

Estabilidade Acidentária. A interpretação do art. 118 da Lei 8.213 deve atender à preservação do bem jurídico tutelado

Admilson Viana

admilsonrv@terra.com.br

A legislação infortunística brasileira em nosso entendimento é boa, mas sem efetividade, por causa do modelo esgotado que se consolidou e voltado ao mero atendimento dos interesses privados que no geral teimam em manter a sistemática das repudiadas subnotificações acidentárias.

Reconhecendo essa prática nefasta aos interesses dos cidadãos e em especial os dos cofres públicos da previdência com os propalados déficits crescentes na concessão de benefício auxílio-doença comum (B-31, sem fonte própria de custeio, saindo os recursos do caixa geral), o governo aprovou no parlamento a Lei 11.430, de 26 de dezembro de 2006, permitindo ao INSS conceder o benefício auxílio-doença acidentário (B-91, com a utilização dos recursos do SAT, a encargo do empregador), mesmo sem a emissão da CAT pelo empregador, que continua obrigatória, a teor do art. 22 da Lei 8.213/91.

A nova metodologia que desnuda a sistemática das fraudes com as subnotificações acidentárias de praxe, o NTEP vem sendo atacado pelas forças defensoras da preservação do modelo esgotado, quer através da ADIN interposta pela CNI no STF e protocolada em 26/07/2007, buscando a declaração de inconstitucionalidade das medidas previdenciárias relacionadas ao Nexo Técnico Epidemiológico Previdenciária, quer pela adoção por parte de inúmeros peritos do próprio INSS de subterfúgios para tornar letra morta à disposição da Lei 11.430 que aprovou a nova metodologia para o reconhecimento acidentário, mesmo sem emissão da CAT, o conhecido NTEP.

O Brasil é campeão mundial em acidentes do trabalho, tendo como causa, o entendimento empresarial equivocado de que investir em prevenção significa custos operacionais e não investimento. A falta de fiscalização estatal, a conivência do INSS em descumprir a lei de benefícios, 8.213/91, deixando de conceder o benefício auxílio-doença acidentário (B-91) quando a CAT não haja sido emitida pelo empregador e mais o conservadorismo da jurisprudência em atribuir o ônus ao empregado da prova de que se afastou por mais de 15 dias do trabalho decorrente de lesão ocupacional.

Bem andou a ANAMATRA ao realizar a Primeira Jornada de Direito Processual e Material na sede do TST em Brasília em novembro de 2007 que ao examinar o quadro fático da questão saúde do trabalhador, aprovou diversos enunciados, visando pacificar o entendimento jurisprudencial mais apropriado à efetividade da legislação vigente protetora da vida, da dignidade e da incolumidade física e mental do trabalhador, sendo que no caso de reconhecida prática da subnotificação acidentária praticada pelo empregador omissivo, invertendo-se o ônus da prova:

EMENTA: NEXO EPIDEMIOLÓGICO. DESPEDIDA OBSTATIVA. Comprovada nos autos lesão incapacitante, constante da lista B do Anexo II do Decreto nº. 6.042, de 12 de fevereiro de 2007, ainda que sem emissão da CAT- Comunicação de Acidente do Trabalho pelo empregador, inverte-se o ônus da prova, para reconhecer o direito à estabilidade acidentária (artigos 22 e 118, da Lei nº. 8.213/91), para declarar suspenso o contrato e obstativa a despedida, assegurando-se a reintegração do empregado.

Link: http://www.anamatra.org.br/jornada/propostas/com5_proposta4.pdf

O quadro da tragédia acidentária laboral que vem atingindo trabalhadores do mundo todo é preocupação geral, incluindo a própria OIT Organização Internacional do Trabalho que já em 1.999 divulgou que ocorrem por ano:

250.000.000 acidentes do trabalho, representando um a média de 685.000 acidentes por dia, 475 por minuto e 8 por segundo. Ocorrem, ainda, 1.000.000 de mortes por ano pelas mesmas causas, o que representa 3.000 trabalhadores por dia ou duas mortes por minuto .

No Brasil a situação é mais grave ainda, conformes dados do próprio INSS, cujos números anunciados são alarmantes, apesar da anunciada redução que vem ocorrendo nos últimos anos.

Dados 2005:

2.708 óbitos;

13.614 casos de incapacidade permanente;

429.621 casos de incapacidade temporária (274.410 até 15 e 155.211 mais de 15 dias);

1 morte / 3h ; 14 acidentes /15 minutos;

Custo Previdenciário: R\$ 9,83 bilhões

Custo Brasil: R\$ 39,32 bilhões;

O empregador é devedor de saúde, devendo emitir a CAT Comunicação de Acidentes de Trabalho, mesmo em caso de dúvidas. 80% dos acidentes, todavia não são comunicados ao INSS, quer pelas reconhecidas e repudiadas práticas das subnotificações acidentárias, quer pela falta de registro dos empregados em CTPS, quer até mesmo pela ignorância dos próprios acidentados que deixam de exigir a emissão da comunicação, por receio no geral de ficar excluído do mercado formal de trabalho.

O art. 118 da lei previdenciária 8.213/91 foi redigido com a visão de que haja cumprimento e respeito à lealdade e boa-fé do empregador em sempre comunicar o acidente de trabalho, emitindo a CAT, como lhe exige o art. 22 da Lei 8.213/91, estabelecendo em razão desse conceito os requisitos legais para o reconhecimento do direito à estabilidade acidentária, dentre os quais se projeta como condição sine qua non, obviamente a ocorrência de acidente de trabalho (aqui entendidas as situações análogas), sendo a estes, equiparado às doenças profissionais e do trabalho. Ademais estabeleceu também que o mesmo seja concedido após a cessação do benefício.

Não contou o legislador com a realidade do quadro fático que se apresenta e acima descrito.

Ao redigir a garantia contra a despedida abusiva de trabalhador doente e lesionado, assim se posicionou na norma prevista no art. 188 da Lei 8.213/91, que tem a definição seguinte:

O segurado que sofreu acidente de trabalho tem garantida, pelo prazo mínimo de doze meses, a manutenção do seu contrato de trabalho na empresa, após a cessação do auxílio-doença acidentário, independentemente de percepção de auxílio-acidente .

Entende-se como acidente de qualquer natureza ou causa aquele de origem traumática e por exposição a agentes exógenos (físicos, químicos e biológicos), que acarrete lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte, a perda, ou a redução permanente ou temporária da capacidade laborativa. art. 30, V, § único Dec. Reg. 3.048/99.

Ainda a Lei 8.213/91, assim definiu também os acidentes de trabalho:

Art. 20. Consideram-se acidente do trabalho, nos termos do artigo anterior, as seguintes entidades mórbidas:

I - doença profissional, assim entendida a produzida ou desencadeada pelo exercício do trabalho peculiar a determinada atividade e constante da respectiva relação elaborada pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social;

Nota: Atualmente Ministério da Previdência Social - MPS. Denominação instituída pelo Art. 25, inciso XVIII da Medida Provisória nº. 103, de 1º. 1.2003, posteriormente convertida na Lei nº. 10683, de 28.5.2003..

II - doença do trabalho, assim entendida a adquirida ou desencadeada em função de condições especiais em que o trabalho é realizado e com ele se relacione diretamente, constante da relação mencionada no inciso I.

O Art. 118 da Lei 8.213/91 é constitucional e já pacificado pela súmula 378, inciso I, do TST, não havendo que se falar em violação da Constituição Federal de 1988, em particular de seu art. 7º, inciso I.

Redação da Súmula 378 do TST:

Súmula nº. 378 - TST - Res. 129/2005 - DJ 20, 22 e 25.04.2005 - Conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs 105 e 230 da SDI-1 - Estabilidade Provisória - Acidente do Trabalho - Constitucionalidade Pressupostos - I - É constitucional o artigo 118 da Lei nº. 8.213/1991 que assegura o direito à estabilidade provisória por período de 12 meses após a cessação do auxílio-doença ao empregado acidentado. (ex-OJ nº. 105 - Inserida em 01.10.1997).

Tratando de hipótese específica de garantia de emprego, pode ser assegurada por meio de lei ordinária, com fundamento inclusive no princípio da norma mais benéfica (art. 7º. Caput, da CF/88), pois não se está regulamentando, genericamente, a proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa.

De acordo com a própria redação do art. 118 da Lei 8.213/91, a percepção de auxílio-doença acidentário pelo empregado constitui pressuposto para o direito à estabilidade provisória em debate.

Como o referido benefício previdenciário somente é devido após 15 dias de afastamento da atividade, em razão de incapacidade para o trabalho (art. 59, caput, da mesma lei), esta suspensão do pacto laboral, por prazo superior a 15 dias, é outro requisito para fazer jus à mencionada garantia de emprego.

A doença profissional e a doença do trabalho são consideradas acidente de trabalho (Lei 8.312/91, art. 20), inclusive para os efeitos da estabilidade aqui debatida, cabendo destacar que as doenças ocupacionais normalmente não se manifestam de forma súbita, mas vão se alojando, pouco a

pouco, no organismo, até causarem a impossibilidade de labor. Nessas hipóteses, muitas vezes não se verifica o efetivo recebimento de auxílio-doença acidentário antes da extinção contratual. Mesmo, assim, por meio de interpretação teleológica do dispositivo legal, pode-se defender a tese de que, se o afastamento das atividades por mais de 15 dias ao menos deveria ter ocorrido, somente não se observando por ato culposo de empregador (o que pode ser constatado com o auxílio de perícia médica), deve-se considerar preenchido o requisito legal.

A interpretação teleológica supera a lógica formal e dirige sua atenção para o bem jurídico tutelado pela norma, isto é, para o fim que a norma procura alcançar (Bettioli). A conclusão interpretativa deve estar afeiçoada à preservação desse valor bem jurídico, o que extrapassa o âmbito da lógica formal para introduzir no método jurídico um elemento material. Pode ser incluída aqui, ainda, a corrente que se preocupa com os efeitos da decisão, fazendo reflexão sobre as conseqüências.

Mas, são das doenças profissionais ou trabalho é que daremos maior ênfase, diante do período de incubação e sua devassa social e no organismo humano desprotegido.

Relembramos assim, que em meados da década de 1990, após uma avalanche de terceirizações ocorridas no Brasil, as empresas contrataram consultorias com metodologia Norte Americana (até porque as terceirizações ocorreram em sua maioria com capital internacional), iniciando logo depois a mal sucedida reengenharia, com o modelo do Fordismo, visando o alcance do maior lucro operacional ao menor custo de produção possível. A metodologia aplicada era a da cronometragem de tempo, denominado tempo produtivo, que funcionava da seguinte forma:

Um grupo da equipe destes consultores eram deslocados para determinada área operacional e lá, em uma rápida reunião, os funcionários eram orientados que se tratava de uma pesquisa de campo, visando melhoria contínua do fluxo produtivo.

Cada consultor sorteava um determinado funcionário que seria, por ele, cronometrado naquele dia e este consultor ficou conhecido como sombra, procedendo da seguinte forma: Se a atividade operacional iniciava as 07h00min horas da manhã, o cronômetro era disparado e a cada interrupção o cronômetro era desligado, sendo religado quando a atividade era novamente reiniciada. Ex; iniciou a atividade dispara o cronômetro foi ao bebedouro de água desliga o cronômetro retornou ao posto de trabalho e reiniciou a atividade religa o cronômetro foi ao armário substituir uma ferramenta desliga o cronômetro, e assim sucessivamente durante aquela jornada de trabalho. Este procedimento se repetia no outro dia, ou até mesmo em jornadas de turno/noturno, até que fosse completa a cronometragem de tempo efetivamente produtivo de todos os funcionários daquela área operacional.

O resultado desta reengenharia foi por área operacional cronometrado e catastrófica aos empregados e para a sociedade como um todo. Empresas tiveram o quadro de funcionários enxugados de forma abrupta em até 60% de seu efetivo e quem por ali permaneceu foi responsabilizado em manter os mesmos resultados de produção, onde em determinadas atividades quando eram realizadas por 05 funcionários, passaram a ser realizadas por apenas 02 funcionários, sob forte pressão de atingimento de metas, em jornadas dilatadas em média de 16 horas/dia, sem intervalos de repouso remunerado ou intervalos mínimos intrajornada.

Dados do DATAPREV noticiam que os maiores índices de acidentes de trabalho registrados ocorreram exatamente neste período, e em paralelo, ocorria a implantação da Lei 8.213/91 que trazia a obrigatoriedade das empresas a notificação dos acidentes ocorridos através de emissão das CATs (Comunicação de Acidentes de Trabalho). Os maiores índices de lares desfeitos por transtorno mental, também ocorreram neste mesmo período.

Para os acidentes de trabalho, considerados acidentes típicos, diversas empresas, de forma maliciosa e fazendo a interpretação equivocada da referida lei, implantaram dentro de suas fábricas posto de saúde, funcionando como verdadeiro pronto socorro/ centro de reabilitação, com TV a cabo, vídeo games, camas em ambientes refrigerados, carros alugados (táxi) a disposição para realizar o translado dos incapacitados de locomoção, faltas abonadas quando o funcionário não podia sair de casa diante da gravidade da lesão e tudo isso para garantir que os acidentes não fossem notificados, até porque, é consabido que a notificação por parte do empregador funciona como confissão de culpa com conseqüências penais, cíveis, previdenciárias, tributárias, administrativas e trabalhistas, beneficiando-se assim, da própria torpeza.

As doenças profissionais ou do trabalho como se manifestam ao longo de um determinado tempo e não de forma súbita, a estratégia da subnotificação utilizada nos acidentes de trabalho típicos poderia não surtir o mesmo efeito na subnotificação de doenças, surgindo daí a necessidade de ser implantado novas formas de fiscalização e controle para que a empresa não sofresse possíveis conseqüências penais, cíveis, previdenciárias, tributárias, administrativas e trabalhistas, já relatadas acima.

Uma das estratégias usadas foram convênios firmados com hospitais, clínicas de saúde e farmácias, utilizando o mesmo software de gerenciamento de controle de seus RH s. E como isso funcionava e funciona até os dias de hoje:

Quando um funcionário necessita de uma consulta médica, se dirige a clinica/hospital, apresenta sua carteira funcional, a atendente digita o nº. do registro do funcionário, o software emite um comando ao setor de RH da empregadora informando da referida consulta médica, com qual especialista e sua freqüência.

Exames clínicos seguem/seguem o mesmo padrão de informação.

Quando na aquisição de medicamentos, o software emite o mesmo comando ao setor de RH sobre o tipo de medicamento, a quantidade adquirida e a freqüência do uso.

Tudo isso é encaminhado a uma equipe de analistas médicos da empregadora, que ali fazem o controle e encaminham um relatório ao setor de RH sobre o possível desenvolvimento de uma doença ocupacional, e as avaliações do RH na maioria das vezes resultam com a demissão do funcionário, antes que este possa reclamar judicialmente o nexos causal entre a doença ou agravo e a relação com a atividade exercida.

Ou seja, as clínicas, os hospitais e farmácias, foram equipados com o mesmo sistema de software gerenciador de RH utilizado pela fábrica, com controle em tempo real sobre os trabalhadores, perfazendo desta uma imediata necessidade por parte do poder judiciário, em sua totalidade, de uma melhor interpretação da lei 8.213/91 em seu art. 118.

Se o trabalhador não recebeu o auxílio-doença acidentário, nem pode ficar afastado até a recuperação de suas condições de trabalho, em razão de falta da empresa, não se admite que seja novamente prejudicado, devendo-se neutralizar as conseqüências do ato ilícito.

Por isso, o Tribunal Superior do Trabalho, ao revisar a orientação Jurisprudencial 230, convertendo-a na Súmula 378 (resolução 129/2005), corretamente, passou a prever, em seu inciso II, que:

São pressupostos para a concessão da estabilidade o afastamento superior a 15 dias e a conseqüente percepção do auxílio doença acidentário, salvo se constatada, após a

despedida, doença profissional que guarde relação de causalidade com a execução do contrato de emprego .

Ou seja, para em se tratando de doença profissional ou do trabalho, não se pode aplicar, literalmente, o rigor da previsão do art. 118 da lei 8.213/91, justamente em razão de suas peculiaridades, quando comparadas com o acidente de trabalho típico.

Não se faz necessária a existência de seqüelas, posteriormente ao acidente, para a aquisição dessa estabilidade, eis que ela é assegurada independentemente de percepção de auxílio-acidente . Esse último benefício é específico para o surgimento de redução da capacidade laborativa (art. 86 da Lei 8.213/91), e o seu gozo restou expressamente excluído como pressuposto para o direito à garantia de emprego.

O prazo de garantia da manutenção de emprego é de 12 meses, após a cessação do auxílio-doença acidentário, com as observações e ressalvas já feitas anteriormente.

A expressão pelo prazo mínimo de 12 meses , constante do art. 118 da lei 8.213/91, deve ser corretamente entendida.

Voltando ao desajuste operacional ocorrido na década de 1990, diante dos resultados de consultoria da já citada reengenharia , diversos casos de transtorno mental, estão sendo revelados em datas a posteriori, onde o entendimento e a interpretação se tornarão necessários, eis que este prazo mínimo de 12 meses , não se trata de período que possa ser livremente ampliado pelo interprete e aplicador da norma; o mínimo , no caso em tela, significa ter a lei (fonte estatal, heterônoma) assegurado o patamar mínimo quanto a esta garantia de emprego, não sendo válida a fixação do período de estabilidade em nível inferior, por meio de outras fontes normativas, nem mesmo por negociação coletiva.

No entanto, concretizando o princípio da norma mais favorável, é plenamente possível e válida a estipulação de prazo superior ao mínimo legal, pelo contrato individual de trabalho ou norma coletiva negociada (art. 7º, inciso XXVI, da CF/88). Ausente a norma mais benéfica prevendo um período de estabilidade superior a 12 meses, aplica-se, automaticamente, o prazo legal.

O INSS (Instituto Nacional de Seguridade Social) tem divergido da Orientação Jurisprudencial, indeferindo benefícios acidentários a segurados que não cumpriram o afastamento de 15 dias, beneficiando o empregador pela própria torpeza da não emissão da Comunicação Acidentária e o conseqüente afastamento.

Diante da expressa previsão legal de estabilidade (provisória) decorrente de acidente do trabalho, não é válida cláusula de norma coletiva que estabeleça, a respeito deste tema, forma menos benéfica ao trabalhador que a lei (Orientação Jurisprudencial 31 da SDC do TST).

A lei, como norma de ordem publica, fixa o mínimo protetor, não sendo válida a estipulação in pejus dessa garantia do empregado acidentado, por não se tratar de nenhuma das situações, expressamente ressalvadas pela Lei maior (Art. 7º, inciso VI, XIII e XIV), como possível flexibilização.

Hoje a maioria dos Tribunais têm sido pacíficos quanto à concessão de tal estabilidade, mas, as resistências, tendenciosas ou não, ainda podem ser presenciadas, sejam em sentenças, sejam em deferimentos de atos periciais em concessões de benefícios previdenciários.

Não é outro o entendimento doutrinário, colacione-se a contribuição de Nei Frederico Cano Martins, em sua obra ESTABILIDADE PROVISÓRIA NO EMPREGO (1995, p. 127):

Basta conhecer um pouco da realidade das relações laborais no Brasil, para saber que é muito freqüente a despedida de trabalhadores egressos de acidentes. E o conhecimento desta realidade nos aponta também para a dificuldade que encontram esses trabalhadores para a obtenção de nova colocação no mercado de trabalho, especialmente quando o infortúnio deixa qualquer tipo de seqüela.

Adoecer no trabalho não é e nem pode ser considerado natural. O trabalhador tem o direito de ser reinserido ao mercado de trabalho. A conta a ser paga não é a de uma mercadoria que se estragou. Um ser humano mutilado por condições desajustadas do trabalho e expropriado de seu direito fundamental à vida com dignidade da pessoa humana, não mais podendo contar com suas forças de trabalho para retiro da própria subsistência, importando, portanto, prejuízo além do próprio infortunado, atingindo a si, sua família, a comunidade, o Estado, bem como a própria sociedade.

OBRAS CONSULTADAS

DOS SANTOS, Leandro Luís Camargo. Curso de Direito da Seguridade Social. São Paulo: LTr, 2004.

FERRAZ, Sérgio. A Norma Processual Trabalhista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

LINS, Edilberto Quintela Vieira Lins. Incapacidade Executiva de Trabalho e Contrato de Emprego: direito do trabalho e previdência social. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

MARTINS, Nei Frederico Cano. Estabilidade Provisória no Emprego. São Paulo: LTr, 1995.

LEI Nº 8.213 - DE 24 DE JULHO DE 1991 - DOU DE 14/08/91 (Atualizada até Janeiro/2008)