

NOTAS SOBRE MEDIDA CAUTELAR, EM FACE DO INADIMPLENTO SALARIAL E LICENÇA-MATERNIDADE

Milton de Moura França (*)

À falta de regras específicas sobre os instrumentos cautelares no processo do Trabalho, resulta necessária a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, medida que encontra respaldo no artigo 769 do Diploma Consolidado.

Entretanto, é imprescindível que as medidas cautelares se revelem compatíveis com a natureza do processo trabalhista e, mais do que isso, que sua aplicação não elimine o seu traço característico, ou seja, a sua instrumentalização capaz de fazer atuar o direito material.

Como leciona Sérgio S. Fadel, o processo cautelar "constitui um instrumento da função jurisdicional, que tem escopo, através de uma prestação provisória, preparar ou resguardar a obtenção de uma outra tutela, esta definitiva, acautelando os interesses das partes diante da demora na obtenção da prestação jurisdicional principal" – (Código de Processo Civil – comentado – vol. 4, pág. 8).

De outra parte, não se pode olvidar que sempre que o legislador pretende outorgar a antecipação provisória da prestação jurisdicional o fez expressamente, como por exemplo no caso de transferência do empregado (art. 659, inciso IX, da Consolidação).

Não menos verdadeiro também, que os requisitos fundamentais da ação cautelar são: o perigo da demora da prestação jurisdicional definitiva, com sérios riscos ao direito da parte ("periculum in mora") e a plausibilidade desse direito ("fumus boni juris").

De outra parte, não comporta dúvida que o salário possui natureza tipicamente alimentar.

Mas competiria à jurisdição trabalhista, exatamente em função desse aspecto, a tarefa de socorrer-se das normas cautelares inseridas no CPC para assegurar ao empregado o direito à paga de parcela do seu ganho, quando inadimplente o empregador?

De acordo com uma interpretação sistemática da CLT e Legislação Complementar, é fácil constatar que o legislador ciente do aspecto alimentar da contra-prestação salarial, procurou resguardar os direitos do empregado com remédios jurídicos, de natureza material e processual, específicos, peculiares, próprios, providência que de um lado repele a idéia de omissão e, de outro, afasta o pressuposto que poderia legitimar uma incursão do intérprete e aplicador da lei aos instrumentos cautelares prescritos no CPC.

(*) Milton de Moura França é Juiz Togado do TRT da 15ª Região e Prof. Assistente de Direito do Trabalho da Universidade de Taubaté.

Realmente, ao cuidar da hipótese do empregador não pagar os salários fixados em sentença normativa (artigo 872 da CLT), o legislador, mesmo ante este fato de real gravidade, optou por eleger a via da reclamação, em incontundível demonstração de repúdio a qualquer outro remédio processual capaz de resguardar o direito violado.

No mesmo sentido agiu, quando cuidou de disciplinar o problema da mora contumaz, sem dúvida alguma muito mais grave que a primeira hipótese mencionada, considerando-se que abrange não apenas parcelas de salários, mas a sua própria integralidade durante 3 ou mais meses, "ex vi" do que estabelece o DL. n. 368, de 19.12.68.

Outra também não foi sua posição, ao cuidar do descumprimento das obrigações contratuais e legais (letra "d" do artigo 483 da CLT), quando, mais do que se sintonia sobre todo o qualquer tipo de procedimento cautelar, também prescreveu o instrumento da reclamação para compellir o patrão a satisfazer os direitos do empregado.

Por conseguinte, se o legislador deixou de instrumentalizar o processo trabalhista com medidas cautelares, salvo a prevista no inciso II, do artigo 659 da CLT, inobstante ciente dos problemas que geram o não pagamento, total ou parcial, do salário por parte do empregador, identificando apenas a reclamatória ordinária como meio de defesa dos interesses do empregado, em clara demonstração de que não pretendeu alçar o inadimplemento salarial a nível de "periculum in mora", razoável concluir-se que a medida cautelar deve ter restrita aplicação no âmbito do Judiciário Trabalhista, constituindo-se mesmo uma exceção.

Excluí-la de forma absoluta, seria uma atitude incompatível com a realidade, pois não se desconhece, embora em pequena escala, que comprova que toda regra comporta exceção, que situações existem que reclamam pronta e eficaz providência do Juízo, sob pena de perecimento do direito material.

A propósito, enquanto se discute se a ampliação do período de afastamento da mulher grávida, de 84 para 120 dias, conforme prescreve o artigo 7º, inciso XVII, da Carta Maior em oposição ao artigo 392 da CLT, constitui direito trabalhista ou previdenciário, e a quem compete o pagamento dos 36 dias que foram ampliados, controversia que subsiste porquanto se dividem as opiniões sobre a auto-aplicabilidade de norma constitucional, inúmeros são os pedidos cautelares formulados por gestantes.

Objetivam, em última análise, o direito de afastamento por 120 dias, sem prejuízo do, em ação principal, ver discutido o mérito de uma pretensão material.

Sem dúvida alguma, os pressupostos da cautelar, nestes casos, estão presentes.

O perigo de esvaziamento da pretensão, se não deferida a medida, considerando-se que o uso da licença-maternidade fora do momento próprio inviabiliza sua finalidade, subsiste ao lado da aparência do bom direito, na medida em que se revela razoável a interpretação de que a norma constitucional independe de regulamentação, ou seja, é auto-aplicável, face manifestação do Supremo Tribunal Federal (Mandado de Injunção n. 70-1-SP, In Rev. LTr 53-6/701) e do próprio Ministério da Previdência e Assistência Social (Parecer MPAS/CJ - CEP n. 21/89 - 31.3.89 - DJU 02.06.89).

Conclue-se, portanto, que a medida cautelar encontra aplicação no âmbito do Judiciário Trabalhista, em casos excepcionais, preservada sua característica de instrumentalidade, sem prejuízo da ação de cognição plena para apreciação e outorga definitiva da pretensão material resistida.