

PROBLEMAS CONSTITUCIONAIS TRABALHISTAS

Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena (*)

"Un invito alla chiarezza terminologica, che è insieme un invito all'onestà intellettuale" — GUIDO FASSO.

1. A Constituição de 5 de outubro de 1988, ao entrar em vigor, trouxe dois problemas básicos que primeiro nos devem ocupar a atenção.

O primeiro problema diz respeito, na esfera trabalhista, a que normas constitucionais são imediatas e diretamente aplicáveis e a que normas dependem de regulamentação por lei ordinária.

O segundo problema coloca-nos diante da questão dos efeitos imediatos da norma constitucional, caso seja ela imediatamente aplicável e se alguma situação anterior continua regida pela Constituição de 1967/9 e pela legislação ordinária então em vigor (CLT e Legislação complementar).

2. A prever a regulamentação das relações de trabalho, o constituinte de 1988 acabou três Constituições em uma só, pois os direitos dos trabalhadores começam a ser previstos nos arts. 7.º a 11, do Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais — Dos Direitos Sociais), passam pelo art. 233, do Título IX (Das Disposições Constitucionais Gerais) e terminam no art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Neste quadro, a *exegese sistemática torna-se uma temeridade*.

E basta este fato para ver-se que não é tarefa simples nem fácil empreender uma análise das regras constitucionais no Campo do Direito do Trabalho, a começar exatamente pela insegurança do Constituinte no processo de sistematização da Carta, pois formalmente ela é assistemática e isto corresponde à insegurança, ao jogo e desencontro de forças políticas e ideológicas na sua construção, cujo decurso de tempo veio denunciar marchas e contramarchas no que se poderia chamar de "vontade do legislador".

Portanto, serão muito afoitos o estudioso, o leigo, o que se julga jurista se pretendem emitir juízos ou assumir posições diante de qualquer dispo-

(*) O autor é Juiz do Tribunal Regional do Trabalho da 3.ª Região, aposentado; Professor da Universidade Federal de Minas Gerais e Advogado em Belo Horizonte.

sitivo constitucional ora em vigor. Ou há posições políticas preconcebidas ou precipitações aparatosas naqueles que se aventuram a aduzir afirmações em torno da nova Constituição.

Em razão disso, com a prudência que nos aconselha um longo convívio com as questões e os problemas jurídicos, abordaremos as regras trabalhistas constitucionais ora em vigor, sob o ângulo de sua operacionalidade, imediata ou não, e sob o ângulo da transposição da ordem jurídica, mas naqueles dispositivos que mais de perto nos envolvem, empresas e trabalhadores.

3. Como se trata, nesta focagem, de exposição casuística, o critério adotado seguirá a ordem dos itens do art. 7.º, da Constituição, retirados a perfunctório exame aqueles que contenham alguma novidade jurídica e principalmente eficaz.

Deve-se atentar a que os preceitos do art. 7.º, além do que se infere do texto de seu **caput**, são, por sua natureza e finalidade programáticos. Em princípio, portanto, contêm diretrizes definidas ao legislador, a quem incumbe, pelo princípio da necessidade, da oportunidade ou de política jurídica, preencher, executoriamente, através de leis.

O problema da executoriedade da lei, seja a constitucional, seja a complementar, seja a ordinária, prende-se a que ela esteja munida dos seus elementos constitutivos bastantes, através dos quais apreende a porção de realidade visada em seu texto — a hipótese, os suportes do juízo hipotético que a devem compor como elementos de tipificação, e a sanção.

É indispensável que a lei se integre dos pressupostos da realidade; são os chamados “fatos-suportes” que devem estar presentes no modelo da norma, a fim de que os possa entender e apreender o aplicador, fazendo desencadear o fim, o objetivo nela previsto. Cabe advertir que este “fato-suporte” tanto pode ser um fato da vida como um fato jurídico, isto é, um fato já apanhado e definido por outra lei ou outra norma.

Se a Constituição diz que se aplica o “salário-mínimo” ao empregado doméstico, toma ela aqui, como suporte, um fato jurídico, pois “salário-mínimo” é fato econômico definido, dinamizado, já contornado em lei ordinária com desdobramento monetário sucessivo em decreto, ou seja, em norma hierarquicamente inferior.

Aliás, **en passant**, o constituinte de 88 sempre escorrega em manifesta precariedade conceitual, como se vê no n.º V, do art. 7.º, quando fala em “piso salarial”, como se se dirigisse ao “piso nacional de salário” (Dec. n.º 2.351, de 7.8.87), mas reinstituiu o “salário-mínimo” (n.º III) e nesta denominação e conceituação insiste ao falar em “garantia de salário, nunca inferior ao mínimo” (n. VII), o que, certamente, obrigará o legislador ordi-

nário a rever a sua recente criatividade (o inusitado “piso nacional de salário”, o intermediário “salário-mínimo de referência” e o inócuo “valor referência”), se não por uma questão de hierarquia e coerência conceitual, mas por não retirar o “fato suporte” da garantia constitucional dos n.ºs IV e VII, do art. 7.º. Salvo se os leguleios, ou os aligeirados por comodismo mental entenderem que “tudo é a mesma coisa” e dispensarem um mínimo de rigor que se exige na construção dos conceitos jurídicos mormente a norma jurídica que está em sua estrutura.

Chegando o exemplo a um de seus desenlaces, pode-se afirmar que a Constituição assegurou ao empregado doméstico (art. 7.º, parágrafo único, item IV) uma espécie de salário que não existe no tráfego jurídico nacional, o “salário-mínimo”, em seu texto abolido e substituído por outra espécie de salário, batizado com o nome de “piso nacional de salário”, “piso” este que a mesma Carta, abaixo coloca em outra pia e que contém outra natureza, evidentemente ligada às relações coletivas de trabalho, por categorias profissionais e econômicas através de suas normas componentes de conflitos (sentenças normativas ou convenções coletivas ou acordos coletivos).

Sob esta questão específica, no que claudica a Constituição ora em vigor, de grande valia é a passagem de NORBERTO BOBBIO:

“As questões de nome são de grande importância, porque elegendo-se um nome ao invés de outro se torna rigorosa e não susceptível de mal entendida (*di fraintendimenti*) uma determinada linguagem. A purificação da linguagem é uma parte essencial da pesquisa científica, sem a qual nenhuma pesquisa poderá dizer-se científica” — Cf. *Studi sulla Teoria Generale del Diritto*. Torino. G. Giappichelli Ed. 1955, p. 37.

No campo do Direito, como no da ciência, a precisão terminológica compreende a coerência conceitual a qualquer variação concorrente em termos que devem designar o mesmo objeto pode servir à confusão, ao desvio e à própria inaptidão da linguagem jurídica para definir e precisar o ato, o fato ou a conduta jurídica que se tem vista regular.

Sob o prisma da auto-aplicação da regra constitucional **self acting**, tema em que se insiste, muito criteriosa deve ser a postura do juiz, do jurista, a que não deve faltar a elucidação de BOBBIO, linhas atrás:

“Do elemento formal nasce a pesquisa ou o complexo de pesquisas em torno da natureza, da Constituição, do funcionamento e da extinção da **norma jurídica** enquanto tal. Do elemento material nasce a pesquisa em torno da determinação, classificação e sistematização da **fattispecie**” — ob. cit., p. 35.

Cumpra observar que a regra de direito, para gozar de eficácia deve reunir seus elementos formais de anunciação com postura e clareza, a fim de que se encontrem os seus elementos ou pressupostos materiais identificadores da **fattispecie**, ou seja, o preciso revestimento do ato-fato a que se dirige e que quer regular e da cominação, sanção ou desfecho que tende a alcançar.

Ainda que o § 1.º, do art. 5.º, da Constituição de 1988, preceitue que "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (**verbis**) e entre as "garantias fundamentais" se incluem os "direitos sociais", daí não se há de partir para a pronta executoriedade dos arts. 7.º (e todos os seus itens) a 11, a não ser que cada dispositivo ou inciso contenha os supostos mínimos que permitam esta executoriedade, ou seja, que se ache provido da **fattispecie** suficiente que arme a hipótese e torne completo o silogismo estruturador de uma lei quanto aos fatos que regula".

Para ver-se, apenas a um primeiro lance, a equivocidade e a precariedade do constituinte de 1988, tome-se o exemplo mesmo do § 1.º, do art. 5.º citado, que fala em "aplicação imediata" das "normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais" e não das "normas **asseguradoras**" desses direitos, como se a Constituição pretendesse aplicar imediatamente não as "garantias" mas as "definições"...!

4. Exemplificativamente — ainda com repercussão direta nas áreas trabalhistas —, nota-se a atecnia ou a dubiedade de linguagem do Constituinte de 1988 na enunciação do art. 133 e que chega despertar em alérgicos casuístas a idéia de que o empregado não mais pode ajuizar, direta e pessoalmente, reclamação na Justiça do Trabalho e que perdeu a **legitimatío ad processum** conferida às partes nesta Justiça (CLT, art. 791).

Antes, não se poderia conceber que um Estatuto que se arroga de eminentemente "social" tenha consagrado um texto de fluicção social contraditória, pois a tutela do trabalhador, como hipossuficiente, começa (ou se conclui) com o seu direito de ir diretamente à Justiça do Trabalho, sem outro ônus que a condução, para ali postular.

Mas é a própria expressão do art. 133 que liquida com a presumida exclusão do **jus postulandi** direto na Justiça do Trabalho, pois o dispositivo não chega a conter uma enunciação, seja a nível de vedação, seja a nível de legitimação.

O que há de entender-se por "O advogado é indispensável" ou por "administração da justiça" ou pela conexão destas expressões?

Em termos amplos, gerais, a "indispensabilidade" pode visar a uma garantia, cuja tutela tanto pode dirigir-se ao advogado (e, no plano siste-

mático, o dispositivo alija-se no quadro da disciplinação de profissões e não no do direito de petição, que diz respeito a qualquer pessoa) quanto ao pretendente à tutela jurisdicional.

Ninguém, de bom senso, porá em dúvida que o ser "indispensável à administração de justiça" esteja mais do lado desta e indicando que o advogado comporá os órgãos encarregados dessa administração.

Se se argumentar que esse objetivo constitucional não esgota a finalidade do preceito, no mínimo ter-se-á de convir que ele não tem um conteúdo definido na exclusiva direção de só conferir legitimação para o processo ao advogado.

A "legitimação" é matéria regulada em lei ordinária, seja a normal seja a anômala (substituição processual).

No art. 134, insiste o constituinte na mesma abstração, ao trocar o adjetivo "indispensável" do art. 133 pelo "essencial", aplicado a "instituição" da "função jurisdicional", como se "função" fosse "instituição" e como se o "Estado" estivesse imediatamente jungido a organizar uma "Defensoria Pública".

Ambas as normas, por sua construção, delineadas em elementos amorfos, são de índole indicativa e não prescritiva.

O art. 133, se convertido em preceito relativo à legitimação processual, teria função **proibitiva** e seria formulado da seguinte maneira: "Só se admite o ingresso em juízo através de advogado" ou, então "É vedada a defesa de interesses ou direitos na Justiça desacompanhada de advogado".

Já se exigia, desde MODESTINO (I, 3, fr. 7), à lei, para ter eficácia imediata, objeto definido e em que se forma um comando, seja para **imperare**, seja para **vetare**, seja para **punire**, seja para **permittere** ou como dizia CÍCERO: **imperandi prohibendique sapientia... aut cogentis aut vetantis...** (De leg., II, c § 8).

Além, portanto, da provisão de um "juízo hipotético, em que se vincula um suporte fático a uma conseqüência", como condição formal de existência (**hipothetisches Urteil... das die spezifische Verknüpfung eines bedingten Tatbestandes mit einer bedingten Folge ausdrückt**), como sustenta WINFRIED BERLET, transcrevendo passagem clássica de KELSEN (cf. do primeiro, Das Verhältnis von Sollen, Dürfen und Können. Bonn. H. Bouvier u. Co. Verlag. 1968, S. 30, 1. Para a distinção entre "permltir", "habilitar" e "legitimar", cf. o mesmo KELSEN, Hans. Theorie Pure du Droit. Paris, Dalloz, 1962, págs. 21 e 22 — o **Erlauben**, o **Ermächtigen** e o **Berechtigen**). impõe-se a específica cominação, como sanção.

A imperatividade da norma jurídica, que a fixa como um comando, para atuar imediata e diretamente, não prescinde do elemento material, de con-

teúdo, pelo qual se define a conduta especificamente proibida, permitida, determinada e/ou legitimada (cf., exaustivamente, BOBBIO, Norberto. **Teoria della Norma Giuridica**. Torino. G. Giappichelli, Ed. 1958, págs. 123 e segs., esp. 127 e segs.).

5. Embora apenas como advertência, ligeiro apanhado sistemático da Constituição, embora não exauriente, mostra que o próprio constituinte de 88 se incumbiu de vulnerar uma possível interpretação axiomática do art. 133, da Constituição, como se contivesse todos os signos de preenchimento para a auto-aplicabilidade e a conferência de legitimação exclusiva ao advogado para estar em juízo.

Princiando-se pelos "Direitos e Garantias Fundamentais", depara-se o "cidadão" como "parte legítima para propor ação popular" (art. 5.º, LXXIII) e ao pedido de **habeas corpus** não se atrela qualquer interceptação de mandatório forense (artigo cit., LXVIII), construída a doutrina jurisprudencial, sobre idêntica redação da Constituição de 1946 e a de 1967/69, segundo a qual poderá requerê-lo qualquer pessoa (cf. Lei n.º 4.215, de 27.4.1963, art. 71, §§ 1.º e 2.º e art. 75).

Os argumento a **contrário** ou aquele que diz "a exceção explica a regra" seria precipitado, dada a complexidade do material jurídico sob exame e de outros dispositivos constitucionais que nos deixam sempre perplexos, não fora a mistura de "mensagens políticas", "ideológicas" e até "demagógicas" e de preceitos propriamente jurídicos mal alinhados pelos Autores da Carta de 1988.

Veja-se o n. III, do seu art. 8.º. A "defesa" que se outorga ao sindicato, "inclusive em questões judiciais ou administrativas", virá necessariamente interceptada por outra representação, a do advogado? Como conciliar uma postura diversa com o que, já mais técnica e precisamente, está expresso no § 2.º, do seu art. 113, quando diz que "é facultado aos respectivos sindicatos ajuizar (**sic** — e por que não "ajuizarem"?) dissídio coletivo"? O que significa, para um mediano entendedor de Direito, **ajuizar** uma ação?

Há impactos outros, de não menor percussão, no art. 233, p. ex., quando legítima o "empregador rural" para "comprovar"... "perante a Justiça do Trabalho"... Ao mesmo tempo, como convolvando situações legitimadoras contrapostas, o dispositivo, na parte final, fala em "seu representante sindical", e do empregado, "representação" esta que se repete no seu § 1.º e em que se vê também legitimado, diretamente, o "empregado". E aqui a função "graciosa" ou "voluntária" já se transmudou em contencioso! **Ubi est advocatus?**

Portanto, somente um descomedido requinte de novidade levará o profissional do direito (advogado, juiz, procurador) a entender que o art. 791, da CLT sofreu alguma alteração ou obliteração com o advento do art. 133,

da Constituição Federal de 1988, sem o exame de todos e angulares aprofundamentos e abordagens que a questão atrai. Uma outra e última, talvez, contribuirá ainda para intentar-se a mais segura e precisa solução de **vexata questio**.

6. A legitimação é um modo de ser com respeito a outrem, isto é uma **relação com outros** (cf. NAZO, Nicolau. "Legitimação" In Rev. dos Tribunais, n. 386, dez./1967, p. 50, em que cita magistério de CARNELUTTI, extraído de seu **Trattato del Processo Civile**).

Como o modo de ser do sujeito, a capacidade para agir no processo, como um pressuposto — que é a de a parte fazer-se representar por advogado em planos e atos especificados, como sistema de atuação —, compreende não apenas o conjunto de atos que ele pode praticar, no exercício da profissão, mas o campo de atuação de tais atos, definidos como órgãos de jurisdição. Na esteira do § 51 da ZPO (Zivilprozessordnung), ROSENBERG u. SCHWAB resumem, de princípio, que a capacidade processual define-se na lei e pela lei se preenche, sobretudo no que diz respeito ao feixe de relações processuais que compreendem o exercício de representação profissional do advogado. (cf. ROSENBERG, Leo u. SCHWAB, Karl Heinz. Zivilprozessrecht. 12. Auflage. München. C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung. 1977, 5214, § 44, I, e GUSMÃO, Sady Cardoso de. Legitimação Processual. In SANTOS, J. M. de Carvalho *et alii*. Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro. Ed. Borsoi, s/d, p. 127, esp. 128. No mesmo sentido, CARNELUTTI, Francesco. Sistema di Diritto Processuale Civile. Padova. CEDAM. 1936, T. 2, págs. 464 e segs.).

Consagrado pela Constituição Federal, em seu art. 133, o princípio geral da necessidade do advogado e de sua participação nos atos de "administração da justiça", este princípio somente pode ser executado pela criação de relações jurídicas específicas e centros de imputação jurídica, coberto pela estrutura dinâmica da legitimação processual, através da lei ordinária, que, inclusive, poderá minimizá-lo e até excepcioná-lo, como se verifica nos casos acima apontados e oriundos da própria Constituição ou da Lei Ordinária, em que se inclui o art. 791, da CLT.

Defere-se a capacidade processual, desde a **postulacional**, ao advogado, cingida a uma **distribuição de legitimação para a ação**, com vistas à tutela da aplicação do direito e à tutela da própria profissão, salientando-se que esta não pode sobrepor-se àquela. Haja vista as exceções abertas pela ordem jurídica, em que a parte reúne a **legitimatío ad causam** e a **legitimatío as processum** (cf. PONTES de MIRANDA. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro. Ed. Forense. 1973. T. I, págs. 345 a 348).

Queremos significar que o preceito constitucional contido no art. 133, da Carta de 1988 erigiu em princípio fundamental a necessidade de a ordem

jurídica pautar-se pela presença e atuação do advogado nos atos de administração da justiça. A direção da regra constitucional é esta; quem deve preenchê-la, porém, em termos de relações jurídicas (representação, legitimação, atos que se possam praticar, Órgãos perante os quais praticar, e assim por diante), de natureza procedimental, a partir do **ius postulandi**, é a lei e somente a lei é que poderá compatibilizar o princípio tutelar abrigado no preceito da Lei Maior com os interesses gerais e individuais conflitantes e que vão desaguar nos órgãos encarregados de administrar a justiça, sob pena de obstaculizarem-se os direitos fundamentais de petição e de defesa.

Embutidos no sistema jurídico, comprometidos com a precípua do Direito, que é a realização, a distribuição e o equacionamento de interesses, construída através de normas jurídicas, que organizam esses interesses e tem por missão assegurar a vigência de uma estrutura límpida, translúcida através dessas normas.

Além da advertência de GUIDO FASSÓ (tomada a NORBERTO BOBBIO, **in Giusnaturalismo e Positivismo Giuridico**. Milano. Edizione de Comunità. 1977, p. 139, nota 5), valha-nos o indesculpável magistério de MARNIERRE:

"Lá nécessité d'une exacte terminologie s'impose d'évidence pour toute science, ou plus largement pour tout ensemble de connaissances, ainsi encore que pour toute technique. Cela plus spécialement encore quant aux sciences juridiques, en fonction du postulat de sécurité du commerce juridique dont nous avons d'abord convenu" — 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 exige-se isto para as ciências jurídicas, em função do postulado de segurança do comércio jurídico sobre que nos convimos" — cf. MARNIERRE, E. S. de 1.^a *Éléments de Méthodologie Juridique*. Paris. Librairie du Journal des Notaires et des Avocats, 1976, págs. 44 e 45.

Belo Horizonte, abril/1989