

Norma constitucional e eficácia (ângulos trabalhistas)

PAULO EMÍLIO RIBEIRO DE VILHENA

Juiz do TRT da 3.^a Região, aposentado;
Professor da UFMG; Advogado em Belo
Horizonte

“Le moderne indagini intorno al linguaggio avrebbero dovuto mettere in chiaro come le scienze normative non possono servirsi di un linguaggio di termini descrittivi.”
— ALESSANDRO GIULIANI, *Contributo ad una nuova teoria pura del diritto*, Milano, Giuffrè, 1954, p. 174.

1. Em trabalhos anteriores, publicados na *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3.^a Região*, n.º 46 (“Problemas Constitucionais Trabalhistas”) e na *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8.^a Região*, v. 22, n.º 42, jan./jun. 1989 (Direito de Postulação e Outros Direitos Trabalhistas na Constituição de 1988”), tocamos incidentalmente no problema da formulação, da elaboração e da expressão lingüística das enunciações jurídicas, tendo como referencial de análise o art. 133 da Carta em vigor.

Muito se escreve e muito se escreverá sobre a Constituição de 1988, e uma das prontas conseqüências de sua implantação como *novo* sistema, ou *novo* conjunto ou *novo* agregado formal de normas jurídicas serão sucessivas lombadas nas estantes dos livreiros ou uma escalada de artigos em revistas jurídicas (no que aqui também inelutavelmente incorremos).

Sobre as idéias todas que nos povoam o espírito, algumas parecem renitirem até no plano prático.

Sabe-se, de menino, que a “pressa é inimiga da perfeição”. Sabe-se mais, de adulto nas coisas de direito, que escrever em direito não é escrever literatura. Se assim o é para um ensaio jurídico, uma exposição jurídica, sê-lo-á muito ou tanto mais para uma norma jurídica: um contrato, uma sentença judicial e, ainda mais, para uma lei e lei constitucional.

Já que nos incorremos no anátema do escrevente incontido e embora sempre abominássemos o *a priori* em qualquer formulação conceitual, dada sua índole tipicamente preconceituosa, arriscamo-nos a um lance futurólogo de difícil contestação: a Constituição Federal de 1988, tal a enunciação de suas normas, tal sua tessitura, seu discurso assistemático e até contraditório, por vezes, acarretará a construção de uma constituição paralela pelo Poder Judiciário, mormente pelo Supremo Tribunal Federal, nos casos que ali chegarem.

Pode-se arriscar ainda outra previsão, também de largo alcance: o Poder Judiciário, no caso o juiz, por sua formação tradicionalista e por manipular uma instituição ideológica e funcionalmente tradicionalista, fincada mais na distribuição de interesses como técnica voltada para a segurança social, o Poder Judiciário tenderá certamente a pautar a Constituição de 1988 pelos padrões sedimentados na legislação ordinária por ela encontrada. A responsabilidade por tal postura ou comportamento do Judiciário não poderá ser debitada apenas à índole histórica e política deste poder, mas, talvez preponderantemente, à atecnia, à precariedade conceitual e expressiva e à insegurança jurídico-formal da Constituição. (1)

Constituição é parâmetro: indica os princípios fundamentais, de ordem política, social e econômica, que devem presidir os destinos de uma nação. A sua unidade “principiológica” há de repousar na coerência dos preceitos e das diretrizes político-jurídicas que a compõem.

2. No que diz respeito à formulação de uma norma jurídica — sobrelevando, por sua índole “principiológica” ou organizativa, ou programática ou auto-executável, a norma constitucional —, a sua enunciação é jurídica, e os seus termos, ainda os de linguagem corrente ou extrajurídicos, não dispensam rigor técnico de elaboração.

(1) Cf. CAPELLA, Juan-Ramón. *Sobre la extinción del derecho y la supresión de los juristas*. Barcelona, Editorial Fontanella, 1970, pp. 13 e ss.

Se o constituinte de 1988 optou, acentuadamente, pela Constituição de molde regulamentar — muito além das Cartas de 1946 e de 1967/69 —, que pressupõe a versão escrita e codificada, em especial no que diz respeito a direitos sociais, econômicos, trabalhistas e previdenciários, (2) o seu texto não poderia deixar de observar os cânones mais elementares da técnica de elaboração legislativa, a começar pela sua inserção como um componente jurídico de regramento social.

Sob esse aspecto, o dos umbrais da técnica legislativa, é de rica advertência a passagem de PAWLOWSKI:

“Tudo revela que o preceito jurídico individual — em sua significação e em seu conteúdo, primeiro se entende como ‘preceito jurídico’ — não somente como uma frase, que se possa ler como mera manifestação de algum ou de alguns indivíduos; quando é “interpretado” determina a sua enunciação em sua vinculação com o direito.” (3)

A advertência do jurista germânico, dirigida certamente ao juiz, no texto em que discorre sobre a interpretação da lei, indica, mais que um método de abordagem de uma norma jurídica, uma peculiar postura exigível ao aplicador: ao manipular uma regra de direito, deve este precaver-se, antes de tudo, que o objeto de sua operação compõe uma expressão jurídico-normativa, vinculada ao direito e nele incrustada, e não uma “frase”, um produto impresso qualquer como simples manifestação verbal de indivíduos ou de grupos de indivíduos, isto é, como invocações político-ideológicas ou ideológico-políticas, de sabor messiânico, vazadas em estruturas fraseológicas descompromissadas com os centros unitários componentes de uma ordem jurídica.

No discurso jurídico, especialmente na norma jurídica, as idéias-força como que se cristalizam e se ocultam em cada enunciação formal, já que, como timbra em dizer LUDWIG WITTGENSTEIN, “tudo vem na linguagem”.

3. A preocupação de uma mensagem aberta, repassada por vezes de nuances calorosas, sobre ser desnecessária, é incompatível com a for-

(2) Cf. DESPONTIN, Luis A. *Derecho del trabajo. Constitucionalismo social*. Buenos Aires, Imprenta de la Universidad Nacional de Córdoba, Distrib. Victor P. de Zavalla, 1957, esp., p. 229, 2º

(3) PAWLOWSKI, Hans-Martin. *Das Studium der Rechtswissenschaft*. Tübingen, J. C. B. Mohr Auf, 1969, p. 165, a.

mulação do preceito legal, já que ele abriga, por mais desataviado e frio e tecnicamente elaborado, uma matéria jurídica direcionada em contexto translúcido na medida e na segurança escoreita de suas palavras e de seu juízo lógico.

Mostrar-se diferente ou original pela periferia, pelo adorno, por entretempos ornamentais, desatendendo-se a que uma norma jurídica exprime um processo técnico de resfriamento de expressão medida, rigorosamente subentendida, significa isso descompor o ordenamento jurídico e torná-lo um instrumento tendente ao caótico, senão ao ininteligível.

Exemplo claro de inovação expressiva, estranha à área tradicional da técnica legis-enunciativa do direito do trabalho, encontra-se em uma simples palavra trazida pelo n.º XV do art. 7.º da Constituição Federal de 1988:

“XV — repouso semanal remunerado, *preferencialmente* aos domingos;” (*verbis*, grifo nosso).

Preocupam-se juízes, expositores, advogados com o contexto do inciso em sua limitação, ao disciplinar o repouso, que o reduz a “domingos” — como se se derogasse a Lei n.º 605, de 14 de janeiro de 1949, a Lei do Repouso Semanal Remunerado, cortada na parte final de seu art. 1.º, em que acrescenta “domingos e, nos limites das exigências técnicas das empresas, nos *feriados civis e religiosos*, de acordo com a tradição local”, segundo pode pressupor-se do § 1.º do art. 2.º da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942), em sua segunda e/ou terceira partes —, mas, possivelmente, não devem ter atentado para a novidade do advérbio empregado: *preferencialmente*.

A questão não é de mera filigrana ou preciosismo terminológico. Mas preciso andou o legislador de 1949, ao usar a expressão “*preferentemente* aos domingos”, em que se indica um sentido de exclusão pela ordem, estabelecida, todavia, de forma mais incisiva e até imperativa.

Enquanto *preferente* colhe sua origem direta do latim (*proferens, entis*), como substantivo ou adjetivo, funcionalmente desdobrado do verbo *preferir* (*proferere*, corruptela de *praeferre*), como “aquilo ou aquele que *prefere*”, no sentido de “determinar-se por”, “escolher antes”, a expressão *preferência*, mais emoliente, com diversificação de acepções, resvala para

o subjetivo, como “primazia”, “privilégio”, “superioridade”, ação ou resultado de “escolher antes”.⁽⁴⁾

Na tradição jurídica, já pelo instituto previsto nos arts. 1.149 a 1.157 do Código Civil (“Da Preempção ou Preferência”), esta, segundo PLÁCIDO E SILVA, “possui sentido equivalente a “privilégio”, “precedência” ou “preempção” e, originariamente, “vantagem ou primazia”, até que se aporte no direito creditório, em que

“*pedir preferência ou protestar por preferência é requerer para ser pago ou satisfeito preferencialmente ou privilegiadamente no valor de seu crédito.*”⁽⁵⁾

A captação legal, no direito falimentar, encontra-se modelada no art. 102 do Decreto-Lei n.º 7.661, de 21 de junho de 1945 (Lei de Falências), ao aludir a “dos créditos dos empregados”.

Em conotação também jurídica, em outra esfera da organização legal, é crível tenha o constituinte de 1988 colhido ressonância do Decreto n.º 62.127, de 16 de janeiro de 1968, no art. 39, II (Regulamento do Código Nacional de Trânsito), em que se abrem os quadros da “via preferencial”.

Ultima ratio, quer-se aqui significar que, em sua heterotópica enunciação e terminologia, o n.º XV, do art. 7.º da Carta de 1988 permanece programático, não contém virtualidade própria de subsunção direta na relação de emprego ou do trabalho avulso, por trazer expressão adverbial fosca ou *cambiante*, sem que se possa, com segurança, imprimir qualquer consequência jurídica caso não se deixe de exigir trabalho “preferencialmente aos domingos”.

4. No cotejo regra constitucional X legislação ordinária (CLT e legislação complementar), curta abordagem do n.º XVII do citado art. 7.º encherá o aplicador de não pequenas perplexidades, se, em sua exegese, ficará pendente entre a força “gramatical” do inciso, na qualificação rigorosa do fato-suporte desencadeador da parcela de 1/3 de férias — o “gozo” (e a lei continua não trazendo palavras ou expressões ociosas e menos ainda inúteis) — e uma benevolente interpretação econômico-social, com vistas à tutela do economicamente fraco, que se cobre de uma tônica jurídica superior: o empregado.

(4) Cf. FONTINHA, Rodrigo. *Novo dicionário etimológico da língua portuguesa*. Porto, Editorial Domingos Barreira, s/d, p. 1.411; FREIRE, Laudelino. *Grande e novíssimo dicionário da língua portuguesa*. 2ª ed., Rio de Janeiro, Livr. José Olympio Editora, 1954, v. 4, p. 4.102.

(5) Cf. *Vocabulário jurídico*, Rio, Ed. Forense, 1963, v. 1, t. 3, p. 120.

O problema, aqui, é mais do que de simples terminologia ou de atecnia legisferante.

A Constituição Federal, no n.º XVII do art. 7.º, não apresentou qualquer palavra inovadora ou extravagante. Ao legitimar o pagamento de 1/3, a mais, de férias, a Carta sustém a aquisição de tal direito em um caracterizado e específico suporte do direito a férias, que é o seu “gozo”, a sua “fruição” ou o momento de sua “concessão”. O componencial jurídico de tal suporte é inquestionável em sua propriedade, como se vê dos arts. 134, § 1.º (“o empregado não poderá entrar no gozo das férias”), 139, § 1.º, 140 e 141, *caput* e § 3.º (“férias... gozadas”, “os empregados contratados há menos de 12 (doze) meses gozarão...”, “correspondentes às férias coletivas gozadas pelo empregado”), (*verbis*).

Nota-se que o preceito constitucional se dirige ao objetivo fundamental do direito de férias do trabalhador: o seu gozo. Está umbilicalmente ligado, como fato-suporte exclusivo, a ele.

Já as férias chamadas “indenizadas” — que significam a conversão de obrigação mista, de fazer e de dar, em obrigação simples de dar —, encontram-se disciplinadas entre os “efeitos da cessação do contrato de trabalho”, quando, diante do princípio da ruptura potestativa ou unilateral ou bilateral do vínculo, ocorre a impossibilidade da concessão ou do “gozo” das férias.

Embora o art. 146 da CLT fale em “remuneração simples ou em dobro” e o art. 147 diga “direito à remuneração relativa ao período incompleto”, na realidade os pagamentos concedidos pelos dois dispositivos têm natureza reparatória ou ressarcitória, e não salarial.

Na Lei Civil, alentada em uniforme doutrina e jurisprudência, a perda da coisa ou a impossibilidade do cumprimento da obrigação de fazer acarretam sua conversão em dinheiro, no equivalente (Código Civil, art. 865, 2.ª parte, e art. 1.534, especialmente).⁽⁶⁾

O n.º XVII, do citado art. 7.º da Constituição não diz “férias anuais remuneradas”, mas “gozo de férias anuais remuneradas”, o que afasta o princípio da conversão ou da equivalência, em caso de rescisão e de impossibilidade jurídica da concessão das férias.

(6) Cf. MENDONÇA, Manuel Inácio Carvalho de, *Doutrina e prática das obrigações*. 4ª ed., Rio de Janeiro, Ed. Revista Forense, 1956, t. 1, p. 171 e ss. e 181 e ss.

Do contrário, estar-se-á desdobrando o fato-suporte gerador do direito a mais 1/3 sobre férias em gozo, sem que a lei (constitucional) o tenha previsto (7).

Se a natureza da parcela superposta pelo art. 7.º, XVII, é de natureza reparatória ou ressarcitória, ocorrerá indenização sobre indenização, *bis in idem*, tendo como resultante o enriquecimento *sine causa* ou o *unjust enrichment*, previsto no Statute Law, (8) em lesão ao disposto no art. 5.º, II, da mesma Carta.

Visto o inciso sob outro prisma — preceito encontradiço e desde antanho em convenções coletivas ou regulamentos internos de empresa —, o benefício nele contido, por sua finalidade, visa garantir ao trabalhador a integridade remuneratória por ocasião das férias em gozo, o seu poder aquisitivo à ocasião da volta ao trabalho, na pressuposição de que, na concessão, o salário deverá ser mantido e ao lazer deverá destinar-se a porção de 1/3 acrescida. Do contrário, dar-se-á uma corrosão salarial.

Seja no que toca à natureza jurídica do pagamento das férias, se indenizadas, seja quanto à finalidade ou à versão teleológica da apreensão do dispositivo, a parcela de 1/3 não será cabível nas rescisões.

Todavia, como *nihil novi sub sole*, há colocação diversa, para prestação da mesma espécie, conquanto criada em norma regulamentar e sobre que pontuou o Tribunal Superior do Trabalho sua versão no plano geral da remuneração de férias. O acórdão, de 1972, por si, explica a diversa postura tomada:

“O Regional entendeu que é lícito o dispositivo regulamentar que concede gratificação condicionada ao gozo de férias. Recurso provido. Segundo o regulamento da empresa, o empregado faz jus a uma gratificação, que não terá lugar em caso de rescisão do contrato ou ocorra o pagamento das férias. Pelo dispositivo consolidado — que vincula a empresa em suas disposições regulamentares quanto a efeitos de direitos nelas acrescidos —, a remuneração das férias pagas — em caso de rescisão — não poderá ser inferior à que o empregado perceberia se as tivesse

(7) Para um excelente esclarecimento desse tema — regra de direito e fato-suporte, cf. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro, Ed. Borsóli, 1954, t. 1, pp. 3 a 79 esp.

(8) Cf. ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1961, p. 43.

gozado. Se a recorrida instituiu, por norma regulamentar, uma remuneração adicional para as férias em gozo, essa remuneração incorpora-se, por força do art. 142 da CLT, na esfera jurídica do empregado. Não se pode imprimir a preceito regulamentar, que é contratual, efeito diverso, fracionado, a um direito, que a lei institui íntegra e uniformemente: o valor da remuneração das férias, gozadas ou pagas. Simplesmente, a gratificação compõe o salário de férias, pouco importando a forma em que se satisfaçam. — TST, 2.^a Turma. Proc. RR 1.175/72. Rel. (designado) Min. Ribeiro de Vilhena." (Apud BOMFIM, B. Calheiros & SANTOS Silvério dos. *Dicionário de decisões trabalhistas*. 12.^a ed., Rio de Janeiro, Eds. Trabalhistas, 1975, p. 268, ementa n.º 1.872).

A hipótese deve distinguir-se, tão-somente, quanto à espécie de fonte, de que se origina a prestação da gratificação de férias: uma, a lei constitucional, que se sobrepõe à lei ordinária (CLT) e a outra, a fonte contratual-regulamentar, que a ele se sotopõe e por ela pode ser dirigida.

5. Sobre a segura advertência de GUIDO FASSÒ, segundo o qual

"Un invito alla chiarezza terminologica, che è insieme un invito all'onestità intellettuale" (9),

esteja sempre presente a lapidarmente sintética evocação de MARNIERRE:

"A necessidade de uma exata terminologia impõe-se à evidência para toda a ciência ou, mais amplamente, para todo o conjunto de conhecimentos, como ainda para toda a técnica. Mais especialmente ainda se exige isto para as ciências jurídicas, em função do postulado de segurança do comércio jurídico sobre que nos convimos (en fonction du postulat de sécurité du commerce juridique dont nous avons d'abord convenu)." (10)

Espera-se que a construção jurisprudencial, na tarefa de fazer efetiva a Constituição Federal de 1988, esteja sempre alerta para os princípios básicos da unicidade, da incindibilidade conceitual e da harmonia do ordenamento jurídico, em sua missão de preordenar as relações sociais, de si criativas e controvertidas.

(9) Cf. BOBBIO, Norberto. *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*. Milano, Edizione de Comunità, 1977, p. 139, nota 5.

(10) MARNIERRE, E. S. *Éléments de méthodologie juridique*. 1.^e ed., Paris, Librairie du Journal des Notaires et des Avocats, 1976, pp. 44 e 45.