

CONSENSO, PODER E JURISDIÇÃO

JOSÉ ANTONIO RODRIGUES LEMOS

Juiz do Trabalho Substituto

1. Todo ato que traduz exercício do poder público deve ser justificado, pois o agente é mero mandatário e não dispõe de poder pessoal. O exercício da jurisdição é ato de poder e deve ser rigorosamente fundamentado.
2. Como a lei se desprende do legislador, também a sentença não se vincula ao julgador, e os fundamentos, tanto para a edição da lei, como para a prolação da sentença, justificam o ato de poder, mas não se destinam a justificar o dispositivo. Essa a razão legal e jurisdicional para a *res judicata*.
3. Os Vogais das Juntas de Conciliação e Julgamento integram órgão jurisdicional do Estado. Seus votos, como pronunciamento da Junta, devem ser rigorosamente justificados. Para tal, deverão manifestar-se exclusivamente em relação à solução que lhes for apresentada pelo Juiz Presidente, podendo este mantê-la ou adotar outra, conforme entender mais de acordo com o interesse público ou social.
4. O Juiz Substituto, quando atua como auxiliar, colabora com o Juiz Presidente no trabalho normal deste, não sendo legítimo qualquer acréscimo na atividade da Junta.

— I —

Fonte formal de direito é o veículo admitido como legítimo para a exteriorização do poder público nas sociedades contemporâneas, qualquer que seja a qualificação política do Estado.

Toda manifestação de ordem que alcance a generalidade e a impessoalidade tem como explicação a existência de uma fonte de poder que é irresistível.

A indagação sobre se o poder resulta da conjugação de fatores de supremacia, ou de fatores de consensualidade, representa mera retórica, e este não é o melhor caminho para a verdade.

A consensualidade, como a subordinação, pode estar dissimulada pelo contraste imediato da exteriorização do poder. Se na generalidade dos casos a presença da subordinação, na determinação da relação jurídica e sua natureza, é verificada através da predominância de dados que mostram o interesse do tomador do trabalho pela "força" do trabalhador, e não pelo resultado do trabalho que foi antecipadamente alienado, a consensualidade pode ser descoberta através da necessidade que o mandatário do poder tem de justificar seu exercício, que se revela na fundamentação, a qual acompanha todo ato dessa natureza, o que caracteriza a instituição submetida ao consenso.

Deve ser admitido, então, que a supremacia pode resultar de consenso, e o exercício do poder pode derivar de uma supremacia consentida. Esta questão surge no cerne da controvérsia entre jusnaturalismo e positivismo.¹

Adotando como referência a "paz social", em épocas de relativo conforto econômico os conflitos sociais tendem à estabilização em níveis satisfatórios. Noutras épocas dá-se o contrário. Esse fenômeno permite afirmar que o consenso pode ser observado, no plano do poder público, através dos conflitos sociais, que são diretamente proporcionais às dificuldades econômicas a que está submetido o povo, consideradas as dificuldades não só quantitativamente, como qualitativamente. Tal dicotomia é relevante, pois a capacidade de suportar a adversidade é relativa, estando diretamente comprometida com a origem do fato econômico adverso. Basta que se mencione um estado de guerra e as dificuldades dele oriundas, para argumentar com demasia. Os efeitos da guerra "justa" sempre serão melhor suportados. Parece que não foi outro o fator decisivo para o desfecho da guerra no Vietnã, para adotar exemplo notório.

As nações "emergentes" — eufemismo que tenta amenizar o estado de penúria econômica permanente das nações periféricas ao mundo desenvolvido — sofrem constante situação de enfrentamento interno, e os conflitos sociais poucas vezes aproximam-se do nível satisfatório mencionado, na escala da chamada "paz social". Há, realmente, uma questão dialética. O conflito interno surge como um dos fatores, de provável predominância, da antítese nascida com a fissão do desperdício da matriz industrializada.

À guisa de parêntese, é oportuno que seja salientado o papel puramente instrumental da ciência econômica — que constantemente nada mais aparenta do que ciência política especializada — na acrobacia diária da parcela abonada da população, para que permaneçam os anéis — e os dedos. Esse milagre é puramente político, e permite folga e espaço para que o economista reflita sobre as distâncias entre dois marcos da riqueza nacional.

3

Esse quadro é que permite concluir que a supremacia de que se falou é consentida de diferentes maneiras. Se o poder impõe-se consensualmente, segundo o tipo de organização social existente, esse consenso não só é relativo internamente, como é relativo entre as nações. Sincronicamente podem ser observados graus de consentimento, os mais variados, nos diversos povos que venham a ser considerados; diacronicamente, um mesmo povo conhece fases de maior ou menor estabilidade nas relações sociais — o que se diz não por truísmo, mas para registrar que, na escala da “paz social”, o limite indesejado é o da ruptura.²

Não parece ser demasiada ousadia afirmar que, nos momentos em que o consenso definha, o poder que é manifestado através das fontes formais de direito tende a se articular intimamente com os fatores de supremacia.

Em termos jurídicos, contudo, e como produto da sutileza inerente ao Direito — que é o canal por onde se correlacionam a supremacia e o consentimento —, essas noções são ignoradas, mesmo porque a ciência jurídica, pretendendo ser *parti-pris* no processo social, termina sempre por confirmar-se como produto ideológico, ou resultado de princípios éticos, ou simples mecanismo da ordem, segundo perspectiva teórica — em qualquer caso, mera participante do espetáculo social. O Direito liga-se aos fatos sociais, não às noções, e, como tal, não lhes é indiferente. Pelo contrário, é reflexo deles e sobre eles atua. O que foi afirmado é que o Direito trabalha com categorias abstratas, as quais são produtos históricos, impregnados dos eventos sociais, sem, entretanto, sistematizá-los pelo que têm de histórico-sociais, mas pelo que aparentam de jurídico-normativos. Este dado é que parece revelar a vocação apriorística do Direito, repetidamente malograda, e que possibilita questionar a natureza conservadora da norma jurídica.

A ponte entre o determinismo histórico e o possibilismo jurídico, entre a supremacia e o consentimento, é o reconhecimento, expresso ou tácito, de que o poder, como tal, é imanente e se exerce por mandato. Daí a necessidade rigorosa, para quem está consciente dessa imanência e desse mandato, de justificar ampla e suficientemente cada gesto de império.³

A dependência inerente de quem é mandatário não permite que o detentor⁴ do poder extrapole de seus limites, e isso acontece não meramente por efeito psíquico, através da vigilância do superego, mas principalmente pela importância vital de que seja mantido o prestígio do aparato normativo, como condição de equilíbrio entre o determinismo histórico e o possibilismo jurídico, entre os fatores de supremacia e os fatores de consentimento.⁵

Resulta que o radicalismo eventualmente presente em pronunciamentos judiciais, que só se pode traduzir através do exercício arbitrário do poder jurisdicional, teoricamente só seria compatível com

ato de subversão institucional, jamais com propósitos conservadores. O arbítrio judicial com pretensões reformistas é uma falácia, pois subverte diretamente as bases do poder e desautoriza a contemplação reverente da ordem normativa.

Em nosso século, a ordem normativa traz consigo os benefícios teórico-revolucionários do liberalismo democrático.⁶ Essa forma de organização social propõe, basicamente, a prevalência da opinião majoritária, que se apresenta como verdade resultante, com natureza de prognóstico e força de comando, atenta à presença do futuro, da problematização, da consciência de que viver é pré-ocupar-se e ocupar-se. O descrédito do *laissez-faire* residiu inquestionavelmente no abandono da prevalência da opinião majoritária no plano econômico, pelos primeiros beneficiários da revolução industrial, que ignoraram a necessidade do dinamismo social e procuraram estratificar as conquistas revolucionárias numa economia de exclusão quase absoluta.

O acirramento das posições defendidas pelos antagonistas sociais termina por alterar a posição de equilíbrio na escala da "paz social", até o surgimento do radicalismo reivindicatório e confirmatório — aquele chamado de esquerda, este de direita. Os acontecimentos distanciam-se do pólo do consentimento, aproximando-se do pólo da supremacia. Surge também a hegemonia do cinismo, com o conhecido séquito de mazelas sociais. O diálogo social se perverte, esgrimindo-se idéias como meros instrumentos do processo. Há intenso apelo à inteligência pragmática, mas o pensamento se robotiza.⁷

O quadro das relações sociais, portanto, pode oscilar entre os extremos da escala da "paz social" — e nos países emergentes com frequência oscilará — aproximando-se do pólo da supremacia, ou do pólo do consentimento, com redução ou ampliação do equilíbrio social.

Tentou-se demonstrar, assim, quão danoso é o arbítrio, e como é rigorosa a necessidade de ser justificado cada ato de poder. Essa conclusão nos capacita a afirmar a questão fundamental, que é a da norma jurídica no sentido ontológico, que não mantém dependência com o ato normativo (*mens legislatoris*) justamente porque, num sistema legislativo parlamentar típico de Estado de Direito, o próprio legislador está submetido à lei, e deve justificar seu ato de poder (consentido) ao editar a norma, sendo que esta, uma vez existente, desprende-se do poder criador e ganha vida própria, pois não mais pertence ao legislador, mas ao destinatário da norma.

Sendo assim, e pelos mesmos fundamentos, o ato de aplicação dessa norma ao caso particular, que também se reveste da natureza de ato de exercício de poder, deverá ser rigorosamente justificado, sob pena de não valer. Todo exercício da jurisdição é ato de poder, como tal deve ser rigorosamente justificado.⁸



A necessidade de ser justificado o exercício do poder jurisdicional, e não propriamente o dispositivo que traduz esse poder, integra também o conceito de *coisa julgada*.

A norma jurídica não pode ser identificada com um processo analítico ou sintético, ou ambos, responsáveis pela sua construção. O dispositivo de uma sentença tem natureza de norma jurídica para as partes a que se destina. A construção do direito deve ser distinguida do ato de conhecer o direito. Na primeira hipótese está presente a razão prática, que avalia (valoriza) a realidade com finalidade utilitária, para a coletividade a que se destina. A norma que resulta construída não representa o resultado de um raciocínio lógico-seqüencial, mas lógico-causal, o que explica o fenômeno de se desprender dos fundamentos legislativos (*mens legislatoris*) e viver pela própria adequação ou conveniência, em relação à realidade social para a qual foi criada. Não há nexó lógico-formal entre o ato criador da norma e ela própria, há nexó causal, e a norma não se vincula aos requisitos intrínsecos de análise da realidade que mereceu a atenção do legislador.⁹ Os atos que compõem os processos de elaboração, objetivação e aplicação do Direito não são de mesma natureza daqueles que integram o processo de investigação do Direito já elaborado e presente, ao alcance, como objeto construído.

O ato jurisdicional é, em sentido amplo, ato de construção do Direito. Seu objeto, a relação humana de natureza jurídica, não está necessariamente vinculado ao encadeamento lógico-formal do raciocínio que conduziu ao ato jurisdicional, mas está vinculado a um ato volitivo e valorativo que se esgota na própria construção do nexó causal, e ali acaba. Tudo acontece como se o juízo de conveniência (político) do legislador se repetisse, agora através do julgador, exigindo-se apenas que tanto o legislador quanto o julgador apresentem justificativa para a atividade, eis que significa exercício de poder público. Parece desnecessária a demonstração de que a justificativa do julgador é jurídica.

Essa a melhor explicação para a *res judicata*, principalmente se levarmos em conta que a apreciação dirige-se a fatos que são únicos, pois em toda relação jurídica de índole continuativa, em que os fatos jurídicos são reiterados, as mesmas questões poderão ser revistas em Juízo, como, aliás, prevê a legislação processual (CPC, art. 471, inciso I).

O contrário sucede com o ato de conhecer o direito. Ele se vincula aos pressupostos de análise, pois depende intrinsecamente de sistematização de dados e de uma relação lógica e não de uma relação causal.¹⁰ Como toda ciência, o direito é elaborado através do rigor da lógica formal, numa atividade de análise que tem como peculiaridade o fato de ser o ente abstrato, fora do tempo. Não é por outro motivo que se pode estudar hoje o Código Napoleônico, ou

nossa própria lei comercial de 1850, independentemente da realidade social que guarda tamanho contraste.

Registre-se, por oportuno, que a atividade judicial supõe sempre a conciliação entre uma relação lógica e uma relação causal. A atividade cognoscitiva, científica, e a atividade construtiva, normativa, não se distanciam tanto, como pode ter sido mal proposto ao paciente leitor. Qualquer ciência também constrói, no sentido de tornar inteligível o objeto de seu interesse, delimitando-o e elaborando conceitos. A atividade normativa também não pode prescindir de investigação conceitual. A diferença que se propõe é a seguinte: o normativismo não pretende sistematizar os dados que forem sendo colhidos, como acontece com a atividade científica; pretende construir uma norma, ou seja, erigir uma ordem que se transforma em comando normativo a determinada realidade humana.

Como decorrência, temos então que os pressupostos racionais de análise, que fundamentam a decisão judicial, contêm dados conceituais da ciência do Direito que justificam a atividade jurisdicional, mas não pretendem justificar o direito que ela venha a declarar, porque este tem como justificativa uma realidade que é externa ao órgão judicante, e externa à própria ciência do Direito, realidade do mundo fático, tomado como oposição ao mundo jurídico.

— III —

Na Justiça do Trabalho, em face da representação classista nos órgãos de primeiro grau de jurisdição, observa-se o aparente paradoxo de se atribuir o ônus de justificar o ato de poder jurisdicional a quem não tem conhecimento jurídico, os Vogais, que são mandatários de interesse classista. Os autores que foram lidos são unânimes na questão dos votos dos Vogais: todos optam pela literalidade do disposto no parágrafo único do art. 850 da CLT. Uns aproximam-se da construção jurídica da norma, mas asseguram a harmonia jurídica pela via praxista, desnecessariamente; outros invocam as prerrogativas asseguradas pelo art. 665 da Consolidação das Leis do Trabalho (prerrogativas dos jurados), para inclusive interpretar a regra da votação estabelecida pelo art. 850 da CLT; outros ainda propõem, surpreendentemente, que se reconheçam jurisdições distintas pela natureza, e não apenas pelo grau, inaceitável, *data venia*, pelo ordenamento jurídico nacional — e o fazem contraditoriamente, pois invocam a preeminência do Juiz togado, mas admitindo a prevalência do voto leigo.¹¹

O exercício do poder jurisdicional é tão sério e perigoso para as relações sociais, e tão rigorosamente constitucional, que não se pode descobrir qualidades de jurisdição através da preeminência equivocada de seu detentor. A jurisdição trabalhista de mesmo grau é a mesma, e só diz o direito quem dispõe de jurisdição. É inconcebível que

o poder jurisdicional contido num voto prevalente dos Vogais se justifique diferentemente, em relação aos jurisdicionados, pelo argumento de que conhecem eles o lado prático (factual) da vida de relação trabalhista, embora desconheçam os critérios jurídicos para descoberta da norma ontologicamente liberta da presença do legislador, mas definitivamente vinculada à sistemática jurídica do País, e sujeita à necessidade histórica de contemporizar e levar as forças sociais ao ponto de equilíbrio nas coordenadas da "paz social".

Os órgãos paritários de primeiro grau são, de fato, monocráticos, e a exceção que possa ser lembrada confirma a regra. Sendo os Vogais reduzidos a meros espectadores das acrobacias mentais e físicas do Juiz Presidente, o aparato judiciário trabalhista revela-se desproporcionadamente dispendioso, sem outra justificativa que a conveniência política.

Perpetuando o parêntese iniciado no parágrafo anterior, deve-se propor à criatividade do legislador pátrio, cotidianamente reafirmada, que se supere e encontre a fórmula para despir a atividade do vocatado da contrafação jurisdicional que lhe foi imposta, acaso romanticamente. A analogia com o Tribunal do Júri, proposta pela lei (CLT, art. 665), não ultrapassa os limites das prerrogativas, e nenhum paralelo se poderá traçar entre os votos dos Vogais e aqueles dos jurados na resposta aos quesitos, pela razão simples de ser impossível ao Presidente da Junta sintetizar em uns quantos quesitos a realidade de uma relação jurídica trabalhista, substancial, iluminada pela relação processual e seus incidentes, estritamente formal. Não se pode ignorar que os quesitos, no Direito Penal, referem-se sempre à rigorosa tipificação constante do Código Penal, inerente à descrição do delito e própria à natureza do direito público incumbido de tratar dos delitos e das penas. No Direito do Trabalho há uma relação jurídica de direito privado, tanto quanto no Direito Civil, apenas qualificada pelo interesse público.

Como a espera deverá ser longa, nada impede a adoção de paliativos, assim como tornar de praxe a faculdade prevista no art. 667 da CLT, levando os Vogais os autos em carga, para permitir que emitam opinião sobre fatos, antes de cada sentença. Tais votos seriam, então, interpretados pelo Presidente da Junta. As dificuldades decorrentes, sublinhe-se, não são ignoradas. Como a atividade não se confunde com a prerrogativa (art. 667 da CLT), outros misteres poderiam ser atribuídos aos Vogais, inclusive diligências e vistorias compatíveis com suas funções. Seriam tentativas para aplacar a crítica adversa, e no interesse exclusivo dos Vogais, dando-lhes até oportunidade para observar o princípio da não-contradição.

Retornando à interpretação do art. 850, parágrafo único, da CLT, vejamos qual a natureza do voto dos representantes classistas. Ele não tem a natureza de laudo arbitral, já que a atuação do Vogal não pode ser confundida com a do árbitro, figura do processo civil (CPC, arts. 1.072 e ss.). Os Vogais integram órgão do Poder Judiciário, e

a Junta pronuncia-se nos limites da lei, que o direito processual estabelece, para resguardo do equilíbrio processual e preservação da segurança jurídica, corolário da previsibilidade necessária dos atos do processo, que é um imperativo condicionado, segundo Karl Engisch¹², no sentido de que se vincula a condições fixadas expressamente ou não.

O parágrafo único do art. 850 da CLT estabelece que o Juiz Presidente proporá a solução do dissídio. Essa solução é que deverá ser apreciada pelos Vogais, para observância do próprio interesse público. Se divergência houver relativamente à solução proposta pelo Juiz Presidente, este proferirá decisão de desempate ou outra "que melhor atenda ao cumprimento da lei e ao justo equilíbrio entre os divergentes e ao interesse social" (CLT, art. 850, parágrafo único).

Em nenhum momento menciona a lei a prevalência da votação unânime dos Vogais sobre o entendimento do Juiz Presidente, mesmo porque a solução deverá ser construída juridicamente, pelo Juiz togado, e a ela se unirão os Vogais — ou não — sendo que a discordância destes, unilateral ou unânime, poderá implicar na manutenção da solução proposta pela presidência da Junta, facultativamente.¹³

No Direito do Trabalho há severa prevalência do interesse público sobre o de classe ou mesmo particular, conforme estabelece a Consolidação em sua parte introdutiva (art. 8.º) e também no dispositivo antes mencionado (art. 850, parágrafo único). Inobstante isso, a adequação instrumental do processo é de responsabilidade do Juiz Presidente, e em inúmeras circunstâncias acontecerá a necessidade de manter a unidade e a coerência entre o procedimento instrutório, os fundamentos da sentença e a parte dispositiva. A própria aplicação subsidiária do CPC (art. 769 da CLT) implica em multiplicar as hipóteses de orientação judicial da causa que passam despercebidas aos Vogais. O art. 462 do CPC é exemplo bastante eloquente: "Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença".

Pode ser lembrado episódio da experiência de foro. Em Junta do interior do Rio Grande do Sul, durante a instrução de um processo em que litigavam pai e filho, surgiu a informação, nos autos, de que existia ação cível em tramitação no foro local, entre essas partes, em que havia também pronunciamento do Egrégio Tribunal de Justiça estadual sobre exceção de incompetência *ratione materiae*, eis que existiria relação de emprego como fundamento para um dos pedidos na ação cível. Nos autos da ação trabalhista surgiram suficientes evidências para convencer o Juiz de que, de fato, o objeto do pedido, em ambas as ações, tinha como fundamento relação empregatícia, mas a abrangência da reclamatória permitia concluir pela continência e não pela conexão. Desse modo, só restava ao Juiz do

Trabalho suscitar conflito positivo de jurisdição perante o Supremo Tribunal Federal (CLT, art. 808, c), atual conflito positivo de competência. Tal medida, fácil é prever, sujeitaria o processo trabalhista, agravado pelas peculiaridades dos litigantes, a injusta procrastinação, com efeitos lesivos de grande monta. Atendendo ao que dispõe a CLT sobre a prevalência do interesse público (art. 8.º) e do interesse social (art. 850, parágrafo único), deu-se andamento à instrução, tendo sido os Vogais alertados para a situação de que, se fosse o caso, a questão poderia ser resolvida através do instituto da compensação, de certa forma adaptado à situação dos autos, considerando tratar-se de dívidas de mesma natureza.

Para surpresa do Juiz, os votos dos Vogais terminaram contrariando tal orientação, conduzindo a um impasse: ou a presidência da Junta reabria a instrução e suscitava o conflito, ou mantinha na sentença a orientação anterior. Pelos fundamentos antes alinhados sobre a natureza do voto do Vogal, manteve-se a orientação. O Egrégio Tribunal Regional confirmou a sentença nesse aspecto (Processo TRT n.º 2601/80).

— IV —

A necessidade de ser justificado o exercício do poder jurisdicional conduz a uma situação bastante peculiar: a autonomia institucional do órgão incumbido de aplicar a lei. Essa autonomia já se faz presente na própria noção de direito.¹⁴ Como a atividade jurisdicional não deve ser dependente, eis que estabelecida constitucionalmente a autonomia institucional do órgão da jurisdição, e como essa autonomia deve ser garantida, inclusive e principalmente em relação aos demais órgãos do poder público (legislativo e administrativo), foi adotado o critério de segurança das garantias constitucionais do Poder Judiciário. Essas garantias são de duas ordens: garantia judicial, correspondente à independência da jurisdição, e garantia política, que é tríplice: vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos.

Examinemos um aspecto da organização judiciária trabalhista à luz da garantia judicial. O art. 656 da CLT dispõe que "na falta ou impedimento do Juiz Presidente, e como auxiliar deste, funcionará o Juiz Substituto". É de se supor que o legislador não pretendeu submeter o poder jurisdicional que detém o Juiz Substituto, relativo ou pleno — caso se trate de processo de conhecimento ou de execução — ao comando do Juiz Presidente, como deve ser entendido que o legislador não pretende nunca contrariar a Constituição. Seria de admitir que em suas origens tal fosse possível, eis que o Brasil, no início da década de quarenta, quando editada a Consolidação das Leis do Trabalho, não vivia propriamente a ordem jurídica, com as leis sendo outorgadas pelo governo e passíveis de alteração ime-

diata com base em orientação personalíssima e não em princípios jurídicos, se assim aprouvesse ao chefe do governo.¹⁵

Se o Juiz Substituto pode atuar como auxiliar do Juiz Presidente, esse auxílio é meramente formal, quantitativo, de pura divisão do trabalho. Esses dois dados, a independência jurisdicional e o auxílio formal, permitem a seguinte ilação: nem o Juiz Presidente, nem o Juiz Substituto poderão alterar entendimento adotado pelo outro, sob pena de surgir jurisdição superior espúria, ilegal e anulável. Como consequência, a divisão do trabalho deverá ser tal que, conquanto atuem paralelamente, cada um deverá dispor de sua pauta e receber processos distintos.

Como o Juiz Substituto percebe os mesmos vencimentos do Presidente quando dos afastamentos deste, seria de admitir que a atividade como auxiliar somente seria cabível se presente o Juiz Presidente. Ora, não se pode entender coerente com esse sistema, e legítima, a prática de aumentar o número de processos em pauta sempre que o Juiz Substituto, funcionando como auxiliar, estiver atuando, pois ele auxilia o Presidente no desempenho normal das atividades deste. A ausência de um, ou de outro, não pode determinar acréscimo insuportável de trabalho para o que permanece, e risco de desmantelamento imediato da atividade judicial.

NOTAS

¹Existe excelente trabalho do espanhol Luiz Garcia San Miguel sobre jusnaturalismo, na apresentação da edição espanhola da obra de Karl Engisch, *Introducción al Pensamiento Jurídico* (Ediciones Guadarrama, 1967). O autor diz que o jusnaturalismo significa: "1) el simple criterio de la justicia, cualquiera que sea el modo como se lo conciba, y 2) ese mismo criterio concebido al modo escolástico". A partir desse critério dúplice, o autor entende que só não se caracterizam como jusnaturalistas o positivismo e o existencialismo (sartriano). O primeiro, porque não reconhece validade ao conhecimento que se origine fora da experiência; o segundo, porque adota uma posição cética em relação à moral, reivindicando para o homem uma liberdade não limitada por qualquer critério objetivo. Entende San Miguel, entretanto, que o positivismo contemporâneo já admite, ao contrário daquele do tempo de Hobbes, a possibilidade de estabelecer o que chama de critérios de justiça — "lo que niegan es que, en nombre de esa justicia, sea posible alterar la seguridad jurídica", ao contrário do que acontece com o jusnaturalismo. Além dessas conclusões, e para nossa perplexidade, diz que o marxismo é um dos representantes do jusnaturalismo não-escolástico, como também o teriam sido o racionalismo de Grocio e o historicismo de Hegel. Parece arrojada tal afirmação, desde que a filosofia da práxis, embora surgida da dialética hegeliana, representa uma inversão teórica do idealismo clássico, pretendendo demonstrar a absoluta determinação da matéria sobre a fenomenologia. Recentemente fomos obsequiados com trabalho avulso sobre Jusnaturalismo e Positivismo, pelo próprio autor, conhecido nas letras jurídicas por seus trabalhos de introdução crítica ao Direito do Trabalho, a partir de categorias marxistas. Trata-se de Tarso Fernando Genro. Nesse trabalho as teses de San Miguel poderiam encontrar referência. Propõe o autor gaúcho, através da teoria da práxis, uma

superação tanto do jusnaturalismo, quanto do positivismo, mas se revelando propenso a adotar a idéia de "justiça", alcançada objetivamente pela transformação da sociedade, e não pela norma jurídica do direito burguês. Aparentemente clara a presença da tese de San Miguel, mesmo porque, em seu trabalho, Tarso Genro adverte que o consenso percebível na norma não advém da "justiça que ela encerra, mas (d) do seu permanente processo de reprodução no plano ideológico que invade desde a estrutura da família até a escola, cristalizando-se naquilo que Gramsci denominou de 'senso comum'". Essa passagem exemplificaria, na acepção de San Miguel, um conteúdo jusnatural no pensamento do escritor gaúcho. Arriscando mero jogo de palavras, seria preferível supor, no caso, que o jusnaturalismo de todas as épocas, inclusive o escolástico, refletiu-se, através da filosofia da práxis, como jusmaterialismo. Para o presente trabalho é indiferente a proveniência do consenso, basta admitir que ele existe.

²"En épocas de concepciones jurídicas estables y de propiedad consolidada, prevalecerá el Estado jurisdiccional y aparecerá una justicia separada del Estado, que será custodia y defensora del Derecho (distinto del Estado, anterior a él y colocado por encima de él), a la que competarán las decisiones últimas" (Carl Schmitt, *Legalidad y Legitimidad*, Aguilar, 1971, pág. 10). Essa colocação parece não ser histórica, eis que trata a organização do Estado através de sistemas já prontos e arquivados, na espera de que as circunstâncias se repitam ou se conjuguem. Supõe-se que a independência e autonomia do aparato judicial é diretamente proporcional ao grau de consenso alcançado, mas deve ser também suposto que isso é viabilizado historicamente, e a tripartição dos poderes públicos, como evento racionalista, é recente. Ensina Arnold Toynbee que a cidade-estado desintegrou-se após Alexandre Magno, surgindo o universalismo, o cidadão do mundo. Foi substituída (como a sociedade tribal também) pelo poder administrativo central dos grandes impérios. É razoável admitir que a solidariedade social se manteve através do consenso, mas este teve expressões distintas. As sociedades tribais e as cidades-estado cimentavam-se principalmente através do culto religioso, da sacralidade, origem do próprio Direito. Os Estados administrativos adotam os sistemas de castas. Comprovou-se que em ambos os casos as práticas sociais são tidas como absolutamente necessárias, seja naturalmente, seja por decorrências religiosas, e o indivíduo obtinha segurança pela imediata explicação para sua vida, em cada minuto da existência. O que acontece com a sociedade liberal é o contrário. A união entre os homens é justificada, aqui, pela exata medida da utilidade de cada qual. Decorre disso o insolúvel problema do reiterado ataque aos costumes sociais. Nunca há explicação suficientemente categórica para satisfazer a inconformidade de classe. Nessa ordem de coisas é que mais se problematiza a hierarquia, a qual sempre supõe pelo menos um grão de arbitrariedade. Mangabeira Unger afirma que "quanto mais diversas e moderadas se tornam as distinções de classe, menos toleráveis parecem as diferenças que restam. Por um paradoxo que Tocqueville foi o primeiro a mencionar, e cuja origem podemos agora perceber na própria estrutura da sociedade moderna, o anseio de igualdade aumenta a cada passo que se dá no rumo da igualização das circunstâncias. Contudo, é precisamente nestas condições de confusão moral e de dissolução de hierarquia que parece mais urgente a necessidade de encontrar-se uma base para o exercício do poder e de distinguir os seus usos legítimos dos ilegítimos. O progresso na direção da igualdade destrói o poder ao mesmo tempo em que anseia por conservá-lo" (Roberto Mangabeira Unger, *O Direito na Sociedade Moderna*, Civilização Brasileira, 1979, pág. 184. O autor é professor da Law School, na Harvard University).

³Ao consenso, Carl Schmitt chama de "confiança no legislador", o que mostra sua personalidade autoritária. Diz o autor que sem ela o Estado legislativo se transformaria em aberta opressão e irresponsabilidade. "Si se priva al concepto de ley de toda relación de contenido con la razón y la justicia, conservándose al mismo tiempo el Estado legislativo con el concepto de legalidad que le es específico, el cual concentra en la ley toda la majestad y la dignidad del Estado, en-

tonces toda ordenanza de cualquier especie, todo mandato y toda disposición, toda orden a cualquier oficial o soldado y toda instrucción concreta a un juez, en virtud de la 'soberanía de la ley', puede hacerse legal y jurídica mediante una resolución del Parlamento o de otra instancia que participe en el proceso legislativo" (op. cit., pág. 31). Schmitt não se refere, certamente, ao legislativo ou judiciário conhecidos nas democracias liberais modernas, que ele chama de Estado legislativo parlamentar, com sistema fechado de legalidade, mas a hipotéticos Estados jurisdicionais, governativos ou administrativos, uns excluindo os outros, que seriam, em nossos dias (aproximadamente no ano de 1932), representativos da "legitimidad de una voluntad dotada de existencia real e inspirada en el Derecho" (op. cit., pág. 9).

⁴Distinto de possuidor.

⁵Tratando sobre o declínio da ordem jurídica, Mangabeira Unger (op. cit.) repete em várias passagens de sua obra que é importante justificar o exercício do poder: "Por outro lado, a imposição de uma ordem cuja única base é a vontade do governante ou dos grupos dominantes pode, no fim, subverter a organização social e a personalidade. Mina a primeira destruindo as oportunidades para a justificação do poder; e ataca a última, privando os homens de toda noção segura de adaptação ao mundo que os rodeia" (pág. 142). Alejandro Bugallo Alvarez lembra que as ciências sociais estimulam a reflexão de tal forma que os "procedimentos passionais e parciais" terminam desprestigiados. "Tais dados", diz o autor, "são da maior relevância, porquanto, por ser regulação social, não é suficiente que o Direito seja promulgado, mas também recebido e respeitado" (*Pressupostos Epistemológicos para o Estudo Científico do Direito*, Editora Resenha Universitária, São Paulo, 1976, págs. 36-37).

⁶"O absolutismo administrativo proporcionou o contexto para o tipo não-democrático de liberalismo, que oferecia à classe média proteção contra a 'arbitrariedade' governamental, mas, geralmente, negava-lhe participação direta nos assuntos do governo. O constitucionalismo parlamentar levou à democracia liberal. A transição do absolutismo administrativo para o Estado liberal democrático podia ocorrer, como ocorreu na França, através da revolução" (Mangabeira Unger, op. cit., pág. 176).

⁷O Professor Gerd A. Bornheim atribui ao filósofo alemão Heidegger supremacia no questionamento da crise da Metafísica. Embora Heidegger não se posicione a respeito da práxis, Bornheim refere que aquele filósofo evidencia o "caráter histórico da Metafísica", pois "a História deve ser interpretada como manifestação do ser, e o homem vive, por assim dizer, inserido nessa manifestação" (*Dialética-Teoria e Práxis*, Globo, 1977, pág. 89). A crise da Metafísica alcança, como se pode supor de imediato, o idealismo, e toda a ação humana está contaminada pela crise do juízo metafísico. Bornheim fala numa "ambigüidade radical" (idem, pág. 93), e (não autorizadamente) pode-se adotar a problematização geral da dialética de Bornheim para explicar esse distanciamento entre a idéia e o processo, com a robotização do pensamento, que se transforma cada vez mais em um fenômeno inteiramente provocado pelas circunstâncias, ao contrário do que afirmava Gasset ("Eu sou eu e minhas circunstâncias").

⁸"A autonomia tem quatro aspectos: substantivo, institucional, metodológico e ocupacional. O direito é autônomo num sentido substantivo quando as regras formuladas e impostas pelo governo não podem ser adequadamente analisadas como mera reformulação de qualquer conjunto identificável de convicções ou normas não-jurídicas, sejam estas de natureza econômica, política ou religiosa. Mais especificamente, o sistema legal autônomo não codifica uma determinada teologia. Como corpo de leis profanas, é separado dos preceitos que governam as relações entre o homem e Deus e de qualquer noção religiosa das relações sociais. O di-

reito é institucionalmente autônomo na medida em que as suas regras são aplicadas por instituições especializadas cuja tarefa principal é a jurisdição. Assim, a diferença entre o Estado e a sociedade é complementada por uma distinção, dentro do próprio Estado, entre legislação, administração e aplicação das leis. O direito é autônomo no sentido metodológico quando essas instituições especializadas justificam os seus atos de maneira diferente daquela usada em outras disciplinas ou práticas. Isto significa que o raciocínio jurídico tem um método ou estilo que o distingue da explicação científica e do discurso moral, político ou econômico. Finalmente, a ordem jurídica é caracterizada pela autonomia ocupacional. Um grupo especial — a profissão jurídica — definido por suas atividades, prerrogativas e treinamento, manipula as regras, ocupa os cargos das instituições jurídicas e dedica-se à prática do argumento jurídico” (Roberto Mangabeira Unger, op. cit., págs. 62-63).

9“ A construção jurídica, pelo contrário, acrescenta algo novo que não é fornecido pela dedução rigorosamente lógica dos elementos que integram o raciocínio. Com efeito, os atores do processo de construção e aplicação do Direito estão interessados em equacionar o direito em sua razão ontológica, com a realidade comportamental a ser normada, levando em consideração os fatores que, além da norma, determinam o comportamento. O investigador, pelo contrário, partindo do caráter existencial do Direito e suas vinculações com seus fundamentos e conseqüências, visa a sistematização do seu objeto de conhecimento, tomando o equacionamento com a realidade de fato, como um dos fatores de verificação de sua cientificidade” (Alejandro Bugallo Alvarez, *Pressupostos Epistemológicos para o Estudo Científico do Direito*, Editora Resenha Universitária, São Paulo, 1976, pág. 63).

10“ A diferença entre a relação lógica e a relação causal é que esta última acrescenta duração à seqüência, enquanto a primeira apenas exprime seqüência. A combinação de seqüência e duração é o que chamamos tempo. Toda explicação causal é uma exposição das relações entre eventos no tempo, enquanto a análise lógica trata da conexão entre conceitos fora do tempo” (Mangabeira Unger, op. cit., pág. 19).

11V. Modestino Martins Netto (*Estrutura do Direito Processual do Trabalho*, Edições Trabalhistas, 1974, 1.^o Vol., págs. 196-204 e 213-216); Wagner D. Giglio (*Direito Processual do Trabalho*, Edições LTr, 1977, págs. 210-212); Wilson de Souza Campos Batalha (*Tratado de Direito Judiciário do Trabalho*, Edições LTr, 1977, págs. 175-177).

12Op. cit., págs. 41 e ss.

13Campos Batalha reconhece a predominância dos “juizes togados”, mas, nas Juntas de Conciliação e Julgamento, entende que os Vogais podem decidir contra o “ponto de vista dos juizes togados”, alegando que os equívocos “podem ser reparados pelas instâncias superiores” (op. cit., págs. 176-177). Tal posicionamento traz à lembrança os primórdios da Justiça do Trabalho, quando as execuções da sentença trabalhista, então sem caráter judicial, processavam-se perante a Egrégia Justiça comum, com notável incidência de nulidades. A jurisdição de primeiro grau e aquela de graus superiores é de mesma natureza, ao contrário do que se pode inferir da opinião do eminente Juiz classista da 2.^a Região e tratadista renomado. Se o voto dos Vogais é prevalente, então eles deverão estar pelo menos tão bem qualificados para fundamentar o poder jurisdicional quanto o Juiz Presidente ou os tribunais superiores. Estes tribunais, pelo contrário, poderão julgar com maior segurança se adotada a prevalência da solução jurídica, mas com o registro das posições classistas dos Vogais que forem divergentes. Desnecessário referir, ainda, o acréscimo de dificuldades com que os já atribulados julgadores de grau superior se envolveriam.

14“Há uma terceira e ainda mais restrita noção de direito. Veremos que, longe de ser comum a todos os tipos de sociedade, esse conceito surgiu e sobrevive somente em circunstâncias muito especiais. Podemos chamá-lo de ordem jurídica ou sistema legal. O direito como ordem jurídica pretende ser geral e autônomo, além de público e positivo” (Roberto Mangabeira Unger, op. cit., pág. 62). V. tb. nota oito.

15“Mas a ordem jurídica difere da política e da administração precisamente por seu apego aos objetivos de generalidade de legislação e uniformidade de aplicação. As leis devem ser dirigidas a categorias de indivíduos e atos amplamente definidos, e devem aplicar-se sem favoritismo pessoal ou de classe” (Idem, ibidem, pág. 63).