

# A CRISE DOS OPERADORES JURÍDICOS DO DIREITO

Luiz Fernando Vaz Cabeda (\*)

## I – ABORDAGEM

Não fosse este um ensaio muito pequeno e restrito, diria que guarda a inspiração de homenagear **Orlando Gomes** pela obra-prima que editou na recuada década de 50-60, intitulada "A Crise do Direito" (São Paulo, Ed. Max Limonad, 1955). Trata-se de uma raridade bibliográfica. Não costuma constar no rol de publicações daquele autor.

Por essa época (1959), **Orlando Gomes** publicou "Marx e Kelsen", texto curto em que expôs, ao nível descritivo, a interpretação marxista do Direito, de acordo com as versões de **Stuchka**, **Pashukanis** e **Vichinsky** em contraposição à visão kelseniana da norma jurídica pura, vinculada unicamente ao direito positivo e analisada sem qualquer causação, configurando-se como a quintessência do Direito burguês. Na verdade, **Stuchka** encerrava as normas jurídicas dentro das relações sociais, enquanto **Pashukanis** apresentava uma variação dessas relações que, estabelecidas com base no interesse econômico, ganhavam uma forma específica, sobrevalorizada na sociedade burguesa, mas tendente a desaparecer com a construção do socialismo e a implantação de mecanismos sociais, de inspiração técnico-econômica, sobrevenientes ao "perecimento da superestrutura jurídica em geral". **Andrei Vichinsky** sustentou que as teorias antecedentes impediam o desenvolvimento do estudo jurídico no mundo socialista e defendeu a idéia de aproveitamento do arcabouço jurídico burguês, como forma de representação útil, mas desmistificada. Tratou da verdade judiciária, fruto da consideração pelo Juiz das implicações do ato examinado, tendo em vista as instituições do Estado e da sociedade, de modo a não ficar ele fixado numa verdade dos fatos, de caráter absoluto. Em resumo, foi invocada a prova circunstancial em detrimento da material, em harmonia com o preceito que dispensava a anterioridade da definição do crime e pena. Como foi esclarecido por **Umberto Cerroni**, a partir de 1954 (ano em que morreu **Vichinsky**), essas teorias entraram em desconcerto e a manifestação de outros juristas, com apoio em decisões do Tribunal Supremo da URSS, indicava seu ilegitimismo imanente. Além disso, em especial a partir de denúncias de Krushev em 1956, a figura de **Vichinsky** ficou irremediavelmente ligada aos Processos de Moscou, em que atuou como Procurador-Geral da União Soviética, e sua teoria jurídica é, por ironia da representação que ele tanto causticou no direito burguês, expressão rala do stalinismo.

---

(\*) Presidente da 1ª J CJ de Florianópolis.

Será difícil entender porque **Orlando Gomes**, em 1959, apresentou idéias de **Vichinsky** como representativas do marxismo se não for compreendido o espírito de questionamento da época. A questão da anterioridade da lei penal já fora discutida no fim do século por **Tobias Barreto** (que se opunha a ela), mas foi nos anos 50/60 que surgiram críticas à estrutura jurídica que até então vinha sendo concebida como fonte de justificação do Direito (como fruto de uma concepção do saber ou como expressão de um conhecimento que se dava no âmbito interno da própria ciência).

Naqueles anos também surgiu o mais célebre libelo, no estilo de um "Eu Acuso", propositadamente panfletário, contra a ordem jurídica estruturada: "a Justiça a Serviço do Crime", de **Arruda Campos**. Nele, em resumo, é examinado o dever que impõe a coerção jurídica de normas de precária justificação, como se fossem bens autônomos.

Questionava-se, então e sobretudo, o Direito positivo e sua relação com a realidade social, quer na elaboração, quer na aplicação. Foi esse o tempo de "A Crise do Direito". **Orlando Gomes** revisou o quadro de insuficiência e descrença na legislação. Levantando a tese da decadência, de **Ripert**, e mais especialmente a anomia denunciada por **Leon Duguit**, ele questionou ponto a ponto os temas da força geradora dos direitos; o declínio da interpretação imanente das normas (que sempre lhes atribuiu um certo sentido anímico); a formação de regras heterônomas em relação ao Estado, cuja efetividade tornou-se crescente; a falsa noção dos silogismos perfeitos e, por fim mas principalmente, a desmoralização da teoria da autonomia da vontade, diante do molde de contrato de adesão (ou de outras formas em que a manifestação da vontade é acessória e não substantiva), de largo e crescente emprego. Enfim, na impossibilidade de melhor sinopse, fica acentuado que um questionamento tão amplo recolocou historicamente o estudo do Direito, superando os temas do jusnaturalismo e do positivismo jurídico, mesmo quando este já havia dado a última palavra. A elaboração dogmática do Direito recuperou correspondência com uma realidade histórica, e podia ser tecnicamente considerada a existência de um Direito burguês, mas sua expressão também engendrava realidades diversas, e foi a partir da análise destas, do fim para o começo, que o questionamento da dogmática ganhou corpo. Finalmente, sem ser "cientificamente" blasfemo, podia ser lembrada a apreciação anárquica de **Erasmus de Roterdam** a respeito do Direito: "um amontoado de comentários, de glosas, de citações. Com toda essa mixórdia, fazem crer (os juristas) ao vulgo que, de todas as ciências, a sua é a que requer o mais sublime e laborioso engenho. E, como sempre se acha mais belo o que é mais difícil, resulta que os tolos têm em alto conceito essa ciência."

## II – ESSE TEMA NO DIREITO DO TRABALHO

O mesmo **Orlando Gomes** havia tratado de forma pioneira a questão dos direitos gerados pelas convenções coletivas do trabalho. Identificava nestas a força de produção de normas jurídicas paralelamente ao Estado, "como um dos aspectos da transposição da luta de classe para o plano jurídico", uma vez que tal normativismo produzia um direito objetivo, à margem do direito estatal. Quaren-

ta e quatro anos depois, ao retomar de certa forma o tema de "A Crise do Direito" no livro "Transformações Gerais do Direito das Obrigações", mas agora numa reflexão nada irruptiva, porém indagativa e com o traço que se convencionou identificar como maduro, ele confessou o cometimento de equívoco e, fundado principalmente na teoria do negócio jurídico de **Emílio Betti**, proclamou que a convenção coletiva, como negócio jurídico privado, não pode surtir direito objetivo.

A questão das convenções coletivas era muito cara àqueles que pretendiam desenvolver um estudo crítico do Direito. Já se sabia que o Estado Novo havia atrelado as conquistas sociais anunciadas pelos movimentos revolucionários dos anos 20/30, implantando, sob a tutela estatal, um sistema de proteção ao trabalho de caráter corporativo, decalcado do **Codice del Lavoro**.

**Evaristo de Moraes**, em seus "Apontamentos de Direito Operário" havia invocado a observação de **Gianturco** "a questão social reside no Código Civil", isto é, que a autonomia da vontade não construía uma ordem social harmônica, mesmo porque inexistia a *longa manus* da economia liberal, que supostamente equalizava interesses. Inobstante, coube por ironia a **Evaristo de Moraes Filho** demonstrar que o ideário reformista da Revolução de 30, realizado no Estado Novo, não se fez contra a propagada tese de que a República Velha consagrara a observação de Washington Luís, sobre ser a questão social um caso de polícia, simplesmente porque a frase nunca foi dita, tendo sido cunhada pelo famigerado DIP – Departamento de Imprensa e Propaganda. O governo de Washington Luís teria primado pela solução negociada dos conflitos sociais, criando mesmo câmaras de conciliação em especial para reger os dissídios na área rural. Todavia, é verdade que as greves da década de 20 foram encaradas como arruaças e a tônica naquele tempo foi a repressão e o desterro de imigrantes. A frase fabricada pelo DIP está de acordo com os pronunciamentos que então eram corriqueiros, e serviu àquele tempo como representativa dele, independente da intenção de governantes, porque a sociedade presa a um patriarcado patrimonialista não conseguia gerar Direito reformador.

Como quer que seja, nos anos 60 o Direito do Trabalho existente correspondia à legislação feita no Estado Novo. Não é de estranhar que todos aqueles que alimentavam fazer-lhe a crítica, porque já agora a tutela estatal corporativista não tinha sentido político inovador, recorressem ao Direito Coletivo, em especial às normas heterônomas. A doutrina explicativa estava esgotada, inobstante, prossegue rebarbativa até hoje.

Imposto o estado de exceção sobrevieram leis integrativas dos trabalhadores rurais e domésticos, fundos de benefício como o FGTS e PIS/PASEP, as férias foram ampliadas por iniciativa do Poder Executivo (exatamente na época em que o Legislativo havia sido posto em recesso, por não aprovar a reforma do Judiciário, afinal implantada pela Emenda Constitucional n. 7, baixada com base no Ato Institucional n. 5) e o procedimento em relação à verificação da insalubridade foi alterado com base no DL 389, também editado com expressa invocação do AI-5.

A questão que hoje se coloca é diversa daquela plantada nos anos 60, mas igualmente crítica deve ser uma abordagem, pois não é transparente o novo estado de coisas que enfeixa. Não se trata mais de questionar o direito legislado, por-

que nesses anos todos, vária foi sua fonte legal, sua inspiração doutrinária e seu meio político para fazer-se efetivo. Na verdade, nesse fim de século, deve ser encarado o que afinal foi feito, e não o que poderia sê-lo se a história e os personagens fossem outros. O Direito, diria Karl Manhein, vertido em utopia, não serve como reduto anódino da inconformidade.

A questão que realmente se apresenta, portanto, é a que toma a crítica da norma jurídica não como sociologia dessa norma, mas como questionamento prático de sua efetividade.

O Direito do Trabalho está basicamente legislado, e isto é definitivo. Dora-vante, e pertence ao senso comum, é mais próprio que advenham conquistas fruto do progresso tecnológico do que de novos direitos, tidos convencionalmente como tais, por expansão de vantagens ou garantias. De outro lado nas sociedades de massas, a ânsia maior deslocou-se para os direitos de cidadania.

### III – OS OPERADORES JURÍDICOS

Embora isso possa ser tido como uma interpretação meramente funcionalista, a verdade é que o enfoque da crise não está no Direito, mas especialmente na Justiça.

Todavia, seria simplificar demais dizer que se trata de uma crise do Judiciário. Ao invés, não há crise na Justiça, ou seja, desajuste passageiro numa estrutura ainda com vigor de recomposição. O que há, na ausência de um efetivo poder constituído a partir dos elementos de organização que lhes dão fisionomia, é uma "Justiça da crise", que nessa mesma crise se realiza, com agravamento embora de todos os elementos do Direito que é dado e do que é negado. O engajamento e o comando dos magistrados nas tarefas de ofício que lhes são peculiares ganharam a dimensão despropositada de o serem também na crise expressa no modo com que operam. É, sem dúvida, o ponto do paroxismo. Não por acaso fala-se em "crise de identidade que afeta aos operadores jurídicos e aos papéis de mediação institucional" (Pietro Barcellona e Giuseppe Cotturri). Com efeito, ainda que esperado o desapareço crescente da sociedade civil, não pode haver expectativa para que tudo ocorra e provenha de fora do Estado, pois irremediavelmente e por enquanto muito terá de ser feito dentro dele.

Esclarecem os últimos autores citados: "não se trata, portanto, de construir um novo 'modelo' definido e acabado, de relações sociais, uma nova teoria geral do Direito ou um sistema de conceitos; tampouco de configurar os instrumentos adequados para garantir uma abstrata justificabilidade dos 'interesses excluídos'; trata-se de definir as condições práticas e de elaborar os pressupostos teóricos necessários para eliminar os 'desvalores' implícitos nos critérios de qualificação jurídica comumente empregados pela doutrina e a jurisprudência".

Em resumo, hoje o juiz responde pelo Poder que integra não para justificá-lo (segundo suposta concepção de sua existência), mas para realizá-lo (independente dos enunciados meramente formais de sua função). Por destino, tem de viver o que há de sábio no espírito humano, de integrador e igualitário, por sobre a tendência de aceitar ser segregado em seu ofício, em um compartimento do Es-

tado. A ordem judicante (nem sempre a ordem jurídica) é necessariamente libertária. Atormentado embora pelo rotina massacrante, pode o juiz superar as imposições numéricas para exercer seu papel como órgão do Estado, sim, mas voltado para a Nação, que é, em suma, o povo, para quem olha e perante quem oficia. Em outras palavras: o juiz é órgão do Estado não como ser, mas como função. Como ser, o juiz é o cidadão em quem não pode faltar a luta pelas "práticas emancipatórias", especialmente as que, afinal, têm de ser juridicamente desenvolvidas.

É aos operadores jurídicos que cabe o papel de garantir o direito "frente a todas as contingências", por uma questão vinculada ao seu próprio existir. Porque abordar conflitos é proceder análise das relações existentes e das possíveis, o juiz tem de viver sua liberdade ainda que não seja por escolha, pois não há outro modo de definir a respeito desses conflitos alguma ação concreta.

Estes são os princípios; este é o tema desenvolvido até o ponto que o conhecimento pode alcançar. Entretanto, o mundo cotidiano e *gris*, como dizia um revolucionário que o invadiu com sua utopia, os desmente. Muito antes de abranger o próprio Estado, a *république des égaux* de que falava Graco Babeuf é uma imposição numérica feita ao Poder Judiciário. E ele claudica. Os juizes têm sido os realizadores de uma justiça da crise, oriunda dela e fabricada em seu bojo, e, na suposição errada de que se trata de uma crise da Justiça, não têm sabido superá-la; nem mesmo na Justiça do Trabalho.

#### IV – CONCLUSÃO

A crítica ao Direito foi exemplarmente feita em época na qual o questionamento das normas jurídicas era realizado a partir de sua inadequação a mudanças sociais, e de seu aprisionamento a princípios que se mostravam decadentes como força de fundamentação. O Direito haurido em uma sociedade que se pretendia socialista foi apresentado como contraponto na crítica às instituições burguesas, mas ele próprio foi revisto em suas idéias mais abrangentes, e o resultado, quando não também de crise, foi o de insuficiência. A reforma do Direito positivo fez-se no Brasil, em especial no que toca ao Direito do Trabalho, mas não só aí, no período do Estado Novo, e todos os traços que a alargaram ou restringiram foram feitos sob o regime de exceção seguinte a 1964. As instituições jurídicas, colhidas na inspiração das sociedades liberais, foram modernizadas pela ação estatal tutelar. A sociedade brasileira, assim, não produziu democraticamente o seu Direito, mas por certo o resguarda, que a democracia precisa dele.

Traçado já o quadro nas suas linhas mais determinantes, o fim do século, com o espírito que lhe é próprio, não aponta para reformas. Há uma estabilização nas instituições jurídicas e é mais fácil sugerir sua modificação em virtude das alterações materiais de vida, que sem dúvida serão radicais, do que por causa de seu desdobramento científico e analítico.

Todavia, a Justiça que se produziu no período da crise do Direito é ela própria realização e expressão dessa crise. É nela que radica o interesse de fazer valer normas e iniciativas operacionais que a restaurem para além da crise, para a superação dela. Para isso é fundamental a eliminação de procedimentos que con-

sagram uma motorização alienada e disfuncional, mas que, sobretudo, embaraçam a retomada do saber heurístico, da descoberta do significado dos preceitos, e da revelação da norma jurídica pela sua aplicação efetiva. Quando se restabelece a noção da *ars Inveniendi* em lugar da *ars Judicandi*, é hora de não apenas aceitar as premissas, mas de inventá-las.

#### LITERATURA REFERENCIADA E DE APOIO AO TEXTO:

**Barcellona, Pietro/Cotturri, Giuseppe**, "El Estado y los Juristas", Editorial Fontanella, Barcelona, 1976.

**Betti, Emílio**, "Teoria Geral do Negócio Jurídico", Coimbra Editora Ltda., 1969.

**Campos, Arruda**, "A Justiça a Serviço do Crime", Editora Fulgor Ltda., São Paulo, 1964.

**Cerroni, Umberto**, "O Pensamento Jurídico Soviético", Publicações Europa-América, Lisboa, 1976.

**Engisch, Karl**, "Introdução ao Pensamento Jurídico", Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1977.

**Fuller, Lon**, "O Caso dos Exploradores de Cavernas", Fabris Editor, Porto Alegre, 1976.

**Moraes, Evaristo de**, "Apontamento de Direito Operário", LTr, São Paulo, 1971.

**Kelsen, Hans**, "Teoria Pura do Direito. A Justiça e o Direito Natural", Armênio Amado Editor, Coimbra, 1976 e 1963.

**Gomes, Orlando**, "A Crise do Direito", Ed. Max Limonad, São Paulo, 1955. "Marx e Kelsen", Ed. Universidade da Bahia, Salvador, 1959. "Transformações Gerais do Direito das Obrigações", Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1980.

**Pashukanis**, "A Teoria Geral do Direito e o Marxismo", Editora Centelha, Coimbra, 1977.

**Schmitt, Carl**, "Legalidad y Legitimidad", Aguilar Ediciones, Madrid, 1971.

**Stuchka, P. I.**, "La Función Revolucionaria del Derecho y del Estado", Ediciones Península, Barcelona, 1974.

**Vihweg, Theodor**, "Tópica e Jurisprudência", Ministério da Justiça, Brasília, 1979.