

EMPAREDAMENTO ou LIMBO JURÍDICO

Iara Alves Cordeiro Pacheco¹

I – INTRODUÇÃO

O que se pretende abordar é a situação do empregado que se encontra incapacitado para o trabalho, mas não consegue o benefício previdenciário ou o tem cancelado pelo INSS, porque teria recuperado a capacidade de trabalho, enquanto o médico da empresa mantém o entendimento de incapacidade.

De um lado, o INSS tentando cumprir a meta do Governo de redução de custos e elisão das fraudes e, de outro o empregador que pretende realmente preservar a integridade física do empregado ou que simplesmente entende que, acolhendo-o, haverá prejuízo para a produção.

Embora a ciência médica não seja exata como a matemática, é evidente que com os recursos técnicos hoje existentes, deveria o médico ter condições de concluir, sem engano, pela existência ou não de incapacidade laboral.

De qualquer forma, não se justifica que o empregado permaneça no centro das discussões do médico do INSS e do médico do trabalho, sem benefício e sem salário, com prejuízo de seu sustento e de sua família.

Deve ser analisada a legislação, bem como os princípios constitucionais, que garantem a preservação da dignidade da pessoa humana, acima de qualquer outro valor.

Na verdade, a legislação até é clara, mas o que não existe é vontade por parte dos médicos de se debruçarem, ambos, sobre o caso concreto daquele trabalhador, no sentido de encontrar o melhor parecer.

Os empregados se queixam principalmente do tratamento recebido por médicos da Autarquia, no sentido de que não os ouvem, nem os olham e sequer examinam os laudos e exames que lhes são apresentados.

¹ Advogada. Professora da FAAT. Des. Aposentada do TRT/15 Região. Mestre em Direito do Trabalho pela USP.

II- O ENTENDIMENTO DIVERGENTE NÃO FERE A ÉTICA

Saulo Cerqueira de Aguiar Soares e Ivna Maria Mello Soares, em excelente artigo², salientam que a posição de ambos os médicos, do INSS e do trabalho, não fere a ética, tendo em vista que tanto a Resolução nº 1.488/1998, do Conselho Federal de Medicina como o Código de Ética Médico, não adotam a teoria de hierarquização de atestados médicos entre os médicos, visto que todos têm ampla liberdade para exercerem a Medicina e tomarem as condutas de acordo com sua consciência.

Citam o art. 3º, I da Resolução nº 1.488/1998, do Conselho Federal de Medicina, que estabelece :

“Art. 3º: Aos médicos que trabalham em empresas, independentemente de sua especialidade, é atribuição:

I – atuar visando essencialmente à promoção da saúde e à prevenção da doença, conhecendo, para tanto, os processos produtivos e o ambiente de trabalho da empresa

Com relação ao Conselho de Ética Médica salientam os incisos IV, VIII e XII:

“IV – O médico guardará absoluto respeito pelo ser humano e atuará sempre em seu benefício. Jamais utilizará seus conhecimentos para causar sofrimento físico ou moral, para extermínio do ser humano ou para permitir e acobertar tentativa contra sua dignidade e integridade”.

VIII – O médico não pode, em nenhuma circunstância ou sob nenhum pretexto, renunciar à sua liberdade profissional, nem permitir quaisquer restrições ou imposições que possam prejudicar a eficiência e a correção de seu trabalho.

XII – O médico empenhar-se-á pela melhor adequação do trabalho ao ser humano, pela eliminação e pelo controle dos riscos à saúde inerentes às atividades laborais”.

Como se vê, o entendimento divergente não fere a ética e apenas decorre de ser o médico unicamente escravo da sua própria consciência, o que não causa espanto.

² Limbo trabalhista-previdenciário:médico do trabalho e médico do INSS. In Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 3986, 31 maio 2014. Disponível em <http://jus.com.br/artigos/29046>. Acesso em: 5 jul.2014

III – O QUE FAZER ?

Diante disso, o advogado se insurge, em regra, tanto contra a Autarquia, ajuizando ação previdenciária de concessão ou restabelecimento de benefício (auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez), como contra a empresa, mediante ação trabalhista na Justiça do Trabalho.

Tal se dá porque a realização de uma perícia perante a Justiça do Trabalho tem sido muito demorada, enquanto que alguns juízes da Justiça Estadual (na qual se pode ingressar com a ação previdenciária quando a cidade não seja sede da Justiça Federal) costumam determinar a citação da Autarquia e desde logo nomear Perito, concedendo a tutela antecipada quando a perícia é positiva.

Na verdade, às vezes são necessárias três ações: quando o empregado se encontra afastado do trabalho, sem benefício e necessitando de cirurgia do SUS, sob pena de risco de morte, há necessidade de se buscar, primordialmente, a determinação da realização da cirurgia.

Marco Aurélio Marsiglia Treviso, não obstante o art. 109 da CF, entende que diante da possibilidade de laudos contraditórios em se ingressando com ação previdenciária e trabalhista, sugere que, com arrimo na EC n. 45/04 e no CC 7204, se reconheça a competência da Justiça do Trabalho:

“Em nossa forma de pensar, em situações como esta, o trabalhador poderá ajuizar demanda única, que será processada e julgada pela Justiça do Trabalho, colocando no polo passivo, não só o empregador, mas também a autarquias federal (INSS). A causa de pedir é a mesma: a existência, ou não, de incapacidade laborativa num contrato de emprego”.³

IV – A POSIÇÃO DA JUSTIÇA DO TRABALHO

De forma majoritária a Justiça do Trabalho tem determinado o pagamento pela empresa dos salários do período de afastamento, com base no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, bem como art. 4º, da CLT, como se lê, exemplificando:

³ O acesso à justiça do trabalho: uma nova visão a respeito dos casos envolvendo a incapacidade laborativa do trabalhador e os benefícios previdenciários. <http://WWW.advocaciadireitopublico.com.br/?p=458>.

“AFASTAMENTO

PREVIDENCIÁRIO. EMPREGADO CONSIDERADO APTO PARA O TRABALHO PELO INSS. INAPTIDÃO CONSTATADA NO EXAME DE SAÚDE OCUPACIONAL. INDEFINIÇÃO QUANTO À SITUAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. MEIOS DE SOBREVIVÊNCIA DO TRABALHADOR. CULPA DA EMPRESA. Tem se tornado comum nesta Justiça do Trabalho o caso em que o trabalhador se apresenta para retomar seu posto de trabalho, ao receber alta médica do órgão previdenciário, mas não é aceito pelo empregador, porque o exame médico ocupacional constata inaptidão para o trabalho. Nessa situação, o contrato de trabalho não pode permanecer no limbo, isto é, não pode o empregado ficar, ao mesmo tempo, sem o benefício previdenciário, que não mais recebe, e sem auferir salários, da empresa que não o aceita de volta. Se o empregador discorda do resultado da decisão do INSS, que de alguma forma lhe impõe aceitar o retorno do empregado ao trabalho, deve recorrer da decisão junto à Previdência Social ou dispensar o trabalhador. (TRT 3ª R. –Nona Turma – 00570-2009-063-03-00-2 RO Rel. Desembargador Antonio Fernando Guimarães. DJET 17/03/2010, p. 94).

“EMENTA: O empregador que impede o retorno ao trabalho de empregado reabilitado pela Previdência Social e também não promove a rescisão contratual, reencaminhando o empregado, de forma inútil aos cofres previdenciários, responde pelo pagamento dos salários relativos a período ocorrente entre a alta médica e efetivo retorno ao trabalho ou efetiva rescisão, pois o tempo em questão é considerado como tempo despendido à disposição do empregador”. (TRT/SP RO 0262400-2010.5.02.0362, 11ª Turma, Relatora Maria José Bighetti Ordonó Rebello).

“BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO NEGADO AO EMPREGADO. INAPTIDÃO PARA O TRABALHO. RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO DOS SALÁRIOS. OBRIGAÇÃO DO EMPREGADOR. É responsabilidade da empresa, por ser seu o risco do empreendimento e também por conta de sua responsabilidade social, efetuar os pagamentos dos salários (art. 170, caput, da CF). Não lhe é dado suspender o contrato de trabalho unilateralmente e deixar o empregado sem salário por longos meses, sabendo que está é sua única fonte de sustento. Se o empregado não tem condições de trabalhar e o INSS não lhe fornece o benefício previdenciário correspondente, é obrigação da empresa realizar o pagamento dos salários até que o trabalhador esteja saudável novamente ou obtenha aquele direito por parte da autarquia. O que não se pode admitir é que o empregado fique meses a fio sem pagamentos, porque isso fere sua dignidade enquanto ser humano. É da empresa os riscos do empreendimento (art. 2º, caput, da CLT) e, entre esses riscos, está o chamado (impropriamente) capital humano”.(TRT/2ª Região, 14ª Turma, Processo n. 0199900-76.2008.5.02.0462, Rel. Juiz Márcio Granconato).

Ementa: Discussão sobre a incapacidade laboral. Alta previdenciária. Relatórios médicos particulares que acusam incapacidade. Em que pese a alta previdenciária, atestando a capacidade laboral do reclamante, a reclamada apresentava recusa ao retorno do mesmo às atividades, notadamente diante dos relatórios emitidos por seu médico do trabalho. Assim, a empresa assumiu os riscos da negativa de prorrogação do benefício ao fazer os diversos reencaminhamentos ao INSS, devendo responder pelo pagamento dos salários desde a alta, bem como reintegrar o autor em atividades compatíveis com sua saúde”. (TRT 2ª Região (SP) Proc. 00006535920125020435 RO – (Ac. 17ª T. 20130093712)- Rel. Soraya Galassi Lambert, Doer/TRT 2ª Reg., 18.2.13, p. 189 – LTr Sup. Jurisp. 18/2013, p. 138).

“EMENTA: BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO NEGADO. RETORNO DO EMPREGADO AO TRABALHO. EFEITOS PECUNIÁRIOS – Somente a concessão do benefício previdenciário é que afasta a responsabilidade da empresa pelo pagamento dos salários de seu empregado, já que, enquanto o trabalhador aguarda a resposta do órgão previdenciário, permanece à disposição de seu empregador (inteligência do art. 4º da CLT).(TRT/3ª Região – Processo n. 00076-2013-095-03-009-RO, Rel Des. José Eduardo de Resende Chaves Júnior, jul. 10/07/13).

“Ementa: Indenização. Divergência entre perícia do INSS e laudo de médico da empresa. Retorno ao trabalho impedido pelo empregador. Se o órgão previdenciário negou a concessão de um novo benefício, competia à Reclamada, ao revés de quedar-se inerte, retornar com a Reclamante ao trabalho e, em seguida, encaminhá-la novamente ao INSS. Se assim não faz, deixando a Reclamante em um verdadeiro “limbo jurídico”, desamparada pelo INSS e pela empresa, esta deve responder pelos salários, posição que reputo estar em consonância com os princípios da legislação pátria, em especial o da função social da empresa”. (TRT 17ª Reg. RO -85100-77.2012.5.17.0009- (Ac. 3ª T)- Rel. Des. Ana Paula Tauceda Branco. DJe/TRT 17ª Reg. N. 1.308/13, 10.9.13, p. 109, in LTr Sup. Jurisp. 49/2013- p. 391).

“Ementa.Cessação do benefício previdenciário. Aptidão para retorno ao trabalho. Necessidade de subsistência. A aptidão para o trabalho apontado pela perícia oficial do INSS, mesmo que não corroborada pelo médico da empresa reclamada, garante ao trabalhador o direito do retorno às atividades. Não pode o obreiro ficar   mercê do acaso sem perceber auxílio previdenciário e sem receber o seu s l rio, sob pena de causar graves prejuízos a ele e a toda a família”. (TRT 12ª Reg. RO 0005564-72.2011.5.12.0047 – (Ac. 3ª T. 17.9.13), Rel. Juiza Ligia Maria Teixeira Gouvea. TRT/SC/DOE 30.9.13. Pub. 1.10.13).

“Ementa: Alta previdenciária. Afirmação de incapacidade pelo empregador. Efeitos. O fato de o empregador declarar que o empregado permanece inapto, contrariando a conclusão da Previdência Social, não tem o condão de obstruir o direito de o empregado começar a receber a contraprestação salarial devida, pois, nessa hipótese, não foi ele quem deu azo à inação. Isso não impede que o empregador discuta, com a Autarquia, a incapacidade do trabalhador e os eventuais prejuízos, desde que, garanta ao trabalhador, o recebimento dos salários a partir da apresentação posterior à alta previdenciária. O caráter salarial do salário e sua destinação à sobrevivência impedem que o prejuízo seja suportado pelo empregado. (TRT 12ª Reg. RO 0000523-67.2013.5.12.0011 – (Ac. 3ª T, 1º.4.14)- Rel. Juiz José Ernesto Manzi. TRT-SC?DOE 8.4.14. Pub. 9.4.14, in LTr Sup. Jurisp. 22/2014- p. 169)..

V – DA CORREÇÃO DESSE ENTENDIMENTO

De fato, a circunstância de o INSS determinar a alta, justifica o retorno do empregado, ainda que, se necessário, em função diferente daquela que exercia, para proteção do trabalhador e da própria empresa, tendo em vista a hierarquia legal da manifestação da Autarquia.

Diz o art. 6º, § 2º da Lei nº 605/1949, com a redação dada pela Lei nº 2.761/1956:

“A doença será comprovada mediante atestado médico da instituição de Previdência Social a que estiver filiado o empregado, e, na falta deste e sucessivamente, de médico do Serviço Social do Comércio ou da Indústria; de médico da empresa ou por ela designado; de médico a serviço de repartição federal, estadual ou municipal, incumbido de assuntos de higiene ou de saúde pública; ou, não existindo estes, na localidade em que trabalhar, de médico de sua escolha”.

No mesmo sentido se manifestam as súmulas 15 e 32 do C. TST:

S. 15: *“A justificação da ausência do empregado motivada por doença, para a percepção do salário-enfermidade e da remuneração do repouso semanal, deve observar a ordem preferencial dos atestados médicos estabelecida em lei”.*

S. 32: “*Presume-se o abandono de emprego se o trabalhador não retornar ao serviço no prazo de 30 (trinta) dias após a cessação do benefício previdenciário nem justificar o motivo de não o fazer*”.

Também estabelece o art. 30, § 3º, I, da Lei nº 11.907/2009:

“Compete privativamente aos ocupantes do cargo de Perito Médico Previdenciário ou de Perito Médico da Previdência Social e, supletivamente, aos ocupantes do cargo de Supervisor Médico Pericial da Carreira de que trata a Lei nº 9.620, de 2 de abril de 1998, no âmbito do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS e do Ministério da Previdência Social – MPS, o exercício das atividades Médico-Periciais inerentes ao Regime Geral da Previdência Social de que tratam as Leis nºs. 8.212, de 24 de julho de 1991, e 8.213, de 24 de julho de 1991, e à Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, e, em especial a: I- emissão de parecer conclusivo quanto à capacidade laboral para fins previdenciários”.

Portanto, a preferência legal é da Autarquia.

VI – DO MELHOR CAMINHO

O fato de caber ao INSS a última palavra sobre a incapacidade laboral ou não do trabalhador, não resolve a questão por inteiro, haja vista que, muitas vezes, a alta concedida não reflete exatamente as condições de saúde do trabalhador, gerando os percalços que vimos referindo.

Mormente porque a Autarquia não tem feito uma análise da atividade do empregado, se ele realmente não estiver em condições de realizar o seu trabalho, a própria empresa teme que algo pior possa acontecer e venha a ser responsabilizada pelo evento.

Portanto, é necessário “*fomentar a criação de vínculos entre o Médico do Trabalho e Médico do INSS, o que seria, sobremaneira, recompensador para reduzir a judicialização dos casos divergentes, garantindo ao trabalhador a resolução do conflito de modo mais eficiente*”, como mencionam Saulo Cerqueira de Aguiar Soares e Ivna Maria Mello Soares.⁴

⁴ Ob. Cit. P. 11

Também o médico do trabalho Nelson Chaves, que vem assessorando empresas no processo de readaptação, afirma que o perito do INSS nem sempre sabe exatamente qual a atividade exercida pelo profissional ao conceder a alta, cabendo ao médico da empresa ressaltar no recurso as condições de trabalho e porque não estaria apto a retornar.⁵

Igualmente o advogado Helio Gustavo Alves, de Blumenau, que defendeu tese de doutorado sobre a matéria, diz que tem orientado médicos de empresas a acompanhar como assistentes as perícias ou a preencher no site da Previdência Social a Solicitação de Informações ao Médico Assistente (Sima) para fornecimento de detalhes ao perito do INSS, com a obtenção de êxito em algumas situações.⁶

Realmente, alguma coisa há de ser feita porque do jeito que está perdem todos: o Poder Judiciário nas esferas Trabalhista, Federal e Estadual, que já se encontram abarrotadas, o empregado que fica sem condições de subsistência por meses e até anos, as empresas que pagam salários sem a contrapartida do trabalho e também o INSS, que pode responder por valores corrigidos e honorários advocatícios, que não seriam gastos pelo erário se o atendimento fosse mais cauteloso.

Somente a eficiência, prevista no art. 37 da Constituição Federal, é capaz de acabar com o alegado rombo da Previdência e garantir ao segurado o tratamento que respeite sua dignidade.

⁵ http://www.aasp.org.br/aasp/imprensa/clipping/cli_noticia.asp?idnot_

⁶ idem