consagração do império da lei*

A instituição do mito do legislador racional tem sua gênese na Revolução Francesa. Historicamente ele se manifesta no processo de deslocamento do

¹⁵ Grau, Eros Roberto, *A Constituinte e a Constituição que Teremos*, San Paulo, Revista dos Tribunais, 1985, p. 21.

poder concentrado no monarca para a lei escrita. A Lei, convertida em monopólio do Estado Moderno, assume a forma de lei escrita em busca da segurança das relações jurídicas. Esta segurança, veiculada como um interesse universal da sociedade, fora projetada pelas novas classes dominantes para atender a necessidade objetiva de fluidez das operações mercantis em expansão, que correspondia aos interesses particulares dessas classes. Para ser superlegitimada como a fonte do direito, a lei é descrita como obra da Razão; a vontade racional do povo soberano expressa na assembléia legislativa é a fonte exclusiva de sua imperatividade. Trata-se agora de uma razão diversa da razão divina, até então veiculada pelo soberano destronado, mas adornada pelos mesmos atributos de onisciência e onipotência.

Fundando o reino das leis, o Estado de Direito Liberal realizava-se como Estado de razão, onde a cooperação da representação popular — expressão da soberania do povo — garantia “a realização de uma justiça imanente ao livre encontro das autonomias individuais e o caráter geral e abstrato das leis assegurava a segurança e a previsibilidade requeridas pela autoregulação do mercado”.¹⁶

O mito da Razão iluminista valeu, portanto, ao novo direito, como idéia justificadora, adotada para instaurar a fetichização da lei escrita. Este movimento, tendente a reduzir todo o direito à lei escrita, foi restringindo o campo de incidência do direito natural e decretando o triunfo da Razão mediada pela atividade ordenadora do Estado moderno sobre a Razão pura, veiculada pelo jusnaturalismo. A consagração da lei escrita como a fonte do Direito, além de ensejar a vitória do jus positivismo sobre o jusnaturalismo, afirmou a autonomia do direito frente a moral.¹⁷ Enquanto a lei moral tem em conta a motivação dos atos humanos, exigindo o seu cumprimento por dever ético, o direito se conforma com a mera legalidade, com a conformidade dos mesmos atos com as normas legais, forte em que estas são obras da Razão.

2. *A instruturação do mito do legislador racional*

O legislador revolucionário, investido do monopólio da produção normativa, optou pela edição dos códigos, objetivando assegurar a unidade

¹⁶ Novais, Jorge Reis, *Contributo para uma teoria do Estado de Direito*, Coimbra, Livraria Almedina, 1987, p. 89.

¹⁷ Lenoble, Jacques; e Ost, François, *op. cit. supra*, nota 12, p. 17.

lógica e a completude da Lei. E, estando imbuído do ideal de perfeição, esta perfeição foi desde logo propagada como existente, com respaldo na legitimação conquistada pela revolução vitoriosa, que permitia à nova classe no poder falar em nome dos interesses universais. O dogma da perfeição do texto produzido pelo legislador real, no entanto, não resistiu muito tempo, em face das lacunas, contradições e ambigüidades que foram reveladas pelas crescentes divergências de interpretação no momento em que a lei era aplicada. Para manter a sacralização da lei, foi necessário operar a separação entre a letra da lei e o seu sentido real, entre o signo —imperfeito, em face das limitações humanas— e o significado, que seria sempre racional e perfeito. Instaura-se assim uma instância mental, um sentido, que não coincide necessariamente com o das palavras que compõe o texto da lei—. ¹⁸ Tratase de um pensamento que se incorpora ao texto como a alma adere ao corpo, sem confundir-se com ele.

Não se tratava mais da vontade do legislador real, que é plúrima e necessariamente contraditória em face dos conflitos de interesses subjacentes à sua elaboração; vontade que é marcada por ambigüidades e lacunas, inafastáveis em face da imperfeição humana. Mas a de um legislador ficto, abstrato, único, capaz de produzir obra unitária, coerente e não contraditória, isenta de lacunas e ambigüidades. Sistema em que os vazios, as contradições, as imprecisões, seriam apenas aparentes, porque devidas às insuficiências da linguagem do legislador real. Incapazes, portanto, de ensejar dúvidas sobre a onisciência de seu autor imaginário da lei. ¹⁹

Além do atributo da perfeição, a Lei teria plena eficácia na ordenação do mundo, produzindo a felicidade geral, o que confere a este ser transcendente, também o predicado da onipotência. Eis aí, por inteiro, o mito do legislador racional: uma ficção instaurada pelo pensamento iluminista, um ente de razão adornado com os atributos divinos da onisciência e da onipotência.

Sua existência, ou melhor, sua pseudo-existência, exige, como se verá, na aplicação do direito, a institucionalização de um sistema racional voltado para o desvendamento seguro desta vontade fictícia, cuja univocidade deve ser preservada para a própria sobrevivência do mito. ²⁰

¹⁸ Calvo García, Manuel, "La voluntad del Legislador: Genealogía de una ficción hermenéutica", *Doxa*, Alicante, 1986, p. 117.

¹⁹ *Ibidem*, p. 114.

²⁰ Lenoble, Jacques; e Ost, François, *op. cit. supra*, nota 12, p. 75.

3. *Os atributos do legislador racional*

Os atributos do legislador racional haviam sido identificados por Hobbes no soberano, ou no Estado, visto como homem artificial, que sintetiza poder, vontade e razão. Para ele, os fins e propósitos da lei —sendo ela a todo Estado— devem supor-se sempre em harmonia com a equidade e com a razão. Hobbes sustentou também que o significado da lei não está na sua letra, mas na intenção do legislador, com base na qual a letra pode ser corrigida.²¹

No projeto Rousseauiano, a soberania se desprende da figura do monarca, ou do Estado, para deitar raízes no povo. Mas a figura extraordinária de legislador postulada por Rousseau é concebida como um ente de razão, idealizado como um ser capaz de encarnar a vontade geral, ela própria uma ficção destinada a legitimar o império da Lei, a que devem se submeter tanto os homens comuns como os governantes. Os atributos do legislador racional, considerado um homem extraordinário, são explicitados pelo autor do *Contrato Social*:

para descobrir as melhores regras de sociedade convenientes às nações, far-se-ia preciso uma inteligência superior que visse todas as paixões e não provasse nenhuma; que não tivesse nenhuma relação com nossa natureza e a conhecesse no íntimo; cuja felicidade fosse independente de nós, e que, portanto, quisesse ocupar-se da nossa; enfim, que, no progresso dos tempos, procurando-se uma glória longínqua, pudesse trabalhar em um século e usufruir em um outro. Haveria necessidade de deuses para dar leis aos homens.²²

Foi esta entidade imaginária, divinizada, postulada por Rousseau, que a revolução vitoriosa entronizou ao proclamar que a lei era a expressão da “vontade geral”, uma vontade universal também imaginária.

4. *Ascensão e queda do mito do legislador racional*

A nova sociedade instaurada pela grande Revolução, emergindo da sociedade medieval, decretou a extinção das vontades particulares representadas pelos testamentos da velha sociedade e, negando a existência de conflitos em seu interior, instituiu a igualdade formal proclamando a criação

21 Calvo García, Manuel, *op. cit.*, nota 18, p. 120.

22 Rousseau, Jean-Jacques, *O Contrato Social e Outros Escritos*, São Paulo, Cultrix, p. 50.

do reino da igualdade. Como nos seus primórdios ela ainda não havia engendrado as enormes desigualdades sociais que a caracterizaram mais tarde, a ficção da vontade geral e o mito do legislador racional estavam lastreados na formação histórica concreta. E a categoria iluminista lei-expressão-da-vontade-geral, que pressupõe a existência do legislador racional, central no Estado de Direito Clássico, de uma certa forma era um reflexo da sociedade real. Hoje a ficção da vontade geral e o mito do legislador racional remanescem como ideologia no discurso apologético do Estado moderno, reiterado monotonamente pelos juspositivistas.

García de Enterría, constatando a desvalorização moral e social da lei como técnica de governo humano, identifica o ponto culminante do processo dialético de esvaziamento dos grandes dogmas que condicionavam e implicavam o positivismo. Segundo o seu magistério,

el positivismo legalista era tributario del gran ideario ilustrado de la legalidad, con su equiparación metafísica entre ley y razón, y, a la vez, en cuanto construido sobre los dogmas rousseauianos, partía de la estricta correspondencia entre ley, como emanación de la voluntad general, y libertad humana. El advenimiento de 'el reino de la ley' fue saludado así como la aurora de una época nueva y luminosa en la que la 'alienación' del individuo en la sociedad (que había hecho de aquél un ser 'encadenado' desde los orígenes mismo de la Historia) quedaría definitivamente rota, y fundado con ello la posibilidad de un hombre nuevo. Aquellas ideas y estas esperanzas se han quemado del todo desde que fueron propuestas. La sociedad actual no las comparte ya, y, mucho más, ocurre todavía que, como un resultado de la experiencia histórica inmediata, ha comenzado a ver en la ley algo en sí mismo neutro, que no sólo no incluye en su seno necesariamente la justicia y la libertad, sino que con la misma naturalidad puede convertirse en la más fuerte y formidable 'amenaza para la libertad', incluso en una 'forma de organización de lo antijurídico', o hasta en un instrumento para 'la perversión del orden jurídico'.²³

O processo descrito traz como resultado a dessa cralização da lei e do Estado de Direito, com a dissolução do mito do legislador racional. A lei perde a sua autoridade como instrumento de organização social. A perda de eficácia da lei abala profundamente a dominação política das classes sociais hegemônicas, impondo-lhes o desafio da restauração de sua legitimidade, para que possa cumprir sua função imprescindível.

23 García de Enterría, Eduardo, *op. cit. supra*, nota 10, p. 27.

A possibilidade de superação da crise surge com a instauração do Estado Democrático de Direito, que implica na renúncia à pretensão de onipotência que marcou o Estado Moderno, ainda hoje veiculada pelo discurso apoloético do jus positivismo. O restabelecimento da legitimidade da lei como instrumento de organização social poderá surgir da modificação do conteúdo desta categoria. A lei-expressão da-vontade-do-legislador-racional, cede lugar à lei-mediação-jurídica-das-relações-conflitivas; lei que é, assim, reconhecida como ato resultante da ação política de agrupamentos sociais portadores de interesses divergentes ou conflitantes. Reconhecido como algo profano, portanto.²⁴

IV. A INSTITUIÇÃO JUDICIÁRIA E O MITO DO GRANDE ORÁCULO

1. *Da entronização do legislador racional ao mito do juiz-oráculo*

Lenoble e Ost revelam que o quadro institucional no qual se exerce a função de julgar não é neutro. Há nele um ordenamento destinado a viabilizar a realização de um fim colimado. As instituições concebidas pelo legislador revolucionário, superando o estado de dispersão preexistente, são estruturadas pela idéia-diretriz de que a função de julgar tem o sentido de revelação da vontade do legislador racional. Esse aparelho, ao produzir uma interpretação autêntica da lei, para que ela corresponda ao “desvendamento” da vontade do legislador racional, deveria ser capaz de ratificar seus atributos, todos excedentes da condição humana, a começar pela univocidade. A prestação jurisdicional, propagando o simbolismo da unidade, haveria de cumprir a função de introjetar no imaginário social a ordem jurídica afirmada pelo Poder Judiciário enlaçada com a idéia de verdade, que é una e indivisível.²⁵ Daí porque o primeiro atributo da lei a ser ratificado na prestação jurisdicional é o da sua univocidade.

Se o estado de dispersão pré-existente ensejava a hipertrofia do poder dos juízes, o quadro instaurado pelo pensamento iluminista —fundado na idéia de que a lei, sendo obra da Razão, é capaz de tudo prover e de forma justa— deveria produzir juízes obedientes à lei. No umbral do projeto de Código Civil da Revolução chegou a ser inscrita norma segundo a qual “o primeiro efeito da lei é o de terminar toda a especulação e de fixar todas as

24 Coelho, Rogério Viola, *A Relação do Trabalho com o Estado*, São Paulo, LTR, p. 17.

25 Lenoble, Jacques; e Ost, François, *op. cit. supra*, nota 12, p. 26.

incertezas sobre os pontos que ela regra”. Em consequência, o Poder Judiciário seria um mero “órgão de execução do poder legislativo”, que aplicaria automaticamente a lei, realizando um trabalho menor, de funcionário subaltero —uma operação simples de subsunção do fato à norma.

O ato de julgar ficando reduzido a um silogismo, a uma operação lógico-formal, estaria assegurada a plena neutralidade do Juiz. Essa idéia de submissão à lei, conformadora também da imagem do Juiz moderno, ainda hegemonizada pelo pensamento positivista, está nitidamente ancorada, assim, nas qualidades eminentes conferidas ao autor imaginário do texto, a esse ente fantasmagórico posto em cena pela mitologia do iluminismo.²⁶

Nessa fase inaugural, levando às últimas consequências a instrumentalização dos juízes, o surgimento de interpretações conflitantes nos Tribunais sobre o conteúdo de uma norma determinada dava ensejo a provimento legislativo destinado a dirimir o conflito interpretativo. Em breve tornou-se ineludível a insuficiência da referência legislativa para assegurar o fechamento lógico da jurisprudência. A função de superação dos conflitos interpretativos, absolutamente indispensável para manter a sacralização da lei, foi deslocada então para um órgão do próprio Poder Judiciário, a Corte de Cassação, que passou a ser o Guardião Supremo da Lei, consolidando-se a sua estrutura atual.

A propagação da mitologia descrita, segundo ainda Lenoble e Ost, ficou assegurada por esta estrutura centralizada e piramidal, capaz de conjurar toda disfunção do sistema jurídico.²⁷ Os juízes não seriam mais aqueles seres inanimados, mas o seu labor hermenêutico, projetado pela estrutura descrita, haveria de direcionar-se exclusivamente para o desvendamento da vontade desse ente mítico, cabendo-lhes apenas explicitá-la no caso concreto. Em consequência, no exercício da prestação jurisdicional, haveriam de afastar qualquer consideração valorativa, abstrair inteiramente os princípios de justiça próprios ou da sociedade, controlar inteiramente suas paixes, olvidar sua própria concepção de mundo e de sociedade, enfim, despojar-se de toda a sua subjetividade humana para poder —como um verdadeiro oráculo— auscultar aquele legislador hipotético, captando com absoluta fidelidade sua vontade, imperfeitamente expressa no texto da lei. A decisão judicial seria, assim, a manifestação dessa vontade onisciente e

²⁶ *Ibidem*, p. 35.

²⁷ *Ibidem*, p. 36.

onipotente no caso concreto, a realização dos desígnios desse ente divinizado no mundo real.

2. A estrutura do judiciário e o mito do grande oráculo

Neste sistema, naturalmente, as leis correspondem aos evangelhos que, embora escritos por homens, seriam a materialização (imperfeita) da vontade de Deus, cabendo aos sacerdotes, seus representantes na terra, desvendá-la. Os juízes singulares —sujeitos a invencíveis limitações e paixões humanas— tenderiam naturalmente a agir como oráculos fragmentários, dispares, habitualmente contraditórios, na tradução da vontade divinizada do legislador hipotético. Assim como a necessidade de revelar uma vontade divina unívoca deu ensejo a estrutura hierarquizada da Igreja, entronizando no seu topo a autoridade infalível do Papa, a estrutura monárquica do Poder Judiciário encontra seu fundamento na natureza divinizada do legislador racional. Ao órgão situado no topo desta estrutura —guardião supremo da lei— caberia a função maior de assegurar a uniformidade dos oráculos, conferindo à lei aquele caráter majestático que lhe era tão necessário para afirmar o seu império.

Constituiu-se, assim, uma Corte cardinalícia que —além de exercer o poder de uniformizar o entendimento sobre a vontade contida na lei— ficou investida do poder disciplinar e da atribuição de controlar a carreira dos juízes, elementos que, naturalmente, contribuem para a afirmação de sua hegemonia ideológica sobre o corpo de magistrados. Este poder —hoje exacerbado pela faculdade conferida aos Tribunais Superiores de sumular preventivamente matérias tidas por relevantes— submete a atividade judicante à autoridade de “artigos de fé”, da mesma forma que as bulas papais se impõem aos sacerdotes, sepultando os entendimentos divergentes sobre as matérias versadas. A plenitude da racionalidade, conferida por esta doutrina aos colegiados dos Tribunais Superiores, constitui o fundamento e a justificação do arbítrio de que desfrutam estas Cortes no recrutamento de juízes para o suprimento de suas vagas, legitimando-se assim a filtragem ideológica subjacente, bem como o fundamento para a vitalicidade de seus membros nos seus cargos cardinalícios. Os órgãos situados no topo das Instituições Judiciárias são soberanos. Todas as questões interna corporis obedecem a processos decisórios de sentido único, de cima para baixo, reservando-se para os magistrados situados na base da pirâmide a condição

de súditos nesta instituição medieval, o que é manifesto até no temor reverencial que revelam os juízes pelos membros dos Tribunais Superiores.

A Corte Superior, assim concebida, ficou conformada como um grande oráculo, capaz de revelar, transmitir e fazer valer a vontade do legislador racional como uma vontade unívoca. Os rituais, as vestes e as pompas mantidas até nossos dias pelos Tribunais Superiores, verdadeiros templos, servem também ao objetivo de introjetar e manter no imaginário social o mito do “grande oráculo”. Como se vê, não parece ser obra do acaso a semelhança da estrutura da Instituição Judiciária com a da Igreja, destinada a afirmar a vontade de Deus na Terra.

3. *A concentração do poder na instituição judiciária*

Os efeitos do poder disciplinar verticalizado, exercido de forma crescente no interior do aparelho Judiciário, não podem mais ser subestimados. Como observa Foucault, não se pode descrever o fenômeno do poder — que só se manifesta nas relações de poder — apenas pelos seus efeitos negativos, como repressão, censura, exclusão. O poder tem efeito constitutivo, ele “produz o real; produz domínios de objetos e rituais de verdade”. O exercício de um poder disciplinar autoritário não só organiza o espaço e controla o tempo, como também carrega a vigilância que chega a “impregnar quem é vigiado de tal modo que este adquire de si mesmo a visão de quem o olha”. Daí porque, Foucault conclui que “o poder é produtor de individualidade” e que, na sociedade capitalista, à medida em que o poder disciplinar se torna mais anônimo e funcional, aqueles sobre quem ele se exerce tendem a ser mais fortemente individualizados.²⁸

A exacerbação do poder disciplinar — que nessa sociedade é um fenômeno observado originalmente na fábrica — tende a elastecer-se, alcançando as instituições produtoras de serviços, que são crescentemente tensionadas pela mesma necessidade objetiva de funcionar com o máximo de rapidez e o máximo de eficiência. Da imposição desta lógica não fica imune o Poder Judiciário, em que pese a resistência manifestada pelos Juízes, que pertencem inescusavelmente ao gênero dos trabalhadores intelectuais, nesta condição produtores de serviços.

A necessidade de sujeição a essa lógica, impulsionadora da ação crescente de um poder disciplinar autoritário, dirigido para “fabrica-los” como

28 Foucault, Michel, *Microfísica do Poder*, Vozes, pp. XVI- XVIII.

individualidades alienadas, propiciado a maximização de sua produção, parece reforçar nos magistrados de primeira instância a tendência, apontada por José Eduardo Farias, de serem “em maior ou menor grau cultural e ideologicamente ‘amalgamados’ por seu ethos predominantemente formalista e tecnicizante”.²⁹ Com efeito, aderindo passivamente aos critérios de interpretação da lei cristalizados nos enunciados dos tribunais superiores, ganham celeridade e segurança, ao mesmo tempo em que demonstram estar em conformidade com os cânones de justiça consagrados pela Instituição. Perpetua-se e acentua-se, assim, a tendência de serem os juízes hegemônicos ideologicamente pela Corte cardinalícia situada no topo da Instituição, investida do status de grande oráculo do legislador racional, divindade a quem os magistrados são “treinados” para servir sacerdotalmente desde os bancos acadêmicos, através da pregação positivista oficializada em nosso País, pregação que equipara nossas faculdades de direito aos seminários maiores.

4. *A desestabilização do mito do grande oráculo*

A dessacralização da lei, no contexto do Estado Democrático de Direito, tende a desestabilizar o mito do grande oráculo, que sustenta a estrutura monárquica do Poder Judiciário, burocratizada, verticalizada e antidemocrática, voltada para assegurar a concentração de todo o poder jurisdicional no topo da Instituição. Com efeito, a lei, no Estado Democrático de Direito, passa a ser vista como algo profano, como um produto cultural que reflete e condensa as relações de força existentes entre os grupos sociais, realizando uma mediação jurídica (vale dizer normativa) das relações conflitivas, mediação esta que deve realizar os canones de justiça inscritos na Carta Política. Na medida em que se concebe a lei como algo profano e em que a ciência do direito confere aos princípios plena eficácia normativa material, o Poder Judiciário terá de assentar-se sobre outros pilares —também profanos agora como um poder temporal, laico, estruturado por princípios democráticos, capaz de implementar os valores da sociedade. Estes valores tanto se inserem nos princípios consagrados pela Constituição, na medida em que ela é legitimamente instituída, como se expressam nos princípios jurídicos não positivados, reconhecidos, uns e outros, modernamente, como normas jurídicas.

29 Faria, José Eduardo, “Justiça e Conflito”, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, p. 29.

V. AS DECORRÊNCIAS HERMENÊUTICAS DA MITOLOGIA POSITIVISTA

1. *A descrição positivista da atividade judicante como máscara ideológica*

Jerzy Wroblewski, em estudo sobre a aplicação judicial do direito, observa que, em suas manifestações, os Tribunais expressam suas concepções a respeito da atividade judicante e freqüentemente formulam implicitamente idéias a respeito do papel do juiz, enquanto que a doutrina jurídica precisa com freqüência o lugar do juiz no direito e formula as metas que a prestação jurisdicional deve alcançar. Mas, verificando que resta sempre alguma indeterminação e uma relativa indefinição, conclui que não se pode falar em doutrinas ou em teorias, preferindo falar da existência de ideologias conformadas pelas manifestações que podem ser recolhidas nestas fontes. No seu magistério, o pensamento teórico do jus positivismo, nesta questão, propaga a ideologia da decisão vinculatória, que corresponde às idéias políticas do Estado Liberal de Direito. Esta ideologia propagou a crença “de que la decisión judicial está determinada completa y estrictamente por la ley, las decisiones son ciertamente tan seguras y estables que las leyes mismas. Podemos agregar que son las leyes estas mismas leyes creadas por el parlamento las que deciden sobre los casos concretos. El parlamento decide lo que debe hacerse, lo que es justo....”³⁰

Cumprir lembrar que ultrapassada a fase inicial da grande revolução, em que se acreditou que a literalidade da lei, sendo esta obra da razão, não daria margem para interpretações divergentes registrou-se a evolução para a fase da separação entre o espírito da lei e sua literalidade, quando foi entronizada formalmente a figura mítica do legislador racional em lugar do legislador real (parlamento), cabendo ao juiz o desvendamento do pensamento desse legislador imaginário, como vimos anteriormente. Assim, no primeiro momento a vinculação propagada era descrita como absoluta e direta, ensejando a ação judicante processos intelectivos rudimentares de subsunção mecânica do fato à forma. No segundo momento, cresce o seu papel, passando a ser descrito pelo jus positivismo como alguém dotado de uma vontade livre de toda a determinação fenomênica, liberta inclusive do “impulso desejanter” para captar com absoluta fidelidade a vontade de um legislador imaginário expressa imperfeitamente no texto da lei. Uma vez

³⁰ Wroblewski, Jerzy, “Justiça e Conflito”, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, p. 29.

desembaraçado dos condicionamentos reais internos, decorrentes da sua filiação a uma determinada visão social de mundo e dos pressupostos axiológicos que lhe correspondem —constitutivas, segundo Bordieu das “categorias de pensamento impensadas que delimitam o pensável e predeterminam o pensamentos” — pode o juiz ostentar os atributos da vontade racional kantiana, assegurando, assim, a legitimação social da prestação jurisdicional concretamente oferecida à cidadania.³¹ Mas ela continua a ser uma vontade derivada, heterônoma, porque inteiramente determinada pela vontade hipotética do legislador racional. Este é, inequivocamente, o sentido da afirmação corrente da doutrina contemporânea de que, através da sentença se realiza a vontade da lei no caso concreto. Efetivamente, no ideário positivista, o Juiz não é sujeito no ato de julgar, mas um mero instrumento a serviço da realização da vontade onisciente e onipotente daquele ser imaginário, vontade oculta nos interstícios da letra da lei, a que o seu “aplicador” deve servir sacerdotalmente.

Desta forma, são inteiramente validos os questionamentos formulados pelo jurista polonês, demonstrando que a imagem da aplicação do direito aceita por esta ideologia é lisa e claramente falsa, uma vez que

no es sino en casos excepcionales que la decisión judicial está determinada por las leyes, ya que el juez no desempeña el papel de una máquina lógica. Al contrario, mediante sus estimaciones y elección, él crea la decisión de una manera más o menos libre. El sistema del derecho no es completo, ni cerrado, ni tampoco no-contradictorio, y el juez como dicen algunas críticas es el cocreador del derecho junto con el legislador. De esta manera, los valores de certidumbre, de seguridad y de estabilidad jurídica no son más que aparentes e irrealizables; y la ideología de la decisión determinada si se considera esta última con seriedad y buena fe, se revela imposible.³²

Efetivamente, a vontade deste Juiz Oráculo —apresentada pelo jus positivismo como expressão servil de uma vontade heterônoma, pertencente ao legislador racional— converte-se, paradoxalmente, no mundo real, em uma vontade livre das reais determinações do Direito. Devendo obediência plena à vontade oculta daquele ente fictício —divinizado— fica livre para

³¹ Bordieu, Pierre, *O Poder Simbólico*, tradução de Fernando Tomaz, Rio de Janeiro, Bertrand Brasil, 1989, p. 243.

³² Wroblewski, Jerzy, *op. cit. supra*, nota 30, p. 28.

adotar ou não as diretrizes emanadas dos princípios jurídicos, inclusive daqueles que são consagrados pela Constituição, negando assim aos preceitos reitores do sistema jurídico qualquer resquício de eficácia normativa material. A imagem descrita, corresponde, portanto, a uma máscara ideológica, conscientemente elaborada e introjetada no imaginário social, máscara esta que cumpre a função de scondere a verdadeira natureza da prestação jurisdicional. É esta máscara ideológica que permite, por exemplo, à maioria conservadora da Suprema Corte Trabalhista Brasileira sepultar massivamente, com absoluta naturalidade, os direitos subjetivos dos trabalhadores através de seus enunciados —verdadeiras bulas papais dotadas de retroeficácia— editados freqüentemente contra normas expressas, ou negando eficácia material às normas e princípios constitucionais. Não sendo sujeitos de suas decisões, mas simples instrumentos daquele ente mítico —o legislador racional— podem praticar as maiores iniquidades, atropelando o Direito, sem perder o ar piedoso dos cardeais.

2. As motivações reais informadoras da atividade judicante

O arbítrio —manifesto especialmente na orientação dos tribunais superiores, mas presente também nas decisões dos tribunais e juízos subalternos— está efetivamente lastreado na sacralização da lei, produzida e sustentada pelo jus positivismo. Miedzianagora, constatando a falácia veiculada pelas teorias de interpretação dos expoentes do jus positivismo moderno —Kelsen, Hart e Fuller conclui que os juízes e especialmente os de uma Corte Suprema, embora sejam adeptos de uma ou outra concepção de interpretação, de uma maneira geral decidem tendo em conta critérios diversos dos que professam teoricamente, tendencialmente por critérios ditados pelos valores e regras da ideologia dominante. No seu entendimento, estas decisões podem igualmente ser função da apreciação ideológica das conseqüências da aplicação de tal regra ou de tal interpretação de um enunciado de regra, que eles assumirão ou deixarão de assumir. A apreciação destas conseqüências se fará em espécie ou segundo as diretrizes de uma política jurídica mais geral.³³

Conforme constata este autor, as noções de seguridade jurídica, de interesse público, de utilidade social, de bem comum, etc..., designam de uma

³³ Miedzianagora, J., *Philosophies positivistes du droit et droit positif*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1970, p. 193.

maneira vaga estes critérios ideológicos. Ao invocá-los, o juiz buscará freqüentemente um apoio retórico, que ele pode encontrar em uma lei ou regulamento, etc..., cujo fim, valor ou conseqüências, no seu entendimento, servem ao objetivo que ele persegue. Encontrando a norma procurada sustenta que ela vale como indicativo da conversão daquela noção abstrata, de conteúdo indeterminado, em categoria jurídica com força de princípio absoluto, capaz de derrogar quaisquer normas positivas.

Dáí porque conclui Miedzianagora que não se pode reduzir o conjunto da jurisprudência —mesmo que se trate de um único país— a um modelo de regras de interpretação que nos sejam propostos, nem a uma composição eclética operada a partir destes modelos: “a interpretação das leis tem lugar no quadro de um procedimento no curso do qual se exerce uma espécie de luta retórica controlada em certa medida pela Corte Suprema que impõe sua política jurídica”.³⁴ E para decifrá-la é necessário identificar a ideologia fundante desta política, como produtora em última instância da interpretação ou da decisão judicial.

VI. A POLÍTICA JUDICIÁRIA CONFORMADA PELOS ENUNCIADOS DO TST

1. *A Configuração de uma tendência através de uma sucessão de enunciados do tribunal superior do trabalho*

No Brasil, tem plena incidência as observações críticas precedentes. Nos últimos anos a Suprema Corte Trabalhista, conformada como uma Corte de Cassação, vem assumindo de forma cada vez mais ostensiva, uma política judiciária pragmática, de aberta repressão à demanda de prestação jurisdicional, informada imediatamente pelo propósito mais ou menos explícito de adequar o número de reclamatórias às possibilidades da estrutura obsoleta do aparelho Judiciário, mas tendo como objetivo maior promover a retirada gradual do Estado da solução dos conflitos entre o capital e o trabalho.

A concretização destes objetivos se expressa na tendência ao esvaziamento do direito de ação, que teve o seu marco inaugural na edição do Enunciado núm. 198, que veio alterar, de forma surpreendente, sem que tivesse havido qualquer alteração no Direito Positivo, a orientação já pacificada há longos anos nos pretórios trabalhistas sobre a prescrição. Esta

³⁴ *Ibidem*, p. 194.

orientação estava cristalizada no Enunciado 168, o qual dispunha que, na lesão de direito que atinge prestações periódicas, a prescrição se conta do vencimento de cada uma delas e não da lesão do direito do qual se origina. O novo enunciado, abrindo uma exceção ao princípio da prescrição parcial para as lesões resultantes de ato unilateral do empregador, que constituem o maior número, produziu o efeito devastador perseguido pelo Tribunal.

Os juízes das instâncias inferiores, com poucas exceções, adaptaram-se rapidamente à nova orientação, apenas sugerida pelo Tribunal Superior.; alguns, por mudarem realmente sua frágil convicção anterior; muitos outros, por incapacidade de formar ou de assumir as próprias convicções em nome da “obediência devida” e talvez a maior parte por entender simplesmente que a nova orientação sumulada vinha contribuir para a redução dos pleitos trabalhistas, aliviando assim sua insuportável carga de trabalho.

A tendência apontada aprofundou-se com a edição da Súmula 223 que, modificando radicalmente o entendimento uniforme dos Tribunais Regionais e do próprio TST, veio afirmar que “o termo inicial da prescrição para anular a opção do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço coincide com a data em que é formalizado o ato opcional e não com a cessação do contrato de trabalho”. Ditas ações, convém lembrar, têm por fundamento, na maior parte das vezes, a falta de homologação judicial da declaração de opção após um ano de vigência do contrato, formalidade essencial imposta pelo parágrafo 1º, do artigo 3º da Lei núm. 5.107, de 13.09.66, com a evidente finalidade de garantir a autonomia da vontade do empregado.

A mesma tendência de restringir o direito de ação, assumida pelo TST, manifestou-se depois pela revisão da orientação até então adotada no instituto da substituição processual. A súmula núm. 180, que desautoriza a desistência da ação pelo substituído sem que “comprovadamente tenha havido transação”, foi revogada pelo Enunciado núm. 255, que permite a desistência pura e simples pelo substituído, expondo-o à pressão patronal, quase sempre eficaz, especialmente nas pequenas e médias empresas, que abrigam a maior parte dos trabalhadores de nosso País.

Em seguida veio o Enunciado núm. 286, para dizer que o “Sindicato não é parte legítima para propor, como substituto processual, demanda que vise a observância de convenção coletiva”, mais uma vez “legislando” o TST contra o entendimento consolidado nos pretórios trabalhistas.

2. *O enunciado 294, consagrador da prescrição do direito de ação na vigência do pacto laboral*

Posteriormente, vem o Enunciado 294, proposto pelo Ministro Marco Aurelio, hoje no S.T.F. Segundo o seu entendimento, vitorioso na Suprema Corte Trabalhista, tendo o instituto da prescrição “por objetivo a estabilidade das relações jurídicas” e “por fundamento maior a paz social”, o prazo prescricional deve fluir na vigência do contrato de trabalho, mesmo que o ato infringente de suas cláusulas seja nulo de pleno direito.³⁵ A doutrina do Ministro Marco Aurélio foi referendada pelo TST em alguns acórdãos que precederam e justificaram a edição da Súmula 294, nos quais ele próprio foi o relator, como é o caso do que foi proferido pela 1ª Turma no Recurso de Revista 2895/1, no qual afirma que: “mais do que qualquer outro campo, o atinente ao relacionamento jurídico entre empregado e empregador está a reclamar o afastamento de toda e qualquer incerteza, devendo o titular do direito infringido preferir, à espada de Demo, a elucidação das dúvidas porventura surgidas. Para o bom desenvolvimento das atividades, requer-se ambientes expungido de dúvidas e incertezas, onde prevaleça, enfim a confiança mútua”.

Como se vê, preocupa a Suprema Corte Trabalhista a ameaça que paira sobre o empregador de ser acionado pelo empregado a qualquer tempo. Trata-se de um empregador fictício, que não pode prescindir de segurança nas relações jurídicas para “o bom desenvolvimento das atividades”, e não do empregador concreto que, tendo a sua disposição um exército de reserva, ao ser acionado pelo empregado, exerce, via de regra, o despótico direito potestativo de resilir unilateralmente o pacto laboral, tal como um soberano que, ofendido por um súdito, manda decapitá-lo para exemplo dos demais. O empregado, para o Ministro, é também um ser imaginário que, titularizando direitos infringidos, deve estar em condições de desencadear desde logo a coerção estatal sobre seu empregador, porque lhe cabe contribuir para manter um “ambiente expungido de dúvidas e incertezas”. Para ele não existe o trabalhador concreto que, não tendo nenhuma garantia no emprego, jamais reclama na vigência do contrato.³⁶

³⁵ Mello, Marco Aurélio Farias, “A Prescrição e as Prestações de Trato Sucessivo”, *Revista LTr*, ano 47, p. 1-11.

³⁶ Coelho, Rogério Viola, “O Direito de Ação. Os Enunciados do TST. F. a Insolvência de Justiça do Trabalho”, *Rev. Síntese Trabalhista*, 4, outubro de 1989, p. 15.

A orientação do Enunciado 294 importa, na prática, em legitimar as reduções salariais impostas pelo empregador através das alterações contratuais prejudiciais ao empregado, o que afronta o princípio da irredutibilidade salarial, que adquiriu o estatuto de princípio constitucional na Carta de 1988.

Como se vê, assiste razão a Lyra Filho, para quem “o que prevalece não é, propriamente, a ‘vontade’ ou o ‘sentido da lei, mas a dialética das atitudes do ‘intérprete’, segundo o ponto de vista em que se situa, para ‘ver’ os conflitos, ‘através’ das normas, cujos limites são freqüentemente ultrapassados”.³⁷

Desnecessário lembrar que o enunciado em questão produziu o efeito devastador pretendido pela Suprema Corte Trabalhista, graças a “obediência devida” pelas instâncias inferiores, obediência esta promovida pela estrutura verticalizada da Instituição, produtora de uma ideologia conformista nos “Juizes subalternos”.

3. A reação do TST ao instituto da substituição processual e a crise de autenticidade que ela expressa

Se a sucessão de enunciados restritivos do exercício do direito de ação pelo cidadão trabalhador conformava uma política judiciária pragmática, norteadada apenas pela necessidade de reduzir o volume invencível de conflitos que se impunha ao Judiciário Trabalhista dirimir, era de esperar-se que este mesmo “norte” ensejasse a acolhida sem reservas do instituto da substituição processual consagrada pelo artigo 8º, inciso III da nova Carta, que conferiu explicitamente às entidades sindicais o poder-dever de defender judicialmente os direitos coletivos e individuais dos membros da categoria. Seria a grande solução para a superação do estado de insolvência em que se encontrava a Instituição na entrega da prestação jurisdicional, uma vez que o abarrotamento de todas as instâncias da Justiça Especializada se devia notoriamente à prática crescente de leses massivas. De outra parte, o instituto da substituição processual fora consagrado universalmente como um imperativo democrático na moderna “sociedade de massas”, rompendo radicalmente a concepção privatista de ação, remanescente do Estado de Direito Liberal.

³⁷ Lyra Filho, Roberto, *Direito do Capital e Direito do Trabalho*, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1982, p. 56.

Causou perplexidade, por estas razões, a edição do enunciado nº 310, através do qual o TST começou por negar eficácia normativa material ao dispositivo constitucional referido para, logo em seguida, produzir, passo a passo, o esvaziamento ou a limitação da incidência das normas infra constitucionais, todas elas ratificativas, sem restrições, do instituto criado pelo legislador constituinte. Registre-se, ainda, que o esvaziamento do instituto da substituição processual teria sido completo se uma primeira investida com o objetivo de editar um enunciado, realizada em outubro de 1993, não tivesse sido contida, em tumultuada seção, pela resistência do Ministro Orlando Teixeira Da Costa que, manifestando sua indignação frente a quebra propositada da praxe regimental no ordenamento da votação, suspendeu a sessão e retirou-se do recinto dizendo não ter condições morais para continuar a presidi-la.

Rejeitando o instrumento mais eficaz criado pelo direito moderno, que seria capaz de assegurar a reparação efetiva das lesões massivas aos direitos dos trabalhadores, propiciando assim o resgate da celeridade e da eficácia tutelar que lhe justificam a existência, a Suprema Corte Trabalhista alargou a crise da autenticidade que segundo Tarso Genro—já havia sido instaurada com a edição do “oblíquo e dissimulado” enunciado nº 198, concebido como um momento de transição, como posteriormente se verificou, para o malsinado enunciado nº 294. A posição assumida está a indicar que, na verdade, o objetivo maior de sua política era o de promover cada vez mais a convalidação das lesões massivas impostas aos trabalhadores esvaziando, pela crescente omissão do Estado, os direitos fundamentais consagrados pela Constituição.

4. O enunciado 330. Ponto culminante de uma política judiciária

Por último, e mais uma vez sem que tivesse havido qualquer alteração no Direito Positivo, vem o enunciado nº 330 para dizer que “a quitação passada pelo empregado, com a assistência de entidade sindical de sua categoria, ao empregador, com observância dos requisitos exigidos nos parágrafos do artigo 477, da CLT, tem eficácia liberatória em relação às parcelas expressamente consignadas no recibo”. Este enunciado, como amplamente noticiado pela imprensa, foi posteriormente mitigado em face da forte reação dos sindicatos de trabalhadores —tradicionalmente alheios às mazelas da Justiça do Trabalho— com o acréscimo de um adendo que vem contemplar a possibilidade do empregado ressalvar específica e justi-

ficadamente o valor das parcelas que considerar insuficientes, para assegurar o direito de disputar a sua complementação em juízo.

O enunciado núm. 330 vem alterar, transformando no seu contrário, o de núm. 41, editado em 1973, pela mesma Corte Trabalhista, o qual dispunha que “a quitação, nas hipóteses dos parágrafos 1º e 2º, do artigo 477 da CLT, concerne exclusivamente aos valores discriminados no documento respectivo”. Nessa oportunidade o TST, naturalmente com outra composição, consolidava o entendimento vitorioso na Justiça Especializada, paulatinamente construído nas instâncias inferiores, de que o recebimento das parcelas rescisórias se dá sob a égide do princípio da irrenunciabilidade dos direitos, expresso, entre outros, no artigo 9º da CLT, segundo o qual, “serão nulos de pleno direito os atos praticados como o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação”. A tutela normativa, fundada na defesa da ordem pública laboral, invalidava a vontade formalmente expressa pelo trabalhador para preservar a sua vontade real, que se presumia, de forma absoluta, coincidente com a vontade cristalizada nas normas positivas que lhe conferem direitos mínimos.

A suposição veiculada pelo novo enunciado do TST, de que o trabalhador poderia recusar livremente as parcelas de cujo valor discorda, sem temor de ver retido o montante das parcelas rescisórias, não passa de uma ficção calcada no dogma liberal da autonomia da vontade, reiteradamente desmentido pela vida; dogma que, tendo sido rejeitado ab initio pelo Direito do Trabalho, vem sendo paulatinamente reintroduzido pela ideologia neoliberal.

VII. ALGUMAS PREMISSAS PARA REPENSAR A FUNÇÃO JUDICIAL

1. *Os princípios jurídicos e a ética positivista positivista*

Conforme observa De los Mozos, o dogma positivista da plenitude do ordenamento jurídico acaba por submeter os princípios à lei, através da afirmação de que eles só podem ser encontrados no texto legal, de onde devem ser desentranhados, por uma operação de abstração. Produz-se, assim, uma inversão: ao invés de reconhecer-se que as leis são a concretização de princípios pré-existentes, afirmase que a lei é a fonte única dos princípios. Com isto se anula a sua função interpretativa, que devia fazer da prestação jurisdicional uma atividade valorativa, axiológica, para confi-

gurá-la como uma atividade técnica, asséptica, que pode produzir as soluções mais iníquas em nome do direito, de um direito cada vez mais “sem moral”.³⁸

A gênese dos princípios, na verdade, encontra-se em juízos pré-jurídicos de valor que se transformam, através de sua formulação, em juízos jurídicos. Eles constituem, no dizer de Enterría, expressão de uma justiça material, mas uma expressão especificada tecnicamente em função dos problemas jurídicos concretos. Nestas condições, propiciam a segurança possível na solução do caso concreto, o que desautoriza a simples substituição da lei por uma abstrata e indeterminada invocação da justiça, ou por razões metajurídicas, como também desautoriza a absolutização da discricionariedade do Juiz, para decidir informado apenas por sua consciência moral.³⁹

2. *A Vinculação do julgador aos princípios e o projeto neoliberal*

A análise precedente revela que os juízes agem na condição de sujeitos no ato de julgar. Sujeitos humanos, laicizados, que devem estar capacitados para dirimir os conflitos na sociedade tendo como referência imediata a lei, mas atentos ao fato de que ela é o instrumento mediador da realização dos valores prevalentes na sociedade valores estes inscritos nas Constituições legítimas, sob a forma jurídica de princípios. A estes princípios haverá de atribuir plena eficácia normativa material, eficácia que lhes é negada pelo jus positivismo sob o persistente argumento de que eles dependem de regulamentação pelo legislador ordinário, a quem é reconhecida plena independência em relação às diretrizes emanadas da Carta Política. Conforme averba Canotilho, os princípios constitucionais balizam a obra do legislador ordinário, não apenas no sentido de impor-lhe limites, mas também e principalmente definindo os conteúdos valorativos que ele deve veicular. Em conseqüência, as normas legais só podem ser interpretadas à luz dos princípios, cuja concreção realizam.

Dworkin enfatiza a vinculação do Juiz aos princípios, fixando-se nos chamados “caso difíceis”, em que o jus positivismo lhe atribui uma discricionariedade absoluta, abandonando o problema ao seu subjetivismo. Nesta hipótese, exige a busca de critérios e a construção de teorias jurídica-

38 Mozos, José Luis de los, “*Metodología y ciencia en el derecho privado moderno*”, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1977, p. 94.

39 García de Enterría, Eduardo, *op. cit.*, nota 11, p. 31.

mente consistentes que justifiquem a decisão, balanceando o Juiz os princípios para decidir-se pelo que tem mais peso. Isto porque —conforme sustenta Dworkin, em consonância com a doutrina vitoriosa modernamente— eles integram o direito como mediações entre a razão moral e a razão jurídica.⁴⁰

Esta vinculação do Juiz aos princípios é válida como orientação hermenêutica capaz de reduzir a incerteza do direito, mas não chega a produzir o resultado visado por Dworkin, que seria encontrar sempre a resposta correta, porque isto pressupõe uma ordenação valorativa absoluta, reconhecida uniformemente por todos, o que reporia o culto da razão. A decisão judicial implica freqüentemente uma opção entre valores divergentes postos nos princípios constitucionais, e não apenas na aplicação de um só princípio. Sendo a sociedade moderna pluralista —preche de interesses contraditórios— as constituições são a expressão do compromisso entre ideologias políticas distintas, o que redundava necessariamente na consagração de princípios conflitantes e de preceitos marcados pela ambigüidade.

Configurado um conflito entre princípios, impõe-se a busca do momento dominante. A Constituição brasileira, em seu preâmbulo, cogita da paz social, invocada pelo TST para sufocar os direitos subjetivos do trabalhador assalariado, dizendo que o Estado Democrático por ela instituído é fundado na harmonia social, mas uma harmonia comprometida com a “solução pacífica das controvérsias”. A “solução pacífica das controvérsias” —gize-se— não o seu sepultamento, é apontada como caminho para a construção da harmonia social. Observe-se, também, que entre os fundamentos do Estado Democrático de Direito instituídos pela nova Carta, ganha realce no seu artigo 1º a cidadania, cuja noção —como observa Carlos Carcova— não mais se esgota na sua dimensão política, mas implica também na possibilidade de obter uma resolução jurisdicional para os conflitos de interesses baseado em lei, possibilidade que institui o sujeito como sujeito de cidadania.⁴¹

Por outra parte, a ordem social fundada pela nova Carta Política —nos termos do seu artigo 193— “tem como base o primado do trabalho e como fim o bem estar e a Justiça Social”. E a norma-diretriz da ordem econômica, inscrita no artigo 190, dispõe que esta ordem é fundada na valorização do

40 Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984, pp. 14-15.

41 Carcova, Carlos, *La dimensión política de la función judicial*, Buenos Aires, junho de 1994, p. 3.

trabalho humano, com precedência sobre a livre iniciativa, e tem por fim assegurar a todos, existência digna, conforme os ditames da Justiça Social.

No exato momento em que se configura um conflito de princípios, interfere a visão de mundo do julgador; manifestam-se os valores predominantes em seu espírito, em uma palavra, sua ideologia, alongando-se o espaço deixado pela limitação descrita. Em conseqüência é ineliminável a persistência de uma margem de opção diante do caso concreto, vale dizer, a incidência da subjetividade do Juiz na prestação jurisdicional. Trata-se, no entanto de uma margem residual, que não pode justificar a discricionariedade ilimitada dos Tribunais em face das determinações reais do direito, que devem ser incansavelmente buscadas pelo intérprete.

Tendo a Constituição estes momentos dominantes, que apontam para a efetiva realização dos direitos fundamentais por ela consagrados, a ineliminável margem residual de discricionariedade inerente as decisões judiciais não pode legitimar a flexibilização dos direitos dos trabalhadores nos Tribunais, onde freqüentemente o julgador invoca categorias meta-jurídicas, ou conceitos jurídicos indeterminados, como o interesse público, o bem comum, o interesse nacional, para afastar o reconhecimento de direitos subjetivos insofismáveis.

O discurso conservador prevalescente nas Cortes Superiores assume cada vez mais explicitamente a necessidade de sacrificar os direitos individuais em prol do progresso material, que recobra a força de um mito profano com o discurso neoliberal. Este discurso encontra seu fundamento último no utilitarismo de Bentham, que assume abertamente o sacrifício dos direitos subjetivos em nome realização do princípio da utilidade, ou princípio do maior felicidade do maior número, naturalmente como algo a ser alcançado. Enfatizando apenas o montante da felicidade ou infelicidade produzida na vida social (aritmética dos prazeres e das dores) o indivíduo é despojado do seu feixe de direitos subjetivos pela moral utilitária, que assim o dissolve no todo social, veiculando uma concepção organicista da sociedade. Estes, ao que parece, os pressupostos que informam o projeto neoliberal, na medida em que ele assume como diretriz máxima da vida social a liberação das “forças naturais” da economia das “amarras” impostas pelo direito, ressuscitando a crença na “mão invisível” que rege o mercado.

Apresentado como fórmula mágica para a superação da crise, o projeto neoliberal propõe, na prática, a renúncia ao direito em troca da promessa de

felicidade futura, frustrando a possibilidade de construção de uma cidadania real.

3. *O paradigma do julgador e a estrutura da instituição judiciária*

Paulo Dourado Gusmão propõe, em texto lapidar, uma compreensão alternativa da lei e do ato de julgar, que podem servir de ponto de partida para a reconstrução da Instituição Judiciária. “Para nós, a lei é uma vontade ou um pensamento objetivado. Desde que objetivado, torna-se livre de seu criador, tornando-se um ‘objeto’ do mundo da cultura, suscetível de compreensão, de interpretação. Cada ato de interpretação ‘repensa’ esse objeto, que é um pensamento objetivado. Nesse ‘repensar’ exerce influência decisiva a personalidade do intérprete, que, entretanto, não existe fora da História, de uma sociedade, de uma civilização, de uma cultura. Categorias lógicas, axiológicas, necessidades sociais, formam uma mentalidade, que, por sua vez, corresponde a uma época, a uma sociedade, a uma civilização, a uma cultura. Além desse substrato cultural, comum a todos que estão situados em idêntica coordenada espaço-temporal e sócio-cultural, temos a intuição criadora, a capacidade criadora dos indivíduos. Como essas instituições e essa capacidade variam, divergem, também, as interpretações. Portanto, em toda interpretação temos uma pequena criação, pois o ‘sujeito’ nunca é passivo”.⁴²

A afirmação dos juízes como agentes da sociedade, investidos dos seus valores e canones de justiça, como agentes capazes de fazer da prestação jurisdicional uma expressão cultural da sociedade, certamente não é favorecida pela estrutura piramidal do aparelho judiciário, crescentemente concentradora de poder decisório nos Tribunais Superiores. Sintoma recente do agravamento dessa tendência de concentração de poder jurisdicional no topo da Instituição, é a criação da ação declaratória de constitucionalidade, que tende a afastar da atividade judicante do juiz natural a aplicação dos princípios constitucionais, sem que sequer seja assegurada na decisão das questões propostas perante a Suprema Corte a observância do princípio do contraditório.

Também não conduz à formação desse magistrado modelar o poder disciplinar verticalizado, “produtor de individualidades”, ou a edição das

⁴² Gusmão, Paulo Dourado de, *Introdução a Ciência do Direito*, 2a. ed., Editora Forense, 1960, p. 136.

súmulas e enunciados preventivos pelos Tribunais Superiores, impostos e absorvidos como atos de fé pelas instâncias inferiores. Tais mecanismos, à toda evidência, produzem continuamente um deslocamento do poder jurisdicional de baixo para cima, fortalecendo o controle ideológico das cortes cardinalícias sobre as instâncias inferiores, o que tende a converter toda a prática judicante dos juízes situados na base da pirâmide em uma atividade puramente técnica, silogística, alienada, desprovida de reflexão teórica, empobrecedora. Converge para o mesmo resultado a exacerbação da demanda de produtividade, imposta pela necessidade de dar conta de uma avalanche sempre crescente de processos, fenômeno este que se verifica com particular intensidade na Justiça do Trabalho, em face do estímulo crescente à prática massiva do ilícito trabalhista pelo patronato. Nestas condições, se afigura como uma fatalidade a tecnificação dos indivíduos, valendo as exceções para confirmar a regra.

Estas premissas apontam a necessidade de uma outra Instituição Judiciária, laica, desburocratizada, desverticalizada, transparente e democrática. Nesta nova Instituição, os templos positivistas, inseridos numa estrutura constituída à imagem e semelhança da Igreja Católica, cederão o lugar para Cortes de Justiça representativas da sociedade, viabilizando a realização na vida social concretamente existente do triunfo do direito, enquanto gesto de resistência do Homem às determinações da objetividade, vale dizer, à lógica férrea da economia, lógica esta particularmente perversa nos países periféricos.