

IMPOSSIBILIDADE TEMPORÁRIA DE TRABALHO POR FATO DO EMPREGADO

Nelson de Oliveira Medeiros

Juiz do Trabalho, Presidente
da 8.^a JCY de São Paulo

Sumário: — 1. Introdução — 2. Impossibilidade de prestação de serviços definitiva e temporária — 3. Impossibilidade temporária de prestação de serviço por fato imputável ao empregador — 4. Impossibilidade temporária de prestação de serviços por fato imputável ao empregado — 5. Riscos temporários contemplados no Direito brasileiro, italiano e internacional (OIT) — 6. Responsabilidade pelos riscos temporários — 7. Natureza jurídica do licenciamento do empregado — 8. Natureza jurídica da compensação devida ao empregado afastado temporariamente — 9. Conclusões.

1. O contrato de trabalho impõe ao empregado o cumprimento de uma obrigação de fazer personalíssima consistente na prestação pessoal e insubstituível de serviços. O trabalhador desonera-se deste dever jurídico através de uma série de atos sucessivos que se projetam no tempo. Daí a ocorrência de determinados riscos impossibilitando temporariamente a execução dos serviços ajustados. O presente estudo visa examinar tal impossibilidade laborativa temporária, diferenciando-a da impossibilidade definitiva. Tal inexecução temporária do contrato de trabalho pode ser imputável à esfera da empresa ou empregador, como também pode ser imputável ao empregado, com ou sem culpa de ambos. Os riscos que impedem temporariamente a execução dos serviços, serão examinados à luz de nosso direito, bem como sob o ângulo do direito italiano e ainda sob a ótica do direito internacional (OIT). Há também de perquirir-se qual dos contratantes, o empregado ou empregador, suporta os feitos de tais eventos. A natureza jurídica do afastamento temporário do laborista

também é objeto de análise, culminando-se com o recorte da natureza jurídica da compensação econômica atribuída ao empregado, em certos casos.

Esta a tarefa a que nos propomos com o objetivo de estruturar a construção de uma teoria abrangente de todos os casos de inexecução contratual temporária imputável ao hipossuficiente, afastando-nos do binômio suspensão-interrupção contratual, peculiar apenas ao nosso direito, dicotomia esta insuficiente para fornecer a explicação científica de uma realidade jurídica que extravaza os estreitos limites compreendidos pelas duas mencionadas figuras.

2. A impossibilidade de o empregado adimplir sua obrigação pessoal de realizar o trabalho para o qual foi contratado pode projetar-se sobre o próprio vínculo, extinguindo-o, ou sobre o momento de cumprimento da prestação, retardando-a. No primeiro caso teremos a impossibilidade definitiva de prestação de serviços, implicando no desfazimento do elo trabalhista. Realmente, estatui o art. 879 de nosso Código Civil que a obrigação de fazer se resolve na hipótese de a prestação do fato se impossibilitar. Os arts. 1.226, ns. I e II e 1.229, n. I, do Código Civil Brasileiro, alinham impedimentos constituindo justas causas para a rescisão do contrato de locação de serviços, mas sem o esclarecimento de se tratarem de casos de impossibilidade definitiva ou temporária.

A Consolidação das Leis do Trabalho não prevê nenhum exemplo de impossibilidade permanente de realização do trabalho, por ato ou fato jurídico da esfera do empregado, matéria relegada à legislação previdenciária, porém, sempre remanescendo dúvidas, em alguns casos, sobre a continuidade ou não do contrato de trabalho.

Aplicando-se princípios do direito comum (CLT, art. 8.º, parágrafo único), daí decorre a regra de que a impossibilidade permanente de trabalhar implica em rescisão contratual.

No direito comum, se a impossibilidade for temporária, a obrigação sempre se desfaz, pois o direito civil não distingue entre impossibilidade definitiva e temporária, preocupando-se com a inexecução das obrigações por falta de seu cumprimento no tempo devido (Código Civil art. 1.056), o que configura a **mora solvendi debitoris**, a teor do art. 955 do mesmo estatuto civil, resultando para o devedor a obrigação de compor os prejuízos (Código Civil, art. 956). Evidentemente tal solução é inaplicável ao direito do trabalho por incompatível com o estado de hipossuficiência econômica do trabalhador. Daí a construção de uma doutrina trabalhista importando derogatória dos princípios do direito comum.

Destarte, atentando-se para a natureza do contrato de trabalho, que é de trato sucessivo ou execução periódica, inclinou-se a doutrina laboral pelo princípio da continuidade do veículo, inobstante a impos-

sibilidade temporária de prestação do fato representado pela execução dos serviços.

Na Itália, elaborou-se uma teoria a respeito da conservação do posto ou emprego, enquanto episodicamente o trabalhador não puder adimplir sua obrigação principal consistente na realização dos serviços combinados. O Código Civil Italiano, em seu art. 1.256, regulando os efeitos da impossibilidade superveniente e temporária por causa não imputável ao devedor, é bem claro ao estatuir que o vínculo obrigacional não se resolve e nem é culpado o devedor pelo retardamento na execução da prestação.

3. Os autores italianos examinam a inexecução do contrato de trabalho por fato imputável à esfera do empresário. De qualquer modo, se o trabalho não é possível por ato do empregador, mesmo sem caracterizar-se sua culpa, é ele considerado em mora, com toda a sorte de conseqüências em relação ao trabalhador pronto para o adimplemento. As conseqüências desta mora, se de caráter sucessivo, autorizam a rescisão do contrato de trabalho pelo empregado com fulcro no art. 483, letra d da CLT. Mas o direito brasileiro alinha algumas exceções ao princípio de resolução do vínculo em caso de mora patronal. A Lei n. 4.923 de 23.12.65, em seu art. 2.º, prevê a redução temporária do trabalho por três meses, em decorrência da conjuntura econômica. Este é mais um exemplo do pequeno risco suportado pelo empregado, o qual, compartilhando com a empresa os efeitos negativos da exploração econômica, tem em mira a manutenção da fonte de trabalho. Também no caso do art. 61, § 3.º da CLT, a **mora accipiendi** do empregador não importa em rescisão contratual, impondo mesmo ao empregado o dever de suportar tais riscos, repondo em serviços, através de prorrogação de sua jornada em outros dias para compensar aqueles dias em que ocorreu impossibilidade temporária de prestação de serviços por ato incerto na esfera patronal. Assim, o trabalhador terá de prestar serviços por mais duas horas por dia, no máximo, até o limite de quarenta e cinco dias por ano, sem mais auferir qualquer remuneração. É óbvio que poderíamos prosseguir no exame desta questão, monograficamente, mas assim agindo estaríamos desbordando o âmbito de nossa pesquisa voltada ao problema de inexecução temporária do contrato de trabalho por fato imputável ao trabalhador.

4. Envolvendo o contrato de trabalho o cumprimento de obrigação de fazer, a mora do devedor em adimplir a prestação impõe-lhe o ônus de responder pelos prejuízos causados (Código Civil Brasileiro, arts. 955 e 956 e seu parágrafo único). Tal solução do direito comum não se compadece com a natureza tuitiva do direito do trabalho todo voltado à proteção do hipossuficiente desde que não ultrapasse certo prazo sua impossibilidade episódica de trabalhar. Nestas condições, o con-

trato de trabalho continua a vigor, eis que o empregado conserva seu posto na empresa durante o período de licenciamento. Por aí se conclui que o direito do trabalho, ao regular a espécie derroga os princípios do direito comum.

Na Itália, como já se observou, a impossibilidade temporária de execução da obrigação não importa em responsabilidade do devedor e ultrapassados determinados limites de duração, tal impossibilidade autoriza o credor a romper o ajuste (Código Civil Italiano, art. 1.256).

No Brasil, o direito comum não dispõe de disposição análoga ao art. 1.256 do Código Italiano, e, assim, o retardamento culposo ou não, do cumprimento da obrigação configura a mora do devedor, resolvendo-se o vínculo.

5. Na vida do trabalhador ocorrem acontecimentos dependentes ou não de sua vontade, tais como riscos biológicos, com alteração do estado de saúde e da capacidade laborativa, bem como ainda riscos econômicos e sociais, em decorrência do atual sistema de produção e da vida nas comunidades hodiernas. Exemplos dos riscos biológicos encontramos na doença, nos acidentes do trabalho, na maternidade e puerpério. Os riscos econômico-sociais encontram exemplos no serviço militar obrigatório e no serviço eleitoral, no desempenho de funções públicas temporárias. Tais riscos, desde que impeçam por um lapso de tempo relativamente curto, ao obreiro o exercício de sua atividade laborativa, constituem uma impossibilidade temporária de prestação de serviços por fato oriundo da esfera do empregado.

O direito brasileiro enumera alguns destes riscos, tais como a doença nos primeiros quinze dias de afastamento (CLT, art. 476; CLPS, art. 31), serviço militar (CLT, arts. 472 e 473, VI; FGTS — Lei n. 5.107/66, art. 9.º, § 1.º, a do Regulamento), segurança nacional (CLT, art. 472 §§ 3.º ao 5.º) luto (CLT, arts. 473, I e 320, § 3.º; CLPS, art. 64), casamento (CLT, arts. 473, II e 392 § 3.º; FGTS — Lei n. 5.107/66, art. 8.º, II, e; PIS-PASEP), nascimento do filho (CLT, art. 473, III; CLPS, art. 44), doação voluntária de sangue (CLT, art. 473, IV), deveres eleitorais (CLT, art. 473, V), acidente do trabalho (CLPS arts. 169 a 177; FGTS — Lei n. 5.107/66 e seu Regulamento art. 9.º, § 1.º, c), além de outros casos. Em todas estas situações o afastamento do empregado é provisório, conservando ele o direito de retorno ao ponto que ocupava na empresa (CLT, art. 471).

No direito italiano, a Constituição de 1942 enumera os riscos decorrentes de greve (art. 40), cumprimento de funções públicas eletivas (art. 51), cumprimento de obrigações do serviço militar (art. 52). O código civil italiano, em seus arts. 2.110 e 2.111, alinha como riscos o acidente do trabalho, moléstia, gravidez e puerpério e serviço mili-

tar. A legislação ordinária agrega outras hipóteses, como o dever das empresas privadas conservarem o lugar de seus empregados afetados de tuberculose e internados em clínicas (Lei n. 86, de 28.02.53), eleições políticas (DPR, n. 361 de 30.03.57, art. 119), afora os casos especificados em convenções coletivas de trabalho, como a licença para casamento (contrato coletivo corporativo de 31.05.41), afastamento por prisão preventiva, e assim por diante.

No direito internacional há várias Convenções da OIT contemplando vários eventos, tais como a Convenção n. 12, Reparação de Acidentes do Trabalho (agricultura), 1925, Convenção n. 24, Seguro-doença, (Indústria), 1927, Convenção n. 25, Seguro-doença, 1927, Convenção n. 102, Segurança Social, 1952. Há também várias Recomendações sobre o assunto, como a Recomendação n. 12 Proteção à maternidade (agricultura), 1921, Recomendação n. 95, Proteção à maternidade, 1952. O art. 6.º da Convenção n. 103, Proteção à maternidade, e o item 4 da Recomendação n. 95, Proteção à maternidade, visando a proteção de trabalhadora-mãe, garante-lhe a conservação do posto por todo o período de afastamento, consagrando assim a tese de que a impossibilidade temporária de trabalho por parte do empregado não implica em rescisão do contrato. Portanto, no direito internacional são considerados os seguintes eventos que acarretam o afastamento temporário: doença, maternidade (gravidez e puerpério), acidentes do trabalho e moléstias profissionais.

6. A peculiar estrutura do contrato de execução continuada, impõe o exame da responsabilidade pelos riscos derivados da impossibilidade temporária de prestação de serviços. No direito comum, se a prestação se impossibilitar sem culpa do devedor, resolver-se-á a obrigação: **casum sentit debitor** — código civil brasileiro, art. 879. Mas este princípio tem de sofrer uma adaptação no direito do trabalho de tal sorte que em relação à obrigação de fazer, **casum sentit creditor**. Por outro lado, sendo o contrato de trabalho de trato sucessivo, não há pretender-se que a inexecução de um ato implique em rescisão contratual, pois o esforço já dispendido pelo operário há de ser remunerado, sob pena de caracterizar-se o enriquecimento sem causa do empregador que se locupletará com o trabalho prestado. Destarte, se se torna impossível a prestação de serviços, o devedor arca com as conseqüências e perde o direito de exigir a contraprestação complessiva do credor. O evento fortuito começa por paralisar um singular ato de execução e a impossibilidade de realizá-lo imediatamente exonera a outra parte da prestação correspectiva, e isto se repete com os mesmos efeitos para todos os demais atos sucessivos sem cumprimento.

Entretanto, no direito do trabalho há temperamentos na regulação da responsabilidade pelos riscos. Prevalece o princípio geral em certos casos, subvertendo-se os princípios do direito comum, eis que se carrega ao empregador a responsabilidade por tais riscos. A derrogação às regras do direito comum decorre, em primeiro lugar, da conservação do posto ou emprego, e, em segundo lugar, no pagamento de uma retribuição em certos casos muito freqüentes, por todo o período em que perdura a impossibilidade temporária para o trabalhador adimplir sua obrigação consistente na execução dos serviços, bem como ainda pela curta duração do afastamento. A conservação do emprego é uma derrogação ao princípio tradicional que a impossibilidade temporária pode causar a extinção da obrigação, quando seu cumprimento tardio não mais interessa ao credor.

A doutrina italiana conclui caber ao empregador suportar os riscos oriundos da impossibilidade temporária do empregado trabalhar. É dever do empresário suportar tais riscos como compensação complessiva (soma de sacrifícios a suportar) pelas vantagens derivadas da colaboração do obreiro, considerada como prestação complessiva, absorvendo a potencialidade produtiva do operário por todo o período, em consideração ainda às obrigações acessórias tendo por objeto prestações realizáveis durante o afastamento, como o cumprimento do dever de fidelidade. Destarte, o contrato de trabalho continua a produzir efeitos durante o período de licenciamento do trabalhador. A doutrina alemã, cuidando dos riscos a cargo do empregador, faz derivá-los do denominado **fürsorge Pflicht**.

7. Para os tratadistas peninsulares, a impossibilidade temporária de execução do trabalho não implica na inexistência do contrato de trabalho, pois este continua ainda a produzir efeitos, como já se viu. Assim, se o contrato de trabalho ainda persiste produzindo seus efeitos parcialmente durante o licenciamento do empregado, tal afastamento é computado no tempo de serviço, como sói acontecer no direito italiano, com exceção do afastamento motivado pelo serviço militar (Código Civil Italiano, arts. 1.210 e 1.211). No Brasil, em alguns casos, o mesmo sucede. Aliás, o cômputo do período de afastamento no tempo de serviço é meramente contingente e casuístico, não decorrendo de um princípio geral por não ser imanente a tal instituto. Por isto se conclui não caber a classificação de tais afastamentos em suspensão e interrupção contratuais. O afastamento por motivo de serviço militar é hoje computado na antigüidade do empregado, tanto que a empresa durante tal afastamento não fica exonerada do recolhimento do FGTS. Para muitos autores, se não há prestação de serviços e nem pagamento de salários, trata-se de suspensão propriamente dita ou total, não sendo computada no tempo de serviço. Mas o

serviço militar enseja afastamento onde persistem alguns efeitos do pacto laboral, como o recolhimento da verba fundiária, o que demonstra a precariedade do critério acenado. Nem a obrigação patronal de pagar salários ao empregado durante o afastamento pode ser erigida em critério diferencial. No caso do salário-maternidade, a obrigação de manter os ingressos econômicos da gestante são transferidos do empregador para a entidade previdenciária. Por isso não é admissível pretender-se que na interrupção do contrato de trabalho há pagamento de salários e o cômputo do afastamento no tempo de serviço, pois o afastamento da gestante derrui tal teoria. Por conseguinte, o tratamento da matéria relativa aos afastamentos não é homogêneo, pois varia muito de caso para caso, dificultando uma sistematização científica compreensiva, mas apenas extensiva, pois os efeitos são diversos em cada hipótese de afastamento, dificultando a construção de uma regra genérica ou de um princípio retor. Em direito comparado tais afastamentos são denominados indiferentemente de suspensão ou interrupção (Itália, Espanha, Argentina), o que destrói a doutrina brasileira que pretende aprisionar estes fenômenos variegados numa dicotomia inviável.

Daí propormos a expressão: impossibilidade laboral-temporária por fato do empregado — para abarcar as múltiplas facetas alinhadas pela dogmática jurídica. Tal afastamento é mera impossibilidade episódica de prestação de serviços, vocábulo que atende aos requisitos de compreensão e extensão necessários ao conceito contido na palavra que designa o fenômeno examinado.

8. Para **Renato Corrado**, não se trata de retribuição e nem de indenização, mas de emolumento. Não é retribuição por não configurar compensação econômica de atividade desenvolvida pelo trabalhador. Nem há falar-se em natureza indenizatória por não corresponder a ressarcimento de prejuízo imputável à esfera da empresa no exercício de sua atividade econômica (culpa objetiva). De qualquer modo os vocábulos retribuição e indenização, conjugados, não são impróprios para descrever a realidade jurídica, pois constituem na verdade emolumentos que reparam o trabalhador das perdas causadas por caso fortuito ou de força maior, estando, assim, a cargo da empresa como compensação complexiva para contar com a colaboração do empregado no período de suspensão do contrato, tudo já objeto de exame no número anterior.

O direito brasileiro não sistematizou a matéria, tanto que no afastamento decorrente de maternidade é denominada de salário-maternidade a compensação econômica a cargo do órgão previdenciário, quando é certo que o vocábulo salário tem extensão mais restrita para abranger apenas a contraprestação econômica de

responsabilidade do destinatário dos serviços prestados. Há, em nosso direito, um razão histórica para denominar-se tal compensação econômica de salário-maternidade. É que antes do advento da Lei n. 6.136 de 07.11.74, integrando tal benefício entre as prestações previdenciárias, cabia ao empregador pagá-lo à empregada gestante afastada do serviço, constituindo assim um verdadeiro salário, natureza de que ainda participa se a trabalhadora for pela empresa despedida sem justa causa, conforme a regra do § 3.º do art. 1.º do respectivo Regulamento baixado pelo Decreto n. 75.207/75.

Para nós, tais pagamentos devidos ao trabalhador durante os afastamentos já examinados nada mais são do que compensações econômicas para reparar os prejuízos pecuniários oriundos da perda do salário sobrevinda pela impossibilidade temporária de prestação de serviços. Tais compensações econômicas não são apenas devidas pelo empregador, mas também, conforme o caso pela Previdência Social, pelo FGTS, pelo PIS-PASEP. Este aspecto também precisa ser colocado em relevo pois não nos parecem corretos os argumentos daqueles que sustentam que nestes afastamentos é obrigação patronal verter salários em pról do trabalhador.

9. Conclusões

1. A impossibilidade definitiva e total de prestação de serviços por fato imputável tanto ao empregado como ao empregador, sempre acarreta a rescisão do contrato de trabalho (**ad impossibilia nemo tenetur**).
2. A impossibilidade definitiva e parcial de prestação de serviços por fato da esfera empresarial impõe ao empregado, em certos casos, como nas horas de recuperação, suportar tal pequeno risco a fim de que o contrato subsista como fonte de seus ingressos econômicos.
3. A impossibilidade definitiva e parcial de prestação de serviços por fato imputável ao empregado, faculta ao empregador prosseguir no contrato ou rescindi-lo, salvas algumas exceções legais em que o vínculo sempre permanece, como na hipótese descrita no § 4.º do art. 461 da CLT.
4. A impossibilidade temporária de prestação de serviços por fato da esfera do empregador, em regra rescinde o contrato de trabalho por não ser admissível que o empregado subsista sem auferir seu salário. Em alguns casos de curta suspensão do trabalho, como consta da Lei n. 4.923 de 21.12.65, cabe ao obreiro suportar mais este pequeno risco, inclusive repondo em horas de serviço sem remuneração o período em que não trabalhou sem prejuízo do salário.

5. A impossibilidade temporária de prestação de serviços por fato da esfera do empregado, desde que o afastamento não ultrapasse determinados limites, não acarreta a rescisão do contrato de trabalho. Neste caso, o empregado recebe uma compensação econômica do empregador, equivalente ao salário, ou mesmo uma compensação econômica do INPS, do FGTS ou do PIS-PASEP.

6. Na impossibilidade temporária de prestação de serviços por fato da esfera do empregado, se o licenciamento tiver de ultrapassar determinados prazos, o contrato de trabalho se rompe.

7. A tendência do direito contemporâneo é passar gradativamente para a responsabilidade da previdência social o pagamento dos ingressos econômicos devidos ao empregado afastado temporariamente do serviço. Exemplo disto encontramos entre nós como o denominado salário-maternidade, que hoje de responsabilidade da previdência social, anteriormente era ônus exclusivo da empresa.

8. Os vocábulos **suspensão** e **interrupção**, ou mesmo, **suspensão total** e **parcial**, para denominar os afastamentos em que não há, respectivamente, trabalho e salário, e não há trabalho mas há salário, com o cômputo dos primeiros no tempo de serviço (interrupção), não cobrem mais todas as figuras criadas pelas necessidades econômicas e sociais. Melhor é denominar tais afastamentos de **impossibilidade temporária de prestação de serviços**, termo de menor compreensão e muito maior extensão, aplicando-se a todas as figuras de licenciamentos. Tal denominação permite o tratamento homogêneo do fenômeno jurídico mencionado, sem preocupações casuísticas em que tem esbarrado a nossa doutrina.

9. No direito comparado é indiferente a utilização dos termos suspensão e interrupção para designar uma mesma realidade jurídica. No Brasil a doutrina procura aplicar cada um destes vocábulos para um determinado tipo de afastamento, não sendo assim sinônimos.