

Flexibilização

gratificação de produtividade e participação nos lucros ou resultados.

PARECER

sobre consulta formulada pela TELECOMUNICAÇÕES BRASILEIRAS
SOCIEDADE ANÔNIMA - TELEBRÁS

SUMÁRIO:

I - DA CONSULTA.....	§§ 01 a 03
II - DA FLEXIBILIZAÇÃO DE DIREITOS.....	§§ 04 a 19
III - DA PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS OU RESULTADOS.....	§§ 20 a 29
IV - DA PRODUTIVIDADE ACORDADA PELA CONSULENTE.....	§§ 30 a 47
V - DAS CONCLUSÕES.....	§ 48

Rio de Janeiro

1996

PARECER

I - DA CONSULTA

1. **A TELECOMUNICAÇÕES BRASILEIRAS SOCIEDADE ANÔNIMA - TELEBRÁS** dirigiu- nos exposição da qual extraímos o seguinte trecho:

"As empresas do Sistemas TELEBRÁS, desde 1991, vem acordando com os sindicatos de trabalhadores, cláusulas que prevêem produtividade.

Para o período de 1991 a 1992 (dezembro/91 a novembro/92) as empresas do Sistema TELEBRÁS pagaram 5% a título de produtividade, distribuídos como abaixo:

3% do salário nominal, incorporado e

2% da folha de pagamento linearmente a todos os empregados.

Para o período 1992/93 (dezembro/92 a novembro/93) as empresas acordaram cláusulas de produtividade, ainda sem efeito, com o seguinte objetivo:

definir os critérios de distribuição dos ganhos de produtividade, através de modelo próprio de avaliação do STB, sendo que o período de apuração, teria início em janeiro de 1993.

Para o período de 1993/1994 (dezembro/93 a novembro/94) as empresas do Sistema TELEBRÁS, novamente acordaram cláusulas de produtividade, com o mesmo objetivo de 1992/93.

Para o período de 1994/95 (dezembro/94 a novembro/95) as cláusulas de produtividade voltaram a ser acordadas, inclusive fazendo referência aos períodos passados (1992/93 e 1993/94) estipulando a faculdade de os empregados optarem entre a gratificação de produtividade e a participação nos lucros."

2. Após a referida exposição, a Consulente submete a matéria a nosso exame, formulando as seguintes indagações:

"Assim, consultamos Vossas Senhorias sobre a adequada interpretação jurídica relativa à produtividade prevista nos acordos coletivos de trabalho

atinente aos anos de 1993 e 1994, celebrados pela TELEBRÁS e submetidos ao CONSELHO DE COORDENAÇÃO E CONTROLE DAS EMPRESAS ESTATAIS, formulando as seguintes indagações:

a) nos termos da redação das cláusulas quarta dos acordos coletivos de trabalho de 1993 e 1994, está a Telecomunicações Brasileiras S/A - TELEBRÁS obrigada ao pagamento de produtividade aos seus empregados?

b) sendo afirmativa a resposta ao item a, perguntamos:

b.1) a obrigação de pagar a produtividade persistiria no caso de a empresa não ter apresentado lucro naqueles exercícios?

b.2) o critério de cálculo da produtividade, conforme as referidas cláusulas normativas, poderia seguir a sistemática prevista, atualmente, para o da participação nos lucros (Medida Provisória nº 1276/96 e Resolução nº 10/95 do Conselho de Coordenação e Controle das Empresas Estatais)?

c) Além do critério previsto para o cálculo da participação nos lucros, indagamos sobre a forma de apuração da produtividade que poderia ser adotada, visando os aspectos de justiça e da aceitação pelo Poder Judiciário."

3. *Verifica-se, assim, que a Consulente e o sindicato profissional respectivo pactuaram no sentido estabelecer critérios de produtividade através de instrumento coletivo. Considerando estes aspectos, a questão submetida a nosso exame concerne à negociação coletiva, a flexibilização de direitos e à participação nos lucros ou resultados, residindo no campo do direito coletivo.*

II - DA FLEXIBILIZAÇÃO DE DIREITOS

4. *A Constituição Federal de 1988 atribuiu especial relevo à negociação coletiva como solução das questões coletivas de trabalho, seja no plano da categoria, seja no plano empresarial, reconhecendo e estimulando a autocomposição, que se objetiva na convenção ou no acordo coletivo, de caráter normativo, previstos no art. 7º, inciso XXVI, da Lei Maior e art. 611 da CLT.*

5. *Esse entendimento direto é o caminho normal e desejável para a estipulação ou alteração das condições de trabalho. Todavia, se malograr a negociação coletiva, a Constituição faculta às partes a eleição, por consenso, da via da arbitragem (art. 114, § 1º). Se não o fizerem, qualquer delas poderá ajuizar o dissídio coletivo no Tribunal do Trabalho competente, que deverá insistir na conciliação do litígio e, em caso de insucesso, julgá-lo com o poder normativo que lhe confere a Carta Magna (art. 114, § 2º, e arts. 860 e 862 da CLT).*

6. *É importante ressaltar que os preceitos de ordem pública do Direito do Trabalho estabelecem um patamar de proteção ao trabalhador que pode ser suplementado pela autonomia privada, individual ou coletiva. Por muito tempo predominou o entendimento de que as condições ajustadas pelas partes contratantes ou nos instrumentos da negociação coletiva não podiam ser modificados em prejuízo dos trabalhadores, quer em caráter transitório, para atender a aspectos conjunturais, quer definitivamente, para se compatibilizarem com novos métodos de trabalho ou remuneração.*

7. *O segundo choque petrolífero, que desequilibrou a economia mundial na década de 80, e a velocidade com que vem sendo implementada a nova revolução tecnológica gerada pela informática e pela telecomunicação determinaram a adoção da tese da flexibilização nas relações de trabalho, com o intuito de impedir a extinção de muitas empresas, com perverso reflexo nas taxas de desemprego. E a queda do Muro de Berlim, sinalizando o final da guerra fria entre o bloco comunista e algumas potências ocidentais, marca a atual fase de globalização da economia onde o sucesso empresarial depende de sua modernização e do custo do que produz.*

8. *Daí a implantação da automação, da informatização e da robotização, que impõem, quase sempre, a revisão das condições de trabalho anteriormente pactuadas. Como ponderou o 1º signatário deste parecer,*

“se é certo que esse procedimento abre uma fenda no princípio da inderrogabilidade das normas de ordem pública, não menos certo é que essa exceção apenas confirma o princípio do Direito do Trabalho, porquanto em última ratio, visa a amparar a coletividade operária e a prestigiar a ação sindical na tutela dos interesses dos seus representados.” (“Instituições de Direito do Trabalho”, 15ª ed., Ed. LTr, São Paulo, 1995, vol. I, pág. 204/5).

9. No mesmo sentido manifestou-se o doutro Ministro ORLANDO TEIXEIRA DA COSTA:

“A flexibilização laboral é o instrumento ideológico neoliberal e pragmático de que se vêm servindo os países de economia de mercado, para que as empresas possam contar com mecanismos jurídicos capazes de compatibilizar seus interesses e os dos seus trabalhadores, tendo em vista a conjuntura mundial, caracterizada pelas rápidas e contínuas flutuações do sistema econômico, pelo aparecimento de novas tecnologias e outros fatores que exigem ajustes rápidos inadiáveis”. (“Flexibilização e Direito Alternativo”, in Revista LTr, 1992, n° 56, págs. 779/781).

10. O professor ANTONIO MONTEIRO FERNANDES, ao considerar a flexibilização de direitos trabalhistas, como contraponto na intervenção estatal, chega a afirmar que

“o modelo dito clássico dos ordenamentos laborais, baseado na identificação de um arquétipo relacionado com o vínculo empregatício e inspirado na necessidade social de tutela da parte mais fraca nesse esquema contratual, é um modelo sitiado pelo adensamento de novas realidades sócio-econômicas, e colocado numa crise de identidade manifesta.” (“A flexibilização em Direito do Trabalho”, in Rev. do TRT da 8ª Reg., vol. 21, n° 40, Belém, 1988, pág. 11).

11. A verdade, como asseverou JEAN CLAUDE JAVILLIER, renomado catedrático de Paris-2, é que o desenvolvimento da flexibilidade nas relações de trabalho, que hoje pode constatar-se, implica o permanente questionamento dos elementos fundamentais do Direito do Trabalho e das relações profissionais: o confronto entre as disposições heterônomas e autônomas (“Las tendencias actuales del derecho del trabajo”, in Revista Laboral, n° 145, Montevideo, 1987, pág. 19). É que a flexibilização tem por objetivo conciliar a fonte autônoma com a fonte heterônoma do Direito do Trabalho, tendo por alvo a saúde da empresa e a continuidade do emprego. No dizer de GIUSEPPE FERRARO, ela permite à negociação coletiva

“introduzir derrogações a normas inderrogáveis de lei, em consideração a particulares exigências conjunturais ou ambientais” (“Fontes autônomas e

fontes heterônomas na legislação da flexibilidade”, in Synthesis, São Paulo, TRT da 2ª Reg., nº 5, 1989, pág. 28).

12. No que tange ao seu objeto, a Constituição brasileira de 1988 facultou a flexibilização em três hipóteses: redução de salários (art. 7º, inciso VI), compensação de horários (inciso XIII) e turnos ininterruptos de revezamento (inciso XIV), sempre mediante convenção ou acordo coletivo, isto é, sob tutela sindical. Essa possibilidade, somente admitida a partir de 1988, objetivou modernizar o sistema legal trabalhista, admitindo a flexibilização em duas áreas fundamentais na relação de emprego: o salário e a duração do trabalho.

13. A irredutibilidade salarial constitui, sem dúvida, a regra de relevo na execução do contrato de trabalho. Não obstante, esse princípio está consagrado no inciso VI do art. 7º, da Lex Fundamentalis, com uma ressalva:

“salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo”.

Destarte.

“o empregado não poderá concordar com a redução do seu salário; mas o sindicato, na representação dos interesses coletivos e individuais da categoria ou dos empregados de determinada empresa, poderá - obviamente em situações excepcionais - formalizar essa redução, com as condições em que ela perdurará, no instrumento da negociação coletiva” (do 1º Signatário deste parecer, “Comentários à Constituição”, RJ, 1990, Ed. Freitas Bastos, vol. I, pág. 382).

14. No mesmo sentido se pronunciam OCTÁVIO MAGANO e ESTEVÃO MALLETT:

“Estabelecendo o constituinte o princípio da irredutibilidade salarial, com a ressalva, no entanto, de que reduções pudessem efetivar-se mediante convenção ou acordo coletivo, converteu-os no mais poderoso instrumento de modelação de condições de trabalho.

.....
Agora, com a regra do art. 7º, VI, da Constituição admitiu-se, amplamente, a possibilidade de que tanto uma quanto outro, contenham cláusulas prevendo reduções salariais. Com isso, converteram-se tais institutos

jurídicos em instrumentos de flexibilização de condições de trabalho, ou melhor, do próprio Direito do Trabalho. (“O Direito do Trabalho na Constituição”, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1993, pág. 104/5).

15. Não é diversa, por seu turno, a opinião do jurista EDUARDO GABRIEL SAAD:

“nos termos do inciso VI do art. 7º da Constituição Federal, o princípio da irredutibilidade salarial pode ser desrespeitado, excepcionalmente, por meio de acordo ou convenção coletiva de trabalho.” (“CLT Comentada”, São Paulo, Ed. LTr, 25ª ed., 1992, pág. 372).

16. Esses aspectos revelam, com toda segurança - e não poderia ser diferente em face da evolução do Direito do Trabalho no Brasil - que o Texto Constitucional prestigiou e incentivou a negociação direta como forma mais eficaz da composição de interesses dos empregadores e empregados, admitindo, inclusive, por meio dela, no que diz respeito a salário e duração do trabalho, a flexibilização de direitos.

17. Também é importante destacar que ao se referir a salário, na verdade, pretendeu o legislador constituinte abranger não só o salário como contraprestação pelo serviço prestado (salário básico), mas abranger, de forma mais ampla, os ganhos decorrentes da relação de emprego, tais como gratificações, prêmios, abonos etc.

18. Se a Constituição de 1988 admite a flexibilização de direitos pela via da negociação coletiva no tocante aos salários, é evidente que admite a transação e até a renúncia no instrumento da negociação coletiva, sob tutela sindical.

19. A orientação que antes prevalecia no sentido de que o sindicato, na negociação coletiva, não poderia prejudicar direito individual do empregado, adquirido em face do contrato de trabalho, cai por terra na hipótese da flexibilização admitidas pela Lex Fundamentalís.

III - DA PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS OU RESULTADOS

20. As Constituições de 1946 e 1967 prescreveram a participação do trabalhador nos lucros da empresa, mas não modificaram o conceito resultante da CLT no sentido da natureza salarial dessa prestação (art. 457, § 1º). Daí

porque que só excepcionalmente algumas empresas instituíram essa participação, sobretudo na modalidade de gratificação de balanço, proporcional aos lucros da empresa.

21. A Constituição de 1988, entretanto, inovou o tema em vários aspectos. O primeiro deles diz respeito à natureza jurídica da prestação, para afirmá-la expressamente "**desvinculada da remuneração**", . E o fez, como revelam os debates na Assembléia Nacional Constituinte, para motivar a prática recomendada pela doutrina social da Igreja.

22. Quanto a este aspecto torna-se desnecessária a invocação exacerbada da doutrina, já que, diante da clareza do Texto Constitucional, é ela uníssona no sentido de que a participação nos lucros ou resultados não possui natureza salarial.

23. Outro aspecto inovador foi a possibilidade de estabelecer-se a participação em função dos lucros ou dos resultados. A primeira modalidade - participação nos lucros - não oferece maiores indagações já que lucro tem conceito próprio definido em lei. O mesmo não ocorre com o segunda modalidade - participação nos resultados - que, conforme afirmou o 1º signatário deste parecer, "**podem corresponder a variadas metas relacionadas com a produção, a produtividade, a exportação, a renda bruta etc.**" (Instituições citada, pág. 444).

24. Em 29 de dezembro de 1994, o Executivo Federal finalmente regulamentou o dispositivo constitucional, editando a Medida Provisória nº 794, de 29 de dezembro de 1994, assegurando aos empregados urbanos e rurais a participação nos lucros ou resultados. A referida Medida Provisória, com força de lei, ainda não foi examinada pelo Congresso Nacional, sendo sucessivamente reeditada com algumas modificações, estando atualmente em vigor a Medida Provisória nº 1276, de 12 de março de 1996.

25. O art. 2º da referida Medida Provisória estabelece que as empresas deverão "**convencionar com seus empregados, por meio de comissão por eles escolhida, a forma de participação daqueles em seus lucros ou resultados**". Nessa passo cabe repetir a crítica formulada pelo 1º signatário deste parecer:

"A MP original estatua que a participação nos lucros, ou nos resultados, e respectivo regimento seriam objeto de negociação coletiva; isto é, de acordo coletivo de trabalho firmado entre cada empresa e o (s) sindicato (s)

representativo (s) dos seus empregados. A nova MP excluiu o sindicato desse procedimento, ...

A modificação merece crítica. Em primeiro lugar, porque o nosso ordenamento legal atribui ao sindicato tanto a representação dos direitos ou interesses coletivos, transindividuais, de natureza trabalhista, dos integrantes da correspondente categoria, como a defesa dos direitos ou interesses individuais homogêneos dos mesmos, decorrentes da relação de trabalho. Em segundo, porque o instrumento jurídico apropriado para dispor, com normatividade abstrata, sobre a referida participação, em cada empresa, é o acordo coletivo de trabalho, do qual participa, obrigatoriamente, o sindicato dos trabalhadores (art. 8º, VI, da Const.). Em terceiro, porque, uma vez malogrado o acordo e não havendo consenso para submeter o caso à mediação ou à arbitragem, só o sindicato terá legitimidade ativa para deflagrar e dirigir uma greve (art. 4º da Lei nº 7783/89) ou ajuizar o dissídio coletivo na Justiça do Trabalho (art. 114, § 2º da Const.). Por fim, porque a tutela sindical na negociação de normas e condições de trabalho visa a impedir que, coagidos pela necessidade de conservação do emprego, os trabalhadores sejam prejudicados no ajuste. E nem se diga que muitos trabalhadores não estão filiados aos correspondentes sindicatos, eis que, no regime da unicidade sindical imposto pela Carta Magna de 1988, eles representam os interesses coletivos e individuais de todos os que - associados ou não - compõem as respectivas categorias profissionais (art. 8º, III).” (Suplemento LTr nº 33/95, pág. 308).

26. Apesar de o mencionado dispositivo legal mencionar comissão escolhida pelos trabalhadores, se revela de inegável legalidade se as condições com o fito de definir os critérios que irão nortear a participação forem ajustadas através de acordo coletivo firmado diretamente com o correspondente sindicato profissional. Até porque é o que resulta da Carta Magna. Daí ter o eg. Supremo Tribunal Federal suspenso liminarmente, através de decisão plenária unânime, o trecho "por meio de comissão por eles escolhida", na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1361-1, ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Agricultura - CONTRAG, publicada no Diário da Justiça que circulou no dia 12 deste mês.

27. *Estabelece, ainda, a referida Medida Provisória, após afirmar que a participação nos lucros ou resultados é um instrumento de integração entre o capital e o trabalho e como incentivo à produtividade (art. 1º), que o acordo a ser celebrado discipline o montante e a forma de participação, o valor das quotas individuais condicionadas aos requisitos satisfeitos pelos empregados, a periodicidade da distribuição que não poderá ser inferior a 6 meses e as demais cláusulas ajustadas, além do prazo da sua vigência, a oportunidade da sua revisão e o mecanismo de aferição das informações comprovadoras do cumprimento do acordado. Por fim, as quotas percebidas pelos trabalhadores referentes à participação nos lucros ou resultados "serão tributadas na fonte, em separado dos demais rendimentos do mês, como antecipação do imposto de renda" (art. 3º, § 4º).*

28. *Por conseguinte, a participação, quer em função dos lucros, quer em função dos resultados, constitui atualmente direito da classe trabalhadora, consagrado pelo sistema legal, plenamente exigível, tendo em vista o disposto no art. 62 da Constituição Federal, até que o Congresso Nacional venha a regular definitivamente a matéria, seja rejeitando o dispositivo legal provisório, seja aprovando com as modificações que entender cabíveis.*

29. *Como a Consulente é uma empresa estatal, deverá observar no acordo coletivo, que vier a celebrar, as diretrizes estabelecidas pelo Conselho de Coordenação e Controle das Empresas Estatais (Comunicado CCE nº 1, de 18 de abril de 1995 e Resolução nº 10, de 30 de maio de 1995)*

IV - DA PRODUTIVIDADE ACORDADA PELA CONSULENTE

30. *A partir da Lei nº 6708, de 1979, o fator "produtividade" foi consagrado pelo legislador como determinante do aumento real de salários. Todavia, com a legislação do Plano Real, foi assegurada a livre negociação sobre os reajustamentos ou aumentos salariais. No tocante a estes últimos configura-se, cada vez mais, a tendência de se prestigiar as convenções e os acordos coletivos que estipulam, com fundamento na autonomia privada coletiva, aumentos reais de salário. A justificativa do crescimento da produtividade, de que cogitaram alguns diplomas legais, não esgota as variadas situações determinantes dos aumentos de salário, quer no âmbito da negociação, quer nos atos*

unilaterais do empregador (revisão de tabelas de cargos e salários, promoções, aumentos por merecimento etc.).

31. Como não existe um conceito objetivo de produtividade, pode ela ser utilizada como critério de aumento real de salários, como forma de gratificação de natureza salarial ou até como modalidade de participação em função dos resultados, quando não corresponderá a salário. No caso da presente consulta, tem-se a nítida impressão que esta última teria sido a intenção das partes ao pactuar a produtividade, porquanto se vinculou ao resultado de cada exercício, o que caracteriza uma forma de participação.

32. A Consulente, na negociação coletiva levada a efeito em 1992, acordou com o sindicato profissional representativo dos respectivos empregados a seguinte condição:

"CLÁUSULA QUARTA - PRODUTIVIDADE

A TELEBRÁS se compromete a definir os critérios de distribuição dos ganhos de produtividade, em 1992, apurados através do modelo de avaliação dos Ganhos de Produtividade do STB, tão logo sejam concluídos os testes para sua adoção. Para este fim, ficará definido o mês de janeiro de 1992, como início do período a ser considerado no cômputo dos resultados."

33. Na negociação seguinte foi estabelecida cláusula basicamente idêntica ao do ano anterior, nos seguintes termos:

"CLÁUSULA QUARTA

A TELEBRÁS se compromete a definir os critérios de distribuição dos ganhos de produtividade, em 1993, apurados através do Modelo de Avaliação dos Ganhos de Produtividade do STB, tão logo sejam concluídos os testes para sua adoção. Para este fim, ficará definido o mês de janeiro de 1993, como início do período a ser considerado no cômputo dos resultados."

34. Em 1994, novamente foi pactuada cláusula idêntica:

"CLÁUSULA QUARTA - PRODUTIVIDADE

A TELEBRÁS se compromete a definir os critérios de distribuição dos ganhos de produtividade, em 1994, apurados através do modelo de avaliação dos Ganhos de Produtividade do STB, tão logo sejam concluídos os testes para sua adoção. Para este fim, ficará definido o mês de janeiro de 1993, como início do período a ser considerado no cômputo dos resultados."

35. Pelas referidas cláusulas, a Consulente assumiu compromisso de definir os critérios de produtividade tão logo restassem apurados os ganhos de produtividade de cada exercício. Como não houve possibilidade de atender ao prometido nesses anos, em 1995, as partes - a Consulente e o sindicato profissional - estabeleceram nova condição que abrangeu o combinado nos anos anteriores:

"A TELEBRÁS se compromete a encaminhar até o 1º trimestre de 1995, a forma de distribuição dos ganhos de produtividade, conforme os acordos coletivos 92/93 e 93/94, para aprovação do Conselho de Coordenação e Controle das Empresas Estatais - CCE.

PARÁGRAFO PRIMEIRO - Os ganhos de produtividade a serem distribuídos, conforme o 'caput' desta cláusula serão calculados através do Modelo de Avaliação de Ganhos de Produtividade do STB, que também será apreciado pelo CCE, acordado pelas partes.

PARÁGRAFO SEGUNDO - O encaminhamento será precedido de análise crítica das partes e, caso necessário, revisão de otimização, de forma contínua.

PARÁGRAFO TERCEIRO - O ganho de produtividade, quando existentes, não será pago cumulativamente com a participação nos lucros, quando prevista estatutariamente, ou paga por decisão judicial, mediante opção do empregado.

PARÁGRAFO QUARTO - Após a devida aprovação pelos órgãos de controle, a TELEBRÁS negociará os procedimentos de distribuição correspondentes ao período anterior e também o relativo ao período de 1995."

36. A mencionada cláusula encerra obrigação que se desdobra em várias modalidades. Há o compromisso de a **empresa** submeter à aprovação

do Conselho de Coordenação e Controle das Empresas Estatais - CCE, até o primeiro trimestre de 1995, a forma de distribuição dos ganhos de produtividade relativo aos anos de 1992/93 e 1993/94 (*caput*). Reafirma que a produtividade será calculada através do Modelo de Avaliação de Ganhos de Produtividade do STB. E impede o pagamento conjunto da produtividade acordada, com a eventual participação nos lucros, o que evidencia que o pactuado se caracteriza mais como uma forma de participação, do que uma gratificação ou aumento de salários.

37. Nesse último ponto é importante registrar que a cláusula deveria transparecer mais clara e taxativamente a idéia de a produtividade substituir ou atender a participação nos resultados, já que atualmente, como demonstrado na seção anterior, a participação integra o rol dos direitos mínimos, exigíveis e irrenunciáveis, assegurados a todos aqueles que mantêm um contrato de trabalho. E, como se sabe, lembrando uma das judiciosas decisões do saudoso Ministro COQUEIJO COSTA,

"Acima do mínimo de garantias e direitos, notadamente no que diz respeito à quantidade de trabalho subordinado e do salário, prevalece a livre pactuação. Abaixo não." (TST-PLENO, Proc. E-RR nº 763/74, Rel. Min. COQUEIJO COSTA; DJ de 23.04.75, pág. 2612; grifamos).

38. Estabelecidas estas premissas, cabe, pois, analisar o real conteúdo obrigacional da cláusulas em exame. Considerando a regulação pátria quanto ao direito das obrigações, é simples concluir que o derradeiro acordo consignou uma novação, modalidade de extinção das obrigações, segundo conceito expresso no artigo 999 e seguintes do Código Civil Brasileiro. Ela se caracteriza "**quando o devedor contrai com o credor nova dívida, para extinguir e substituir a anterior**" (art. 999, *caput*), conceituada pela doutrina como novação objetiva.

39. A lição de Caio Mário da Silva Pereira não deixa qualquer dúvida:

"Neste capítulo tratamos daquelas modalidades de extinção da obrigação sem que se realize pagamento, quer direta quer indiretamente. São várias, cada uma submetida à sua própria disciplina, e todas sujeitas a uma dogmática peculiar.

A primeira é a novação, que pode ser conceituada como a constituição de uma obrigação nova, em substituição de outra que fica extinta."
 ("Instituições de Direito Civil", Forense, RJ, 1978, 5ª ed., vol. II, pág. 197/198).

40. Destarte, a novação gera a completa extinção da obrigação anterior a qual, em hipótese alguma, poderá ser objeto de execução. Como escreveu o ilustre magistrado ALEXANDRE AGRA BELMONTE,

“Na novação objetiva, o perecimento do objeto não dá ao credor o direito de perseguir o antigo o descumprimento da nova obrigação decorrente da novação, não dá ao credor o direito de perseguir o antigo, porque já extinta a obrigação primitiva; do mesmo modo, a insolvência do devedor novo, não dá ao credor o direito de executar o antigo.

Como a novação extingue a obrigação antiga, se a obrigação nova não for cumprida o inadimplemento não ressuscitará a obrigação primitiva, justamente porque já extinta.” (“Instituições Civis no Direito do Trabalho”, Renovar, RJ, 1994, pág. 196).

41. Portanto, é inquestionável que a cláusula acordada no instrumento coletivo de 1995, extinguindo as obrigações decorrentes dos acordos coletivos atinentes aos anos anteriores no que tange à produtividade, encerra nova obrigação, que se desdobra em várias modalidades: Há o compromisso de a **empresa** submeter à aprovação do Conselho de Coordenação e Controle das Empresas Estatais - CCE, **até o primeiro trimestre de 1995**, a forma de distribuição dos ganhos de produtividade relativo aos anos de 1992/93 e 1993/94 (*caput*), que será precedido de **reexame pelas partes** (parágrafo segundo); reafirma que a **produtividade será calculada** através do Modelo de Avaliação de Ganhos de Produtividade do STB (parágrafo primeiro); impede o **pagamento cumulativo da produtividade e participação nos lucros**, podendo o empregado **optar** entre uma ou outra (parágrafo terceiro). Por fim, **após a devida aprovação pelos órgãos de controle**, deverá ser estabelecida, através de **negociação** entre as partes, a **forma de distribuição da produtividade**, tanto em relação aos anos anteriores, como em relação ao ano de 1995. (parágrafo quarto).

42. Na verdade, o novo ajuste encerra obrigações que se dividem em várias etapas. Num primeiro momento, a Consulente deve definir os critérios de produtividade, devendo esta ser apurada segundo a forma estabelecida no instrumento coletivo (Modelo de Avaliação dos Ganhos de Produtividade do STB). Se gerarem resultados positivos em favor dos empregados, deve a proposta de acordo ser submetida ao Conselho de Coordenação e Controle das Empresas Estatais - CCE, para fins de

aprovação. Obtida esta, inicia-se a segunda fase: negociação com o sindicato profissional, objetivando estabelecer os procedimentos de distribuição dos ganhos de produtividade.

43. Verifica-se, assim, que a cláusula em questão encerra obrigações subordinadas a evento futuro e incerto, tal como definido no artigo 114 do Código Civil. Aspectos que caracterizam a condição suspensiva a que se refere o artigo 118 do mesmo Diploma. E, como bem asseverou o civilista Miguel Maria de Serpa Lopes,

“nos termos do art. 118 do Código Civil, subordinando-se a eficácia do ato à condição suspensiva, enquanto esta não se verificar não se terá adquirido o direito por ela visado. A primeira consequência resultante da condição é a inexistência da obrigação, enquanto não ocorrer o evento a que estiver subordinada. (...) Resultam daí as seguintes consequências: a) (...); b) extingue-se abrogação de pleno direito, se vier a faltar a condição suspensiva: actus conditionalis, defecta confiditione, nihil est; (...)” (“Curso de Direito Civil”, ed. Freitas Bastos, RJ, 5ª ed., vol. II, pág. 88).

44. No mesmo sentido é a opinião de outro civilista Caio Mário da Silva Pereira:

“Das distinções e classificações correntes, a mais importante pelo seu conteúdo prático é a que as extrema em suspensivas e resolutivas. Na pendência da primeira, o efeito vinculum iuris está suspenso, não adquirindo o sujeito ativo o direito a que visa. Por isso mesmo, pendente a condição suspensiva, a obligatio ainda não exprime, nem pode exprimir, um débito - nihil interim debetur -, traduzindo apenas uma expectativa de direito, sem ação correspondente. Mas, uma vez ocorrendo o seu implemento, na mesma data deve ser cumprida a obrigação (Código Civil, art. 953), tudo se passando como se esta estivesse em plena vigência, como se pura fosse, desde o momento de sua constituição. Reversamente, se não ocorrer, a obrigação desaparece, como se não tivesse jamais existido; o devedor não é devedor, como se nunca estivesse preso a compromisso, e o credor nenhum direito tem.” (opus citado, pág. 106; os grifos não pertencem ao original).

45. Isto posto, cumpre verificar as consequências práticas das cláusulas ajustadas. Como demonstrado, a participação, consoante a normatização legal

em vigor, pode ter por base o **lucro**, o **resultado**, ou esse dois fatores **conjuntamente**, sempre mediante negociação coletiva e condicionada à efetiva performance do empregador. Ante à indiscutível relação de causa e efeito entre esta última - a performance do empregador - e aquela - a participação, é evidente que, se inexistente o lucro ou negativo o resultado, não há que se falar em o direito à participação.

46. Por seu turno, se participação somente se tornou exigível a partir da edição da Medida Provisória n° 794, o que ocorreu no final de dezembro de 1994, a produtividade a que aludem os acordos coletivos dos anos anteriores a 1995 tem o nítido caráter de gratificação, embora condicionada à **apuração** que deverá ser levada a efeito, à **aprovação** dos órgãos competentes e à **negociação coletiva**.

47. Quanto ao exercício de 1995, porque o sistema legal assegura aos trabalhadores o direito irrenunciável à participação, esta deverá ter por base a produtividade ou a produtividade e o lucro, com os critérios definidos na negociação coletiva prevista na própria cláusula. Fere o bom senso jurídico, admitir-se que a Consulente negociou o pagamento de gratificação de produtividade relativa ao ano de 1995, quando ao mesmo tempo, está obrigada a satisfazer a participação que pode ter como base essa mesma produtividade.

V - DAS CONCLUSÕES

48. As considerações acima aduzidas nos permitem emitir as seguintes conclusões, considerando os quesitos formulados pela Consulente:

- a) As prestações a título de produtividade, consignadas nos instrumentos coletivos relativos aos anos anteriores a 1995, foram objeto da novação levada a efeito no acordo coletivo firmado entre a Consulente e o sindicato da correspondente categoria profissional atinente ao ano de 1995. Mas, porque este último reconhece e disciplina a pagamento da produtividade relativa aos anos anteriores, permanece o direito dos representados pelo sindicato profissional, desde que observadas as condições nele estipuladas.
- b.1) Se mediante a apuração real e com base em dados objetivos, restar demonstrado que na Consulente não houve produtividade positiva naqueles anos, inexistirá o direito às prestações de que tratam os correspondentes acordos, resolvendo-se a obrigação

estabelecida no instrumento de 1995 que abrange os anos anteriores. Vale assinalar que pode haver lucro no exercício sem aumento da taxa de produtividade, e vice-versa, embora em geral, os dois fatores se revelam sintonizados.

- b.2) A participação, consoante a normatização legal em vigor, pode ter como base o **lucro**, o **resultado**, ou os dois critérios **conjuntamente**, sempre mediante negociação coletiva e condicionada à efetiva performance do empregador. Nada impedirá, portanto, que os critérios para apuração dos ganhos de produtividade sejam os mesmos aplicáveis à apuração da produtividade como fator de participação nos resultados. Não obstante, no caso específico da Consulente, seria conveniente que se ajustasse este aspecto com o sindicato profissional, já que o instrumento coletivo em vigor faculta à empresa a definição dos critérios de distribuição dos ganhos de produtividade dos anos anteriores, mas impõe que esta seja apurada conforme o Modelo de Avaliação dos Ganhos de Produtividade do STB; e
- c) uma vez observados os critérios para apuração da produtividade conforme pactuado no instrumento coletivo ou sendo praticados aqueles estabelecidos na legislação reguladora da participação nos lucros ou resultados, temos por certo que o procedimento receberá endosso da Justiça do Trabalho, caso esta venha ser chamada a pronunciar-se sobre a matéria, desde que os critérios de apuração sejam reais e coerentes, refletindo efetivamente a performance da empresa.

SMJ, é o nosso parecer.

Rio de Janeiro, 17 de abril de 1996

ARNALDO SÜSSEKIND

OAB/RJ n° 2100



LUIZ INÁCIO BARBOSA CARVALHO

OAB/RJ n° 44418