

**XXVII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI PORTO ALEGRE – RS**

**DIREITO DO TRABALHO E MEIO AMBIENTE DO
TRABALHO III**

ILTON GARCIA DA COSTA

MIRTA GLADYS LERENA MANZO DE MISAILIDIS

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente **Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente **Sudeste** - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente **Nordeste** - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente **Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch UFSM – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho Unifor – Ceará

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta Fumec – Minas Gerais

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro UNOESC – Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito do trabalho e meio ambiente do trabalho III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Ilton Garcia da Costa; Mirta Gladys Lerena Manzo de Misailidis. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-704-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34



XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

DIREITO DO TRABALHO E MEIO AMBIENTE DO TRABALHO III

Apresentação

Esta publicação é o resultado de um conjunto de artigos científicos apresentados no XXVII Congresso do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI), no GT “Direito do Trabalho e Meio Ambiente do Trabalho III”. Vale registrar que esses eventos vêm se convertendo em momentos fundamentais na difusão da doutrina, das correntes jurisprudenciais, de conhecimentos e de experiências forenses no âmbito juslaboralista, merecendo destaque o rigor acadêmico de todos os que participam nesta coletânea. Esse fato consubstancia um valor significativo e uma garantia de seriedade, somados a uma identidade humanista que nós, estudiosos/as do Direito do Trabalho, também costumamos representar no mundo jurídico.

Com temas variados e de grande relevância acerca do mundo laboral, o GT “Direito do Trabalho e Meio Ambiente do Trabalho III” oportuniza reflexões muito interessantes. Os temas foram agrupados em seis eixos de apresentação: Globalização; Trabalho Escravo; Meio Ambiente Laboral; Terceirização; Assédio Moral e Reforma Trabalhista.

No âmbito da Globalização cabe salientar a dimensão política da globalização para possibilitar com maior clareza o papel do Estado-nação na complexidade mundial. Neste aspecto, Hannah Arendt apresenta o diagnóstico de que a face do século XX ficou marcada pelos refugiados sem pátria, destituídos de direitos. (CADEMARTORI, 2009).

O desenvolvimento perfaz sob outros doutrinadores com o objetivo de embasar a seguinte problemática: O Valor Social do Trabalho: Numa Reflexão filosófica Frente às Mudanças Estruturais Provocadas pelo Fenômeno da Globalização. autoria: Jazam Santos e Lucilaine Ignacio da Silva.

As Transformações do Mundo do Trabalho: Um Ensaio Sobre a Substituição do Trabalho Humano pelas Novas tecnologias e o Papel do Estado Social frente à Temática. autora: Bárbara De Cezaro; Direito à Desconexão do Trabalho Frente a uma Sociedade Hiperconectada, autora: Barbara Bedin.

O segundo eixo trata sobre o Trabalho Escravo, os trabalhos foram focados na conceituação e caracterização da escravidão contemporânea e das condições análogas às de escravo que têm

sido objeto de discussão de parlamentares, de fiscais do Ministério do Trabalho, de advogados e dos juristas em geral e tem reflexo na efetiva proteção aos trabalhadores ou em sua negação. Nesse eixo os temas apresentados foram: Do Combate ao Trabalho em Condição Análoga à de Escravo sob a Perspectiva da Inclusão Social e da Proibição ao Retrocesso. autores: Rita de Cassia Rezende e Ilton Garcia Da Costa; Standard Probatório para a Configuração do Crime de Escravidão e a Dignidade da Pessoa Humana. autoria: Silvio Carlos Leite Mesquita e Daniela Arruda De Sousa Mohana.

A seguir as apresentações foram destinadas ao Meio Ambiente do Trabalho o Meio Ambiente Natural atualmente uma das maiores preocupações da sociedade moderna e de risco. Os temas apresentados foram: Meio Ambiente do Trabalho: Saúde e Segurança do Trabalhador como Direito Social e Direito Fundamental. autoria: Sonia Aparecida de Carvalho e Maira Angelica Dal Conte Tonial; Programa Trabalho Seguro do TRT de Santa Catarina: A: Ação Institucional de Inserção /Conscientização Social, Prevenção de Acidentes de Trabalho e Defesa do Trabalho Digno, Seguro e Saudável. autor: Ricardo Jahn e dentro desse eixo o Trabalho Infantil Artístico: Limites entre a Liberdade Artística e a Proteção Integral. autoras: Grasielle Augusta Ferreira Nascimento e Maria Aparecida Alkimin; A Teoria do Risco e o Medical Monitoring no Direito do Trabalho Brasileiro. autores: Larissa de Oliveira Elsner , Gustavo Vinícius Ben.

No eixo direcionado à Terceirização das relações de Trabalho, a terceirização pode ser entendida como um reflexo da crescente tendência de flexibilização dos direitos trabalhistas que ganhou força nas duas últimas décadas do século XX. Autores apontam que o fomento das estratégias de flexibilização das relações de

trabalho ocorreu em estreita consonância com um receituário político de inspiração neoliberal. Nesse sentido cabe mencionar as seguintes apresentações: Novos Contornos Da Terceirização e a Harmonização com os Direitos dos Trabalhadores Terceirizados: Desafios e Perspectivas. de Alinne Bessoni Boudoux Salgado , Caroline Kindler Hofstteter; e Ética Empresarial, Compliance e Terceirização Trabalhista: Possibilidade ou Utopia. autoras: Soraia Paulino Marchi Barbosa , Carina Pescarolo.

Quanto ao tema Assédio Moral o presente estudo se justifica, ao analisar o assédio moral decorrente as relações de emprego, procurando identificar sua forma de manifestação e tipologia, e principalmente, verificando-se se a conduta assediadora no ambiente laboral tem o potencial de gerar efeitos deletérios para além dos atores desta relação e para a sociedade em geral. Do mencionado tema foram apresentados os seguintes trabalhos: As Consequências Individuais e Sociais do Assédio Moral Laboral elaborado por Debora Markman e Mirta

Gladys Lerena Manzo De Misailidis; Discriminação no Trabalho e Exigência de Atestados de Esterilização ou de Gravidez (Lei N° 9.097 /1995). autoria: Karla Jezualdo Cardoso Paiffer , Gisele Mendes De Carvalho; Da Repercussão das Mídias Sociais no Término do Contrato de Trabalho. autoras: Adriana Mendonça Da Silva , Cássia Sousa Costa.

Finalmente os temas levantados foram relacionados à Reforma Trabalhista Lei 13.467 de 2017, a qual traça uma análise acerca do caráter precarizador das relações do trabalho. Inicialmente, demonstra-se que a inserção deste novo modelo no ordenamento jurídico só foi possível em face do recente momento de ruptura democrática. Em seguida, verificam-se os impactos sociais perversos da reforma, a qual precariza o contrato e a remuneração e na liberdade do trabalhador. Por fim, constata-se que a mencionada alteração legislativa afasta a República Federativa do Brasil do compromisso de manter uma agenda para o trabalho decente. Os textos a seguir: A Reforma trabalhista e a Prevalência do Acordado sobre o Legislado: O Limite constitucional da Atuação do Sindicato dos Trabalhadores. autoria de Max Emiliano da Silva Sena e Letícia da Silva Almeida; A Pejotização do Contrato de Trabalho e a Reforma Trabalhista. autoria José Antonio Remedio e Selma Lúcia Doná; Contribuição Sindical: O Desmantelamento do Sindicalismo Brasileiro pela Reforma Trabalhista. autores Silvio Ulysses Sousa Lima , José Eleomá De Vasconcelos Ponciano; Aspectos Intertemporais dos Honorários de Sucumbência Instituídos pela Reforma Trabalhista. autores: Laíssa Fabris de Souza e Luiz Alberto Pereira Ribeiro; O Contrato "Zero Hora" E a Intermitência Democrática. autoria: Ailsy Costa De Oliveira; A Remuneração por Produtividade e o Contrato Intermitente no Setor Sucroalcooleiro. autora: Mariana Loureiro Gama.

Prof. Dr. Ilton Garcia Da Costa – UENP

Profa. Dra. Mirta Gladys Lerena Manzo De Misailidis – UNIMEP

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A TEORIA DO RISCO E O MEDICAL MONITORING NO DIREITO DO TRABALHO BRASILEIRO

THE RISK THEORY AND MEDICAL MONITORING IN THE BRAZILIAN LABOR LAW

Larissa de Oliveira Elsner ¹
Gustavo Vinícius Ben ²

Resumo

O presente estudo analisa a aplicabilidade da Teoria do Risco e do monitoramento médico (medical monitoring) no Direito do Trabalho brasileiro como forma de proporcionar melhor efetividade ao Princípio da Proteção do Trabalhador e Princípio da Prevenção. A pesquisa se desenvolve pelo estudo das bases teóricas principais que trabalham os conceitos, a fim de se justificar sua aplicabilidade no Direito do Trabalho brasileiro. Ao final, mediante o estudo de uma decisão judicial do Tribunal Superior do Trabalho -TST, demonstra-se a existência dos requisitos necessários à sua aplicabilidade.

Palavras-chave: Direito do trabalho, Monitoramento médico, Teoria do risco, Princípio da prevenção, Princípio da proteção

Abstract/Resumen/Résumé

The present study analyzes the applicability of the Risk Theory and medical monitoring in Brazilian labor law as a way to provide better effectiveness to the Principle of Worker Protection and Prevention Principle. The research is developed by the study of the main theoretical bases that work the concepts, in order to justify its applicability in the Brazilian labor law. In the end, through the study of a judicial decision of the Superior Labor Court - TST, the existence of the necessary requirements for its applicability is demonstrated.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Labor law, Medical monitoring, Risk theory, Prevention principle, Protection principle

¹ Mestranda Bolsista Capes/PROEX em Direito Público da UNISINOS (Universidade do Vale dos Sinos-RS). Especialista em Direito do Trabalho pela UFRGS. Bacharel em Direito pela PUCRS.

² Mestrando Bolsista Capes/PROEX em Direito Público da UNISINOS (Universidade do Vale dos Sinos-RS). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo, que trata do tema da aplicabilidade da Teoria do Risco e do instituto do monitoramento médico (*medical monitoring*) no Direito do Trabalho brasileiro, intenta demonstrar, mediante a análise de uma decisão judicial recente do Tribunal Superior do Trabalho – TST, que nos casos em que a atividade laboral possui natureza de “atividade de risco” vinculada a produtos químicos contaminantes, são possíveis identificar os elementos necessários à aplicabilidade tanto da Teoria do Risco como do monitoramento médico (*medical monitoring*).

Esta pesquisa se justifica pelo fato de que a sociedade brasileira contemporânea é uma sociedade complexa, a luz do pensamento de Luhmann (1992, p.37), em que o risco e o perigo estão inerentes a sua realidade social. A ideia de risco surge na modernidade, diante das novas tecnologias, e por consequência, o surgimento de novas formas de trabalho decorrentes da Revolução Industrial. Frente a tais transformações sociais, torna-se necessária a ideia do Princípio da Prevenção, o qual pressupõe trabalhar de forma preventiva ao risco inerente a essa sociedade, em especial no que tange as relações de trabalho, pois o trabalhador é a pessoa que possui maior contato com os possíveis agentes prejudiciais à saúde decorrentes de atividades de risco, como por exemplos, produtos químicos industriais que podem ser contaminantes ao trabalhador.

Assim, esta pesquisa está estruturada em duas partes: a primeira, irá estudar o conceito de risco, sua origem e aplicabilidade no direito, e como essa noção foi importante para o desenvolvimento da Teoria do Risco e posteriormente, com base nessa, a criação do instituto do monitoramento médico (*medical monitoring*) aplicado pelo Direito norte-americano. Após, analisa-se como o Direito brasileiro recepcionou a Teoria do Risco, especialmente como o Direito do Trabalho a acolheu mediante a aplicação da responsabilidade civil objetiva nos casos de acidente e doença do trabalho decorrentes de uma atividade reconhecida como “atividade de risco”. Ainda, estuda-se uma decisão recente do Tribunal Superior do Trabalho – TST – em que se verifica tanto a aplicabilidade da responsabilidade civil objetiva, como a existência de elementos que justificariam a utilização do instituto do monitoramento médico (*medical monitoring*).

A metodologia escolhida é de natureza qualitativa, do tipo bibliográfica e documental, em que inicialmente serão estudadas as principais bases teóricas que fundamentam o conceito de risco, a Teoria do Risco e o instituto do monitoramento médico (*medical monitoring*), bem como àquelas que justificam a aplicabilidade da Teoria do Risco no Direito no Trabalho

brasileiro. Ao final, tais concepções teóricas serão justificadas pela análise documental da decisão judicial proferida pelo Tribunal Superior do Trabalho – TST.

2 O DIREITO, A TEORIA DO RISCO E UMA DEFINIÇÃO DE MEDICAL MONITORING

Os processos de produção nas indústrias podem ser bastante lesivos a saúde dos trabalhadores, como explica Beck (1997, p. 34-35) diante da utilização de materiais tóxicos ou da liberação de resíduos tóxicos no processo. Considerando a produção em massa da era pós-industrial, proporcionada por tecnologias avançadas que permitem uma ampla transformação de materiais, os riscos de contaminação também crescem. Vivemos em uma era de riscos decorrentes do estresse, da radiação e da contaminação por elementos químicos, que são distribuídos conforme as funções exercidas pelos trabalhadores.

Desse modo, Kanner (1997, p. 174) sustenta que as novas tecnologias, como as utilizadas na indústria, criaram situações de danos sem precedentes que atualmente são confrontados em ações de responsabilidade civil de massas, o que impacta a distinção tradicional do pensamento liberal clássico entre Direitos Público e Privado. A ideia de indivíduos atomizados tem dado lugar para uma visão mais interconectada e reforçada pelo Direito Público.

Consoante Magalhães (2009, p. 735-736), a palavra “risco” surgiu com a modernidade e seu conceito disseminou-se como categoria sociológica. Inicialmente, o risco foi considerado como o oposto de segurança, de modo que se pensava que a criação de mais segurança poderia eliminar o risco. Hoje, no entanto, considera-se que o risco existe quando há possibilidade de decisões causarem danos futuros.

A constatação de que a alternativa ao risco é o perigo, e não a segurança, foi feita por Luhmann (1992, p. 37), o qual afirma que o termo “risco” refere-se à possibilidade da ocorrência de um dano como consequência de uma decisão. Por outro lado, quando o possível dano provém de fatores externos, atribuídos, assim, ao meio ambiente, fala-se em perigo. Essa é a noção contemporânea de risco para a sociologia, o que admite que a produção de riscos pode ocorrer apenas na sociedade, pois decisões somente podem ser tomadas dentro dela. Partindo dessa concepção de risco e perigo, Luhmann (1992, p. 84) trata da prevenção contra danos futuros, por meio da qual se pode diminuir a probabilidade de ocorrência desses danos ou, ao

menos, reduzir suas dimensões diante circunstâncias de inevitabilidade. Diante disso, o autor aponta que há uma transição do ponto de vista dos observadores das relações sociais:

El concepto de riesgo permanece entonces abierto en los aspectos señalados y constituye, por así decirlo, un punto de tránsito para la observación de las relaciones sociales, así como para su transformación histórica. Sin embargo, el concepto de riesgo se encuentra claramente distinguido del concepto de peligro, es decir, en relación al caso en el que los daños futuros no se vean como consecuencias de una decisión, sino que tengan una atribución externa.¹ (LUHMANN, 1992, p. 84)

De acordo com Luhmann (2016, p. 741-791), o Direito é um sistema parcial da sociedade, e tem como função a sustentação e a confirmação das adaptações sociais ao seu entorno, o que ocorre mediante a estabilização das expectativas surgidas nos diversos âmbitos sociais. O Direito confirma as adaptações sociais às novas realidades que levam a novos conflitos e expectativas. Transformações sociais, como aquelas decorrentes da noção de risco que emergiu no período pós-industrial, influenciam a percepção do ser humano em relação ao mundo que o circunda. Isto é, ocorre o que pode ser denominado, nas palavras de Luhmann (1992, p. 84) “punto de tránsito para la observación de las relaciones sociales²”.

As observações dessa nova realidade (dos riscos sociais) são traduzidas em signos mediante um processo de significação e, conseqüentemente, as comunicações (células da sociedade) passam a conter novas informações. No momento em que ocorrem alterações das células sociais, os elementos sociais variam. Essas variações são selecionadas pelos códigos dos diversos sistemas parciais sociais, o que transforma a estrutura desse sistema e do sistema social como um todo, de qual ele faz parte. Assim, considera Luhmann (2016, p. 323) que, ao fim desse processo, o sistema social se reestabiliza.

Entre as conseqüências das novas tecnologias industriais, há o contato de pessoas com substâncias tóxicas, o que gera situações de risco, que extravasam os limites temporais e espaciais, levando a uma profunda transformação social. Conseqüentemente, essas transformações atingem também o sistema do Direito. Nos casos de ilícitos tóxicos, Carvalho (2017, p. 322) ensina que é difícil demonstrar o nexo entre uma conduta, a exposição tóxica em larga escala, e o desenvolvimento de determinadas doenças. Ainda que a vítima consiga demonstrar a causalidade genérica, é muito mais complicado demonstrar a causalidade específica que comprove a possibilidade de desenvolvimento de uma doença específica em um

¹ “O conceito de risco permanece, então, aberto nos aspectos indicados e constitui, por assim dizer, um ponto de trânsito para a observação das relações sociais, assim como para a sua transformação histórica. No entanto, o conceito de risco encontra-se claramente distinto do conceito de perigo, isto é, em relação ao caso em que os danos futuros não se vejam como conseqüências de uma decisão, mas que tenham atribuição externa”. Tradução nossa.

² “Ponto de transição para a observação das relações sociais”. Tradução nossa.

indivíduo específico. Acontece que doenças decorrentes de exposição a toxinas podem ter um período de latência, o que significa que não há lesões demonstráveis pelo indivíduo por meio de exames médicos, mas sim o risco de desenvolvê-las.

Diante dessa situação, juristas, como Farber (2014, p. 264), começaram a se perguntar se atores que foram expostos a substâncias tóxicas e passaram a correr riscos consideráveis de desenvolver certas doenças em decorrência da exposição têm direito a alguma tutela jurisdicional apesar de não apresentarem sintomas clínicos de lesões físicas.

Nesse sentido, Carvalho (2017, 322) esclarece que ao se deparar com demandas referentes a exposições a agentes tóxicos e ao risco de desenvolvimento de doenças, o Direito norte-americano tem determinado que, mesmo mediante responsabilidade civil extracontratual (*tort liability*), surgem deveres de agir para atores considerados culpados por contaminações. Esses deveres têm se dado na forma de compensação por gastos com monitoramento médico (*medical monitoring*) antes de se desenvolverem quaisquer sintomas nos autores.

Conforme Joffe (2009, p. 666), até meados dos anos 1980, o Direito norte-americano considerava que a ameaça de dano ainda não percebido não era causa de reivindicação a título de responsabilidade civil. Isso começou a mudar em 1984, quando o Tribunal de Apelações dos Estados Unidos para o Distrito de Colúmbia recebeu uma ação ajuizada por *Friends for All Children*³ contra a empresa de aviação *Lockheed Aircraft Corp.* A ação versava sobre a queda de um avião da *Lockheed* que transportava órfãos do Vietnã do Sul para os Estados Unidos. O *Friends for All Children* alegou que os órfãos sobreviventes à queda estavam propensos a sofrer prejuízos cerebrais específicos por causa da descompressão violenta e da perda de oxigênio ocorridas durante o acidente. O Tribunal deu provimento aos pedidos do autor para que o réu arcaasse com os custos de monitoramento médico para os órfãos. O entendimento foi de que os ferimentos não eram meramente especulativos, já que surgiram de um evento traumático específico.

Além disso, Joffe (2009, p. 667) explica que *Ayres vs. Township of Jackson*⁴ foi outra ação judicial emblemática que envolveu o monitoramento médico, com resolução em 1987. Aqui, moradores de uma cidade de Nova Jersey entraram na justiça requerendo o custeamento de monitoramento médico depois que um aterro operado pela cidade começou a vazar poluentes perigosos na água consumida pela população. Mesmo sem a exibição de danos decorrentes dos poluentes no momento do julgamento, a Suprema Corte de Nova Jersey deu causa ganha aos autores. Ao julgar essa ação, a Corte definiu que, para receberem a indenização de

³ “Amigos para Todas as Crianças”. Tradução nossa.

⁴ “Distrito de Jackson”. Tradução nossa.

monitoramento médico, os autores deveriam esclarecer, por meio de testemunhos de especialistas, o significado e a extensão da exposição a produtos químicos, a toxicidade dos produtos químicos, a gravidade das doenças que eles corriam risco de contrair, o aumento relativo na chance de aparecimento de doença por causa da exposição, e o valor do diagnóstico precoce. A definição desses elementos, ainda que eles fossem bastante subjetivos e inquantificáveis, serviu como base para que um grande número de Estados norte-americanos aceitasse o monitoramento médico.

Farber (2014, p. 264-265.) aponta que foram definidos, também, quatro tipos de situações relacionadas a potenciais danos futuros decorrentes de exposição a elementos químicos tóxicos: (a) o autor apresenta uma lesão física atual que pode se tornar uma doença mais grave; (b) o autor não apresenta qualquer lesão atual, mas houve o aumento risco de que ele desenvolva uma doença específica no futuro; (c) o autor, por causa da suscetibilidade a uma doença, sofre angústia emocional presente, como medo ou ansiedade, que pode ser acompanhado de sintomas físicos ou não; (d) o autor, por causa do incremento do risco, incorre ou deveria incorrer em despesas por monitoramento médico ou vigilância sobre o possível desenvolvimento de doença. O entendimento preponderante nas situações (a), (b) e (c), que são baseadas puramente em “incremento de risco” ou “angústia mental”, é de que não cabe compensação a menos que os autores demonstrem que o aumento da probabilidade da doença futura tenha sido maior que cinquenta por cento.

Para Abraham (2010, p. 1982), é frequentemente impossível quantificar os níveis de risco com precisão matemática. Parte do problema que dá causa à necessidade de monitoramento médico é justamente a indisponibilidade de dados confiáveis dos riscos resultantes da exposição, de modo que impor um requerimento inflexível de um nível de risco impossibilitaria muitos autores de receberem o que é de seu direito. Tendo isso em vista, a respeito das outras situações (d), o julgado *In re Paoli R.R. Yard PCB Litigation* decidiu que os autores de pedido de monitoramento médico deveriam demonstrar necessariamente:

- i) que foram expostos de forma significativa a substâncias comprovadamente perigosas por negligência do réu; ii) que, como resultado próximo, o autor era vítima de um aumento do risco de contrair doença latente grave; iii) que esse incremento do risco tornou os exames médicos sensatamente necessários; e iv) que diagnósticos e tratamento precoces da doença eram possíveis (FARBER, 2014, p. 265).

Joffe (2009, p. 669-671) afirma que, em 1997, as concessões de monitoramento médico sem lesão encontraram um óbice significativo, pois a Suprema Corte dos Estados Unidos analisou pela primeira vez a questão e posicionou-se contrariamente. Foi o caso *Metro-*

North Commuter R.R. Co. v. Buckley, em que um trabalhador ferroviário que lidava frequentemente com amianto, ao descobrir sobre as propriedades cancerígenas do material, entrou com um processo demandando que o empregador lhe custeasse exames preventivos. A Corte, contudo, negou a concessão pleiteada pelo demandante por causa (a) da ausência de impacto físico como em *Friends for All Children*, (b) do receio de um alto nível de contencioso sobre a matéria, (c) da possível incapacidade de os especialistas chegarem a um acordo sobre os exames necessários, (d) da preocupação de que as indenizações de monitoramento médico resultassem em ganhos extraordinários para demandantes cobertos por seguros. Essa decisão não proibiu que os Estados continuassem a conceder o monitoramento médico, mas, depois dela, notou-se uma diminuição do número concessões.

Porém, Joffe (2009, p. 669-671) explica que, mesmo depois de Metro-North, muitos Estados continuaram permitindo o monitoramento médico. Dentre eles destaca-se *Lewis v. Lead Indus. Ass'n, Inc.*, ajuizada devido à exposição dos filhos dos demandantes a altos níveis de pigmentos de chumbo em tintas, material utilizado no processo de fabricação. A Corte de Apelação de Illinois decidiu condenar o fabricante a custear o monitoramento médico ao entender que as lesões alegadas no pedido de indenização eram os custos dos exames necessários para verificar a existência de possível doença latente.

O entendimento desse tribunal é bastante interessante, pois considera que os danos são os custos decorrentes da necessidade de realização de exames médicos que não seriam necessários se não tivesse havido a exposição tóxica causada pelo condenado. Assim, se o fabricante agiu com culpa ao expor pessoas a substâncias tóxicas, é justo que ele pague pelos exames que os indivíduos não precisariam realizar caso não tivessem sido expostos.

Abraham (2010, p.1976) explica que o monitoramento médico pode ser definido como um remédio judicial para o custeio de exames de diagnóstico médico e outras medidas pré-terapêuticas designadas para determinar se um indivíduo exposto a substâncias tóxicas corre o risco de contrair uma doença ou uma condição enferma relacionada à exposição. A responsabilidade por custos de monitoramento médico é uma forma nova e distinta de responsabilidade apenas para demandantes que ainda não sofreram nenhum dano físico. De acordo com Joffe (2009, p. 665), a finalidade é a detecção precoce de doenças, tendo em vista maiores chances de cura e menores custos de tratamento. A esse respeito, Beeler e Sappenfield defendem que:

Monitoring is indicated, generally, when the patient is at sufficiently increased risk for (the disease being monitored) that one believes the potential benefits will outweigh the costs and potential risk of monitoring. That implies that the benefits of detecting the feared event before it has developed to the point of

being obvious clinically must be sufficient to justify monitoring. For this to be true, obviously, the event itself must be serious enough, if untreated, to justify the treatment; and early treatment must be beneficial.⁵ (BEELER, SAPPENFIELD, 1987, p. 286)

Schwartz, Lorber e Laird (2005, p. 353) explicam que esse é o motivo por que as comunidades científicas e médicas têm a visão de que o monitoramento médico (*medical monitoring*) é apropriado quando apenas quando há a possibilidade de detecção da doença antes de o paciente ter sintomas. Eles sustentam que:

Health scientists note, “[i]f the health condition is not detected before a worker would seek help anyway (e.g., when the worker becomes symptomatic), then medical surveillance has no additional preventive benefit.”⁶ (SCHWARTZ, LORBER, LAIRD, 2005, p. 353)

Em relação ao pagamento dos exames para monitoramento médico (*medical monitoring*) por parte do condenado, Farber (2014, p. 265) afirma que, em alguns casos, as partes e os tribunais optaram pelo pagamento em quantia fixa (o chamado *lump sum*), algo que foi desaprovado no caso Metro-North, já que o pagamento da totalidade dos custos de monitoramento possibilita que o montante de dinheiro seja usado para outras finalidades que não o custeio de despesas médicas. Joffe (2009, p. 680) observa que um caso de uso indevido do dinheiro ocorreu em *Ayres vs. Township of Jackson*, em que alguns autores sequer consultaram médicos depois de receberem a quantia fixa.

Segundo Farber (2014, p. 265-266), em outros casos, as partes e os tribunais optaram pelo pagamento regular das despesas de monitoramento médico, sendo o dinheiro depositado em um fundo que fica sob o controle do réu e a supervisão do tribunal. Joffe (2009, p. 688) observa que esse é o modelo de *Friends for All Children*, e defende que é o mais adequado para o custeio do monitoramento, pois possibilita que, depois da concessão dos prêmios por um tribunal, um painel de especialistas determine os exames de diagnóstico necessários para cada autor – ainda sejam membros de uma mesma classe de demandantes. Com isso, o sujeito para quem foi elaborado um esquema de diagnóstico individualizado (individualização que evita a realização de uma série de exames inúteis e que incrementariam os gastos do réu) receberia do

⁵ “O monitoramento é indicado, geralmente, quando o paciente está em risco suficientemente elevado para (a doença sendo monitorada) ele acredite que os benefícios potenciais superarão os custos e o risco potencial de monitoramento. Isso implica que os benefícios de detectar o evento temido antes que ele se desenvolva a ponto de ser clinicamente óbvio devem ser suficientes para justificar o monitoramento. Para que isso seja verdade, obviamente, o evento em si deve ser sério o suficiente, se não for tratado, para justificar o tratamento; e o tratamento precoce deve ser benéfico”. Tradução nossa.

⁶ “Os cientistas da saúde observam que “se a condição de saúde não for detectada antes de um trabalhador procurar ajuda de qualquer maneira (por exemplo, quando o trabalhador se torna sintomático), a vigilância médica não tem nenhum benefício preventivo adicional”. Tradução nossa.

painel de especialistas um vale que lhe daria o direito de retirar do fundo apenas a quantia de dinheiro correspondente aos custos dos exames médicos determinados.

Como observado acima, os avanços tecnológicos implicam o aumento dos riscos e criam novas situações de danos, inclusive de lesões latentes, as quais podem se manifestar apenas no futuro, criando um grande problema para comprovação de causalidade. Mas, se por um lado o desenvolvimento tecnológico cria novos problemas e transforma as relações jurídicas, por outro ele pode auxiliar a resolver essas situações. Farber (2014, p. 266) explica que os avanços na biologia molecular e na genética podem transformar nossas concepções tradicionais de risco e dano. Novas tecnologias podem permitir que identifiquemos a progressão expansiva de efeitos biológicos entre a exposição a substâncias tóxicas e o desenvolvimento pleno de uma doença.

Desse modo, os tribunais poderão se ver diante de situações em que precisarão reconsiderar o local no “continuum exposição-doença” em que um dano remediável ocorreu, tendo em vista que algum novo marcador biológico poderá mostrar, antes do aparecimento de qualquer sintoma físico visível, que a integridade do corpo fora comprometida. Ademais, novas tecnologias podem afetar a visão da sociedade a respeito do grau de cuidado necessário no manejo e despejo de substâncias perigosas e da extensão da necessidade de limpeza de áreas já contaminadas.

Isso converge com a compreensão de Giddens (2003, p. 34) de que o risco tem aspectos positivo e negativo, que têm se manifestado desde o início da era industrial. Para ele, o risco é a dinâmica mobilizadora de uma sociedade propensa à mudança. Conforme Giddens (2003, p. 44-45), queremos reduzir o tanto quanto possível riscos como aqueles que afetam a saúde, entretanto, a dinamização da economia e a inovatividade da sociedade em uma era global exige que enfrentemos situações de riscos, os quais precisam ser sempre disciplinados.

Nesse sentido, Schwartz (2009, p. 121) afirma que a inovação e o desenvolvimento não devem ser barrados, e sim trazidos a um nível de confiança para que a indeterminação seja relativizada e os riscos mitigados. Por isso, o risco, próprio da sociedade tecnológica não deve ser temido, pois é imanente ao sistema social e condição para o seu desenvolvimento. No entanto, a reflexão a respeito da atuação do sistema jurídico é tornada premente ante as expectativas criadas pelas novas situações.

Carvalho (2017, p. 151) explica que os riscos industriais são denominados “calculáveis” ou “concretos”, pois podem ser avaliados a partir dos conhecimentos científicos e técnicos atuais. As atividades industriais, assim, podem ter suas consequências calculadas. O

autor ressalta, ainda, a aplicabilidade do Princípio da Prevenção ante a possibilidade de previsão científica:

Os riscos concretos são, na verdade, consequências nocivas de uma determinada atividade ou técnica, cujo conjunto de causalidades é provável e calculável pelo conhecimento científico vigente. Os riscos característicos da industrialização clássica também são espécies perceptíveis ao sentido humano e, geralmente, mantêm-se limitados a determinadas classes sociais, ou mesmo territorialmente. Desta forma, a estes riscos se aplica o Princípio da Prevenção, consistindo em uma orientação principiológica mais centralizada na previsibilidade científica dos riscos oriundos de uma formatação social maquinista-industrial. (CARVALHO, 2017, p. 151)

Carvalho (2017, p. 180) sustenta que o Princípio da Prevenção “pode ser sintetizado na ideia de *agir antecipadamente* frente à existência de riscos com probabilidades e magnitude conhecidas”. Carvalho explica que esse princípio “estabelece a prioridade da adoção de *medidas preventivo-antecipatórias* em detrimento de *medidas repressivo-mediadoras*”.

3 A APLICABILIDADE DA TEORIA DO RISCO E DO MEDICAL MONITORING NO DIREITO DO TRABALHO BRASILEIRO

No tópico que se inicia, será analisada a aplicabilidade da Teoria do Risco e o instituto do monitoramento médico (*medical monitoring*) no Direito do Trabalho brasileiro como fundamentos para a proteção ao trabalhador. Para tanto, cumpre-se estabelecer um paralelo entre a finalidade dos institutos citados e do próprio Direito do Trabalho, haja vista que estão inseridas nas suas origens a lógica da prevenção do risco e da preservação do indivíduo.

O Direito do Trabalho, como salientam Oliveira e Dorneles (2016, p. 24), tem como finalidade a preservação do trabalhador, tanto no sentido de proteção da pessoa como de promoção de melhoria de sua condição social, “o que se justifica pelo contexto de seu surgimento: grandes índices de exploração da classe trabalhadora e o reconhecimento da desigualdade de classes (a ‘questão social’)”. Ademais, diante das particularidades das relações de trabalho em que o trabalhador é a pessoa que tem sua saúde colocada em risco, o Princípio da Proteção é fundamental a este ramo jurídico, como se identifica abaixo:

Na relação de trabalho, o trabalhador, ao contrário do empregador, não arrisca o patrimônio, arrisca a pele. E foi, desde logo, para salvar esta última que o direito do trabalho se constituiu. Quer dizer: para afirmar um imperativo de segurança no trabalho. a segurança das pessoas, ou seja, a sua segurança física, é um princípio fundamental do Estado de Direito – i.e. de uma sociedade “civilizada” ora os princípios do direito civil das obrigações não interfere numa situação em que os indivíduos já não são senhores do seu corpo, em que este se torna uma fonte de energia inserida numa organização material concebida por outrem. O Direito do Trabalho teve como primeiro objeto suprir

essa falha do direito civil dos contratos e, portanto, “civilizar” as relações de trabalho, estendendo ao interior das empresas o princípio da segurança das pessoas. Esta ideia de segurança física foi, e continua a ser, o coração do Direito do Trabalho. (SUPIOT, 2016, p.92-93)

O Direito do Trabalho, portanto, funda-se no dever de segurança do trabalhador, na proteção de sua vida, uma vez que o trabalhador arrisca sua pele, enquanto o empregador possui os riscos do patrimônio material. Assim, o Princípio da Proteção do trabalhador, como salientam Hohendorff, Coimbra e Engelman (2016, p.160), enseja um tratamento jurídico especial, diante das condições de risco em que se encontram determinadas atividades laborais. Nesse sentido, Cavalieri Filho (2012, p.155) ressalta que, nas relações de trabalho, o dever jurídico violado é o “dever de segurança que a lei estabelece, implícita ou explicitamente, para quem cria o risco para outrem”.

No tocante a preocupação acerca do risco nas relações de trabalho, verifica-se que a Teoria do Risco é utilizada pela doutrina e jurisprudência a fim de justificar a aplicabilidade da responsabilidade civil objetiva do empregador. A responsabilidade civil objetiva também é intitulada pelo autor Cavalieri Filho (2012, p. 150-151) de “responsabilidade pelo risco”, que sustenta que a origem de sua aplicação corresponderia, em síntese: “a revolução industrial do século passado, o progresso científico e a explosão demográfica que nele ocorreram como sendo os principais fatores que ensejaram nova concepção da responsabilidade civil”.

Além disso, Cavalieri Filho (2012, p.151) afirma que a noção de culpa como fundamento da responsabilidade se tornou insuficiente, pois, em decorrência das novas formas de trabalho baseadas na utilização de máquinas, o número de acidentes do trabalho também cresceu e “não só em razão do despreparo dos operários mas, também, e principalmente, pelo empirismo das máquinas então utilizadas, expondo os trabalhadores a grandes risco”.

Assim, pelo fato de a Teoria do Risco consubstanciar a aplicação da responsabilidade civil objetiva nas relações de trabalho, Cavalieri Filho (2012, p.152) sustenta que “os juristas, principalmente na França, conceberam a Teoria do Risco, justamente no final do século XIX, quando o desenvolvimento industrial agitava o problema da reparação dos acidentes do trabalho”. Salienta também o autor que a doutrina do risco considera que todo o prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e, portanto, reparado por ele, independentemente de ter agido com culpa ou não. Logo, independente da intenção do autor, o fato de existir o risco já é motivo para se considerar uma probabilidade de dano.

Dessa forma, Cavalieri Filho (2012, p. 153-155) elenca cinco modalidades de risco inerentes à responsabilidade objetiva, as quais, em síntese, pressupõem: a *Teoria de Risco Proveito*, “responsável é aquele que tira proveito da atividade danosa, com base no princípio de

que, onde está o ganho, aí reside o encargo”, e, nesse caso, a vítima teria que provar o proveito do responsável; a *Teoria do Risco Profissional* condiciona o dever de indenizar sempre que “o fato prejudicial é uma decorrência da atividade ou profissão do lesado” e, ainda, o autor salienta que “foi desenvolvida especificamente para justificar a reparação dos acidentes ocorridos com os empregados no trabalho ou por ocasião dele, independentemente da culpa do empregador”; a *Teoria do Risco Excepcional* considera o dever de indenizar ainda que o dano seja consequência de atividades que não sejam comuns na rotina da vítima, citando, como exemplo, casos de rede elétrica de alta tensão e de materiais radioativos; a *Teoria do Risco Criado* é similar à do risco-proveito, contudo, não é necessário que a vítima comprove o proveito por parte do responsável, mas somente que comprove a relação entre a atividade e o risco criado; e, por fim, na *Teoria do Risco Integral*, “o dever de indenizar se faz presente tão só em face do dano, ainda nos casos de culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou de força maior. Dado o seu extremo, o nosso Direito só adotou essa teoria em casos excepcionais [...]”.

A legislação brasileira recepcionou a Teoria do Risco em sua modalidade de risco criado no Código Civil de 2002 – CC/02, especificamente no artigo 927⁷. A respeito do risco criado, Betotti (2014, p.112) sustenta que é uma modalidade “mais abrangente, inclusive no que concerne ao Direito do Trabalho, pois, diferentemente da Teoria do Risco-Proveito, não engloba apenas os casos de acidente do trabalho”. No tocante a tal modalidade inserida no artigo 927 do CC/02, Dallegrave Neto (2010, p.114) também se posicionou acerca da extensão da teoria nas relações trabalhistas:

Tal dispositivo contempla a teoria do risco criado, a qual atinge todos os casos em que a atividade empresarial normalmente desenvolvida implicar, por sua própria natureza, riscos aos seus empregados. São situações especiais que refogem à regra geral de responsabilidade subjetiva e, portanto, justificam o enquadramento na responsabilidade objetiva. (DALLEGRAVE NETO, 2010, p.114).

Conforme Betotti (2014, p.112-113) analisa, duas outras modalidades da Teoria do Risco são utilizadas pela doutrina brasileira a fim de justificar a aplicação da responsabilidade objetiva do empregador, sendo elas as Teorias do Risco profissional e do Risco Integral. A primeira modalidade, defendida por Dallegrave Neto, seria ainda mais ampla que a do risco criado, pois se estenderia a todos os empregados, e não apenas àqueles que laboram em

⁷ Artigo 927 do Código Civil de 2002: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em 04/09/2018.

atividades perigosas. Já a segunda, defendida por Valdete Souto Severo e Almiro Eduardo de Almeida, considera que, pelo teor do artigo 2º da Consolidação das Leis Trabalhistas - CLT e do Princípio da Proteção, não seria possível admitir outra senão a responsabilidade civil objetiva do empregador, haja vista que o próprio artigo é expresso quanto ao empregador assumir os riscos da atividade econômica. Por outro lado, na leitura do mesmo artigo, Bertotti (2014, p.2013) refere que o Dallegrave Neto entende que neste caso deveria se justificar pela Teoria do Risco Proveito e não do Integral, pois estaria se considerando apenas os danos sofridos em razão da execução do contrato de trabalho.

Cabe salientar que a doutrina brasileira não é pacífica acerca da aplicação da responsabilidade civil objetiva, haja vista que ainda existe o entendimento de adoção da responsabilidade civil subjetiva mesmo nos casos de atividade de risco. Ou seja, nesses casos existiria a necessidade de comprovação de culpa ou dolo do empregador referente ao dano sofrido pelo trabalhador. Todavia, nesse estudo, optou-se por seguir os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais que acolhem a responsabilidade civil objetiva do empregador, visto que ela está em consonância com a Teoria do Risco anteriormente estudada, bem como é recepcionada tanto pela legislação constitucional como infraconstitucional. Nesse sentido, passa-se a análise dos incisos XXII e XVIII, do artigo 7º da Constituição Federal Brasileira de 1988 – CF/88:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:[...]
XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança; [...]
XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa; [...]. (BRASIL,1988)

Inicialmente, frisa-se o conteúdo do *caput* do artigo supracitado, que estabelece logo nas primeiras palavras os destinatários dos direitos referidos em tal artigo: “são direitos dos trabalhadores”. Logo, como Souto Maior (2004, p. 97-112) argumenta, a defesa realizada por parte da doutrina e da jurisprudência de que o inciso XXVII pressupõe uma responsabilidade civil subjetiva do empregador - pois indica a existência de dolo ou culpa - é facilmente derrubada diante de argumentos extraídos do próprio positivismo jurídico, pelos quais se conclui que se trata de uma garantia ao trabalhador e não ao empregador e, ainda:

Apoiando-se a técnica sistemática, não se pode esquecer que o inciso XXVIII, em questão, deve ser interpretado em consonância com o “caput” do artigo no qual está inserido (art.7º) d’onde se entende que as normas relacionadas nos incisos que abarca são “garantias dos trabalhadores urbanos e rurais” e que essas garantias não excluem outras que “visem à melhoria de sua condição social”. E, por óbvio, a declaração da responsabilidade objetiva dos

empregadores constitui a ampliação da proteção da integridade física dos trabalhadores. (SOUTO MAIOR, 2004, p.97-112)

Em consonância com esse entendimento, Dallegrave Neto (2010, p.113) afirma que, pelo exercício hermenêutico do conteúdo do artigo 7º da CF/88, conclui-se que as disposições presentes nele correspondem a um “*minus* de proteção ao trabalhador e nunca como diques ou limitações de direitos sociais”. Ademais, o autor salienta que o próprio Supremo Tribunal Federal - STF⁸, em julgamento que teve como relator o então Ministro Joaquim Barbosa, quando apreciou a ADI nº 639/DF, declarou em seu voto que “o acidente do trabalho é regulado, em última análise, para assegurar a dignidade do trabalhador no momento em que não possui capacidade efetiva de trabalho (e que) o rol de garantias do art. 7º da CF/88 não esgota a proteção aos direitos sociais”. Consoante, aduz ainda que:

Importa sublinhar que a configuração da culpa patronal, no campo dos acidentes do trabalho, ocorre em um plano objetivo. Vale dizer, não se está em jogo a conduta odiosa ou moralmente reprovável do sujeito (concepção subjetiva) mas o simples descumprimento de obrigações contratuais e legais (infelizmente) ou do dever de prevenção de acidente (concepção objetiva). (DALLEGRAVE NETO, 2010, p.104)

Ainda referente ao inciso XXVIII do artigo 7º da CF/88, é preciso aludir o conteúdo do já referido artigo 927 do CC/02, haja vista que, em tal dispositivo, resta explícito que, nos casos de atividades com risco inerente, não há que se considerar a culpa do autor para fins do dever de indenizar, ou seja, a responsabilidade civil objetiva deverá ser considerada. Assim, em soma aos argumentos apresentados acima, Souto Maior (2004, p.97-112) destaca que:

Ora, não se pode negar a pertinência da inserção das regras dos artigos 186, 187 e 927 na esfera trabalhista, pois que se trata de dispositivos pertinentes à teoria geral do direito e das obrigações, perfeitamente compatível com o direito do trabalho, ainda mais depois da alteração principiológica sofrida pelo direito civil, com influência do Código de Defesa do Consumidor. (SOUTO MAIOR, 2004, p.97-112)

O entendimento doutrinário exposto é verificado também na prática, ou seja, nos julgamentos de ações trabalhistas, sendo identificado nas decisões do Tribunal Superior do Trabalho - TST. Portanto, verifica-se que assim como a doutrina evolui seu entendimento acerca da necessidade de criar mecanismos que acompanhem as transformações sociais e que,

⁸ Esclarece-se que em 20/02/2017, o STF reconheceu a existência de repercussão geral na matéria tratada no Recurso Extraordinário (RE) 828040, que discute a natureza jurídica da responsabilidade do empregador na reparação de danos a empregado vítima de acidente de trabalho, tendo em vista o disposto no artigo 7º, inciso XXVIII, da Constituição Federal, que prevê a obrigação de indenizar quando há dolo ou culpa. Até o momento, o STF ainda não publicou a decisão.

Informações disponíveis em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=336574>> e <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4608798>>. Acesso em 04/09/2018.

consequentemente, protegem de maneira mais eficiente os trabalhadores dos riscos derivados dessas novas tecnologias e formas de trabalho, a jurisprudência também acompanhou tal evolução, tendo acolhido a responsabilidade civil objetiva e a aplicado nos casos de doença ocupacionais e acidentes do trabalho decorrentes de atividades de risco. Esse entendimento é identificado em decisão recente do TST, a qual se passa a analisar, cuja publicação ocorreu em 25 de abril de 2018, demonstrando que os requisitos que justificam a aplicação da responsabilidade civil objetiva com base na Teoria do Risco são utilizados por esse tribunal atualmente.

A decisão da 7ª Turma do TST manteve a condenação proferida pelo Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região que condenou a empregadora responsável pela doença ocupacional derivada da contaminação do trabalhador pelo químico mercúrio. Cumpre destacar alguns elementos que corroboraram com a responsabilização da empregadora: a) os laudos periciais produzidos neste caso concluíram que a contaminação sofrida pelo trabalhador teria sido identificada ao longo do contrato de trabalho, e que na ocasião, a empregadora teria afastado o trabalhador do setor ao qual este trabalhava; b) o laudo pericial também concluiu que, em casos de contaminação por mercúrio, eventuais doenças poderiam demorar até 10 (dez) anos para se manifestarem. Frente a tais elementos, os julgadores da 7ª Turma do TST, inicialmente, justificaram a aplicabilidade da responsabilidade civil objetiva, referindo que:

[...] Já do ponto de vista do risco gerado pela própria natureza da atividade, a responsabilidade não dependerá da comprovação da culpa. Aqui, a preocupação é focada no dano sofrido pela vítima. Nesse caso, há uma desigualdade processual entre as partes, tornando difícil para a vítima encontrar meios de instruir a causa e obter o seu direito ao ressarcimento. Muitas vezes, não há culpados e, pelos princípios da equidade e solidariedade, o mais apto economicamente - em termos de custo-benefício - deverá ressarcir àquele que sofreu prejuízo. O art. 927 do Código Civil estabelece que se alguém agiu de forma ilícita deve reparar o dano causado a outrem, e o seu parágrafo único vem excepcionar o elemento subjetivo (culpa), quando a lei determinar ou a atividade desenvolvida, por sua natureza, ocasionar risco a outrem. [...]. Ensina o professor Nelson Rosenvald que: A teoria do risco é explicitamente adotada pelo Estatuto da Cidadania (artigo 927, parágrafo único) como fato gerador da obrigação de reparação de danos.(...) Atualmente, em diversas atividades reputadas como perigosas, a obrigação de indenizar não mais se assenta no pressuposto da ilicitude, e sim no resultado lesivo que deve ser assumido por quem introduziu a atividade potencialmente capaz de causar danos a uma coletividade de pessoas. O legislador procura tutelar o interesse geral, em face dessas atividades perigosas, introduzindo, *objetivamente*, o dever de indenizar, independentemente de qualquer cogitação sobre a esfera subjetiva determinante da conduta. (ROSENVALD, Nelson. Direito das obrigações. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 97). *In casu*, ficou provado que o organismo do empregado apresentava níveis elevados do mercúrio, o que levou ao seu

afastamento do setor em que trabalhava, pois as atividades desempenhadas se relacionavam com o contato direto com a referida substância [...].(TST, 2018).

Outros fatos também foram apontados a fim de justificar a responsabilização objetiva da empregadora, tais como as informações presentes na Norma Regulamentadora nº 15 do Ministério da Saúde e Emprego -MTE⁹ que identifica o agente químico mercúrio (em todas as suas formas, exceto orgânica) como em grau máximo de insalubridade, sendo, portanto, altamente prejudicial à saúde do trabalhador exposto. Disso, pode-se verificar que a atividade do trabalhador era de risco e que inclusive a contaminação era um dano previsível.

Tais elementos identificados na decisão corroboram não só com o entendimento de aplicação da Teoria do Risco mediante a responsabilidade civil objetiva nos julgamentos de ações trabalhistas, mas, também, proporcionam a análise da seguinte problemática: seria possível a aplicabilidade do instituto do monitoramento médico (*medical monitoring*) nesse caso ou, ainda, em casos similares?

Como referido em tópico anterior, o monitoramento médico (*medical monitoring*) é um instituto utilizado pelo Direito norte-americano que atua pelo Princípio da Prevenção e Reparação, ou seja, tanto antes como depois do trabalhador desenvolver os sintomas da doença originada por contaminação de agentes tóxicos, entende-se que há responsabilidade do agente causador desse risco/dano – no caso os empregadores – mediante o custeio com monitoramento médico a esse trabalhador.

Importante destacar que, na decisão estudada, o instituto do monitoramento médico não foi aplicado, inclusive pelo fato de que a doença já era um dano presente ao trabalhador. Contudo, os elementos do caso são compatíveis aos requisitos atribuídos ao monitoramento médico pelo Direito norte-americano, pois, como esclarece Assis Junior (2010, p.191), “a probabilidade de que a doença possa se desenvolver” e “a toxicidade do produto ao qual foram expostas as vítimas”, juntamente com a existência de perícia que constatasse “criação ou aumento do risco de desenvolvimento de patologia” seriam os critérios utilizados para o deferimento do monitoramento médico (*medical monitoring*).

Nesse sentido, os elementos presentes na decisão analisada seriam suficientes a fundamentar a existência da responsabilidade da empregadora desde o início do pacto laboral do trabalhador, o que justificaria a condenação dela ao custeio de despesas de monitoramento médico, diante da previsibilidade do risco de contaminação bem como da toxicidade do agente

⁹ Esclarece-se que esta Norma Regulamentadora nº 15 do Ministério do Trabalho e Emprego estabelece um rol de atividades ou operações as quais são consideradas de natureza insalubre. Disponível em: <<http://trabalho.gov.br/images/Documentos/SST/NR/NR15/NR-15.pdf>>. Acesso em 09/09/2018.

químico. Ademais, tal prática preventiva poderia, inclusive, auxiliar a empregadora na busca por alternativas mais efetivas para a segurança de seus trabalhadores, bem como fornecer informações importantes aos órgãos de fiscalização (Ministério do Trabalho e Emprego¹⁰) referentes às atividades laborais que envolvem tal agente químico.

4 CONCLUSÕES FINAIS

A ampliação dos riscos decorrente das tecnologias avançadas da era pós-industrial desencadeou transformações sociais e jurídicas ante os novos problemas criados justamente pelas decisões tomadas no âmbito social. Entre os novos riscos criados pelos avanços das tecnologias industriais, insere-se o risco de exposição de pessoas a substâncias tóxicas. Diante disso, surgiram casos de ilícitos tóxicos, em que há grande dificuldade de demonstração do nexo causal específico entre condutas ilícitas e suas consequências, uma vez que doenças decorrentes do contato com toxinas podem ter um período de latência que impossibilita a demonstração de danos atuais que possam ter sua existência comprovada por exames médicos.

Em meio a essa realidade, o Direito norte-americano tem assimilado a possibilidade de compensação por gastos com monitoramento médico (*medical monitoring*) em casos de demandas judiciais que buscam a compensação por gastos gerados pela necessidade de realização de exames médicos de diagnóstico antes da manifestação de qualquer sintoma patológico. Nesses casos, ressalta-se a aplicabilidade do Princípio da Prevenção, conforme o qual é melhor evitar o desencadeamento de efeitos nocivos do que remediar suas consequências.

O Princípio da Prevenção assume posição fundamental no Direito do Trabalho, tendo em vista que uma das finalidades desse ramo do Direito é a preservação da saúde dos trabalhadores. No Direito Trabalhista brasileiro, houve a recepção da Teoria do Risco Criado mediante a utilização da responsabilidade civil objetiva, utilizada em casos em que a atividade empresarial implicar, devido à própria natureza, riscos aos empregados.

Tendo em vista as transformações sociais, a doutrina evoluiu seu entendimento acerca da necessidade da criação de mecanismos que acompanhem as mudanças. Esses mecanismos devem proteger de maneira mais eficiente os trabalhadores dos riscos derivados das novas tecnologias e formas de trabalho. A jurisprudência pátria, por sua vez, acompanhou essa

¹⁰ Esclarece-se que a Consolidação das Leis Trabalhistas - CLT em seu capítulo V “Da segurança e medicina do Trabalho” indica as atribuições de fiscalização quanto a esta matéria ao Ministério do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>. Acesso em 09/09/2018.

evolução e acolheu a responsabilidade civil objetiva, de modo a aplicar esse conceito a casos de doenças ocupacionais e acidentes de trabalho decorrentes de atividade de risco.

Como demonstrado, o TST já entendeu que o empregador é objetivamente responsável por doença ocupacional derivada da contaminação de trabalhadores por agente tóxico, contanto que haja a comprovação da exposição à substância contaminante e da possibilidade de desenvolvimento de doença. É importante ressaltar que houve o reconhecimento de que o estado de latência de determinada doença não impede a condenação a indenizar a vítima.

Diante desse entendimento, verifica-se a aplicabilidade do instituto do monitoramento médico (*medical monitoring*) no Direito Trabalhista brasileiro, mecanismo de ressarcimento que se mostra mais adequado para o reestabelecimento das condições anteriores ao dano, uma vez que cria condições de evitar a ocorrência de danos à saúde do trabalhador, focando-se em possibilitar o tratamento de sintomas em estágios iniciais de determinada doença em vez de buscar a remediação dos efeitos nocivos, os quais, muitas vezes, são descobertos em estágios que impossibilitam a realização de tratamentos eficazes.

REFERÊNCIAS

ABRAHAM, Kenneth S. **Liability for Medical Monitoring and the Problem of Limits**. In: Virginia Law Review, vol. 88, ago 2010, p. 1975-2002.

ASSIS JUNIOR, Luiz Carlos de. **RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DA CONTAMINAÇÃO DA PESSOA POR AGENTES TÓXICOS NA SOCIEDADE DO RISCO: reparando pelo risco atual de patologia futura**. (Dissertação de Mestrado da UFBA). Salvador, 2010. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/9319/1/LUIZ%20CARLOS%20DE%20ASSIS%20J%20C%20A%20JUNIOR%20-%20Disserta%C3%A7%C3%A3o.pdf>>. Acesso em 02/09/2018.

BECK, Ulrich. **Risk Society: Towards a New Modernity**. Trad. Mark Ritter. Los Angeles, Londres, Nova Deli, Singapura, Washington D.C.: Sage, 1992.

BEELER, Myrton F.; SAPPENFIELD Robert W. **Medical Monitoring: What Is It, How Can It Be Improved?** In: American Journal of Clinical Pathology, vol. 87, jul/ago 1986, p. 285-288. Disponível em: <<https://academic.oup.com/ajcp/article-abstract/87/2/285/1785972>>. Acesso em 06/09/2018.

CARVALHO, Délton Winter. **Gestão Jurídica Ambiental**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 10 ed, 2012.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Elementos da Responsabilidade Civil nos acidentes do trabalho**. Brasília: Revista TST, vol 76, nº 1, jan/mar 2010, p.99-124. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/13699/2010_dallegrave_neto_elementos_responsabilidade.pdf?sequence=4>. Acesso em 02/09/2018.

FARBER, Daniel. **Environmental law in a nutshell**. 9 ed. Saint Paul: West Academic Publishing, 2014.

GIDDENS, Anthony. **Mundo em Descontrole: o que a globalização está fazendo de nós**. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. 3. ed. Rio de Janeiro e São Paulo: Record, 2003.

HOHENDORFF, Raquel Von; COIMBRA, Rodrigo; ENGELMANN, Wilson. **As nanotecnologias, os riscos e as interfaces com o direito à saúde do trabalhador**. Brasília: RIL Brasília a.53, n.209, jan./mar.2016,p.151-172. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/520003/001063229.pdf>>. Acesso em 02/09/2018.

JOFFE, Adam P. **The Medical Monitoring: Ongoing Controversy and a Proposed Solution**. In: Chicago-Kent. Law Review. Vol. 84, abr 2009. p. 663-689. Disponível em: <<http://scholarship.kentlaw.iit.edu/cklawreview/vol84/iss2/11>>. Acesso em 06/09/2018.

KANNER, Allan. **The Politics of Toxic Tort Law**. In: Widener Law Symposium Journal, Vol. II, outono de 1997, p. 163-183. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1874928>>. Acesso em 06/09/2018.

KING, Michael; ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano. **A verdade sobre a autopoiese no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Trad. Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

_____. **Sociología del Riesgo**. Trad. Silvia Pappe, Brunhilde Erker, Luis Felipe Segura. Guadalajara: Universidad Iberoamericana, 1992.

MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. Verbete: **RISCO, Teoria do**. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (org.). Dicionário de Filosofia do Direito. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

OLIVEIRA, Cinthia Machado de; DORNELES, Leandro do Amaral D. de. **Direito do Trabalho**. 3ª Ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016.

SCHWARTZ, Victor E.; LORBER, Leah; LAIRD, Emily J.; **Medical Monitoring: The Right and the Wrong Way**. In: Missouri Law Review, vol. 70, nº 2, primavera de 2005. p. 349-385. Disponível em: <<https://scholarship.law.missouri.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3651&context=mlr>>. Acesso em 06/09/2018.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz . **A responsabilidade civil objetiva do empregador com relação a danos pessoais e sociais no âmbito das relações de trabalho**. Revista

Trabalhista (Rio de Janeiro), v. 3, p. 97-112, 2004. Disponível em: <<https://www.jorgesoutomaior.com/acidentes-do-trabalho.html>>. Acesso em: 02/09/2018.

SUPIOT, Alain. **Crítica do Direito do Trabalho**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016.

TST. Decisão judicial proferida no processo TST-AIRR-600-97.2006.5.02.0432, publicada em 25/04/2018. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=AIIR%20-%20600-97.2006.5.02.0432&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAABCNdAAC&dataPublicacao=27/04/2018&localPublicacao=DEJT&query=%27RESPONSABILIDADE%20CIVIL%20OBJETIVA%27%20and%20%27CONTAMINA%C7%C3O%27>> Acesso em 08/09/2018.