

DISPENSA OBSTATIVA: ESTABILIDADE PROVISÓRIA - DOENÇA PROFISSIONAL

Vitor Manoel Castan¹

FAJAR - Faculdade de Jaguariaíva, Jaguariaíva - PR

RESUMO

O ordenamento jurídico brasileiro não exige maior formalidade ou onerosidade para o empregador extinguir o contrato de trabalho e, não consagra a estabilidade genérica. No direito comparado observa-se à existência de critérios de proteção e manutenção no emprego. A dispensa desmotivada por ato empresarial confere simples exercício de um poder potestativo. O empregador deve respeitar princípios e certos limites éticos ao dispensar o empregado para não configurar o abuso de direito. A dispensa obstativa destina impedir a aquisição de um direito caso o empregado permanecesse no serviço. O não afastamento para tratamento, o não recebimento do auxílio doença acidentário e a ausência da emissão da Comunicação de Acidente de Trabalho - CAT, não são condições essenciais para o reconhecimento da estabilidade. As doenças osteomusculares relacionados ao trabalho vêm se alastrando no mercado de trabalho, assim, torna-se necessário combater as despedidas obstativas, sobretudo as relacionadas ao acidente ou a doença profissional, em razão da enorme repercussão negativa na vida do trabalhador.

PALAVRAS-CHAVE: dispensa obstativa; estabilidade; abuso de direito; doença profissional.

HINDRANCE DISMISSAL: PROVISORY STABILITY - OCCUPATIONAL DISEASE**ABSTRACT**

The Brazilian legal system does not demand greater formality or onerous it employer to extinguish the employment contract and, does not consecrate the generic stability. In the comparative jurisprudence it is observed the existence of protection criteria and maintenance in the job. The dismissal not motivated for enterprise act confers exercise of a potestativo power. The employer must respect principles and certain ethical limits when excusing the employee not to configure the abuse by right. The hindrance dismissal destines to hinder the acquisition of a right in case the employee remained in the service. Not the removal for treatment, not the act of receiving the accident aid illness and the absence of the emission of the CAT, are not essential conditions for the recognition of the stability. The related musculo-skeletal illnesses related to the work come are spreading in the work market, thus, it becomes necessary to fight the hindrance farewells, over all related to the accident or the occupational disease, in reason of the enormous negative repercussion in the life of the worker.

KEY-WORD: hindrance dismissal; stability; abuse by right; occupational disease.

¹ Vitor Manoel Castan é advogado e professor de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho da FAJAR/PR e Mestrando em Direito do Trabalho pela PUC-SP. E-mail de contato: vitorcastan@uol.com.br.

INTRODUÇÃO

No exercício da advocacia surgem situações que causam tristeza, sobretudo, quando se observa trabalhador incapacitado, humilhado e subtraído em seus direitos, inclusive, por empresas com forte poder econômico, que não teriam nenhum motivo para se negarem a preencher um documento afastando o empregado doente, cujo afastamento seria pago pela previdência, para a qual, inclusive, o empregado contribuiu enquanto estava na ativa. Mas o que se verifica é a saída maliciosa da empresa dispensando o empregado, o que despertou o interesse sobre o assunto.

O tema é atual e com enorme repercussão na vida do trabalhador, assim, iniciou-se o estudo criticando a facilidade do empregador em demitir o trabalhador, praticamente sem nenhum ônus, o que não ocorre no direito comparado, pois as despedidas devem ser motivadas, após conceituou-se a dispensa obstativa e explicou-se como se dá exercício irregular da dispensa em razão do abuso de direito. Suscitou-se sobre as doenças osteomusculares e, conseqüentemente, a estabilidade advinda dessa doença e a repercussão da doença na vida do trabalhador.

2. DISPENSA DESMOTIVADA - PAGAMENTO DE UMA MULTA

O ordenamento jurídico brasileiro através do artigo 7º, inciso I, da Constituição Federal não cria maiores dificuldades para o empregador extinguir o contrato de trabalho, pois prevê a proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa nos termos de uma lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos, que ainda não foi promulgada.

Sem maiores especificidades, no direito comparado, por exemplo, francês, espanhol e português, observa-se à existência de critérios de proteção, a priori, quando da dispensa, como a possibilidade de defesa do empregado acompanhado por um representante e, a posteriori, inexistindo motivação para a despedida, o

empregado deve ser reintegrado, ficando, inclusive, impedido o empregador de optar pela indenização (obrigação de dar) no lugar da reintegração (obrigação de fazer)². De um modo geral, proíbem as dispensas sem justa causa ou sem motivações realmente justificadas relacionadas com atitudes negativas do empregado ou por problemas econômicos.

De acordo com o artigo 1º, inciso I, do ADCT - Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, enquanto não for promulgada a lei complementar a que se refere o artigo 7º, I, a referida indenização, no caso de despedida sem justa causa, corresponderá a 40% dos depósitos efetuados na conta vinculada do empregado no FGTS – Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, atualmente prevista no parágrafo 1º, do artigo 18 da Lei nº 8.036/90. Além disso, a Lei Complementar nº 110, de 29 de junho de 2001, instituiu a contribuição social de 10% sobre os referidos depósitos. Dessa forma, e como bem afirmado sucintamente por Jether Gomes Aliseda³, “nosso ordenamento jurídico não consagra a estabilidade genérica e perpétua”.

No que diz respeito à dispensa propriamente dita, Amauri Mascaro Nascimento⁴ define-a da seguinte forma: “Dispensa é a ruptura do contrato de trabalho por ato unilateral e imediato do empregador, independente da vontade do empregado”.

A possibilidade de dispensas imotivadas de empregados configura uma das razões do desemprego com que convivemos e que inúmeros problemas sociais e econômicos têm causado⁵.

Assim, observa-se que na despedida do empregado não se exige maior formalidade ou onerosidade do empregador, causando grandes transtornos aos empregados que muitas vezes sequer conseguem retornar ao mercado de trabalho, porém, mais gravoso ainda, quando ocorre a dispensa obstativa. Vejamos:

Entre os tipos de dispensa, Amauri Mascaro Nascimento⁶ cita: “Dispensa obstativa, destinada a impedir ou fraudar a aquisição de um direito que se realizaria,

² RUA de ALMEIDA, Renato. **Aulas no curso de mestrado Direito das Relações Sociais**, 1º semestre de 2006, Puc/SP.

³ ALISEDA, Jether Gomes. **Estabilidade de garantia de emprego**. SP.: LTr, 2001, p. 75.

⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 19 ed., SP.: Saraiva, 2004, p. 710.

caso o empregado permanecesse no serviço, como as dispensas que antecedem um reajustamento salarial”.

“Há dispensas para obstar a elevação dos salários, problema conhecido com o nome de ‘rotatividade da mão-de-obra’”⁷.

Já Sergio Pinto Martins⁸ faz a seguinte observação:

Dispensa obstativa é a que pretende fraudar os direitos dos trabalhadores. Exemplo é a que pretende evitar que o trabalhador obtenha estabilidade, como a previsão do Enunciado 26 do TST (cancelado). Os empregadores passaram, porém, a dispensar os empregados antes de nove anos de casa.

Alice Monteiro de Barros⁹ pondera:

Estabilidade decenária suscetível de fraude, pois o empregador poderia dispensar o trabalhador às vésperas de completar 10 anos de serviço, o que, de fato, ocorria com frequência, levando a jurisprudência a criar a figura da despedida obstativa da estabilidade, a qual passou a autorizar não a reintegração, mas o pagamento da indenização em dobro.

Mauricio Godinho Delgado¹⁰, por sua vez:

Existe a chamada despedida obstativa, que corresponde àquela realizada pelo empregador com o fito de impedir ou fraudar a aquisição de um direito pelo empregado. No velho sistema estabilitário da CLT, a jurisprudência referia-se à dispensa obstativa de aquisição da estabilidade, ocorria durante o nono ano de serviço.

Arnaldo Süssekind¹¹ afirma:

Já não mais subsiste a correção semestral nem, portanto, a Lei nº 6.708/79, todavia, a Justiça do Trabalho entende persistir a obrigação de pagar a indenização adicional apenas quando a ruptura contratual dá-se dentro do trintídio que antecede a data base, época em que o empregador poderia, de antemão, frustrar a concessão do reajuste salarial.

O Código do Trabalho Português prevê a figura obstativa e considera ilícito o despedimento sem justa causa, a saber:

Artigo 122. Garantias do trabalhador.
É proibido ao empregador:

⁵ MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Direito do trabalho**. 9 ed., SP.: Atlas, 2005, p. 171.

⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. 32 ed., SP.: LTr, 2006, p. 220.

⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 19 ed., SP.: Saraiva, 2004, p. 732.

⁸ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. SP.: 21ª ed., Atlas, 2005, p. 371.

⁹ MONTEIRO DE BARROS, Alice. **Curso de direito do trabalho**. SP.: LTr, 2005, p. 917.

¹⁰ GODINHO DELGADO, Mauricio. **Curso de direito do trabalho**. 5 ed., SP.: LTr, 2006, p. 1153.

¹¹ SÜSSEKIND, Arnaldo. **Instituições de direito do trabalho**. 22 ed., SP.: LTr, vol.1, 2005, p. 605.

b) Obstar, injustificadamente, à prestação efetiva do trabalho;

Artigo 306. Ocupação e despedimento durante a incapacidade temporária.
4 - O despedimento sem justa causa de trabalhador temporariamente incapacitado em resultado de acidente de trabalho confere àquele, sem prejuízo de outros direitos consagrados neste Código, caso não opte pela reintegração, o direito a uma indenização igual ao dobro da que lhe competiria por despedimento ilícito.

Portanto, caracteriza a dispensa obstativa quando o empregador visa impedir, fraudar, obstar ou frustrar um direito do trabalhador. Verifica-se que os doutrinadores retrocitados, sem exceção, definem a dispensa obstativa utilizando exemplos. Visitando diferentes sites dos Tribunais Regionais do Trabalho, no repertório de jurisprudência, verificam-se julgados referentes à dispensa obstativa relacionados à tentativa do empregador de evitar a estabilidade prevista no artigo 118 da Lei nº 8.213/91, não só relacionada ao acidente de trabalho propriamente dito, mas, também, a doença profissional, esta, equiparada ao acidente.

Como já se viu, o próprio sistema adotado pelo inciso I do art. 7º da CF exclui a estabilidade, e a proteção contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa faz-se mediante o pagamento de uma indenização.

Maurício Godinho Delgado sintetiza bem o reflexo negativo dessa questão, a saber:

O critério da dispensa desmotivada por ato empresarial confere, infelizmente, a essa modalidade de ruptura do contrato empregatício o estatuto jurídico de simples exercício de um poder potestativo pelo empregador – poder próximo ao absoluto, portanto - desconsiderando todos os aspectos pessoais e sociais envolventes à dinâmica da extinção do contrato de trabalho¹².

“No Brasil a facilidade para a dispensa permitiu a formação de uma série de vícios, entre elas as dispensas retaliativas, quando o empregado ingressa com reclamação trabalhista para cobrar um direito¹³” e, as obstativas.

Assim sendo, o sistema brasileiro apresenta pouca proteção para a manutenção no emprego e o empregador possui o direito de dispensar, entretanto, quando ele abusa desse direito, ou seja, o exercício imoderado, irregular ou anormal desse direito

¹² GODINHO DELGADO, Mauricio. **Curso de direito do trabalho**. 5 ed., SP.: LTr, 2006, p. 1108.

¹³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 19 ed., SP.: Saraiva, 2004, p. 732.

Rev. Disc. Jur. Campo Mourão, v. 2, n.2, p. 185-194, jul./dez. 2006. 189

de dispensar, de modo a prejudicar alguém, excedendo os limites impostos pelo direito positivo, não só o texto legal, mas também as normas éticas que coexistem em todo sistema jurídico, a penalidade é retornar ao estado anterior, ou seja, a reintegração.

O empregador ao dispensar o empregado deve fazê-lo dentro de certos limites, não pode agir maliciosamente e, quando exerce esse direito irregularmente, comete o abuso de direito.

No âmbito do Direito do Trabalho, somente a lei de greve nº 7.783/89 em seu artigo 14 dispõe sobre o assunto, quando considera abuso de direito a não observância da regras contidas na lei como, por exemplo, não manter equipes de trabalho a fim de evitar prejuízos irreparáveis nas máquinas e equipamentos, a utilização de piquetes e a manutenção da greve após a decisão ou acordo ou convenção coletiva.

Os artigos 186 e 187 do Código Civil dispõem:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Importante ressaltar que o abuso é uma espécie de ato ilícito diferente daquele violador frontal de uma regra direta e objetiva, mais um ato ilícito (antijurídico), uma conduta contrária aos princípios, normas éticas e a boa-fé, que ultrapassa os limites impostos na lei, pelo seu fim econômico ou social, pelos bons costumes, decorrente de ato comissivo ou omissivo¹⁴.

Valioso, também, para o presente estudo o artigo 129 do Código Civil que prevê:

Art. 129. Reputa-se verificada, quanto aos efeitos jurídicos, a condição cujo implemento for maliciosamente obstado pela parte a quem desfavorecer, considerando-se, ao contrário, não verificada a condição maliciosamente levada a efeito por aquele a quem aproveita o seu implemento.

Assim, à parte através de uma ação ou omissão maliciosa, escusa, escondida ou oculta deixar de cumprir uma condição, será penalizada com o resultado contrário ao pretendido. A condição será tida como realizada. A demonstração da má-fé leva ao resultado contrário do pretendido pela parte. O implemento da condição deve ser considerado como atingido. No agir normal, não há sanção.

A utilização da dispensa obstativa com intuito de evitar a estabilidade prevista no artigo 118 da Lei nº 8.213/91 do trabalhador acidentado ou portador de doença profissional tem sido rechaçada pelos tribunais.

De acordo com o artigo 20, I, da Lei nº 8.213/91, equipara-se ao acidente do trabalho a doença profissional ou do trabalho, esta última também chamada mesopatia ou doença profissional atípica¹⁵, entendida como produzida ou desencadeada pelo exercício do trabalho. Seu aparecimento decorre da forma em que o trabalho é prestado.

O Art. 23 da Lei nº 8.213/91 esclarece e define o seguinte:

Considera-se como dia do acidente, no caso de doença profissional ou do trabalho, a data do início da incapacidade laborativa para o exercício da atividade habitual, ou o dia da segregação compulsória, ou o dia em que for realizado o diagnóstico, valendo para este efeito o que ocorrer primeiro.

O anexo II do Decreto nº 3.048 da Previdência Social e a Portaria 1339/GM do Ministério da Saúde, ambos de 1999, dispõem sobre cerca de 200 doenças relacionadas ao trabalho e no grupo XIII, CID 10 estão às doenças do sistema osteomuscular, entre elas, a sinovite e tenossinovite, conhecidas como LER (lesão por esforço repetitivo) ou DORT (distúrbios osteomusculares relacionados ao trabalho).

Importante ressaltar que a relação das doenças ocupacionais (profissional ou do trabalho, espécies do gênero ocupacional) anexa ao Decreto nº 3.048/99 não têm

¹⁴ MEIRELES, Edilton. **Abuso do direito na relação de emprego**. SP.: LTr, 2005, pág. 22.

¹⁵ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. **Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional**. 2 ed., SP.: LTr, 2006, p. 45.

caráter exaustivo, mas apenas exemplificativo, aliás, há previsão legal expressa nesse sentido no artigo 20, parágrafo 2º, da Lei nº 8.213/91¹⁶.

Nos casos de doença profissional, segundo a doutrina e a jurisprudência, o não afastamento do empregado, o não recebimento do auxílio doença acidentário e a ausência da emissão da Comunicação do Acidente do Trabalho - CAT, requisitos previstos na Lei nº 8.213/91, não são condições essenciais para o reconhecimento da estabilidade, tendo em vista que na dispensa obstativa foi o empregador quem impediu o afastamento, o encaminhamento e, conseqüentemente, o reconhecimento e o recebimento do auxílio doença acidentário pelo órgão previdenciário, assim, considera-se realizado o implemento das condições previstas para a aquisição da estabilidade provisória em questão, uma vez que o empregador não pode se beneficiar de sua própria torpeza.

O empregador deve emitir a Comunicação do Acidente do Trabalho e nem mesmo a possibilidade legal do próprio empregado emitir o documento (art. 22, § 2º Lei nº 8.213/91), não é suficiente para excluir a culpa da empresa pela não emissão e nem lhe retira o direito à estabilidade, conforme leciona o juiz César Pereira Machado Júnior¹⁷.

Ademais, com a Súmula 378 TST, não há que se falar em afastamento superior a 15 dias e recebimento do auxílio-doença acidentário quando constatada, após a despedida, a doença profissional.

Lesões por esforço repetitivo respondem por 70% das doenças relacionadas ao trabalho, razão de ter sido essa doença acima exemplificada. Começa com uma pequena dormência na mão, que vai se tornando constante. Progride para dor e inchaço. Depois a força vai embora. A incapacidade começa, então, a rondar a vida do trabalhador e o afastamento do emprego é inevitável. Quadros como esses se

¹⁶ OLIVEIRA, op. cit. págs. 45-47.

¹⁷ MACHADO Jr. César Pereira. **Direito do trabalho**. SP.: LTr, 1999, p. 449.

alastraram como uma epidemia no mercado de trabalho brasileiro: são as doenças osteomusculares¹⁸.

4. CONCLUSÃO

Pelo estudo realizado, destaca-se que é necessário combater as despedidas obstativas, sobretudo a relacionada ao acidente ou a doença profissional, tendo em vista a enorme repercussão negativa na vida do trabalhador e os aspectos sociais envolvidos na questão e para evitar abusos por parte de empregadores que se beneficiam da dispensa do empregado, por meio de conduta contrária aos princípios, normas éticas e a boa-fé, ultrapassando limites estabelecidos em lei, pelo seu fim econômico ou social. O exercício irregular do direito de dispensar deve ser rechaçado e o ordenamento jurídico brasileiro deve avançar na proteção do emprego, com dispensas só motivadas e o judiciário deve estar atento aos atos antijurídicos praticados pelas empresas.

REFERÊNCIAS

- ALISEDA, Jether Gomes. **Estabilidade de garantia de Emprego**. SP.: LTr, 2001.
- GODINHO DELGADO, Mauricio. **Curso de Direito do Trabalho**. 5 ed., SP.: LTr, 2006.
- MACHADO Jr. César Pereira. **Direito do Trabalho**. SP.: LTr, 1999.
- MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Direito do Trabalho**. 9 ed., SP.: Atlas, 2005.
- MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. SP.: 21 ed., Atlas, 2005.
- MEIRELES, Edilton. **Abuso do Direito na Relação de Emprego**. SP.: LTr, 2005.
- MONTEIRO DE BARROS, Alice. **Curso de Direito do Trabalho**. SP.: LTr, 2005.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 19 ed., SP.: Saraiva, 2004.

¹⁸ Disponível em: <[fhttp://www.unb.br](http://www.unb.br)> Acesso em: 29.07.2006.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 32 ed., SP.: LTr, 2006.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. **Indenizações por Acidente do Trabalho ou Doença Ocupacional**. 2 ed., SP.: LTr, 2006.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Instituições de Direito do Trabalho**. 22 ed., SP.: LTr, vol.1, 2005.

Enviado: 10/10/06

Aceito: 11/11/06

Publicado: 01/12/06