

QUESTÕES JURÍDICAS II — FATOR TR DE ATUALIZAÇÃO, ETC...

JOSÉ SEVERINO DA SILVA PITAS^(*)

SUMÁRIO: 5 — Fator TR de Atualização; 6 — Projeto de Lei sobre Correção Monetária e Depósito Judicial; 7 — Prescrição quanto ao FGTS; 8 — Competência da Justiça do Trabalho em ações de interesse de entidade sindical; 9 — Medidas coibitivas da deslealdade processual; 10 — Medida Cautelar como instrumento sucedâneo do Mandado de Segurança entre particulares; 11 — *Ius variandi* e Direito Potestativo diante do artigo 37 da Constituição Federal.

5 — Fator TR de Atualização Monetária

A Lei n. 8.660, de 28 de maio de 1993 extinguiu a TRD (Taxa Referencial Diária) e introduziu a partir de 1º de maio de 1993, para os negócios jurídicos, a Taxa Re-ferencial-TR — divulgada, diariamente, para período de um mês.

O parágrafo único do artigo 2º autorizou o Banco Central a divulgar para o mês de maio taxas diárias com valor correspondente à distribuição pro rata die da TR do dia primeiro do mês respectivo.

Pretendeu o legislador tolerar a correção diária dos negócios jurídicos apenas até 31.5.93 e doravante, apenas, mediante ajuste mensal para alguns, trimestral para outros negócios.

Parece-me com isto violar garantia constitucional, em alguns casos, consistentes de atos jurídicos perfeitos. Por outro lado, alguns negócios devem vencer em fração de mês após maio.

Para as relações trabalhistas, entretanto, revela-se de essencial importância o fato de que o artigo 39 da Lei n. 8.177/91 não disciplina negócios jurídicos, e sim, a recomposição monetária e pagamento de juros de mora decorrentes de ato ilícito.

A Lei n. 8.660/93 não alterou o artigo 39 da Lei n. 8.177, de 1º de março de 1991, que determina a correção dos débitos trabalhistas pela variação da TRD. Criou, entretanto, obstáculo ao cumprimento da lei, ao lhe retirar a divulgação da TR diária ou pro rata die.

(*) Juiz do Trabalho, Presidente da 2ª JCJ de Franca-SP.

Não se concebe, em nenhum sistema de direito interpretação ou preceito que tenha por efeito o estímulo à prática de ato ilícito.

Por conseguinte, por exigência absoluta de ordem prática e por irrecusável necessidade de cumprimento da lei, à falta de divulgação oficial da TR pro rata, recomenda-se que se utilize a Taxa Referencial Acumulada (TRA) praticada pelos agentes econômicos, como os Bancos, e divulgada sob o denominação de FATOR TR DE ATUALIZAÇÃO, ou FATOR TR DB, que, deduz-se, equivale à pro rata dte.

Este é o critério, que provisoriamente, estamos adotando para elaboração das tabelas de atualização dos débitos trabalhistas, necessárias e de ampla utilização em todo o Brasil.

6 — Projeto de Lei — Correção Monetária e Depósitos Judiciais

Em face da insegurança gerada pela constante alteração da política econômica e indevida vinculação com os débitos trabalhistas, encaminhei proposta de elaboração de lei, como o objetivo de destinar método definitivo e inalterável para a correção monetária dos débitos trabalhistas cujo conteúdo passo a transcrever e do qual transmiti mensagem, via telex, para as seguintes autoridades: a) Presidente da República; b) Ministro do Trabalho; c) Ministro do TST; Presidente do TRT da 15ª Região; Ministro da Fazenda, e Presidente do Congresso Nacional. Eis, o texto:

"Diante da questão de relevante interesse dos trabalhadores brasileiros, em face da omissão na Medida Provisória que introduziu alterações na Taxa Referencial, bem como pela necessidade de certeza e estabilidade quanto às decisões da Justiça do Trabalho, rogo a Vossa Excelência permitir-me apresentar sugestão para disciplina do artigo 39 da Lei n. 8.177/91, com acréscimos oportunos:

Art. 39 (nova redação)

OS DÉBITOS TRABALHISTAS DE QUALQUER NATUREZA ESTARÃO SUJEITOS À ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA PELA VARIAÇÃO DIÁRIA DA UFIR — UNIDADE FISCAL DE REFERÊNCIA — NO SEGMENTO COMPREENDIDO ENTRE O DIA DA EXIGIBILIDADE DO VALOR E O DIA DO EFETIVO PAGAMENTO OU DEPÓSITO JUDICIAL.

JUSTIFICATIVA:

Por questão de equidade, em atendimento ao princípio de isonomia, a redação sugerida abrange eventuais créditos do empregador para efeito de compensação.

Não se concebe em nenhum sistema de direito interpretação ou preceito que tenha por efeito a tendência de estimular a prática de ato ilícito, razão por que débitos trabalhistas não podem ter sua atualização alterada de variação diária para mensal.

A redação do caput do artigo 39 da Lei n. 8.177/91 emprega a expressão Juros de mora em sentido leigo, quando na verdade refere-se à atualização monetária. Juro refere-se, tecnicamente a ganho de capital.

O acréscimo da expressão depósito judicial justifica-se por corresponder a uma das modalidades pelas qual a lei permite ao devedor desonerar-se da obrigação e que com frequência ocorre, na forma do disposto nos artigos 881, parágrafo único, 882 e 899 da CLT.

§ 1ª — OS DEPÓSITOS JUDICIAIS PARA EFEITO DO DISPOSTO NO ARTIGO 899, 881, PARÁGRAFO ÚNICO E 882 DA CLT SERÃO FEITOS

ATRAVÉS DE SIMPLES GUIA, EXPEDIDA PELA SECRETARIA DA JUNTA OU CARTÓRIO, EM ESTABELECIMENTO OFICIAL DE CRÉDITO OU, EM FALTA DESTA, em estabelecimento idóneo, A CRITÉRIO DO RESPECTIVO JUÍZO.'

'§ 2º — OS DEPÓSITOS A QUE SE REFERE O PARÁGRAFO ANTERIOR ESTARÃO SUJEITOS À ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA, SEGUNDO OS ÍNDICES ESTABELECIDOS PARA OS DÉBITOS TRIBUTÁRIOS FEDERAIS, FAZENDO CESSAR A RESPONSABILIDADE DO DEPOSITANTE, POR ESTES TÍTULOS.'

JUSTIFICATIVA:

Quanto aos depósitos, há divergência na legislação trabalhista, complexidade burocrática e prejuízo ao valor depositado. Quanto aos rendimentos a legislação trabalhista é omissa.

Confira, outrossim, a analogia do artigo 9º, § 4º da Lei n. 6.830/80 (que dispõe sobre a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública).

O depósito no FGTS previsto pelo artigo 899 é incompatível com a finalidade da garantia do juízo, além da burocracia prejudicial aos jurisdicionados.

'§ 3º — (REPRODUZIR O ANTIGO § 1º, SUBSTITUINDO A EXPRESSÃO, JUROS DE MORA PREVISTO NO "CAPUT", POR, NO VALOR ATUALIZADO, NOS TERMOS DESTA LEI)'

JUSTIFICATIVA:

O legislador utilizou a expressão JUROS DE MORA em sentido leigo, pois no sentido técnico, expressa ganho de capital, matéria já disciplinada satisfatoriamente.

O conteúdo jurídico da expressão leiga utilizada pelo legislador equivale a correção monetária.

'§ 4º (REPRODUZIR O § 2º DA LEI, ART. 39, SUBSTITUINDO A EXPRESSÃO BTN FISCAL, POR SIMPLES BTN)'

JUSTIFICATIVA:

Na legislação substituída não se usava o BTN Fiscal para correção dos débitos trabalhistas.

CONCLUSÕES

O critério preconizado pela redação, ora sugerida ao artigo 39 da Lei n. 8.177, possui por vetor fundamental a simplicidade da atualização monetária (a analogia com a correção dos tributos federais) e a necessidade de se desestimular a desobediência à Legislação do Trabalho."

Acrescentar-se-ia, no presente trabalho, que para se atingir o objetivo de segurança e certeza na disciplina do segmento mais tormentoso do Processo do Trabalho, a Liquidação de Sentença, convém que a sugestão aqui oferecida se transforme em lei autônoma e não em simples alteração da Lei n. 8.177/91, o que, aliás, é adequado, compatível e procedente.

Contudo, o ponto vulnerável da questão reside na instabilidade legislativa. O ideal é preservar a imutabilidade da legislação, que nesta matéria, não há razão para tantas mudanças. Poder-se-á, outrossim, fixar o critério estabelecido pelo artigo 1º da Lei n. 8.660/93, que adotaria para os débitos trabalhistas na TR pro rata díc de forma simples e objetiva, como por exemplo, 1/30 da variação da TR cheia projetada para o período de um mês.

7 — Da Prescrição Quanto ao FGTS — Conta Inativa

A Constituição Federal dispõe que constitui direito do trabalhador ação, quanto a créditos resultantes das relações de trabalho, nos seguintes limites: cinco anos, enquanto vigente o contrato de trabalho, caducando tal garantia, se não exercitada até dois anos da extinção do contrato, para os trabalhadores urbanos, e por tempo indeterminado para o trabalhador rural até dois anos da extinção do contrato.

A Lei Comum estabelece que a todo direito corresponde uma ação, que o assegura (CC, 75). A Constituição estabelece que este direito tem limites (art. 7º, inciso XXIX) na relação de trabalho.

O aspecto relevante da questão, entretanto, consiste em detectar o dies a quo da contagem do lapso temporal, dentro do qual, o interessado pode exigir a reparação de seu direito.

Na relação rurícola, o prazo prescricional, em regra, só começa a fluir após a extinção do contrato.

Na relação urbana, em regra, o prazo inicia sua contagem da data da violação do direito. Se o quinto ano esgotar-se até o segundo ano da extinção do contrato, o trabalhador estará desguarnecido da garantia. Embora tenha o direito material não pode exigí-lo, perante o Judiciário.

Porém, especificamente, em relação ao FGTS, ainda que o empregador deixe de depositá-lo durante todo o contrato, nenhum prazo prescricional começa a fluir até o momento em que ocorra a violação do direito do trabalhador. E a violação a seu direito aos créditos decorrentes dos depósitos fundiários só se configura no momento em que o trabalhador pode exercer o direito à disponibilidade do mesmo.

Se mandado embora, sem justa causa, o prazo prescricional inicia-se na data prescrita no § 6º do artigo 477 da CLT.

Se despedido com justa causa ou se rescindido o contrato por iniciativa do trabalhador, o prazo prescricional fluirá a partir da data em que puder exercer o direito ao levantamento dos depósitos.

Nos casos de contas inativas, não havendo o ex-empregador feito os depósitos fundiários durante a relação de emprego, ainda que o contrato esteja extinto há mais de dois anos, tem o trabalhador ação para exigir do mesmo o cumprimento da lei, a contar da data em que a legislação lhe autorizou o levantamento do numerário, até dois anos.

Penso, entretanto, que para tudo há uma medida e um limite. Para tal oponho o prazo de vinte anos da extinção do contrato de trabalho para se sepultar todas as controvérsias, inclusive relativas às execuções, com base no artigo 40 da Lei n. 6.830/80 combinada com artigo 889 da CLT (Cf. Código Civil, artigo 177).

8 — Da Competência da Justiça do Trabalho em Ações de Interesse da Entidade Sindical

A Constituição Federal, fiel à História e às exigências modernas, em resposta aos conflitos decorrentes dos interesses inerentes ao capital e ao trabalho, estabeleceu a competência especial à Justiça do Trabalho para conciliar e julgar os dissídios entre trabalhador (pessoa natural) e empregador (pessoa natural ou jurídica).

Neste enunciado se revela o vetor fundamental instituído pela Constituição quanto à competência da Justiça do Trabalho.

Dois são os pressupostos elementares, portanto:

a) **relação de trabalho** (na acepção de gênero da relação de emprego; as Constituições anteriores utilizavam o termo empregados em vez de trabalhadores, o que implicava a pressuposição de relação de emprego e não de trabalho);

b) **conflito trabalhador x empregador** (pressupõe a Constituição que uma das partes seja pessoa natural (trabalhador).

Revelados os vetores materiais definidores do espectro de competência da Justiça do Trabalho, resta pôr em evidência as disposições secundárias previstas pela própria Constituição, ante a diretriz fundamental enunciada pelo brocardo: *exceptiones sunt strictissimae interpretationis*.

Na parte principal do caput a Constituição enunciou a natureza da relação jurídica e a categoria dos sujeitos de direito, objeto da competência da Justiça do Trabalho. E incluiu, no universo dos sujeitos os entes públicos externos e internos, evidentemente, nas circunstâncias em que exerceram o *ius gestionis* (e.g., mediante contrato de trabalho sob a égide da CLT).

Na parte final do caput a Constituição estendeu o espectro da competência para dois conjuntos de relações.

Primeiro: "na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho";

Segundo: "bem como os litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas".

No primeiro conjunto podem, portanto, mediante lei ordinária ser incluídos conflitos em que o sujeito não precisa ser empregado, nem empregador, mas cuja relação seja de trabalho, como, por exemplo, os chamados trabalhadores autônomos, os pequenos fretes, as corridas de táxi, a exemplo do que a lei já fez quanto às pequenas empreitadas, em que o empreiteiro seja operário ou artífice (CLT, 652, III).

Quanto ao segundo conjunto de conflitos a Constituição positivou o que, por autoridade de irrecusável necessidade de funcionamento e eficácia da prestação jurisdicional, a Consciência Jurídica, inquestionavelmente, vinha orientando as execuções de sentenças.

E não se diga, data venia, que a Constituição com isto queira dizer mais do que já se sabia, pois, como ensina CARLOS MAXIMILIANO, a reta interpretação das normas constitucionais torna as acepções vulgares das palavras, salvo os termos de

ciência e arte. (Comentários à Constituição, Ed. Jacintho R. Santos, Rio de Janeiro, 1918, pág. 100).

A nota distintiva fica por conta das sentenças coletivas, cujo instrumento de execução se faz pela denominada ação de cumprimento.

A Constituição confirmou que a competência para execução da sentença coletiva, ou seja, para solucionar os litígios propostos pela ação de cumprimento continua sendo da Justiça do Trabalho.

Assim como é vedado ao pacto privado derogar o direito público (*privatorum conventio iuri publico non derogat*), não se concebe também que o tribunal, por meio de inclusão de matéria estranha à competência da Justiça do Trabalho, possa ampliar o espectro de competência gizado pela *Lex Legum*. Pois, inócua qualquer expressão menor derogativa de ordem constitucional.

Ao aplicar a lei o juiz não reconhecerá eficácia à norma inconstitucional. Ao Judiciário cabe dizer o que é o direito e portanto incumbe-lhe exercer o controle da constitucionalidade da lei e dos atos normativos. Ao juiz cabe verificar a adequação do ato à Constituição, quanto aos requisitos formais e materiais, *incidenter tantum*.

Conseqüentemente, se o conflito posto em juízo não constitui objeto da competência da Justiça do Trabalho, ou seja, não decorre da relação de trabalho, ou, se o interesse em conflito não se refira a pelo menos um sujeito que seja pessoa natural, não tem o condão mágico, a matéria estranha inclusa na sentença coletiva, para ampliar ou diminuir o espectro tutelado pela Carta Magna.

O interesse de cobranças das contribuições posto em juízo pelos sindicatos refere-se à questão ligada ao caixa da entidade em função de necessidades organizacionais, associativas ou de política sindical, não se trata de dissídio trabalhista (decorrente da relação de trabalho): está fora do objeto principal tutelado pelo artigo 114 da Constituição Federal.

Os sujeitos da relação em conflito não estão abrangidos pelo objeto constitucional: trata-se de dissídio entre pessoas jurídicas. O conflito entre pessoas jurídicas afasta-se da competência traçada pelo artigo 114 da *Lex Legum*.

Embora seja imediatamente evidente que o Sol desenvolve trajetória circular em torno da Terra, o raciocínio científico nos revela, pelo método dedutivo, e mediante visão macroscópica que a Terra é que desenvolve o movimento de translação em torno do Sol, assim também, malgrado se tenha, numa interpretação apressada, convicção de que o que a sentença coletiva contenha, literalmente, seja de competência da Justiça do Trabalho, é o seu centro gravitacional superior, o núcleo de seu caput (relação de trabalho entre trabalhador e empregador) que determinará o sentido e a direção dos corpos jurídicos satélites, que giram em torno do caput.

As expressões jurídicas satélites: "outras controvérsias" e "litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças" legitimam-se, têm validade, têm eficácia, sob o vetor superior da relação de trabalho, em primeiro lugar e depois, sob o vetor do conflito intersubjetivo do trabalhador, seja empregado ou não.

A Justiça do Trabalho, como instância especializada, foi instituída para dirimir os conflitos modernos entre capital e trabalho. Qualquer alteração de sua finalidade exigirá revisão de sua estrutura, discussão e expressa permissão em sede constitucional.

9 — Medidas Coibitivas da Deslealdade Processual

Infelizmente não é raro encontrar-se nos processos do trabalho conduta caracterizada por flagrante deslealdade, má fé, e formulação de pretensões e defesa sabidamente destituídas de fundamento.

Quantas vezes se depara com pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou contra fato incontroverso? Com que frequência a parte altera a verdade dos fatos? ou se utiliza do processo para obtenção de objetivo ilegal? ou opõe injustificada resistência ao andamento do feito? ou procede de modo temerário? ou provoca incidentes manifestamente infundados?

Tudo isto é capitulado pela lei adjetiva comum como litigância de má fé (art. 17, CPC).

É, *data venia*, equivocado o entendimento de que o juiz não pode conhecer do incidente de litígio de má fé e tomar as providências de desestímulo a tal prática, senão quando provocado pela parte. Sem fundamento tal posição, porque a litigância de má fé, antes de agredir interesses das partes, constitui verdadeira obstrução à administração da Justiça, é delito contra o interesse público de celeridade e credibilidade da prestação jurisdicional. Ademais, os bons ventos da Revolução Ética, que vem insuflando e vitalizando os espíritos guardiães dos valores superiores da civilização, têm armado a Consciência Jurídica de intransigente repulsa à mentalidade deteriorante e desviadora da integridade ético-jurídica.

O magistrado não pode, não deve, de forma alguma, permanecer inerte na direção do processo. Exige-se do magistrado, sob responsabilidade maior, tornar-se definitivamente, urgente e inalienavelmente, a chama viva, imediata, perpétua de exigência ética, íntegra, tomando de ofício todas as providências que venham a desestimular e coibir o delito e a conduta motivada pela litigância de má fé. O Judiciário tem a finalidade ontológica de solucionar o conflito de interesses e não pode servir de instrumento de má fé. Incumbe ao Juiz prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da Justiça (CPC, 125, III).

Portanto, configurada a má fé do empregador o juiz deve não só condená-lo nos títulos pedidos mas deve, por analogia legis, dependendo das circunstâncias, acrescer a condenação do adicional de 20% ao dobro do débito. Se se configurar a má fé do trabalhador deve, segundo as circunstâncias, também condenar o trabalhador, pelo menos até o limite de seu eventual crédito no processo, a pagar até o dobro do que sabidamente não devia pedir e nem fez ressalva (CPC, 14 a 18).

Código Civil, 1531:

"Aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressaltar as quantias recebidas, ou pedir mais do que for devido, ficará obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado e, no segundo, o equivalente do que dele exigir, salvo se, por lhe estar prescrito o direito, decair da ação."

10 — Da Medida Cautelar como Instrumento Sucedâneo do Mandado de Segurança entre Particulares

A todo o direito corresponde uma ação, que o assegura, enuncia o artigo 75 da Lei Comum, como lastro do Ordenamento Jurídico.

O juiz não se exime de sentenciar ou despachar sob alegação de lacuna ou obscuridade da lei, ainda que tenha de se socorrer da analogia, dos costumes e

dos princípios gerais de direito. Assim determina a Lei Processual Comum em seu artigo 126.

A Consolidação das Leis do Trabalho, mais liberal, autoriza o juiz, na falta de disposições legais, utilizar-se, também, da equidade (CLT, 8º).

Dispõe o artigo 1º da Lei n. 1.533, de 31 de dezembro de 1951:

"Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus*, sempre que, ilegalmente ou com abuso do poder, alguém sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for ou sejam quais forem as funções que exerça."

Para exame de situação concreta imagine o caso de empregado de sociedade de economia mista na iminência de obter transferência da cidade de São Joaquim da Barra para a cidade de Franca, onde mantém residência e viaja diariamente, percorrendo, ida e volta, 100 quilômetros, vê ameaçado seu direito, pela recusa da empresa em receber seu requerimento, por questão de preferência, por motivo político, para efetivar na vaga trabalhador aproveitado de empreiteira que o mantém continuamente prestando serviços na estatal.

Admita-se, pelo Regulamento, ou pela Lei, o primeiro trabalhador, que é empregado ingresso na estatal por concurso público, tenha o direito líquido e certo para requerer e submeter-se ao procedimento de efetivação do cargo.

Diante da iminência de consumação da violação de seu direito, pela efetivação de pessoa estranha ao quadro da empresa e com infração à exigência constitucional de que a investidura em emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, qual o remédio jurídico eficaz, qual a ação assinalada pelo artigo 75 do Código Civil constituirá instrumento de garantia eficaz a seu direito líquido e certo de ver submetido seu requerimento à apreciação da Estatal de economia mista (entidade da Administração Indireta, segundo o Dicionário Jurídico da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, Ed. Forense Universitária, 1ª ed., 1990, pág. 25), sujeita aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, nos termos do artigo 37 da Constituição Federal?

A Sociedade de Economia Mista no exercício de seus negócios, na forma do artigo 173, § 1º da Constituição, sujeita-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas, razão por que não se enquadram seus atos, como atos de autoridade, mas de simples gestão de negócios.

Contudo, a ação que se reclama deve ter carga predominantemente mandamental, na linguagem de PONTES DE MIRANDA.

A ação adequada, portanto, seria o Mandado de Segurança, que por sua eficácia e celeridade ordenaria à entidade para se abster da prática ilegal de efetivação de trabalhador, sem concurso público, e que recebesse e analisasse o requerimento do empregado preterido.

Não cabe Mandado de Segurança no caso, mas não pode o juiz recusar o provimento do direito líquido e certo do Requerente, utilizando-se da analogia da Lei n. 1.533, de 31 de dezembro de 1951, sob a vestimenta de Medida Cautelar Satisfativa da pretensão (CPC, 126 c.c art. 8º e 769 da CLT, Lei n. 1.533/51, especialmente pelo processo de integração, por equidade autorizada expressamente pela legislação trabalhista).

11 — Do *Ius Variandi* e do Direito Potestativo Diante do Artigo 37 da Constituição Federal

O artigo 468 da CLT qualifica de ilícita a alteração unilateral do contrato de trabalho, como regra geral.

Por outro lado preside a relação de trabalho, também, como princípio derivado da livre iniciativa econômica e do risco do negócio, o *Dircktionrecht*: o direito de o empregador dirigir seus negócios, em razão do que surge o *Ius Variandi*, isto é, o direito potestativo (contra o qual não há possibilidade jurídica de resistência do sujeito passivo) de alterar o contrato de trabalho, desde que dessa alteração não resulte direta ou indiretamente, prejuízo para o empregado (Dicionário Jurídico da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, Editora Forense Universitária, 1ª ed. 1990, pág. 312, verbete *Ius Variandi*), bem como decorre o exercício do Direito Disciplinar.

É relevante examinar, *In casu*, o direito de o empregador rescindir o contrato de trabalho, sem justa causa, diante do imperativo do artigo 37 da Constituição Federal.

Na situação atual do Direito Brasileiro, via de regra, o empregador tem o direito potestativo de despedir seu empregado, sem que para isto seja obrigado a fundamentar ou explicar sua decisão, com ressalva apenas dos contratos protegidos por estabilidade.

O direito potestativo sofre, entretanto, restrições nas relações em que o empregador, como agente da Administração Pública Indireta (art. 37 da Constituição Federal) esteja sujeito ao regime das empresas privadas.

Pois, o dever ser inserto nas normas jurídicas não se revela pela leitura direta da regra mas extrai-se seu sentido e extensão, através do método próprio da ciência jurídica, pelo raciocínio predominantemente dedutivo, pela interpretação teleológica e sistemática.

Regem as relações dos entes integrantes da Administração Pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, da necessidade de concurso público para investidura em cargo ou emprego, bem como demais diretrizes.

Corolário imediato dos vetores acima impõe ao administrador público na gestão dos negócios privados o impedimento de admitir e de despedir servidores (ainda que sob regime da CLT) nos mesmos moldes adotados pela empresa privada.

A admissão só é possível por concurso público (art. 37, I, II).

A despedida só é juridicamente possível, mediante a justificativa fundada em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro (art. 37, caput da Constituição, combinado com artigo 165 da CLT, e por princípio art. 7º, inciso I).

Cabe lembrar, mais uma vez, que a responsabilidade daqueles que administram a coisa pública é da maior relevância, em razão do que o legislador deve impor-lhe sanções equivalentes.

Administrador Público, Juizes, Militares, Parlamentares, Comunicadores, todas as pessoas cujos atos tenham efeito na coletividade, deveriam ter capítulo especial de graves punições penais, as mais graves possíveis, pois o dano que geram não se limita a uma pessoa, a uma família, mas à toda sociedade e muitas vezes à Nação inteira e gerações futuras.

Com a devida vênia pela digressão, convém que se realce não constituir a situação dos empregados em estatais equivalente à estabilidade, o que se tutela, efetivamente, é a repulsa ao abuso do direito e o uso político da coisa pública, de forma que se torne transparente no ato da despedida preservar o administrador o interesse da Administração. Portanto, o ato disciplinar que possa justificar a rescisão contratual não necessita revelar a gravidade da justa causa, basta haver infração disciplinar para se tornar legítima a despedida, mediante o exercício do ato potestativo, com pagamento dos títulos rescisórios exigíveis para a despedida sem justa causa.

12 — Contribuição Confederativa: depende de regulamentação?

Para tudo há um limite e uma medida.

Observe-se, embora seja imediatamente evidente que o Sol executa movimento em torno da Terra, a evidência fornecida pela Ciência através de método científico revela que, em verdade, é a Terra que executa em seu próprio eixo movimento de rotação. Embora um satélite possa desenvolver seu movimento em um sentido determinado, seu verdadeiro movimento será imprimido pela força do astro gravitacionalmente dominante.

Assim, também, embora o § 1º do artigo 5º diga literalmente, que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata; sob a orientação do elemental postulado de que não se legisla sobre o impossível, constatar-se-á que a aplicação das normas encontra restrições materiais que independem do sujeito do direito ou do Judiciário.

Um exemplo ilustrativo refere-se ao direito ao salário mínimo, definido pela Constituição:

"salário mínimo (...) capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social (...)" (art. 7º, inciso IV).

O artigo 7º integra o Capítulo II do Título II da Constituição Federal, denominado DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS.

Entende-se que o direito ao salário mínimo é um dos direitos fundamentais do trabalhador.

Questiona-se: por que então tal modelo de Salário Mínimo, após cinco anos de vigência da Constituição, ainda não teve, eficácia plena se a própria Constituição assegurou sua aplicação imediata, na forma do § 1º do artigo 5º?

Porque, nas condições sociais e econômicas a que as relações trabalhistas estão submetidas, em nosso País, tal exigência tem efeito meramente diretivo, não efetivo de aplicação, por impossibilidade momentânea.

Há outras impossibilidades e dentre elas a da aplicação do disposto no artigo 8º, inciso IV, pois, pela natureza do direito prescrito pela Constituição, pela incongruência daí decorrentes, está a exigir regulamentação pelo legislador ordinário. Ainda que a norma constitucional não condicione literalmente tal procedimento, a natureza do instituto pode exigir. A eficácia do § 1º do artigo 5º, nestas hipóteses é a de legitimar o MANDADO DE INJUNÇÃO (CF, art. 5º, inciso LXXXI).

Encontro apoio à inteligência do que aqui exponho, por exemplo, na Lei n. 8.178, de 1º de março de 1991 que enunciou:

"Até 15 de abril de 1991, o Poder Executivo encaminhará ao Congresso Nacional Projeto de Lei dispendo sobre a regulamentação do artigo 8º da Constituição Federal e sobre as negociações coletivas de trabalho" (art. 13).

Encontro fundamento na impossibilidade de aplicação do disposto no inciso IV do artigo 8º da Constituição Federal, por exemplo, no fato elementar de que o sindicato é uma pessoa jurídica, como outra qualquer, não tendo qualquer fundamento entender que se possa atribuir a pessoa jurídica privada poderes para tributar ou fixar contribuições, erga omnes, isto é, para o universo de pessoas que não estão obrigadas a seus estatutos. A impossibilidade de uma pessoa jurídica privada obrigar parcela da população fora de seus sócios é de evidência elementar.

Não se legisla sobre o impossível, nem sobre o absurdo, nem sobre o incontrovérsido.

Se da leitura da norma foi possível deduzir que o sindicato possa obrigar quem não pertence ao sindicato só se pode atribuir a esta conclusão o apelido de falácia elementar.

O legislador pode ter querido introduzir nas relações um procedimento irrazoável, mas ao intérprete da lei, é inconcebível assim concluir. Há necessidade que venha o legislador ordinário e estabeleça os limites norteadores da Assembléia Geral da pessoa privada, sindicato, para que se preserve a garantia constitucional daqueles que não querem se filiar a entidade sindical (art. 8º, inciso V) e que entendem que a entidade sindical apenas arrecada indevidamente e gasta duvidosamente parte de seu labor suado, bem como se prescrevam os limites do que se estabelecerá como razoável, pois, as entidades sindicais abusam do direito e não utilizam critérios isonômicos nas taxas.

E como admitir que a entidade sindical possa estabelecer taxas, a seu próprio critério, obrigando, erga omnes, como se fosse o Congresso Nacional, se a lei não exige prestação de contas, não há fiscalização de suas contas pelo Tribunal de Contas, ou ao menos perante o Ministério do Trabalho, ou do Ministério Público?

Quem tem o poder de administrar recursos desta natureza, tem a obrigação, também, de sofrer fiscalização pública.

Só, portanto, a partir da edição de lei ordinária que venha a regulamentar todos estes obstáculos é que terá eficácia o disposto no inciso IV do artigo 8º da Constituição Federal.

Franca, 28 de junho de 1993