

ASPECTOS DA ESTABILIDADE PROVISÓRIA DO ACIDENTADO

JOSÉ ANTONIO PANCOTTI(*)

A Lei n. 8.213/91, não obstante ter por objeto "Dispor sobre Planos de Benefícios da Previdência Social", no seu artigo 118 de parágrafo único incursionou-se no campo do contrato individual de trabalho ao instituir: a) garantia ao acidentado, pelo prazo mínimo de doze meses, a manutenção do seu contrato de trabalho na empresa, contados da cessação do benefício do "auxílio-doença" acidentário, independentemente da percepção do "auxílio-acidente"; b) autorizar que ao segurado reabilitado se pague "remuneração" (sic) menor do que a da época do acidente, desde que "compensada" (sic), pelo valor do "auxílio-acidente".

Dir-se-á que por ser proteção legal ao acidentado, nada impede que seja objeto de disciplina no âmbito do "Direito Previdenciário". No entanto, não houve criação de benefício ou obrigação previdenciária nova. A "estabilidade provisória" do acidentado diz respeito apenas e tão-somente à relação empregado e empregador. Aliás, o tema era apropriadamente objeto de disciplina no âmbito das convenções e acordos coletivos de trabalho, de onde nunca deveriam ter saído para assim permitir a sua flexibilização em razão de diferenças regionais, locais e de empresas.

À medida que a estabilidade decenal foi perdendo terreno até ser dizimada com a promulgação da Constituição Federal de 1988, proliferaram-se as chamadas "estabilidades provisórias" nas convenções e acordos coletivos como a da gestante, do acidentado, do jovem em idade de prestação do serviço militar, dos trabalhadores em idade ou com idade próximas de se aposentarem, do cipeiro, etc. A par destas, surgiram a estabilidade do dirigente de cooperativas dos empregados de uma determinada empresa (Lei 5.764/71), do menor aprendiz, nas leis eleitorais, além do dirigente sindical ou detentor da representação sindical. As estabilidades da gestante e do cipeiro foram elevadas à nível Constitucional e agora o do acidentado a nível legal. Nos três casos houve substancial ampliação das garantias asseguradas, até então, pelas normas coletivas.

As "estabilidades provisórias" são formas encontradas para garantir a permanência do trabalhador no emprego, contra a vontade patronal, portanto, a salvo do golpe da despedida imotivada, em face de determinadas contingências da vida que, se admitida a dispensa, dificilmente encontraria novo emprego; ou, ainda, para garantir independência e liberdade no exercício da representação sindical. Minimizam, portanto, o poder do empregador de a qualquer momento, discricionariamente pôr fim a relação de emprego.

Tem elas, contudo, suscitado questões jurídicas, quando o fato material gerador se dá no curso do aviso prévio ou nas diversas espécies de contrato a prazo determinado.

(*) José Antonio Pancotti é Juiz Presidente da JCM de Votuporanga.

Estabilidade provisória e aviso prévio

Para alguns, a manifestação de vontade patronal em romper o vínculo empregatício que se dá através do aviso prévio, mesmo nas hipóteses de desobrigar o empregado de trabalhar, não produz efeito imediato, mas apenas futuro, por força do disposto na parte final do § 1º do art. 487 da CLT. Assim, enquanto não se consumar a dispensa, o contrato permanece íntegro, sujeito às vicissitudes dos contratos de "execução continuada" ou de "trato sucessivo".

Tanto é verdade que a majoração salarial; o cometimento de justa causa, salvo a de abandono; a inalterabilidade prejudicial das condições de trabalho são fatos que, se verificados no curso do pré-aviso, refletem no contrato.

Desse modo, dizem, a candidatura a cargo de direção ou representação sindical, o acidente de trabalho, a constatação da gravidez, o alistamento militar, a promulgação de lei eleitoral, etc., de superveniente ao aviso prévio ministrado pelo empregador e no curso deles, faz cessar a eficácia da manifestação de vontade patronal, tornando-a nenhuma.

Para outros, a integração do período do pré-aviso no tempo de serviço tem exclusiva finalidade de evitar a burla patronal, no momento da dispensa imotivada do trabalhador e com isto garantir sempre os efeitos decorrentes do instituto, em benefício do empregado. Por isto, esclarecem, a vontade patronal manifestada não pode ser alterada ao arbítrio de outrem, já que potestativa. Obstá-la seria retirar do poder patronal a faculdade de fazer ou deixar de fazer algo, segundo o seu livre arbítrio, sem que, quando manifestada, encontrasse óbice legal algum. Trata-se de ato jurídico perfeito e incondicional, posto que, depende apenas do decurso do tempo para se consumir.

Sob ambos os aspectos, os argumentos são fortes e aparentemente inconciliáveis. Entendo, contudo, que a solução adequada não se encontra nas posições extremadas, mas intermediária, dependendo das circunstâncias de fato concretamente a serem examinadas.

Com efeito, se o empregador demonstrar em juízo que o fato material ensejador da estabilidade, no curso do aviso prévio, não foi espontâneo ou de ocorrência natural, mas provocado apenas para controvérsia a sua legítima manifestação de vontade, não será razoável atribuir-se a ele o efeito arquitetado pelo empregado. É o caso das candidaturas a cargos de direção ou representação sindical de última hora; a injustificada elevação do número de diretores de entidade sindical; dolo do empregado no acidente de trabalho. Além disso, nos casos em que a dispensa decorra do fechamento de filial ou sucursal e de extinção de empresa, não é de se impor ao empregador o pagamento de indenização pelo período estável, como vem se manifestando forte corrente-jurisprudencial, pois o risco da atividade econômica não vai a ponto de obrigar pagamento de salários e demais obrigações do contrato de trabalho, mesmo que impossibilidade de continuidade da atividade empresarial.

A verdade é que não se pode supor que, em quaisquer circunstâncias, o fato ensejador da estabilidade tenha o condão de obstar a consumação da dispensa do empregado, já noticiada pelo aviso prévio.

No caso da gravidez a questão é bem mais delicada, pois o fato, no mais das vezes, não é de conhecimento imediato pela empregada. Parece-nos que se constatada no curso do pré-aviso e comunicado imediatamente ao empregador gera a estabilidade e cessa a eficácia da notícia de denúncia do contrato. É indispen-

sável, no entanto, que a empregada tenha ciência da gravidez no curso do aviso prévio e a comunique ao empregador. O que não se pode admitir é que consumada a dispensa, venha posteriormente a empregada constatar que sua gravidez se dera no curso do aviso prévio, pretenda os benefícios da estabilidade. Não é razoável que depois de a vontade patronal produzir os seus efeitos, seja desconsiderada já que no momento em que foi emitida e no lapso de tempo que levou para se consumir não encontrou óbice algum.

Em ocorrendo acidente de trabalho, no curso do aviso prévio, salvo a hipótese de dolo do empregado, a dispensa não se consuma, posto que, o pré-aviso não transforma o contrato de prazo indeterminado em prazo determinado, assim o empregado, nos primeiros 15 dias tem o contrato interrompido a partir do 16º dia há suspensão peculiar do contrato – Peculiar, porque o empregador fica obrigado a proceder os depósitos fundiários, mesmo sem pagamento de salário, por força do que dispõe o art. 4º, parágrafo único da CLT. Cessado o benefício do "auxílio-doença", inicia-se o período estabilitário de doze meses.

Estabilidade provisória e os contratos por prazo determinado

Os contratos com determinação de prazo certo de vigência, podem depender de termo certo ("dies certus an et quando") ou incerto ("dies certus an et incertus quando"), como leciona Aluysio Sampaio (In "Contratos de Trabalho por Prazo Determinado", RT, 1973). No primeiro há data certa para o seu termo final, enquanto no segundo, há certeza tão-somente do evento que porá termo final do contrato, não se sabendo quando se dará.

O direito brasileiro não deixou à livre manifestação de vontade das partes a contratação por prazo determinado, para apenas admiti-la como legítima, diante da ocorrência de situação de fato objetivamente consideradas e previstas nas alíneas do § 1º do art. 443 da CLT.

Admite, assim, apenas em caráter excepcional, mediante a conjugação da vontade dos contratantes, e a ocorrência destas situações objetivas, quais sejam, a transitoriedade do serviço que a justifique; atividades empresariais de caráter transitório; contrato de experiência.

Estas mesmas causas objetivas que limitam as hipóteses válidas de contratação a prazo determinado, igualmente limitam os efeitos temporais das chamadas "estabilidades provisórias".

Terá, então, o empregado garantia de manter-se no emprego no período estabilitário que, em sendo maior que o previsto para a duração do contrato, no final deste, cessará a sua eficácia. Enfim, a estabilidade se expirará, se de maior duração, quando se extinguir o contrato, por ter atingido este o termo final.

Nos casos de safra e de obra certa, quando se aproximam do final, há natural declínio das atividades e na mesma proporção a diminuição da necessidade de pessoal, não se dando a dispensa do pessoal em uma só data. Acho prudente que os empregados estabilitários sejam os últimos a serem dispensados, no seu setor de trabalho, ou turma ou dos exercentes da mesma função. Com isto evita-se discussão futura.

Finalmente, há os contratos por prazo determinado, em que há cláusula assecuratória de direito recíproco de rescisão antecipada. Entendo que ocorrendo o fato gerador da estabilidade a cláusula fica prejudicada, no que se refere ao empregador, quando o período estabilitário for maior do que o previsto para o pra-

zo contratual. Raciocínio contrário excluirá a eficácia da "estabilidade provisória", nestes contratos.

Salário do acidentado reabilitado

A autorização de se pagar ao segurado acidentado salário menor do que aquele percebido na época do acidente, para ser complementado pelo "auxílio-acidente", não me parece que seja generalizada, pois a ela se contrapõe o princípio constitucional da irredutibilidade salarial (art. 7º, inciso VI da CF/88).

O "auxílio-acidente" no dizer de Russomano, "consiste em atribuir ao acidentado determinadas vantagens pecuniárias sempre e que, em consequência do sinistro, o trabalhador ficar incapacitado para o exercício de sua profissão habitual, mas apto para dedicar-se a outro ofício" (in "Curso de Previdência Social", pág. 387, Ed. Forense).

O art. 86 da Lei 8.213/91, atribuiu o benefício ao trabalhador que, após consolidadas as lesões decorrentes do acidente de trabalho, resultar seqüela que acarrete redução da capacidade laborativa e que: a) exija maior esforço ou necessidade de adaptação para exercer a mesma atividade, sem que seja necessária reabilitação profissional; b) impeça, por si só, o desempenho da atividade que exercia à época do acidente, porém não de outra do mesmo nível ou de nível de complexidade inferior, após reabilitação profissional.

Assim, quer nos parecer, que somente nos casos de reabilitação profissional, se permitirá que o "auxílio-acidente" complemente o salário do acidentado, para que seja mantido o nível salarial da época do acidente. Nos casos de mera adaptação para a mesma função antes exercida deverá ser mantido o mesmo nível salarial da época do acidente. Ainda, nestes casos, entendo que só será possível, respaldada a redução salarial por norma coletiva, face o preceito Constitucional acima invocado. É louvável o intuito de manter o acidentado no emprego e preservar-lhe oportunidade de continuar na empresa, mesmo em função inferior a que antes do acidente desempenhava, contudo a rigidez do preceito Constitucional, só comporta uma exceção, que é a possibilidade de redução salarial, via convenção ou acordo coletivo.

É despiciendo, mas oportuno, que se acrescente que a ausência da anotação da CTPS e registro do empregado na empresa, coloca-o à margem do sistema previdenciário. A ocorrência de acidente de trabalho, acarretará responsabilidade do empregador, por todos os benefícios e serviços que prestaria a Previdência Social, se registrado fosse, face o princípio geral de direito insculpido no art. 159 do Código Civil Brasileiro, isto sem prejuízo das reparações de danos do direito comum, nos termos do art. 121 da mesma Lei 8.213/91.