

A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA COMO GARANTIA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE EM RELAÇÃO À SAÚDE DO TRABALHADOR ACOMETIDO PELAS DOENÇAS PROFISSIONAIS

Leda Maria Messias da Silva¹

Maria Judith Fernandes Coelho Zanin²

RESUMO: O descaso ao que ficam relegados os trabalhadores acometidos por patologias de cunho ocupacional, que comprometem sua incolumidade física e psíquica pelo desenvolvimento de atividades laborativas desempenhadas em um meio ambiente do trabalho completamente desequilibrado, ergonomicamente incorreto e sem a implementação de qualquer norma de segurança e medicina do trabalho, infelizmente ainda é frequente. Assim, não apenas a regulamentação jurídica trabalhista, mas especialmente a Carta Magna de 1988, passou a tratar como norma de direito fundamental, portanto um direito da personalidade, a proteção à saúde do trabalhador, através de um ambiente de trabalho ecologicamente equilibrado. No entanto, não obstante tal tratamento jurídico e a proteção do trabalhador em relação ao referido meio ambiente, ainda há empregadores relutantes, de maneira que empregados, durante suas atividades laborativas, ficam expostos a um ambiente de trabalho completamente em dissonância com a proteção pretendida, estando fadados ao comprometimento da sua incolumidade física e, não raras vezes, até psíquica, lesando, portanto, os direitos da personalidade, no que tange à vida, permanecendo à mercê da própria sorte, não lhe cabendo, alternativa, outra, senão a procura por uma indenização pelas lesões sofridas, bem como o custeio do seu tratamento diretamente daquele que deu causa ao infortúnio. A difícil tarefa, nesse sentido, no entanto, é a de constituir o ônus *probandi* do seu infortúnio, bem como a prova de que tal se deu em virtude de um ambiente de trabalho completamente em desacordo ao que se perquire enquanto um ambiente de trabalho salutar, eis que impossível o exame de provas, sem levar em conta as desigualdades sociais entre empregado e empregador. Assim, a prova e seu ônus devem ser constituídas a partir de um regime jurídico que considere os direitos fundamentais esposados pelo século XXI, imprescindível à proteção do trabalhador e que a este seja dado o direito de inverter o ônus da

¹ Mestre e Doutora em Direito das Relações Sociais, Subárea de Direito do Trabalho, pela PUC-SP; professora da Universidade Estadual de Maringá-Pr (UEM); professora do Mestrado em Ciências Jurídicas e da Graduação em Direito do Centro Universitário de Maringá-Pr (CESUMAR); ex-professora da Universidade Cândido Mendes, no Rio de Janeiro. Membro da Diretoria - PR, da Sociedade Brasileira de Bioética. Pertence, ainda, ao Comitê Permanente de Ética em Pesquisa do Cesumar-COPEC.

² Professora Universitária, advogada trabalhista e aluna do Mestrado em Ciências Jurídicas do Centro Universitário de Maringá.

prova, passando esta a ser exigida somente de quem tem as melhores condições de fazê-lo, ou seja, o empregador.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos da Personalidade; acidente de trabalho; inversão do ônus da prova.

THE PROOF ONUS RESPONSABILITY REVERSAL AS A GUARANTEE OF PERSONALITY RIGHTS IN RELATION TO WORKERS HEALTH AFFECTED BY THE INSTABILITY AT THE WORK ENVIROMENT

ABSTRACT: The neglect that stands workers affected by the pathology of occupational character, which strikes their physical and mental safety by the development of the work activities performed in a work environment completely unbalanced, ergonomically incorrect and without the implementation of any safety rule and occupational medicine, unfortunately is frequent and common yet. Thus, not only the legal regulations of labor, but especially the National Constitution of 1988 has treated as fundamental rule of law, therefore, a personality right, the protection to workers health through a work environment ecologically balanced. However, notwithstanding this juridical treatment and worker protection in relation to the environment, there are still reluctant employers, that during the employees activities are exposed to a work environment completely in dissonance with the protection required, and being bound to damages of their physical and perhaps mental safety, compromising therefore the personality rights in relation to life compensation, as well as the support to their medical treatment directly by whom was the reason of their misfortune. The arduous task in this sense, however, is to constitute the *probandi* onus of his misfortune, as well as the proof that it happened because the work environment is completely in disagreement to what it requires of a healthy work environment, considering that it is impossible to take evidence, if you do not regard the social dissimilitude between employee and employer. Therefore, the proof and onus must be constituted by a juridical regime that considers the personality rights espoused by the twenty-first century, necessary to the worker protection and give to him the right to reserve the onus of proof, and this should be required only from those who have the best conditions to do so, in other words, the employer.

KEY WORDS: Personality Rights; Occupational Injury; Proof onus reversal.

1. INTRODUÇÃO

Desde a Revolução Industrial a preocupação dos homens tem sido a produção em larga escala e cada vez mais acelerada, assim, desde este tempo, substituindo o homem pela máquina.

Porém, nem todas as máquinas podem funcionar sozinhas, necessitam, pois, da mão-de-obra humana para impulsioná-las, muitas vezes impulsioná-las de forma constante, repetitiva e com o emprego da força humana.

No Brasil não foi diferente, diversas foram as formas de submissão do trabalhador para que a grande escala produtiva industrial tivesse êxito, em detrimento de uma mão-de-obra tida como escravizada. Tal situação perdurou até a entrada em vigor da Consolidação das Leis Trabalhistas de 1943, Diploma Legal que veio a garantir alguns direitos trabalhistas, visando, especialmente, a proteção do mais fraco, nessa relação contratual de trabalho.

Não se olvidando a própria Constituição Federal de 1988 que, contemporaneamente, tem assegurado aos trabalhadores direitos e garantias de ordem personalíssima, instituídos como direitos da personalidade, tais como a proteção à saúde e bem estar, além das melhores condições de trabalho, através de um ambiente de trabalho ecologicamente equilibrado, bem como o Código Civil Brasileiro de 2002, que tem sido subsidiariamente interpretado à luz das necessidades do trabalhador, quando necessário.

Deste modo, tais prerrogativas de ordem constitucional, assim como a própria legislação trabalhista, entre outras, têm procurado resguardar o bem estar do trabalhador, buscando não somente a proteção da sua saúde física e mental, através de um ambiente de trabalho ecologicamente equilibrado, como também tem instituindo, através do Poder Público, obrigações aos empregadores, de maneira que estes contemplem esse ambiente de trabalho, evitando-se, especialmente, acidentes de cunho profissional, como aqueles que envolvem lesões por esforços repetitivos e distúrbios osteomusculares relacionados ao trabalho.

Nesse sentido, o conceito de *meio ambiente do trabalho ecologicamente equilibrado* diz respeito, também, aos direitos e prerrogativas que tem o trabalhador em usufruir de melhores condições de vida em relação ao local onde desenvolve suas atividades laborativas, protegendo o seu bem maior, direito de índole personalíssima, que é a dignidade da pessoa humana representada pela sua vida e preservação da sua saúde, direitos que vêm consolidando sua importância e marcando seu espaço na contemporaneidade.

Contudo, não obstante tais prerrogativas do trabalhador em manter sua saúde física e mental incólumes, nem sempre os empregadores fornecem um meio ambiente de trabalho

com essas características, o que acaba por culminar no comprometimento da saúde do trabalhador, muitas vezes de forma fatal e definitiva.

São situações em que os trabalhadores, no desenvolvimento de suas atividades laborativas, exercem movimentos repetitivos constantes, com o emprego de força, de maneira tal que, sem as devidas pausas para o descanso e relaxamento muscular, e sem a ginástica laboral adequada – exigências legais expedidas pelo Ministério do Trabalho para o exercício de algumas atividades profissionais – culminam em doenças de cunho profissional que o comprometem para toda a vida.

Infelizmente, após a ocorrência dessa situação, quando o empregado já está doente e completamente debilitado para o mercado de trabalho, ainda tem o ônus de comprovar que a culpa pelo seu infortúnio não foi sua, e sim do seu empregador, que não obedecendo a legislação vigente, deixou-o à mercê de um ambiente de trabalho *ecologicamente desequilibrado*, pela submissão ao desenvolvimento de atividades laborativas que excedem sua força e vão de encontro às Normas de Segurança e Medicina do Trabalho.

Ocorre que, independentemente de culpa, o fato é que o trabalhador fatalmente precisará de um tratamento médico, cujo custo será de quase impossível viabilização pelo mesmo, eis que invariavelmente as empresas não possuem um plano de saúde para os empregados e estes não possuem condições financeiras de arcar com tais despesas.

Não se olvidando o fato de que para comprovar a culpabilidade do empregador pelo infortúnio causado ao trabalhador, este terá que exercitar o *ônus probandi*, pois segundo a Lei, o ônus da prova é de quem a alega.

Nesse sentido, a proteção da saúde do trabalhador deve ser vista sob um aspecto mais humanista, de proteção constitucional e voltada para os direitos da personalidade do trabalhador, ressaltando-se a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental.

Assim, a par de direitos que visam à efetiva aplicação do Princípio da Igualdade, inclusive, tratando com desigualdade os desiguais, bem como da aplicação do Princípio da Hipossuficiência do Trabalhador, com o intuito de máxima proteção aos direitos da personalidade, elencados no *caput* do artigo 5º da Carta Magna, bem como daqueles elencados em outros dispositivos do mesmo Diploma Legal, mas que efetivamente albergam a dignidade da pessoa humana e o desenvolvimento da personalidade e do próprio desenvolvimento humano calcado no imperativo do seu bem-estar, é que se faz necessária

uma análise mais ampla em relação à *prova* e seu *ônus* “interpretados e aplicados à luz dos contemporâneos aportes do constitucionalismo do século XXI, destacadamente à luz do regime jurídico dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais (...)”³

2. OS DIREITOS DA PERSONALIDADE E SUA EVOLUÇÃO NO MUNDO JURÍDICO

Embora os direitos da personalidade tenham um tratamento diferenciado apenas contemporaneamente, eles existem desde os primórdios da civilização, já que sendo próprio da natureza humana, são necessários ao bom desenvolvimento das relações juridicamente sociais, disciplinando as normas de convivência, conduta, morais, entre outras, que foram se alinhando conforme se desenvolviam as sociedades.

Nesse sentido, o direito, inclusive e, especialmente, aqueles relacionados à personalidade, existem há muito, desde os tempos em que há convívio em sociedade e, embora, não fossem tratados como direitos personalíssimos, evoluíram para a forma de espécie tratada como *fundamental* pela Legislação Constitucional.

A razão de ser dessa evolução, com efeito, é o próprio homem, que visando à proteção dos seus interesses, à sua proteção pessoal, à sua defesa, seja inerente à sua existência física, seja inerente à defesa do seu patrimônio, neles compreendidos a liberdade, a integridade psíquica, a honra, a crença, a imagem, o nome, entre tantos outros direitos personalíssimos, que hoje são albergados pela Carta Magna, justificam uma busca, durante o desenvolvimento da humanidade, por um equilíbrio que atendessem a todas essas necessidades.

Assim, apenas com o tempo é que houve o reconhecimento dos direitos da personalidade, também chamado de direitos individuais e, “embora o direito romano não tenha conhecido essa classe de direitos, chegou a reconhecer através da *actio injuriarum* a reparação de situações hoje definidas como de dano moral”.³

Belmont assinala ainda que:

(...) a *actio injuriarum* abstrata está relacionada àquilo que a pessoa é (por exemplo, na ocorrência de lesões ao corpo, à liberdade e à honra da pessoa), enquanto aquilo

³ BELMONTE, Alexandre Agra. *Danos morais no direito do trabalho; identificação, tutela e reparação dos danos morais trabalhistas*. 2 ed. ver. e atual. São Paulo: Renovar, 2002, p. 66.

que a pessoa tem diz respeito à *actio injuriarum* concreta (por exemplo, na ocorrência de lesões à propriedade, posse e detenção da coisa).⁴

Outras categorias de defesa dos direitos da personalidade foram reconhecidas pela antiguidade, precisamente no direito romano, como os delitos privados, em que três deles eram regulados pela Lei Aquilia – *furtum*, *rapina* e *damnum injuria datum*. Não se olvidando as injúrias verbais, faladas ou escritas – *actio injuriarum aestimaatoria*.⁵

Já na Idade Média, com o Cristianismo e a necessidade de se pregar a igualdade entre os homens, se deu o início de apoio ao surgimento dos direitos individuais, mais tarde firmados pelo “movimento artístico e cultural renascentista dos séculos XV e XVI”⁶, no qual se constatou a necessidade de independência das pessoas, no que tange ao exercício dos próprios direitos.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos de 1966, também foram formas de se expressar e assegurar a proteção dos Direitos da Personalidade, cujos artigos XII e 17, respectivamente, dispõem:

Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.”

“§ 1º Ninguém poderá ser objeto de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra e reputação;

§ 2º Toda pessoa terá direito à proteção da lei contra essas ingerências ou ofensas.

Portanto, na tentativa de se defenderem interesses privados e os direitos personalíssimos que os albergam, caminhando com a evolução do direito, sempre dinâmico em todos os sentidos, especialmente quando trata da dignidade da pessoa humana, é que se repele qualquer tentativa que atente contra os Princípios que envolvam os direitos da Personalidade e a sua projeção no mundo jurídico.

Nesse sentido, ou seja, com a evolução do direito, hoje temos constitucionalmente albergados no artigo 5º, os Direitos Fundamentais, tutelados e sancionados já na década de 80.

⁴ BELMONTE, Alexandre Agra. *Danos morais no direito do trabalho; identificação, tutela e reparação dos danos morais trabalhistas*. 2 ed. ver. e atual. São Paulo: Renovar, 2002, p. 66.

⁵ BELMONTE, Alexandre Agra. *Danos morais no direito do trabalho; identificação, tutela e reparação dos danos morais trabalhistas*. 2 ed. ver. e atual. São Paulo: Renovar, 2002, p. 67.

⁶ BELMONTE, Alexandre Agra. *Danos morais no direito do trabalho; identificação, tutela e reparação dos danos morais trabalhistas*. 2ª edição ver. e atual. São Paulo: Editora Renovar, 2002, p. 67.

Saliente-se, por oportuno, que antes mesmo da promulgação da nossa atual Constituição, os direitos da personalidade já estavam sendo cogitados para sua menção em Lei, eis que, apesar de uma luta em vão naquela época, foi inserida no anteprojeto do Código Civil, elaborado por Orlando Gomes, em 1962 e mais tarde por Miguel Reale, no projeto Lei 635, a necessidade da tutela dos valores essenciais da pessoa humana.

Inúmeras foram as alterações, além da incansável luta, que juristas, como o já citado Miguel Reale, lançaram, até que fosse aprovado pelo Congresso Nacional a Lei 10.406/2002, ou seja, o novo Código Civil Brasileiro, dedicando um capítulo especial à tutela desses valores, cujos artigos 11 à 21 aforam os direitos da personalidade, servindo como referência de norma interpretativa e visando, sobretudo, o efetivo e pleno desenvolvimento dos direitos da personalidade, assegurando-se, pois, um exercício de natureza privada, uma proteção mais ampla e assecuratória em relação ao exercício de referidos direitos, especialmente em face de direitos que necessariamente têm que ceder em detrimento de outros valores menos importantes.

Como visto, os direitos da personalidade se agregaram a uma espécie de proteção jurídica, destacada dentre os direitos humanos, como um direito inato e fundamental, que apesar de albergado pela legislação pátria em diversos Diplomas Legais, independe de positivação para ser reconhecido e protegido.

3. OS DIREITOS DA PERSONALIDADE IMPLÍCITOS NOS DIREITOS TRABALHISTAS

Sabe-se que hoje os direitos da personalidade estão jungidos aos valores da vida, da integridade/incolumidade física, honra, imagem, nome e intimidade, além de outros, que muitas vezes são atingidos, involuntariamente ou não, mas cuja reparação é perseguida através das prerrogativas que albergam os direitos, especialmente quando o “prejuízo experimentado por alguém” é “em razão de ação ou de omissão de outrem”.⁷

Frise-se, por oportuno, que a qualidade de vida desejada pelo legislador, quando da constituição de mecanismos legais que visaram à melhoria das condições de trabalho, possui enfaticamente um sentido de desenvolvimento humanista.

⁷ BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação Civil por Danos Morais*. 3 ed. rev.e atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997, p. 255.

Mesmo a Constituição Federal em seu artigo 1º, inciso IV, prescreve como um de seus fundamentos, *os valores sociais do trabalho*, que conjugado com o *caput* do artigo 170, do mesmo Diploma Legal *asseguram a todos existência digna*, ou pelo menos deveriam assegurar.

Verifica-se, portanto, que os valores sociais do trabalho estão intrinsecamente relacionados aos direitos da personalidade e, nesse contexto, ainda que sob um enfoque mais amplo, coloca Carlos Alberto Bittar:

Desfruta o homem, em suas relações na sociedade, de vários direitos, com os quais se realiza a defesa de valores básicos, tanto sociais, como individuais, que interessam à coletividades preservar, para o alcance de seus objetivos.

Desses direitos, há uns que se engastam na própria personalidade humana, conferindo essencialidade e individualidade a cada pessoa na vida em sociedade. Reconhecidos no ordenamento jurídico, encontram ora previsão legal em certas codificações, ou mesmo em leis especiais, para a defesa de bens ínsitos na natureza humana.⁸

Pelo que, os direitos reconhecidos e relacionados à pessoa humana existem justamente para a proteção, para a defesa dos valores intrínsecos do homem como bem maior, neles insertos o bem da vida, higidez e incolumidade física, honra, entre outros.

Ademais, um estado social, marcado pelo esforço de se agregar o capitalismo às necessidades do bem comum, de maneira a regulamentar a economia de mercado e o desenvolvimento econômico, devem assegurar uma inclusão social marcada pela afirmação dos direitos da personalidade, assegurando a preservação da dignidade da pessoa humana.⁹

Assim, muito embora a legislação celetista não tenha contemplado de forma direta a garantia e proteção dos direitos da personalidade em relação ao trabalhador, os mesmos são subjetivamente absolutos “porque exercitáveis *erga omnes*”¹⁰, portanto, oponíveis em relação ao próprio empregador, eis que, como dito alhures, os valores sociais do trabalho estão intrinsecamente relacionados com os direitos da personalidade.

⁸ BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação Civil por Danos Morais*. 3ª edição. rev.e atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997, p. 253.

⁹ MAGALHÃES, Ana Carolina Costa. *A dignidade humana como fundamento protetor dos direitos de personalidade do empregado em face ao poder diretivo do empregador*. Disponível em: http://www.fa7.edu.br/recursos/imagens/File/direito/ic2/vi_encontro/A_dignidade_humana_como_fundamento_protetor_dos_direitos_de_personalidade_do_empregado_em_face_ao_poder_diretivo_do_empregador.pdf. Acesso em 21 de outubro de 2011.

¹⁰ BELMONTE, Alexandre Agra. *Danos morais no direito do trabalho; identificação, tutela e reparação dos danos morais trabalhistas*. 2ª edição ver. e atual. São Paulo: Editora Renovar, 2002, p. 61.

Ademais, inobstante a falta de leis trabalhistas específicas que assegurem uma cobertura direta em relação aos direitos da personalidade, a Constituição Federal, assim como o Código Civil, o fazem, e, nesse sentido, podem ser usados como fonte subsidiária ao direito do trabalho, conforme previsão legal do parágrafo único, do artigo 8º celetista.¹¹

Ainda que assim não o fosse, e que as relações de trabalho não possuíssem um conteúdo subjetivista quanto às normas aplicáveis às relações de trabalho, outra definição, não menos subjetivista poderia ser apresentada, já que como afirma Delgado, o que caracteriza um grupo especial de pessoas, deve possuir, também, um direito especial que o albergue, dirigido exclusivamente a esses trabalhadores.¹²

Nesse sentido, tomemos a própria legislação celetista que caracteriza a relação empregatícia pelos critérios estabelecidos pelos elementos esposados pelo artigo 3º da CLT, que cumulado com o artigo 2º do mesmo Diploma Legal, aponta como elementos caracterizadores da relação empregatícia o *trabalho não eventual*, prestado *intuitu personae*, portanto, prestado de forma pessoal, com *subordinação e onerosidade*.¹³

Verifica-se, portanto, que as relações de caráter trabalhista, embora enfoquem um aspecto econômico, possuem uma característica eminentemente pessoal, ou seja, a *pessoalidade* como requisito da própria Lei Celetista para a configuração da relação empregatícia.

Portanto, os direitos individuais, ou seja, os Direitos da Personalidade devem ser observados sempre em favor da proteção dos trabalhadores, afinal é justamente na execução dos contratos de trabalho, cuja consolidação dos trabalhadores se dá de forma pessoal, é que os mesmos adquirem um novo *status*, e dentro desse novo *status* podem ter seus direitos personalíssimos, invariavelmente, violados, seja por extrapolação da finalidade contratual, seja por qualquer outra eventualidade que agrida os direitos fundamentais do homem, na espécie trabalhador.

¹¹ MAGALHÃES, Ana Carolina Costa. *A dignidade humana como fundamento protetor dos direitos de personalidade do empregado em face ao poder diretivo do empregador*. Disponível em: http://www.fa7.edu.br/recursos/imagens/File/direito/ic2/vi_encontro/A_dignidade_humana_como_fundamento_protetor_dos_direitos_de_personalidade_do_empregado_em_face_ao_poder_diretivo_do_empregador.pdf. Acesso em 21 de outubro de 2011.

¹² DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 8 ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 48.

¹³ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 8 ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 269/270.

Imperativo, assim, que a hipossuficiência do trabalhador seja observada em detrimento de qualquer valor patronal, pois é da essência dos contratos de trabalho a garantia dos direitos personalíssimos do trabalhador.

4. A OIT, O MEIO AMBIENTE DO TRABALHO E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

A defesa dos direitos humanos, por suas características próprias, ou seja, por serem inatos à natureza do homem e inderrogáveis por excelência, não carecem de qualquer reconhecimento, eis que são prerrogativas do homem por sua própria condição e, nesse sentido, essenciais à sua defesa e preservação.

No mesmo sentido os direitos da personalidade são, evidentemente, direitos humanos, que também “independem de positivação para serem reconhecidos e protegidos pelo Direito”.¹⁴

Entretanto, apesar dessa prerrogativa, os direitos da personalidade passaram a ser regulados tanto pela nossa Carta Magna, bem como pela Legislação Civilista, não se olvidando o interesse da Organização Internacional do Trabalho pela especial proteção junto à pessoa do trabalhador, no campo da segurança e higiene do trabalho, afinal, os direitos da personalidade, compreendem também a higidez física do trabalhador.

A preocupação da OIT com o meio ambiente do trabalho tem sido uma constante desde o último século, sendo que o Brasil, através da Consolidação das Leis do Trabalho e o Ministério do Trabalho e Emprego, têm assegurado ao trabalhador medidas de cunho protetivo, como os artigos 154 a 200, além das normas de segurança e medicina do trabalho esposadas pelas Normas Regulamentadoras e Portarias, respectivamente, implementando condições rígidas de proteção ao trabalhador na execução dos contratos de trabalho.

A Consolidação das Leis do Trabalho, assim, dispõe sobre os órgãos de segurança e medicina do trabalho, aos quais cabe zelar pela segurança e saúde do trabalhador. Bem como dispõe sobre as necessidades dos empregadores em implementarem um ambiente de trabalho

¹⁴ ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. *A tutela dos direitos de personalidade no direito do trabalho brasileiro*. Disponível em http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6014. Acesso em 25 de outubro de 2011.

hígido, com a observação e aplicação imediata das Normas de Segurança expedidas pelo Ministério do Trabalho, não se olvidando a necessidade de se expedirem instruções gerais aos empregados no que pertine às precauções a serem tomadas no sentido de se evitarem acidentes de trabalho e doenças ocupacionais, entre outras medidas que visam à saúde e bem-estar do trabalhador, conforme estatuem alguns dispositivos legais dispostos na Consolidação das Leis Trabalhistas, esculpidos no Capítulo V, do referido Diploma Legal.

A própria Constituição Federal alberga a proteção do trabalhador, por duas vias: uma que o eleva à categoria de direito fundamental e proteção à sua saúde e, outra que garante um meio ambiente do trabalho ecologicamente equilibrado.

Nesse sentido, o meio ambiente do trabalho deve prover tanto quanto possível um espaço que vise à integridade física do trabalhador no exercício das suas atividades profissionais, de maneira que seus direitos fundamentais não sejam violados.

Assim, a definição de meio ambiente do trabalho ecologicamente correto deve corresponder, segundo José Afonso da Silva, a um “complexo de bens imóveis e móveis de uma empresa e de uma sociedade, objeto de direitos subjetivos privados, e de direitos invioláveis da saúde e da integridade física dos trabalhadores que o frequentam.”¹⁵

Em relação ainda a um ambiente de trabalho saudável, o inciso VIII do artigo 200 da Carta Magna regulamenta que ao SUS compete, entre outras atribuições, “colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho”, sendo que no artigo 225, *caput*, regulamenta o direito de todos “ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”, não se olvidando as elementares dispostas pelos artigos 5º e 7º, que também protegem ao meio ambiente, além das disposições do artigo 170, já acima citado, todos do mesmo Diploma legal, que valoriza o trabalho humano, assegurando a todos existência digna.¹⁶

Alguns Princípios também devem ser observados quanto à prevenção e precaução de acidentes, com a adoção de medidas que evitem riscos aos mesmos. No meio ambiente do trabalho os riscos submetem, sempre, o próprio trabalhador e como garantia constitucional existe o inciso XXII, do artigo 7º, que por sua vez “estabelece como direito do trabalhador

¹⁵ SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 2 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2003, p. 05.

¹⁶ ENDO, Maria Lúcia. *Meio ambiente do trabalho: segurança e saúde do trabalhador*. Disponível em: <http://www.rsilvaeadvogados.com.br/article.php?recid=41>. Acesso em 27 de outubro de 2011.

urbano e rural a redução dos riscos inerentes ao trabalho por meio de normas de saúde, higiene e segurança”¹⁷

Entretanto, apesar da aplicação de todas essas medidas profiláticas, as mesmas nem sempre resultam em medidas suficientes, no sentido de que sejam evitados os acidentes de trabalho, seja pela aplicação errada, seja pela aplicação insuficiente, seja ainda pela falta de aplicação de qualquer medida preventiva de acidentes.

Assim, invariavelmente, mas não comum, ao desenvolver suas potencialidades na consecução do contrato de trabalho, o trabalhador vê a sua integridade física comprometida, na maioria dos casos por culpa exclusiva do empregador, que não tomando as precauções devidas no sentido de se evitarem acidentes de trabalho, causam lesões por esforço repetitivo e distúrbios osteomusculares relacionados ao trabalho, entre outras espécies de acidentes, submetendo-o a uma qualidade de vida inferior à desejável e àquela assegurada por Lei, culminando muitas vezes numa invalidez indesejável e de forma permanente.

São, nesse sentido, evidentemente infringidos artigos impressos pela OIT, em todos os seus aspectos, além da própria Lei Celetista, como as alíneas “a”, “b”, “c” e “d”, do artigo 483, já que não se cumprindo a legislação vigente quanto à proteção à saúde e ao meio ambiente de trabalho do operário, deixando de fornecer equipamentos necessários ao desenvolvimento das suas atividades profissionais, o empregador passa a exigir do trabalhador serviços que são “superiores às suas forças”, “defesos por lei”, submetendo os empregados, enfim, a “perigo manifesto de mal considerável”, respectivamente.

Pelo que, muito embora os direitos da personalidade sejam a representação da natureza humana e conforme a sua natureza, transcendendo a qualquer direito positivado que possa vir a ceifá-lo, se trata de direito inato da pessoa humana, portanto, atrelado permanentemente ao homem, mas que, invariavelmente é agredido, ensejando reparação, muito embora, se repita, protegidos pela Organização Internacional da Saúde, refletida nas Leis Nacionais.

5. A SUBMISSÃO DO TRABALHADOR AOS DESEQUILÍBRIOS DO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO

¹⁷ ENDO, Maria Lúcia. *Meio ambiente do trabalho: segurança e saúde do trabalhador*. Disponível em: <http://www.rsilvaeadvogados.com.br/article.php?recid=41>. Acesso em 27 de outubro de 2011.

Como dito alhures, há uma crescente e geral preocupação com o meio ambiente do trabalho e em relação à forma como os trabalhadores permanecem expostos a esse meio ambiente. Embora existam normas e leis voltadas às questões relacionadas aos acidentes de trabalho e às doenças profissionais como um todo, visando, portanto, uma proteção à vida, à saúde e a integridade física do trabalhador, invariavelmente, um ou outro, ao desenvolver suas atividades laborativas, é acometido por patologias que acabam por culminar nos acidentes de trabalho, a exemplo dos explanados pelos incisos I e II, do artigo 20, da Lei 8.213/91.

Assim, ainda que, aos trabalhadores em vias de risco dentro do *labor*, que por sua vez executam suas atividades profissionais de forma adversa à desejável, sejam fornecidos equipamentos de proteção individual, os chamados EPI's, tais equipamentos nem sempre são suficientes para à sua proteção quando da execução e desenvolvimento do seu trabalho.

Em um ambiente de trabalho, por exemplo, onde haja ruídos das máquinas acima do considerado tolerado e seguro para o trabalhador, que as atividades a serem desenvolvidas pelo mesmo consistem em movimentos constantes e repetitivos, com o emprego de força no cuidar da produção dessas máquinas, por vezes trabalhando em regime ininterrupto, na forma de revezamento a cada 08 horas, que o empregador fornece apenas um tapa ouvidos como forma de proteção individual e um avental para não contaminar a produção, não pode ser considerado como uma forma de proteção suficientemente necessária, de maneira a se evitarem acidentes de trabalho pelo acometimento de doenças profissionais.

Um trabalhador nesses moldes está fadado a ser acometido de lesões por esforços repetitivo e/ou distúrbios osteomusculares relacionados ao trabalho, eis que, além dos tapa ouvidos, não lhe foi fornecida qualquer outra forma ou ferramenta de prevenção e proteção quanto ao acometimento das referidas patologias, como ginásticas laborais, revezamento de funções e descanso intervalado no tempo mínimo esperado e atribuído pela Lei.

Nesse contexto, o trabalhador nem sempre desenvolve suas atividades profissionais apropriadamente, pois deixam de ser observadas normas de segurança mínimas a serem implantadas e implementadas pelas empresas e indústrias de maneira geral, o que acaba por culminar em um acidente de trabalho, seja sob a ordem de doença profissional ou doença do trabalho.¹⁸

¹⁸ Art.20 da lei 8.213/91. (...) I – doença profissional, assim entendida a produzida ou desencadeada pelo exercício do trabalho peculiar a determinada atividade e constante da respectiva relação elaborada pelo

Frise-se, por oportuno, que o trabalhador de maneira geral fica submetido ao exercício de seu *myster* sem ter o conhecimento exato de que o desenvolvimento da sua atividade laborativa, eventualmente, poderá desencadear doenças de cunho profissional, até porque uma das obrigações do empregado no cumprimento do seu contrato de trabalho é a de executar as tarefas que lhe foram determinadas para o exercício da função contratada, dentro da dinâmica e natureza do trabalho a ser desenvolvido.

Ademais, pai de família que é e, não raras às vezes, seu único provedor, não lhe resta alternativa, se não permanecer nessa profissão que, aliás, não requer formação intelectual, mas apenas e tão somente agilidade e rapidez no desempenho das atividades laborativas, como é o caso dos profissionais que desenvolvem atividades de cunho repetitivo.

Sabe-se que hoje, conforme já acima assinalado, a proteção jurídica aos direitos da personalidade, na espécie, ao trabalhador, se faz, além da Constituição Federal, também, pela Consolidação das Leis Trabalhistas, sendo que em relação aos acidentes de trabalho e doenças profissionais, propriamente ditos, o Capítulo V do referido Instituto cuida para que o trabalhador não fique exposto às condições de perigo que a atividade desenvolvida por ele, eventualmente, possa oferecer.

Assim, para além do dever do empregador em obedecer restritivamente as regras mínimas de segurança e medicina do trabalho, repassadas pelos Órgãos competentes, como exemplo das Normas Regulamentadoras do Ministério do Trabalho, entre tantas outras que visem o mesmo contexto, também lhe cabe o dever de informar aos empregados sobre os riscos aos quais estão expostos quando do desenvolvimento das suas atividades profissionais.

A Legislação Celetista nesse sentido é bastante contundente, eis que em seu artigo 157, inciso II, coloca a obrigação das empresas em *instruir os empregados, através de ordens de serviço, quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes de trabalho ou doenças profissionais, cumprindo e fazendo cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho*, conclui o dispositivo legal, em seu inciso I.

Assim, o direito por um trabalho ambientalmente seguro tornou-se um dos requisitos mais importantes, além de fundamental, inerentes aos direitos subjetivos do cidadão

Ministério do Trabalho e Previdência Social; II – doença do trabalho, assim entendida a adquirida ou desencadeada em função das condições especiais em que o trabalho é realizado e com ele se relacione diretamente, constante da relação mencionada no inciso I.

trabalhador, sendo que a sua inobservância frustra a ordem jurídica e social, vez que é a própria sociedade quem assume os gastos pela ocorrência de acidentes do trabalho, seja de que ordem for, através do SUS, INSS e SAT, persistindo uma falta de cultura empresarial quanto à prevenção de riscos ambientais no trabalho que não pode ser admitida, já que o desgaste quanto ao fator humanitário, impossibilita uma efetiva prevenção de acidentes de trabalho de maneira geral.¹⁹

Existem, ainda, outras medidas cujos empregadores estão obrigados a satisfazer em prol da saúde do trabalhador, como o fornecimento gratuito de equipamentos de proteção individual, as chamadas EPI's, como forma de medida protetiva, a exemplo de tapa ouvido, óculos de proteção, entre outros e cujo uso é de obrigatoriedade do empregado.

Nesse sentido, a falta de investimento na prevenção de acidentes por parte das empresas, a falta de vontade da classe patronal em implementar normas de segurança e medicina do trabalho dentro de suas empresas, indústrias etc., a ineficiência do Poder Público em estabelecer e fiscalizar medidas preventivas no ambiente de trabalho, a fabricação de máquinas sem o devido cumprimento das normas de segurança que as orientam e a insegurança das condições de trabalho às quais se submetem os trabalhadores ante a precarização do Direito do Trabalho, são as principais causas de acidentes, cuja culpa não pode ser delegada ao trabalhador, ainda que seja de forma recíproca com a culpa do empregador.²⁰

6. A BUSCA DO TRABALHADOR PELOS DANOS MATERIAIS E IMATERIAIS PERPETRADOS PELO EMPREGADOR NEGLIGENTE

Uma vez comprometida a saúde e a vida do trabalhador, não raras vezes, de forma definitiva, por culpa única e exclusiva do seu empregador, o mesmo trabalhador, também não raras vezes, fica a mercê da sua própria sorte e aos cuidados de outrem, eis que a sua invalidez não lhe permite retomar as funções laborativas de antes, quanto mais, aventurar-se em uma nova perspectiva de vida, que em geral não lhe trará progresso profissional.

¹⁹ ENDO, Maria Lúcia. *Meio ambiente do trabalho: segurança e saúde do trabalhador*. Disponível em: <http://www.rsilvaeadvogados.com.br/article.php?recid=41>. Acesso em 27 de outubro de 2011.

²⁰ ENDO, Maria Lúcia. *Meio ambiente do trabalho: segurança e saúde do trabalhador*. Disponível em: <http://www.rsilvaeadvogados.com.br/article.php?recid=41>. Acesso em 27 de outubro de 2011.

Nesse contexto, não lhe cabe alternativa, além de permanecer à mercê da própria sorte, se não procurar a reparação do dano causado junto àquele que deu causa ao seu infortúnio.

Felizmente hoje a reparação pelos danos moral e material encontra respaldo no reconhecimento da dignidade da pessoa humana, no Brasil especificamente, com a Constituição da República, na qual em seu artigo 5º, inciso X, assegura a inviolabilidade dos direitos à intimidade, vida privada, honra e imagem, além do próprio Código Civil.

A responsabilidade civil nesse sentido, ou seja, a responsabilização do empregador pelo dano causado à saúde do empregado, contudo, implica na sua comprovação pelo dano sofrido.

Assim, em relação ao dano moral, a prova consiste na lesão de interesses não materiais, “pela violação de um dos direitos da personalidade”²¹, porém de ordem jurídica protegida, como àquela inerente à personalidade jurídica do homem, alcançando, assim, uma projeção extra patrimonial chamada hoje de dano moral, inclusive, no que pertine ao dano moral trabalhista, o que segundo afirma Daniel Freire é:

A noção e conceito de danos moral, inclusive o laboral, é muito mais amplo, pois, cobre o espectro da personalidade humana – alcançando todos os atos ilícitos que causem, desnecessária e ilicitamente, desassossego, desconforto, medo, constrangimento, angústia, apreensão, perda da paz interior, sentimento de perseguição ou discriminação, desestabilização pessoal e profissional, social e financeira.²²

Já, em relação ao dano material, igualmente, consiste em se fazer prova de que a ilicitude, por ação ou omissão, praticada pelo empregador tenha reflexos na vida patrimonial do empregado, seja na forma de lucros cessantes ou prejuízos consistentes em tratamento para as lesões que lhe foram causadas, ainda que tal tratamento não tenha se iniciado, justamente pela incapacidade econômica do ofendido.

Portanto, diante de toda a espécie de direito que alberga os direitos da personalidade, especialmente aqueles vinculados com a dignidade do trabalhador, é necessário fazer a prova do nexo de causalidade existente entre a doença adquirida e o trabalho desenvolvido pelo operário, e de que este, quando adentrou a empresa que causou o seu infortúnio, não estava acometido pela patologia que o invalidou, assunto que será tratado em tópico oportuno.

²¹ GEDIEL, José a. Peres; WINIKES, Ralph e CAMARGO, Rodrigo Eduardo. *Revista Jurídica Cesumar – Mestrado*. Vol. 10, n.1, jan./jun.2010, p. 62.

²² FREIRE, Daniel Sávio Vasconcelos. *O Dano Moral nas Relações Trabalhistas*. Disponível em: http://www.prt21.gov.br/estag/artig_daniel.htm. Acesso em 29 de outubro de 2011.

De qualquer sorte os danos morais e materiais pleiteados nesse sentido visam resguardar o respeito à dignidade moral do trabalhador, bem como o respeito à dignidade humana, afrontados pelo empregador que visou apenas e tão somente o lucro.

Assim, se o direito de maneira geral ampara toda espécie de ilicitude através da punição àquele que casou o dano, por que deixaria de amparar os prejuízos causados ao empregado, que sofreu prejuízos, muitas vezes de ordem permanente, em seus atributos pessoais, como *in casu* à sua integridade física e psíquica protegida e resguardada constitucionalmente através dos direitos da personalidade?

Frise-se que o trabalhador acometido por uma doença do trabalho ou profissional, que o invalida permanentemente não possui mais condições físicas de continuar na mesma profissão, o que lhe resulta em prejuízos, inclusive, de ordem financeira, inviabilizando a valorização social do seu trabalho e da livre iniciativa, bem como o exercício da dignidade da pessoa humana, fundamentos da ordem econômica e a valorização do trabalho humano, justificando o pleito por uma indenização nesses moldes.

Como dito alhures, o trabalhador acometido por patologias de cunho profissional, invariavelmente permanece invalido definitivamente para as mesmas atividades profissionais que antes exercia e, nesse contexto, está fora do mercado de trabalho para o exercício da sua profissão. Portanto, quando retorna ao referido mercado, geralmente não consegue outro emprego que lhe garanta a subsistência e padrão de vida que antes possuía.

Outro fator importante na questão ora em comento é o fato de que os empregadores, de maneira geral, não emitem o chamado Comunicado de Acidente de Trabalho – CAT, quando o trabalhador se vê inicialmente doente. A uma, porque de início não sabem que a sua patologia está relacionada ao exercício das suas atividades laborativas e, a duas, quando tomam conhecimento, demitem o trabalhador, antes mesmo que este descubra os direitos que possui frente ao empregador negligente, omissivo e irresponsável quanto ao cumprimento do pacto laboral antes estabelecido.

Nem se cogite o fato de que os exames demissionais impediriam qualquer forma de demissão arbitrária, pois se sabe que a realidade é outra. Tais exames apenas tendem a refutar qualquer culpa do empregador pelas patologias adquiridas pelos empregados, já que quando são demitidos, em tese, estariam bem de saúde.

Nesse sentido, são muitos os trabalhadores que ficam relegados ao acaso após uma demissão nesses moldes, eis que sem os direitos trabalhistas reconhecidos no que tange à culpabilidade do empregador pela doença ocupacional adquirida e até mesmo pela decorrência do lapso temporal, são descartados para um mercado de trabalho que não possui qualquer interesse em admitir empregados doentes.

No anseio do lucro, empregadores desobedecem a princípios basilares nos contratos de trabalho que é o respeito pela dignidade da pessoa humana e a valorização do trabalho propriamente dito, além da boa-fé, iminentes dos contratos em geral.

Nessa linha de raciocínio tem-se que a proteção aos direitos personalíssimos do trabalhador não pode permanecer relegada ao acaso e essa tem sido a luta de muitos trabalhadores, percorrer uma longa estrada à procura de ver os direitos trabalhistas reconhecidos no que tange à responsabilização do empregador pelos danos causados aos empregados acometidos por patologias de cunho profissional, de que ordem seja.

Entretanto, tarefa mais árdua ainda têm sido a de se comprovar a negligência dos empregadores no trato com as questões de segurança e medicina do trabalho e quanto às precauções a serem tomadas nesse sentido, pois as indenizações pleiteadas pelos trabalhadores visando os danos materiais e morais sofridos dependem da prova efetiva de que o empregador foi o exclusivamente culpado pelas patologias do trabalho, adquiridas por milhares de operários em todo o país.

Sob a questão em enfoque, há de ser observado que a quantificação que visa compensar os danos leva em conta a sua dimensão. Assim, no que pertine ao dano material, o cálculo levará em consideração a idade, o tempo restante de vida idealizado pela tabela do IBGE que leva em conta a expectativa de vida do segurado, portanto, os lucros cessantes em relação ao que deixou de receber enquanto salários até à sua aposentadoria ou mesmo de forma vitalícia, bem como outras questões, como os gastos com médicos e medicamentosos, além de eventuais cirurgias que se façam necessárias até o pronto restabelecimento do trabalhador doente, quando isso é possível.

Já sob o aspecto do dano moral, ou melhor, dizendo, a agressão ao direito personalíssimo do trabalhador, que, aliás, não possui dimensão quantitativa, mas que, entretanto, demanda lógica e razoabilidade, em especial porque se trata de indenizar algo que

por sua natureza é indenizável, deve sopesar a saúde física, e até mesmo, mental comprometida do trabalhador, que foi usurpada pela sede de lucro do empregador.

7. A COMPLEXA CONSTITUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA E DAS POLÍTICAS PÚBLICAS QUE VIABILIZEM O ACESSO DO TRABALHADOR À JUSTIÇA

Os trabalhadores acometidos pelas doenças ocupacionais têm enfrentado, como já dito alhures, uma dura batalha e, nem sempre ganha, para exercer seus direitos subjetivos frente à dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Conforme assinala Higinio Neto:

A prova e ônus da prova devem ser analisados, interpretados e aplicados à luz dos contemporâneos aportes do constitucionalismo do século XXI, destacadamente à luz do regime jurídico dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais, especialmente o da dignidade da pessoa humana e da solidariedade (CR, arts. 1º, III e 3º, I).²³

Entretanto, essa não é a realidade. Há uma complexa relação entre alegar um direito subjetivo e fazer a prova constituinte do mesmo, na tentativa de se ver indenizados os vários danos causados à saúde e integridade física dos empregados, se frise por culpa exclusiva de empregadores que em geral, se repita, não mantêm a higidez e ergonomia necessárias ao meio ambiente do trabalho.

Assim, no que tange ao direito do trabalho o ônus da prova torna-se mais uma concepção filosófica do que a demonstração efetiva sobre a responsabilização do empregador, ainda mais se levado em conta que a comprovação do dano é produzida por quem a alega, no caso, é produzida pelo trabalhador, que é justamente a parte hipossuficiente nessa relação contratual.

Ainda que o trabalhador esteja amparado por uma perícia médica que lhe dê a certeza do nexo casual entre as suas patologias e o exercício de suas funções laborais junto à empresa reclamada, o empregador ainda possui seu direito de resposta – contraditório – em relação a discordar dessa perícia, apontando outros aspectos enunciados por um assistente técnico da sua confiança, cujos encargos nesse sentido não podem ser suportados pelo trabalhador na

²³ HIGINIO NETO, Vicente. *Ônus da Prova*. 22 ed. Curitiba: Juruá, 2010, p. 23/24.

tentativa de desconstituí-las, ou seja, o empregado não tem condições financeiras de arcar com um assistente técnico, assim como o empregador.

Desse modo, é importante ressaltar as afirmações de Higinio Neto quanto à prova e seu contraditório:

“O ônus da prova, compreendido dentro de um processo que é instrumento apto à concretização da Constituição, das conquistas dogmáticas emancipatórias dos direitos fundamentais, da ampliação dos poderes do juiz, da publicização do processo civil, do princípio da igualdade substancial, do devido processo legal (processo justo), **parece não mais sustentar no modelo capitulado no art. 333, do CPC brasileiro, comportando revisão doutrinária e jurisprudencial que incorpore todas essas conquistas.**”²⁴ (grifo nosso)

Nesse sentido, a carga probatória dentro do processo trabalhista, especialmente em relação às doenças de cunho profissional ou ocupacionais e cujo ônus a princípio cabe exclusivamente ao infortunado, deve ser vista na contemporaneidade sob uma forma menos processualista e mais humanista não se examinando o “tema do ônus da prova sob a perspectiva tradicional, mas por meio da compreensão dessas mudanças paradigmáticas e que permitem aplicar o processo civil numa dimensão mais rica e mais plena de sentido.”²⁵

Não se defende, sobremaneira, um processo sem provas, outrossim, um processo justo, com a aplicação de hipóteses de igualdade e com observância de preceitos que levem em consideração quem é a parte mais fraca e mais forte nessa relação processual, ou seja, quem tem maiores e menores condições de produzir provas (verdadeiras) e, assim, proporcionando-se uma maior segurança para o trabalhador cuja saúde restou comprometida pelo desenvolvimento das suas atividades profissionais por culpa exclusiva de um empregador negligente.

Tomemos como exemplo o ônus da prova dentro da própria sistemática processualista trabalhista, para a qual o referido ônus tem como regra geral aquela ordenada pelo artigo 818 da CLT²⁶, que diferentemente do artigo 333 e incisos do CPC²⁷, incumbe provar o alegado à parte que as fizer.

²⁴ HIGINIO NETO, Vicente. *Ônus da Prova*. 22 ed. Curitiba: Juruá, 2010, p. 23.

²⁵ HIGINIO NETO, Vicente. *Ônus da Prova*. 22 ed. Curitiba: Juruá, 2010, p. 23.

²⁶ Art. 818 da CLT. A prova das alegações incumbe à parte que as fizer.

²⁷ Art. 333 do CPC. O ônus da prova incumbe: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

A positivação do artigo 818 da CLT, apesar da semelhança com a do artigo 333 do CPC, não causam as mesmas conseqüências processualistas. Nesse sentido, vejamos a hipótese explanada por Eduardo Queiroz dos Santos, em artigo publicado já no ano de 2005, no que tange à produção de provas na seara trabalhista:

“Exemplo claro, e o pedido de horas extras, em que alega o reclamante (empregado) que realiza trabalho em jornada extraordinária, mas não produzindo prova quanto à referidas alegações, sob a égide do artigo 333 do CPC, teria seu pedido rejeitado pelo órgão judicante, pois o encargo de provar os fatos constitutivos de direito incumbe a quem alega ser titular desse direito. Contudo, apreciando-se a matéria sob a ótica do artigo 818 da CLT, o reclamado (empregador), ao contestar a pretensão do reclamante firmando que ele não trabalhou em jornada extraordinária, atraiu para si, automaticamente, o ônus da prova, visto que expôs uma alegação relevante e substitutiva da anterior, não o fazendo, ter-se-ia como verdadeira a alegação do reclamante.”²⁸

Entretanto, a aplicação do artigo 818 da CLT em relação à jornada extraordinária nesse caso é específica. Pode haver alegações das quais não se têm provas ou, ainda, a mesma encontrar-se, pela sua subjetividade, dividida entre empregado e empregador e, neste caso, não há dúvidas, o Magistrado deverá se apegar a Lei para tomada de qualquer decisão.

Assim, embora se verifique nas relações empregatícias certa tendência em tratar com desigualdade, os desiguais, até pelo Princípio da Hipossuficiência, de maneira que ao se atribuir um ônus de prova maior ao empregador, em alguns casos, trata-se apenas de manobras legais em que o Juiz transfere a outra parte o ônus *probandi*.

Outro princípio que pode ser operado a favor do trabalhador é o Princípio *in dubio pro operário*, contudo, apenas quando há dúvidas sobre a formação da prova.

Nesse sentido, a produção de provas pelo empregado/trabalhador, que acometido por patologias de cunho ocupacional busca um tratamento a ser arcado por quem causou o dano, além de uma indenização que minimize o seu infortúnio, sob todos os parâmetros, não é justa.

É necessário que ao empregador, parte que efetivamente tem as melhores condições para fazê-lo, seja legalmente atribuído o ônus *probandi*, refutando-se o nexo causal eventualmente existente entre as patologias ocupacionais adquiridas pelo empregado no desenvolvimento das suas atividades profissionais.

²⁸ SANTOS, Eduardo Queiroz dos. *Inversão do ônus da prova no direito processual trabalhista*. Disponível em: http://www.escriptorioonline.com/webnews/noticia.php?id_noticia=5793&. 2005. Acesso em 30 de outubro de 2011.

E quando se fala em um ônus *probandi* legalmente atribuído ao empregador, quer se dizer que a responsabilidade em se fazer a prova de que as doenças ocupacionais não foram adquiridas pelo comprometimento do meio ambiente trabalhado, é sua, ou seja, é exclusivamente do empregador.

Um meio ambiente ecologicamente *desequilibrado*, “contrariu sensu” do que perquire o artigo 225 da Constituição Federativa da República Brasileira, é negligência patronal e, nesse sentido, há evidente e necessária inversão do ônus da prova.

8. A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA COMO CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS TRABALHISTAS NA DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A inversão do ônus da prova na seara trabalhista, apesar de não positivada pela lei, a não ser por uma interpretação extensiva dos enunciados legais acima discutidos e cuja observância deve ser efetivamente notada pelo operador do direito na defesa dos interesses de seu outorgante no que tange à demonstração das doenças ocupacionais, tem sua concretização operada pelo chamado NTEP, ou seja, o Nexo Técnico Epidemiológico Previdenciário²⁹.

Ocorre que, não obstante as considerações feitas pelo NTEP, grande parte dos empregadores não observam a legislação nesse sentido, descumprindo um dos requisitos, no que se refere às notificações das doenças profissionais.

²⁹ “O Nexo Técnico Epidemiológico Previdenciário (NTEP) é uma metodologia que tem o objetivo de identificar quais doenças e acidentes estão relacionados com a prática de uma determinada atividade profissional pelo INSS no Brasil. Com o NTEP, quando o trabalhador adquirir uma enfermidade inteiramente relacionada à atividade profissional, fica qualificado o acidente de trabalho. Nos casos em que houver relação estatística entre a doença ou lesão e o setor de atividade econômica do trabalhador, o nexu epidemiológico determinará automaticamente que se trata de benefício acidentário e não de benefício previdenciário normal. Com a adoção dessa metodologia, é a empresa que deverá provar que as doenças e os acidentes de trabalho não foram causados pela atividade desenvolvida pelo trabalhador, ou seja, o ônus da prova passa a ser do empregador e não mais do empregado. Até a entrada em vigor do NTEP, ao sofrer um acidente ou contrair uma doença, o INSS ou o trabalhador eram os responsáveis por comprovar que os danos haviam sido causados pela atividade então desempenhada. O NTEP pressupõe, como decorrente do meio ambiente do trabalho, o benefício por incapacidade concedido pelo INSS cujo atestado médico apresente um código da doença (CID) que tenha relação com o CNAE (Código Nacional da Atividade Econômica) da empresa empregadora do trabalhador requerente. Como justificativa da Previdência Social para a implantação do NTEP, encontra-se a geração de dados mais precisos sobre acidentes de trabalho e doenças ocupacionais no Brasil, superando as dificuldades advindas da subdeclaração ou a não declaração da CAT (Comunicação de Acidente de Trabalho), além de permitir, também, a criação de instrumentos que permitam melhorar a gestão da área de benefícios por incapacidade e uma melhor formulação de políticas próprias da Previdência.” (Disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Nexo_T%C3%A9cnico_Epidemiol%C3%B3gico_Previdenci%C3%A1rio. Acesso em 01 de novembro de 2011.)

A própria Previdência Social não divulga ou divulga precariamente suas alterações nesse sentido, cuja função, aliás, é justamente eliminar as perícias médicas quando a patologia do Segurado mantiver um nexo com o trabalho profissional. O NTEP³⁰, assim, estabelece um nexo por presunção, associando a patologia do empregado com o CNAE – Código Nacional de Atividade Econômica da Empresa.

Não bastasse, o CNAE não divulga a doença em si mesma ou esclarece de modo didático a correspondência entre a patologia adquirida pelo trabalhador com o desenvolvimento das suas atividades laborativas, assim como faz o Decreto 6.042/07, em sua Lista B, Anexo II.

No entanto, embora o artigo 337, juntamente com o seu parágrafo 3º, do referido Decreto caracterize como acidente de trabalho aquele identificado pela perícia do INSS mediante o nexo técnico epidemiológico entre a atividade da empresa e entidade mórbida motivadora da incapacidade, elencada na CID – Classificação Internacional de Doenças, disposta na já citada Lista B, do Anexo II do Decreto 6.042/07, a empresa ou o empregador poderá requerer ao INSS a não aplicação do nexo técnico epidemiológico ao caso concreto mediante demonstração de inexistência de nexo causal, produzidas no âmbito da gestão de riscos a cargo das empresas, conforme menção dos parágrafos 6º, 7º e 11º, do mesmo dispositivo legal.

Nesse sentido, o empregador, mais uma vez, tem as melhores condições de produzir a prova, ainda que as produza conforme a sua conveniência, afinal é ele quem detém o capital e não o empregado, que desprovido economicamente não possui as condições financeiras para custear a verdade.

Aliás, em relação à verdade o e tema ora abordado, vejamos o que diz Higinio Neto³¹:

Sendo o processo contemporâneo o instrumento que objetiva a efetiva busca da justiça, também o juiz contemporâneo, especialmente em matéria probatória, deve ser um juiz preocupado com a busca de elementos de convicção suficientes a um julgamento justo da lide.(...)

Procurar, conhecer e determinar o que é verdadeiro constitui, para juízes, advogados, promotores, procuradores etc., o *métier* do seu dia-a-dia.

³¹ HIGINIO NETO, Vicente. *Ônus da Prova*. 22 ed. Curitiba: Juruá, 2010, p. 81/82.

Formar convicção constitui o fim do processo, visando a uma sentença de mérito.

Esse convencimento se forma pela prova dos fatos concretos e pela adequação às normas constitucionais (normas-princípio e normas-regra), conforme classificação de Dworkin, sem excluir a incidência das experiências do julgador e as circunstâncias do momento da decisão, tendo sempre em mente que o processo é uma técnica de concretização dos direitos e deveres constitucionais.

Tal pensamento, entretanto, é utópico. Muito embora contemporaneamente tenha se defendido através de Normas de Segurança e Portarias expedidas pelo Ministério do Trabalho e outras expedidas pela própria Previdência Social, que as empresas e os empregadores de maneira geral tenham que provar que as patologias adquiridas pelos seus empregados não estejam relacionadas com a natureza das suas atividades laborais, não é o que efetivamente ocorre.

Apesar de uma clara inversão do ônus da prova nesse sentido, ou seja, cabendo aos empregadores a tarefa de provar que não causaram ou agravaram as patologias ocupacionais dos trabalhadores e, portanto, angariando para si o ônus da prova, não quer significar avanço em prol do trabalhador, juridicamente falando, já que não está descrito na Lei Celetista que cabe ao empregador provar que a doença ocupacional adquirida no ambiente de trabalho deva se constituída unicamente pela empresa.

Ademais, apesar de medidas que visam à dignidade humana do trabalhador não se sustentam ante a aptidão do empregador em produzir provas em sentido contrário, seja porque é mais forte nessa relação processual, seja porque detém o capital e, nesse sentido, tem as melhores condições de produzir provas a seu favor.

É bem verdade que sob o aspecto do NPTE e do artigo 337³² do Decreto 3.048/99, cabe aos empregadores a prova indireta de que o infortúnio do seu empregado não está relacionado o trabalho que exercia. Contudo, pela exegese do §7º, do artigo 337 do mesmo Decreto, o empregador poderá se eximir dessa responsabilidade se demonstrar pelos documentos da empresa que cumpre com todos os requisitos de segurança e medicina do trabalho.

As provas nesse sentido se resumem a apresentação do relatório anual do PCMSO³³ demonstrando ou não a incidência de doenças no meio ambiente de trabalho; o PPRA³⁴ que

³² Art. 337 do Decreto 3.048/99. O acidente de trabalho será caracterizado tecnicamente pela perícia médica do INSS, mediante a identificação do nexo entre o trabalho e o agravo.

³³ Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional, estabelecido legalmente pela CLT, com a sua inclusão pela Norma Regulamentadora 7, visando à proteção da Saúde Ocupacional do trabalhador, portanto, a

tem por finalidade levantar os riscos ocupacionais existentes nas empresas e um histórico da vida funcional do trabalhador desde a sua admissão, iniciando-se pelo exame admissional, entre outras, portanto, se resume a apresentação de documentos cuja execução e implementação ficam a cargo de profissionais remunerados pelo empregador, ensejando uma facilitação da construção probatória em detrimento da parte mais fraca nessa relação processual.

Em verdade tais programas de prevenção de riscos ambientais e de controle médico de saúde ocupacional deveriam ser confeccionados pelo Poder Público, através de órgãos do Ministério do Trabalho, evitando-se dúvidas quanto à veracidade dos mesmos.

Assim, se a figura da inversão do ônus da prova tem em vista a necessidade de superação das desigualdades, especialmente no que toca ao trabalhador hipossuficiente, por certo a apresentação pelo empregador dos documentos acima citados, como forma de inversão do ônus probatório, não cumpre com fidelidade o seu papel.

Ademais, a inversão do ônus da prova, como forma de efetivação dos direitos da personalidade, ante a inexistência de norma jurídica que compreenda toda essa realidade, especialmente quanto à afirmação dos direitos humanos na seara trabalhista, fica subjugada aos meios supletivos da Lei para a concretização do direito.

Nesse sentido, é urgente que se normatize a responsabilidade objetiva do empregador, através da inversão do ônus da prova em casos em que se verifique a ocorrência de acidentes de trabalho exclusivamente relacionados às doenças ocupacionais.

9. CONCLUSÕES

Em meio à evolução do direito naquilo que se refere à defesa dos direitos da personalidade, especialmente no que tange à defesa da saúde e bem estar do trabalhador, no exercício das suas atividades profissionais e um meio ambiente do trabalho ecologicamente

anamnese, com o objetivo de identificar precocemente qualquer desvio no bem estar do trabalhador. (Disponível em: <http://www.ppra.ind.br/>. Acesso em 02 de novembro de 2012.).

³⁴ Programa de Prevenção de Riscos Ambientais é um conjunto de ações visando à preservação da saúde e da integridade dos trabalhadores, através da antecipação, reconhecimento, avaliação e conseqüente controle da ocorrência de riscos ambientais existentes ou que venham a existir no ambiente de trabalho, tendo em consideração a proteção do meio ambiente e dos recursos naturais. (Disponível em: <http://www.ppra.ind.br/>. Acesso em 02 de novembro de 2011.).

equilibrado, o direito do trabalho, especificamente a CLT, carece de um comprometimento mais efetivo.

Não se pode deixar a cargo de Normas Regulamentadoras expedidas pelo Ministério do Trabalho e outras regulamentações emanadas de Órgãos Públicos, como o Instituto Previdenciário, entre outros, a promoção, no âmbito das relações laborais, da legitimação de interesses difusos ou coletivos, no que se refere à defesa de direitos pelo acometimento de patologias ocupacionais.

O trabalhador não pode ficar à mercê de tramites processualistas que dividem a distribuição do ônus da prova, por falta de normatização de lei trabalhista e, nesse sentido, ficar relegado à subsidiariedade do processo civil, quanto à produção e inversão do ônus da prova na seara trabalhista.

Há certas circunstâncias do processo trabalhista, que não podem ficar relegadas à subsidiariedade do processo civilista, até pela peculiaridade do caso, como a comprovação dos acidentes de trabalho pela doença ocupacional, o que, aliás, é de extrema complexidade para o trabalhador, parte hipossuficiente na relação laboral.

Assim, muito embora o Magistrado supra a ausência de normatização em relação à matéria ora defendida pela discricionariedade que a Lei lhe confere, as demandas decorrentes dos infortúnios trabalhistas relacionados ao acometimento pela LER e pela DORT que buscam ressarcimento pecuniário e tratamento médico, são amplamente aplacadas por empregadores carregados de provas que são produzidas a seu favor.

O grande desafio, portanto, indispensável à defesa e legitimação dos direitos da personalidade inerentes ao trabalhador é a normatização da inversão do ônus *probandi*, nas demandas trabalhistas que envolvam a ofensa dos direitos da personalidade e ressarcimento de tais ofensas, sob o mais amplo aspecto, ou seja, material e imaterial.

Sendo que, dentro desse contexto, o trabalhador possa, além de ter uma maior segurança em relação a exercer suas atividades profissionais em um ambiente de trabalho completamente equilibrado, de maneira a não afetar a sua saúde e o seu bem estar, possa também ter a certeza de que, uma vez acometido por patologias como a LER e a DORT em decorrência de um ambiente de trabalho ecologicamente desequilibrado, caberá ao empregador o ônus de provar que as patologias adquiridas não foram em decorrência do trabalho desenvolvido.

REFERÊNCIAS

BELMONTE, Alexandre Agra. *Danos morais no direito do trabalho; identificação, tutela e reparação dos danos morais trabalhistas*. 2 ed. ver. e atual. São Paulo: Editora Renovar, 2002.

BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação Civil por Danos Morais*. 3 ed. rev.e atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 8 ed. São Paulo: LTr, 2009.

ENDO, Maria Lúcia. *Meio ambiente do trabalho: segurança e saúde do trabalhador*. Disponível em: <http://www.rsilvaeadvogados.com.br/article.php?recid=41>. Acesso em 27 de outubro de 2011.

FREIRE, Daniel Sávio Vasconcelos. *O Dano Moral nas Relações Trabalhistas*. Disponível em: http://www.prt21.gov.br/estag/artig_daniel.htm. Acesso em 29 de outubro de 2011.

GEDIEL, José a. Peres; WINIKES, Ralph e CAMARGO, Rodrigo Eduardo. *Revista Jurídica Cesumar – Mestrado*. Vol. 10, n.1, jan./jun.2010.

HIGINO NETO, Vicente. *Ônus da Prova*. 22 ed. Curitiba: Juruá, 2010.

MAGALHÃES, Ana Carolina Costa. *A dignidade humana como fundamento protetor dos direitos de personalidade do empregado em face ao poder diretivo do empregador*. Disponível em: http://www.fa7.edu.br/recursos/imagens/File/direito/ic2/vi_encontro/A_dignidade_humana_como_fundamento_protetor_dos_direitos_de_personalidade_do_empregado_em_face_ao_poder_diretivo_do_empregador.pdf. Acesso em 21 de outubro de 2011.

SANTOS, Eduardo Queiroz dos. *Inversão do ônus da prova no direito processual trabalhista*. Disponível em: http://www.escriitoronline.com/webnews/noticia.php?id_noticia=5793&. 2005. Acesso em 30 de outubro de 2011.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 2 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2003.