

A COVID-19 COMO DOENÇA OCUPACIONAL: NEXO CAUSAL E CONCAUSAL

José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva¹

Resumo

O presente estudo apresenta uma compreensão mais acurada sobre a possibilidade de a Covid-19 ser considerada como doença ocupacional, com a análise do teor das normas do (i) art. 20, § 1º, “d”, da Lei n. 8.2113/91 e do (ii) art. 29 da MP n. 927/2020, com enfoque especial à decisão do (iii) E. STF a respeito da (in) constitucionalidade do referido art. 29, tendo em vista que este, ao excluir aprioristicamente o nexo causal entre o trabalho e a Covid-19, impôs aos trabalhadores das (iv) atividades essenciais um fardo demasiadamente pesado em termos de ônus da prova, praticamente deles exigindo a chamada prova diabólica. Se, por outro lado, isso implica transferir ao empregador o mesmo absurdo encargo de prova, propõe-se, ao final, a utilização do (v) instituto da concausa como fator de equidade, aplicando-se, dentre outros, o princípio da solidariedade.

Palavras-chave: COVID-19. Doença ocupacional. Nexos Causal. Concausa.

1 José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva é Juiz Titular da 6ª Vara do Trabalho de Ribeirão Preto (SP); Doutor em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela Universidad de Castilla-La Mancha (UCLM), na Espanha – Título revalidado pela Universidade de São Paulo (USP); Mestre em Direito Obrigacional Público e Privado pela UNESP; Professor Contratado do Departamento de Direito Privado da USP de Ribeirão Preto (2017 a 2019) e da Escola Judicial do TRT-15.

Introdução

A humanidade está a passar por um período sem precedentes. Ainda que já tenha havido várias pandemias no curso da história – tendo sido bastante recordada a provocada pela chamada gripe espanhola, de 1918 –, por certo que a pandemia de COVID-19 tem gerado uma situação caótica, em nível universal.

No campo das *relações de trabalho* os reflexos imediatos do isolamento social e por vezes do *lockdown* são absurdamente intensos, trazendo à tona o tema da centralidade do trabalho humano. Empresas que não conseguem honrar as obrigações trabalhistas de seus empregados, trabalhadores informais que ficam à mercê de programas governamentais, autônomos que se veem completamente sem renda e uma infinidade de situações de empobrecimento da população, que não estão no objeto de estudo deste breve artigo.

De outra mirada, inúmeros trabalhadores que não podem parar, por prestarem labor em atividades consideradas essenciais à manutenção da mínima organização social e, sobretudo, ao imediato socorro às vítimas do insidioso vírus, em

hospitais, farmácias e congêneres.

Uma das maiores preocupações que o Estado e a sociedade precisam ter em relação a esses trabalhadores que continuam prestando seus serviços é a que diz respeito à proteção de seu bem maior: sua saúde laboral, extensão física de seu próprio direito à vida, o mais essencial de todos. Daí que se tornam absolutamente necessárias medidas de proteção e fiscalização dos ambientes de trabalho, a fim de se evitar os acidentes laborais em sentido lato: acidentes típicos e doenças ocupacionais.

Contudo, de todos sabido que acidentes ocorrerão e doenças serão adquiridas nesse período tenebroso, inclusive a temível doença do tempo presente: a Covid-19. O problema é: como o trabalhador irá conseguir comprovar que adquiriu essa doença por ocasião do exercício de seu trabalho? De outra mirada, a se presumir que, simplesmente por estar trabalhando, a pessoa adquiriu a referida doença no trabalho – quando se sabe que é praticamente impossível definir com exatidão quem foi o transmissor e o momento da transmissão da doença –, isso poderia significar a total derrocada das empresas, que já se encontram em situação de grave crise financeira.

Pois bem, foi com o propósito de equacionar essa difícil questão que o Governo Federal, ao editar a MP (Medida Provisória) n. 927, optou pelo caminho de excluir, aprioristicamente, o nexo causal diante da aquisição da Covid-19 pelo trabalhador, quando a trabalho da empresa, no *art. 29* da referida MP. Contudo, a norma objeto de análise foi declarada inconstitucional – ainda que em caráter precário, em sede de decisão liminar – pelo E. STF (Supremo Tribunal Federal), ao julgar várias ADIs (ações diretas de inconstitucionalidade) ajuizadas contra a MP 927.

Tem, portanto, este breve artigo o objetivo de investigar o acerto/desacerto da decisão do STF, bem como o de apontar possíveis caminhos hermenêuticos que nos levem a construir uma jurisprudência que sopesa com equilíbrio os interesses antagônicos em jogo, na busca de soluções que não maltratem os direitos fundamentais em questão e que promovam uma pacificação

social, para a qual se faz imprescindível o recurso à velha e sempre atual equidade.

Acidente do trabalho, doenças endêmicas e a pandemia de Covid-19²

O acidente do trabalho é um gênero, do qual são espécies o acidente laboral em sentido estrito e as doenças ocupacionais. O primeiro é chamado de acidente típico ou acidente-tipo, sendo normalmente um fato imprevisível, súbito. As doenças ocupacionais, que compreendem as doenças profissionais e do trabalho, trata-se de eventos que vão minando a saúde do trabalhador com o passar do tempo, cujos sintomas por vezes são percebidos bastante tempo depois de sua aquisição pelo organismo humano.

Para Octávio Bueno Magano,

Acidente do trabalho é um evento verificado no exercício do trabalho de que resulte lesão corporal, perturbação funcional ou doença que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho (MAGANO, 1976, p. 37).

O que se exige para a sua configuração é, destarte, o nexo de causalidade e a lesividade (MONTEIRO, 2005, p. 14). A lesividade consiste em que, segundo o conceito legal, só é acidente do trabalho o fato que provoque lesão corporal ou perturbação de qualquer das funções do organismo, e desde que provoque uma das consequências previstas em lei: a morte, a perda ou a redução da capacidade para o trabalho, de forma permanente ou temporária.

Quanto ao nexo causal, ensina Tupinambá Miguel Castro do Nascimento (1992, p. 41) que ele é um fator a ser considerado diante do requisito causalidade, tendo em vista que é da causa-trabalho com o acidente visto fisicamente; deste acidente com a lesão ou perturbação funcional resultantes; e destas com a redução laborativa, a incapacidade para o trabalho ou

2 Registro que boa parte do texto deste item é extraída da obra deste autor, já em sua terceira edição pela Editora LTr, a seguir referenciada: SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. **Acidente do trabalho: responsabilidade objetiva do empregador**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 137-183.

a morte, que se verifica a causalidade. Anota este autor que se exige, portanto, uma tríplice causalidade.

Relativamente às doenças ocupacionais, trata-se de um instituto que compreende tanto as doenças profissionais quanto as doenças do trabalho, preconizadas nos incisos I e II do art. 20 da Lei de Benefícios (Lei n. 8.213/91).

As *doenças* profissionais, também conhecidas com o nome de “*idiopatias*”, “*ergopatias*”, “*tecnopatias*” ou “*doenças profissionais típicas*”, são as produzidas ou desencadeadas pelo exercício profissional peculiar a determinada atividade, ou seja, são doenças que decorrem necessariamente do exercício de uma profissão. Por isso, prescindem de comprovação do nexo de causalidade com o trabalho, porquanto há uma relação de sua tipicidade (Decreto n. 3.048/99), presumindo-se, por lei, que decorrem de determinado trabalho.

características mais importantes do acidente do trabalho e das doenças ocupacionais, passa-se ao exame das exceções legais à caracterização das doenças do trabalho, com destaque para as endemias.

Como é sabido, há algumas situações em que o próprio legislador exclui a possibilidade de haver nexo causal entre o trabalho prestado e a doença adquirida pelo trabalhador, por não haver qualquer relação de causa e efeito que possa ser demonstrada. Com efeito, não seria justo que se impusesse ao empregador a responsabilidade pelos danos advindos dessa doença, se não houvesse a menor possibilidade de que o ambiente laboral fosse a fonte de causação da doença.

Com efeito, em conformidade com o § 1º do art. 20 da Lei n. 8.213/91, não são consideradas doenças ocupacionais as seguintes:

“Relativamente às doenças ocupacionais, trata-se de um instituto que compreende tanto as doenças profissionais quanto as doenças do trabalho, preconizadas nos incisos I e II do art. 20 da Lei de Benefícios (Lei n. 8.213/91)”.

Quanto às doenças do trabalho, também nominadas de “*mesopatias*” ou “*doenças profissionais atípicas*”, são aquelas desencadeadas em função de condições especiais em que o trabalho é realizado e com ele se relacionam diretamente. Também decorrem de microtraumas acumulados. No entanto, por serem doenças atípicas, exigem a comprovação do nexo de causalidade entre elas e o trabalho, em regra, por meio de vistoria no ambiente em que atua ou atuava o trabalhador. As condições insalubres do local de trabalho (ruído excessivo, que conduz à PAIR e tantas outras hipóteses) são exemplos de condições especiais em que a doença do trabalho pode se desenvolver, necessitando, assim, de demonstração de sua existência, vale dizer, da existência de nexo causal direto entre a atividade e a doença que acomete o trabalhador.

Vistas, em linhas gerais, as

a) a doença degenerativa – a que tem como causa o desgaste normal do corpo humano, a chamada involução do organismo, que se vai degenerando com o passar do tempo, com a idade mais avançada;

b) a doença inerente ao grupo etário – esta doença tem como causa a idade do trabalhador, não apresentando relação de causalidade com o trabalho, não sendo, portanto, doença ocupacional, como ocorre com o reumatismo, a presbiacusia (perda auditiva relacionada ao envelhecimento);

c) a doença que não produz incapacidade – só é doença ocupacional, em regra, a que produz incapacidade para o trabalho;

d) a doença endêmica – aquela que existe em determinado lugar ou região de

forma constante, sendo típica daquela região, exemplificando-se com a malária, que ainda é largamente contraída pelos habitantes da região amazônica.

Segundo o Ministério da Saúde, a malária “é uma doença infecciosa febril aguda, causada por protozoários transmitidos pela fêmea infectada do mosquito *Anopheles*” (BRASIL, 201-). Ainda de acordo com o referido Ministério, no Brasil, “a maioria dos casos de malária se concentra na região Amazônica, nos estados do Acre, Amapá, Amazonas, Maranhão, Mato Grosso, Pará, Rondônia, Roraima e Tocantins”.

Não se pode olvidar, no entanto, de que a doença endêmica pode ser considerada ocupacional se ela resultar da exposição ou do contato direto em razão das peculiaridades do trabalho – por exemplo: a malária contraída por um pesquisador, na Amazônia –, porque, nesse caso, esse trabalhador esteve exposto aos protozoários transmitidos pela fêmea do mosquito *Anopheles*, ao manter “contato direto” com o mosquito, em razão da natureza do seu trabalho. É o que se extrai, textualmente, do art. 20, § 1º, alínea “d”, da lei de regência, a Lei n. 8.213/91. A conferir:

Art. 20. (...)

§ 1º Não são consideradas como doença do trabalho:

(...)

d) a doença endêmica adquirida por segurado habitante de região em que ela se desenvolva, salvo comprovação de que é resultante de exposição ou contato direto determinado pela natureza do trabalho. (BRASIL, 1991)

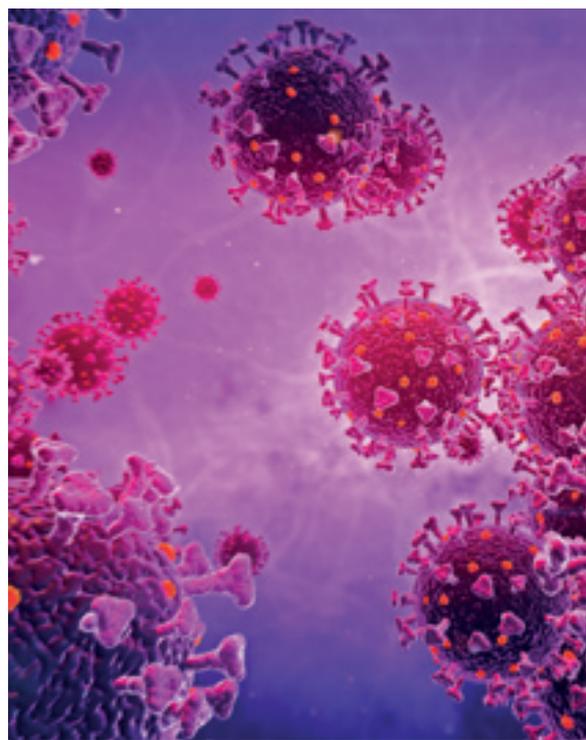
Ora, seria tremendamente injusto excluir da proteção legal mais acentuada o trabalhador que está a pesquisar fórmulas de combate à doença endêmica, de tratamento da doença e um largo etcétera. É dizer: ao trabalhador que necessariamente precisa manter “contato” com o agente transmissor da doença, diante da natureza do seu trabalho, da forma como ele deve ser prestado, o Estado deve oferecer a máxima garantia possível, considerando essa doença, no caso desse profissional, como doença do trabalho,

para o efeito de lhe conferir a proteção contra o desemprego (art. 118 da Lei n. 8.213/91), a título meramente exemplificativo.

Daí a importância de se afastar a exclusão legal da doença endêmica, quando o trabalhador estiver naturalmente exposto a contrair essa doença, em razão da forma como o seu trabalho deve ser prestado. Essa tese facilitará a compreensão do acerto da decisão do STF, mais adiante. Antes, mister se faça uma explanação sobre a pandemia de Covid-19 como “endemia”, para que se possa definir se a Covid-19 pode ser excluída do rol de doenças laborais, a partir da ideia de endemia.

Pois bem, como sabido, a doença Covid-19 foi declarada, pela Organização Mundial da Saúde (OMS) como uma pandemia. A ver:

Em 30 de janeiro de 2020, a OMS declarou que o surto do novo coronavírus constitui uma Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (ESPII) – o mais alto nível de alerta da Organização, conforme previsto no Regulamento Sanitário Internacional. Essa decisão buscou aprimorar a coordenação, a cooperação e a solidariedade global para interromper a propagação do vírus (OPAS, 2020).



Resta saber, então o que é uma pandemia, em contraposição à endemia, para encontrar a resposta à questão posta a análise. Objetivamente falando, até porque este não é um artigo científico da área de biológicas, há de se compreender a diferença básica entre surto, epidemia, pandemia e endemia. Veja-se essa diferenciação:

Surto

É um aumento inesperado do número de infectados por determinada doença em uma região específica. Um exemplo são os casos de dengue: quando muitos casos ocorrem no mesmo bairro de uma cidade, por exemplo, as autoridades tratam esse crescimento como um surto.

Epidemia

Ocorre quando o número de surtos cresce, abrangendo várias regiões de determinada cidade, por exemplo. Se isso acontecer, considera-se que há uma epidemia no município — mas um surto em escala estadual.

Se o caso se espalhar para outras cidades, por sua vez, considera-se que há uma epidemia em determinado estado —, mas um surto em escala regional, e assim por diante. Um exemplo é o ebola, que passou a ser considerado uma epidemia em 2014, após atingir diversos países na África.

Pandemia

É o pior dos cenários quando o assunto são áreas infectadas: acontece quando uma epidemia alcança níveis mundiais, afetando várias regiões ao redor do globo terrestre. Para a OMS declarar a existência de uma pandemia, países de todos os continentes precisam ter casos confirmados da doença.

Antes do Covid-19, a última vez que algo do tipo aconteceu foi em 2009, quando a gripe A (ou gripe suína) foi declarada uma pandemia.

Endemia

Não está relacionada à quantidade, mas à grande frequência de casos de uma doença

em determinada região. Um exemplo disso é a febre amarela: o Norte do Brasil é considerado uma região endêmica da infecção (GALILEU, 2020).

Bem se vê, assim, que a endemia, disciplinada como hipótese de exclusão da doença ocupacional pelo art. 20, § 1º, “d”, da Lei de Benefícios, nada tem a ver com a questão do alcance local (surto), regional (epidemia) ou global (pandemia) de determinada doença, mas sim com a alta incidência da doença em certa região, como se dá com a malária na região amazônica e a febre amarela no Norte do Brasil. De modo que a endemia pode ocorrer tanto nos casos de epidemia quanto nos casos de pandemia.

Desse modo, havendo tantos casos de Covid-19 em todo o Brasil, por certo que estamos diante de uma hipótese mais abrangente do que a endemia em si, que ficaria restrita a determinada região do país. E, segundo a regra milenar de hermenêutica de que quem pode o mais, pode o menos, pode-se extrair daí que o menos está contido no mais. Dito de outra maneira, se a endemia é caracterizada pela grande frequência de casos de determinada doença, numa dada região geográfica, e se a pandemia somente é declarada pela OMS quando uma doença atinge todas as regiões do planeta, e mais, se no caso do Brasil, a Covid-19 atingiu todos os estados da Federação, não há outra solução lógica que não seja a de se considerar que, em regra, a Covid-19 não se trata de doença do trabalho, aplicando-se, por analogia, a norma do art. 20, § 1º, “d”, da Lei de Benefícios.

Poder-se-ia, então, apregoar enfaticamente que, em hipótese alguma, a Covid-19 seria considerada como doença ocupacional, estando os empregadores livres de qualquer provocação de seus empregados, em aventureiras ações indenizatórias de danos, perante a Justiça do Trabalho.

Ledo engano. Já se ressaltou anteriormente que a própria norma em comento excepciona, de modo bem didático, a situação dos profissionais que estão a manter exposição ou contato direto, pela natureza do seu trabalho, com vírus, protozoários ou quaisquer outros agentes transmissores de doenças, endêmicas ou pandêmicas.

Assim, deve ser excepcionada, também, a situação dos inúmeros trabalhadores que estão mantendo contato direto com pessoas infectadas com o vírus SARS-CoV-2, seja mediante exposição a pacientes portadores desse vírus, seja por “contato” com este nas outras atividades que não foram paralisadas nem mesmo por isolamento social.

A MP n. 927 e a exclusão apriorística do nexa causal

A despeito da ressalva aposta no final do item anterior, o Governo Federal brasileiro quis proteger as empresas de possíveis interpretações apressadas dos juizes do trabalho, afastando, de forma apriorística, a possibilidade de nexa causal entre a Covid-19 e o trabalho em favor dos empregadores, inserindo, na MP 927, de 22-3-2020, o art. 29, cuja dicção é a que segue:

Art. 29. Os casos de contaminação pelo coronavírus (covid-19) não serão considerados ocupacionais, exceto mediante comprovação do nexa causal (BRASIL, 2020)

forma robusta, que se contaminou ao manter contato com alguma pessoa portadora de Covid-19, durante a prestação de serviços, não terá, jamais, sua doença considerada como sendo de origem ocupacional.

Como produzir essa prova? Nos casos de malária e de febre amarela, basta a comprovação de que o trabalhador prestava serviços relacionados à pesquisa, combate, tratamento etc. dessas doenças, em regiões onde elas são muito frequentes. Até porque não há como comprovar que o trabalhador foi “picado” pelo mosquito transmissor. Seria uma prova diabólica: o trabalhador teria que capturar o mosquito infectado e ainda apresentar prova testemunhal de que fora aquele mosquito que o teria picado.

Pode parecer cômico, mas seria algo parecido que se estaria a exigir do trabalhador contaminado por Covid-19. Ele teria que capturar o vírus SARS-CoV-2 e ainda comprovar, por testemunha ou algum vídeo, que fora aquele vírus que o teria infectado, e mais, que teria sido transmitido por outra pessoa, portadora de Covid-19, no seu local de trabalho. Prova mais que diabólica!

“Na hipótese da doença endêmica, restou explícito que basta ao trabalhador comprovar que estava exposto ou em contato direto com os agentes causadores da doença em razão da “natureza do trabalho” que ele desenvolvia, para se afastar a exclusão legal.”

Aparentemente, o texto legal parece com o do art. 20, § 1º, “d”, da Lei de Benefícios, comentado retro. Somente uma leitura apressada conduziria a tal interpretação.

Na hipótese da doença endêmica, restou explícito que basta ao trabalhador comprovar que estava exposto ou em contato direto com os agentes causadores da doença em razão da “natureza do trabalho” que ele desenvolvia, para se afastar a exclusão legal.

De outra mirada, na hipótese de Covid-19, cabe ao trabalhador comprovar a existência de nexa causal entre a doença e o trabalho prestado ao empregador, sem mais. É dizer: se o trabalhador não comprovar, de

Daí porque, em breve síntese, essa exclusão apriorística do nexa causal pelo art. 29 da MP 927, sem apontar ao trabalhador qualquer caminho para que pudesse se desincumbir de seu ônus probatório, é uma forma de aniquilar seu direito fundamental à reparação dos danos decorrentes de doença ocupacional, insculpido no art. 7º, XXVIII, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Não será possível tratar, neste breve artigo, da intrincada questão relacionada à natureza jurídica dessa responsabilidade do empregador, se subjetiva (dolo ou culpa) ou objetiva (atividades de risco), porque o que interessa aqui é saber, previamente, se a

Covid-19 pode ou não ser considerada como doença do trabalho.

A decisão do E. STF sobre a questão

Conquanto tenha sido objeto de diversas críticas, a decisão do E. STF sobre essa questão – a constitucionalidade ou não da regra do indigitado art. 29 – foi extremamente sábia e correta.

A norma do referido art. 29 foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento, em sede de liminar, pelo Plenário da Corte, ao ser instado a referendar a decisão monocrática do Ministro Marco Aurélio, no conjunto de ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas contra a MP 927 – ADIs n. 6342, 6344, 6346, 6348, 6349, 6352 e 6354: 7 (sete) ADIs, portanto –, e, como se sabe, o Plenário referendou a decisão liminar do eminente Relator originário, considerando constitucionais todas as regras questionadas, exceto as dos arts. 29 e 31 dessa MP.

Como amplamente divulgado na imprensa e em diversos sites do meio jurídico, o STF, por maioria (7 x 2), promoveu uma compatibilização de valores, ao reconhecer, em sede de decisão liminar, que as regras dos arts. 29 e 31 da MP 927, que tratam de saúde do trabalhador, em linhas gerais, não se amoldam ao texto constitucional, ao imporem aos trabalhadores um ônus desmedido. Veja-se esta notícia:

Compatibilização de valores

Prevaleceu, no entanto, a divergência aberta pelo ministro Alexandre de Moraes, no sentido de que as regras dos artigos 29 e 31 fogem da finalidade da MP de compatibilizar os valores sociais do trabalho, “perpetuando o vínculo trabalhista, com a livre iniciativa, mantendo, mesmo que abalada, a saúde financeira de milhares de empresas”.

Segundo o ministro, o artigo 29, ao prever que casos de contaminação pelo coronavírus não serão considerados ocupacionais, exceto mediante comprovação denexo causal, ofende inúmeros trabalhadores de atividades essenciais que continuam expostos ao risco. O artigo 31, por sua vez, que restringe a

atuação dos auditores fiscais do trabalho, atenta contra a saúde dos empregados, não auxilia o combate à pandemia e diminui a fiscalização no momento em que vários direitos trabalhistas estão em risco.

Também votaram neste sentido os ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Carmen Lucia, Ricardo Lewandowski e Luiz Fux. Para o ministro Luiz Roberto Barroso, deve ser conferida interpretação conforme a Constituição apenas para destacar que, caso suas orientações não sejam respeitadas, os auditores poderão exercer suas demais competências fiscalizatórias (AASP, 2020).

De se destacar, nos debates levados a efeito por ocasião da decisão prolatada por videoconferência, as assertivas dos Ministros Alexandre de Moraes, que abriu a divergência, Luiz Roberto Barroso e Carmen Lucia. Disse o primeiro que a regra do art. 29 é ofensiva aos trabalhadores de atividades essenciais, que estão expostos a riscos muito maiores do que outros, contribuindo para a manutenção da atividade econômica e da imprescindível atividade no setor da saúde pública. Ele aduziu que, a se exigir a comprovação cabal do nexocausal, os trabalhadores teriam uma dificuldade excessiva em se desincumbir desse ônus. Nisso, foi secundado pelos dois outros ministros referidos, os quais consideraram que isso seria exigir dos trabalhadores uma



prova diabólica, como já enfatizado por este articulista anteriormente.

A inconstitucionalidade dessa norma reside no fato de que não sopesou com rigor o valor social do trabalho e o valor da livre iniciativa. Quando se está a ponderar sobre normas que têm um viés econômico – verbas trabalhistas típicas x possibilidades econômicas da empresa – é bem possível fazer um juízo de proporcionalidade e considerar as dificuldades financeiras das empresas. Contudo, quando em jogo a saúde do trabalhador, seu bem mais essencial, não há como se estabelecer juízo de ponderação. A saúde deve prevalecer, sempre. Por isso mesmo o empregador não pode alegar dificuldades financeiras para deixar de fornecer EPIs obrigatórios, tampouco para deixar de cumprir normas de segurança no trabalho. Por extensão, não se pode estabelecer regras que tornem impossível ou quase impossível ao trabalhador ter acesso às indenizações reparatórias de danos, caso contraia doenças, ainda que pandêmicas, no desempenho de seu labor.

Como bem lembrou o Ministro Edson Fachin, a preponderância da Constituição não é valor que se possa afastar, nem mesmo em situação de crise aguda provocada por uma pandemia.

“A Constituição e as leis trabalhistas não podem ser desconsideradas nem pelos empregados nem pelos empregadores, mesmo em tempo de situação emergencial de saúde”, disse o ministro Fachin (AASP, 2020).

Sem sombra de dúvida que deverá, portanto, o STF, no julgamento de fundo, na decisão definitiva do Plenário, endossar a decisão tomada em sede cautelar, diante do seu incontestável acerto. A partir dessa premissa, a doutrina e a jurisprudência têm de encontrar caminhos hermenêuticos na busca de soluções que não maltratem os direitos fundamentais dos trabalhadores, como já se afirmou. A equidade como justiça do caso concreto é que deverá guiar as mentes dos aplicadores da normativa de doenças ocupacionais e das reparações previstas, como se extrai da *ratio decidendi* do pronunciamento do STF, tema complexo que se examinará em seguida.

A *ratio decidendi* no que concerne às chamadas atividades essenciais

Bem se viu que, na visão do Ministro Alexandre de Moraes, a disposição seca do art. 29 da MP n. 927 ofendia inúmeros trabalhadores de atividades essenciais, pois estes continuam expostos ao risco acentuado diante da pandemia de Covid-19, e teriam sua situação jurídica probatória extremamente dificultada numa eventual ação trabalhista em que fossem à Justiça do Trabalho postular a indenização de danos decorrentes da Covid-19, adquirida por ocasião da prestação de serviços ao empregador.

Em suma, pelo menos nas atividades essenciais, não seria justo exigir um pesado encargo de prova dos trabalhadores, que teriam de demonstrar o nexo causal entre o seu trabalho e a Covid-19, sem qualquer presunção que lhes fosse favorável, seja em razão da natureza de seu trabalho, seja porque para eles, trabalhadores das atividades essenciais, o nexo causal deveria ser presumido, diante do risco extenso e intenso ao qual estão submetidos.

De modo que se pode extrair dessa argumentação jurídica do voto divergente do Ministro Alexandre de Moraes uma *ratio decidendi* que conduziria a um precedente importante do STF em matéria de saúde do trabalhador, qual seja: em época de pandemia (ou de epidemia) não seria razoável impor ao trabalhador, por meio de norma de urgência, um tratamento diferenciado em termos de ônus de provar a aquisição da doença ocupacional.

Ensina Cesar Zucatti Pritsch (2020), com apoio na doutrina de Goodhart, que a *ratio decidendi*, ou o núcleo da decisão judicial que pode servir de paradigma decisório para decisões futuras, é inferido a partir dos fatos tidos pela corte como essenciais ou determinantes (*material facts*), e a conclusão jurídica ordenada pela corte em tal moldura fática – em suma, “fatos necessários (*material facts*) + conclusão jurídica”. Portanto, havendo a repetição futura do mesmo contexto fático, seja no controle de constitucionalidade de norma prevendo abstratamente as mesmas hipóteses fáticas, seja em caso concreto dependente dos mesmos fatos essenciais, a mesma conclusão jurídica do precedente deve ser aplicada.

Em tal contexto, decompondo o precedente em estudo, temos os seguintes fatos essenciais (aqui, hipóteses fáticas abstratamente previstas na norma sujeita ao controle concentrado de constitucionalidade, o art. 29 da MP 927):

A) a contaminação do empregado pelo coronavírus (Covid-19);

B) uma norma negando a natureza ocupacional, salvo comprovação do nexos causal – portanto, impondo ao empregado o ônus da prova;

C) e afastando a presunção de nexos causal, mesmo para trabalhadores de atividades essenciais, sujeitos a elevada exposição ao contágio.

Resultado: a inconstitucionalidade de qualquer norma definidora de ônus da prova em matéria de doença ocupacional, que exija do trabalhador o ônus de comprovar o nexos causal entre o trabalho e a doença, quando estiver a laborar com elevada exposição ao contágio, como nas atividades essenciais.

Essa mesma *ratio decidendi* conduz ao precedente de que, presentes as mesmas hipóteses fáticas no futuro, o resultado haverá de ser o mesmo. É dizer, se o Governo Federal editar outra MP dificultando o acesso à justiça (direito fundamental à prova) por parte do trabalhador que alega ter adquirido doença ocupacional, criando situações de prova diabólica, ou mesmo se o Congresso Nacional editar uma lei nesse sentido, a norma será inconstitucional.

De forma muito resumida: nenhuma norma pode impor ao trabalhador que labora em atividades essenciais o ônus de provar relação de causa e efeito entre o seu trabalho e a doença que o acometeu. Esse nexos de causalidade deve ser, no mínimo, presumido, cabendo ao empregador o ônus de demonstrar a situação inversa, ou seja, que, apesar da presunção favorável ao trabalhador, a doença foi adquirida em outro local ou momento, não durante a prestação de serviços. Para afastar tal presunção, poderia o empregador alegar e provar, por exemplo, que, não obstante todas as recomendações de isolamento social, o trabalhador continuou a frequentar lugares com aglomeração de

pessoas: festas, churrascos, reuniões de família e um largo etcétera. Ou que alguém da família do trabalhador adquiriu a doença antes dele, além de outras situações.

De se notar que a própria FIESP emitiu Nota Técnica diante dessa decisão do STF, ressaltando que, se o empregado produzir prova de que “ficou exposto ao vírus ou teve contato direto” por conta da “natureza do trabalho executado (exemplo, trabalhadores em hospitais, laboratórios de testes, centros de pesquisas desse vírus, empresas de coleta de lixo hospitalar, etc), ficará caracterizada a doença do trabalho” (FIESP, 2020). Por isso mesmo, a FIESP orientou os empregadores do seu setor industrial a tomarem todas as medidas eficazes para prevenir a contaminação, bem como a se preocuparem com a pré-constituição da prova, documentando exaustivamente todas as medidas adotadas para tanto.

Resta definir, então, quais seriam essas atividades essenciais, nas quais o trabalhador já teria um nexos causal presumido para Covid-19. O primeiro caminho que se poderia percorrer é o de examinar o quanto disposto a esse respeito na Lei de Greve. De se recordar que o art. 10 da Lei n. 7.783/89 é a norma geral que define quais serviços ou atividades econômicas podem ser consideradas essenciais. Atualmente, são 15 (quinze) atividades ali descritas, em regra, envolvendo serviços públicos da maior essencialidade, como abastecimento de água, distribuição de energia elétrica, assistência médica e hospitalar, comércio de medicamentos e alimentos, serviços funerários, de transporte coletivo, de recolhimento de lixo, de telecomunicações, dentre outros.

Se já se encontra aí um rol extenso de atividades essenciais, esse leque foi demasiadamente ampliado por conta do Decreto n. 10.282, de 20-3-2020. Inicialmente, esse decreto presidencial – editado com fundamento no art. 84, caput, inciso IV, da Constituição, e tendo em vista o disposto na Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020 – previa 35 (trinta e cinco) atividades como essenciais. Contudo, como é amplamente sabido, o Governo Federal, talvez na ânsia de fazer com que a economia volte a pleno vapor, tem aumentado reiteradamente esse rol de atividades essenciais, por meio de novos decretos.

O Decreto n. 10.292, de 25-3-2020, acrescentou várias atividades, incluindo atividades de pesquisa, de consultoria jurídica e até mesmo atividades religiosas, dentre outras. Em seguida, o Decreto n. 10.329, de 28-4-2020, acrescentou inúmeras atividades, destacando-se serviços de radiodifusão, atividades nos setores de alimentação, repouso, limpeza, higiene, de locação de veículos e um largo etcétera.

Não bastasse, o Decreto n. 10.344, de 8-5-2020, que gerou bastante polêmica, considerou também estas atividades como essenciais:

LIV - atividades de construção civil, obedecidas as determinações do Ministério da Saúde;

LV - atividades industriais, obedecidas as determinações do Ministério da Saúde;

LVI - salões de beleza e barbearias, obedecidas as determinações do Ministério da Saúde; e

LVII - academias de esporte de todas as modalidades, obedecidas as determinações do Ministério da Saúde (BRASIL, 2020b).

Ora, se até as inúmeras atividades do ramo da construção civil e da indústria passam a ser consideradas essenciais, o que mais não seria essencial? E se, no setor de serviços, até salões de beleza e academias de quaisquer modalidades também passam a ser essenciais, o que mais faltaria nos amplos setores do comércio, indústria e serviços? Quase nada.

Ocorre que essa “volúpia” economicista pode significar, em termos de doenças ocupacionais, uma situação favorável aos trabalhadores. Dado o precedente anteriormente fixado, o nexos causal para a Covid-19 seria presumido em todas essas atividades. Vale dizer, nessas 57 (cinquenta e sete) atividades essenciais, adquirida a Covid-19, teria o empregador de provar que, apesar dessa presunção favorável ao trabalhador, a doença não foi adquirida no trabalho, mas em outro local ou momento, como já explanado.

A concausa como fator de equidade; aplicação do princípio da solidariedade

Por fim, importante tecer breves comentários sobre o instituto da concausa. Inclusive porque a própria FIESP, em sua nota técnica já referida, adverte os empregadores sobre a necessidade de que eles tomem todas as medidas eficazes à prevenção da contaminação no ambiente de trabalho, destacando que “a omissão do empregador no tocante à adoção de medidas para preservação da saúde do empregado contra a contaminação pelo covid-19 poderá constituir uma concausa da doença decorrente de tal vírus”, explicando que a concausa caracterizará essa doença, então, “como sendo doença do trabalho, equiparada a um acidente de trabalho” (FIESP, 2020).

Em seguida, a FIESP se preocupa em observar aos seus associados que, nesse caso, de ser reconhecida a doença do trabalho, por concausa, o empregador teria as seguintes “implicações”: a) o trabalhador receberá auxílio-doença acidentário (B-91) – o que implica dizer que a empresa terá de emitir a CAT; b) ele terá direito à garantia de emprego de doze meses (art. 118 da Lei n. 8.213/91) após a alta médica; c) e terá também direito ao recolhimento do FGTS em todo o período de afastamento; d) além de três consideráveis riscos para o empregador: 1º) de ação indenizatória proposta pelo empregado; 2º) de ação regressiva por parte do INSS (União); e 3º) de elevação da alíquota do SAT – seguro de acidente do trabalho (FIESP, 2020).

Bem se vê que não é pouca coisa. Daí que se faz necessário que os empresários compreendam a extensão do instituto da concausa³.

Atualmente, a concausalidade está prevista no art. 21, inciso I, da Lei n. 8.213/91, segundo o qual também é equiparado ao acidente do trabalho:

I — o acidente ligado ao trabalho que, embora não tenha sido a causa única, haja contribuído diretamente para a morte do segurado, para redução ou perda da sua

3 Os parágrafos que seguem, explicando o instituto da concausa, foram extraídos da obra deste autor antes referenciada: **Acidente do trabalho: responsabilidade objetiva do empregador**, p. 184-198.

capacidade para o trabalho, ou produzido lesão que exija atenção médica para a sua recuperação (BRASIL, 1991).

Tal dispositivo reconhece que nem sempre o acidente se apresenta como causa única e exclusiva da lesão ou doença, pois pode haver a conjugação de outros fatores (concausas).

De acordo com Nascimento (1992, p. 45), a concausalidade

[...] nada mais é que a aceitação de que, na ocorrência acidentária, podem concorrer uma causa vinculada ao trabalho e outras tantas sem qualquer relação com a atividade laboral, denominadas de concausas. A concausalidade, portanto, é circunstância independente do acidente e que à causa deste se soma para dar o resultado danoso final. O fundamento lógico da concausalidade é que a causa traumática ou o fator patogênico sozinhos não geram idênticas consequências na totalidade de pessoas, isto porque cada uma tem maior ou menor poder de reação a tais causas agressivas, ou maior ou menor receptividade a seus aspectos negativos.

Daí que as concausas, como fatores externos, atuam sempre na extensão dos danos. Por exemplo, na hemorragia decorrente de um corte profundo, surgido de um acidente do trabalho, não há falar em concausalidade, por ser a hemorragia consequência da própria lesão sofrida; no entanto, se o corte for pequeno e a hemorragia resultar de ser a vítima hemofílica, percebe-se que o grande sangramento não decorreu do corte, e sim da hemofilia, que atuou como causa concorrente ou concausa (NASCIMENTO, 1992, p. 45).

Contudo, a concausa não se dá apenas quando ocorre um macrotrauma (acidente típico), podendo configurar-se, também, em situações de microtraumas, pois a condição insegura ou insalubre em que o trabalho é prestado, dia a dia, aliada a fatores extralaborais, como a predisposição genética, por exemplo, pode desencadear o aparecimento da doença incapacitante, ou até mesmo abreviar a doença degenerativa, que, normalmente, apareceria somente anos mais tarde.

Compreendida em linhas gerais o

que é a concausa, há de se definir qual é sua consequência jurídica imediata. E é esta: a atenuação da responsabilidade do empregador. É dizer: a concausa pode (e deve) abrandar a responsabilidade da empresa, já que, no caso, a causa-trabalho não foi a única a desencadear a doença ou a agravá-la. No entanto, o juízo de equidade, com base nos princípios da proporcionalidade e da solidariedade, não pode conduzir à decisão de simplesmente se afastar a responsabilidade do empregador, porquanto a concausa não é fator excludente da referida responsabilidade.

Por isso, no processo judicial, o perito nomeado pelo juízo, ao verificar a existência da concausa, deve envidar esforços para identificar qual o grau de contribuição do evento ocorrido no trabalho, em comparação com os problemas congênitos, degenerativos ou decorrentes do histórico laboral apresentado pelo trabalhador, fora do ambiente de trabalho. À míngua de fatores objetivos e precisos, ele poderá até arbitrar que a contribuição foi igual (50%) para ambas as causas, a laborativa e a extralaborativa, num juízo de equidade. Contudo, sempre que possível, o perito deve determinar um percentual aproximado, ou, pelo menos, identificar se a contribuição do trabalho foi mínima, média ou máxima (por exemplo: 25%, 50%, 70% etc.), aplicando-se, por analogia, a intensidade da exposição à insalubridade e os percentuais utilizados na MP n. 936, de redução de jornada e pagamento do benefício emergencial.

Com efeito, o que deve atenuar a situação jurídica do empregador diante da concausalidade é o arbitramento da indenização, pois se o ambiente laboral não foi a causa única da doença, deve-se mensurar, com apoio nos princípios da proporcionalidade e da solidariedade, qual a contribuição negativa desse ambiente para o surgimento da doença, podendo ser aplicado, por analogia, também o art. 945 do Código Civil. Para tanto, o laudo pericial deve evidenciar qual a contribuição da causa-trabalho para a aquisição da doença, como já se pontuou.

Ao fim e ao cabo, a concausa surge nessa intrincada questão como um fator de equidade, não deixando o trabalhador desamparado, e, de outro lado, não impondo ao empregador uma indenização

desproporcional à contribuição que seu ambiente laboral deu à aquisição da doença pelo trabalhador, ainda que laborando este em atividades essenciais.

Em todos os casos, mas principalmente naqueles em que a solução apontada pela interpretação da lei — inclusive das regras sobre a prova e o ônus da prova — conduz a uma situação de injustiça, deve o juiz buscar a equidade, ou seja, a justiça do caso concreto, na milenar definição de Aristóteles.

Com efeito, o juiz não deve ser um mero aplicador de leis, tampouco conformar-se com interpretações dadas como irrecusáveis. Antes, deve basear-se na lógica do razoável (*Recaséns Siches*), haja vista que o intérprete deve buscar, sempre, uma solução que seja razoável, adequada e que promova a justiça do caso concreto, de modo que a lógica do razoável é a versão contemporânea da equidade. Justiça é o que se pretende na atuação do Judiciário e o que almejam tanto o trabalhador quanto o empregador.

Conclusão

Em síntese, pode-se apontar que, nesse período caótico pelo qual está passando a humanidade, em razão da pandemia de COVID-19, aos trabalhadores das atividades essenciais, o Direito tem de oferecer a máxima proteção, pois são eles que estão mantendo a economia funcionando, ainda que precariamente e, acima de tudo, estão prestando a atenção sanitária às vítimas do insidioso vírus, em hospitais, farmácias e demais estabelecimentos da área da saúde, bem como nas tantas atividades realmente essenciais.

Contudo, acidentes ocorrerão e doenças serão adquiridas nesse triste período, inclusive a Covid-19. Ocorre que o trabalhador não terá condições de comprovar que adquiriu essa doença por ocasião do exercício de seu trabalho. Daí que a opção do Governo Federal, de excluir, aprioristicamente, o nexo causal diante da aquisição da Covid-19 pelo trabalhador, na redação do art. 29 da MP n. 927/2020, foi absolutamente injustificável. Não por outra razão, o E. STF, em sua composição plenária, ainda que em decisão liminar, decidiu por suspender a eficácia dessa norma, por ser

inconstitucional.

Como é sabido, os ministros do STF decidiram que esta norma é ofensiva aos trabalhadores de atividades essenciais, os quais estão expostos a intenso risco de contaminação e trabalhando inclusive em sobrejornada, mormente no setor da saúde pública. Como disseram os ministros, a se exigir a comprovação cabal do nexo causal, esses trabalhadores teriam uma dificuldade excessiva em se desincumbir do ônus da prova, o que seria, na verdade, exigir deles uma prova diabólica.

Ora, quando está presente, na colisão de direitos, o direito à saúde do trabalhador, não há como se estabelecer juízo de ponderação. A saúde deve prevalecer, sempre. Daí que se pode extrair uma *ratio decidendi* desse precedente do STF, em matéria de ônus da prova: a inconstitucionalidade de qualquer norma definidora de ônus da prova em matéria de doença ocupacional, que venha a exigir do trabalhador o ônus de comprovar o nexo causal entre o trabalho e a doença, quando ele estiver a laborar com elevada exposição ao contágio, como ocorre nas atividades essenciais. Esse nexo de causalidade deve ser presumido, “invertendo-se” o ônus da prova, tendo o empregador de demonstrar a situação inversa: que a doença foi adquirida em outro local ou momento, não durante a prestação de serviços.

Poder-se-ia imaginar que, nesse passo, seria o empregador que teria o ônus de produzir uma prova diabólica. Para se evitar essa possível injustiça, há de se recorrer ao instituto da *concausa*, que visa à repartição de sortes entre as partes, no processo judicial, para efeitos de indenização, com fulcro nos princípios da solidariedade, da proporcionalidade e da razoabilidade. Assim, haverá a atenuação da responsabilidade do empregador.

Enfim, a *concausa* pode ser utilizada como um fator de equidade, numa justa distribuição dos riscos do resultado do processo, buscando-se, assim, implementar a justiça do caso concreto. Com base nessas premissas, é possível que a Justiça do Trabalho construa uma jurisprudência que sopesse com equilíbrio os interesses antagônicos, preservando, de um lado, os

direitos fundamentais dos trabalhadores e, de outro, amenizando a situação econômica das empresas, promovendo, assim, a tão almejada pacificação social.

A equidade é que deverá guiar as mentes dos aplicadores da normativa de doenças ocupacionais, de ônus da prova e das reparações previstas, como se extrai da ratio decidendi do pronunciamento do STF, pois esse precedente deve nos iluminar como um farol, nesse tempo de tanta escuridão.

Referências

ASSOCIAÇÃO DE ADVOGADOS DE SÃO PAULO. STF afasta trechos da MP que flexibiliza regras trabalhistas durante pandemia da Covid-19. AASP, São Paulo, 30 abr. 2020. Disponível em: <https://www.aasp.org.br/noticias/stf-afasta-trechos-da-mp-que-flexibiliza-regras-trabalhistas-durante-pandemia-da-covid-19>. Acesso em: 12 maio. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. Malária: o que é, causas, sintomas, tratamento, diagnóstico e prevenção. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 202-Disponível em: <https://saude.gov.br/saude-de-a-z/malaria>. Acesso em: 12 maio. 2020.

BRASIL. Lei n. 8.213 de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 24 jul. 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm. Acesso em: 29 out. 2020.

BRASIL. Medida provisória n. 927, de 22 de março de 2020. Dispõe sobre as medidas trabalhistas para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 22 mar. 2020a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv927.htm. Acesso em: 29 out. 2020.

BRASIL. Decreto nº10.344, de 11 de maio de 2020. Altera o Decreto nº 10.282, de 20 de março de 2020, que regulamenta a Lei nº

13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para definir os serviços públicos e as atividades essenciais. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 maio. 2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/decreto-n-10.344-de-11-de-maio-de-2020-256165816>. Acesso em: 29 out. 2020.

FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DE SÃO PAULO. Nota Técnica: O Coronavírus como Doença relacionada ao Trabalho em face da Decisão do STF.FIESP, 2020. Disponível em: https://apps.fiesp.com.br/download/NOTA_TECNICA_Decisao_STF_ADI_4362_doenca_do_trabalho.pdf. Acesso em: 22 maio. 2020.

MAGANO, Octávio Bueno. Lineamentos de infortunistica. São Paulo: Bushatsky, 1976.

MONTEIRO, Antonio Lopes; BERTAGNI, Roberto Fleury de Souza. Acidentes do trabalho e doenças ocupacionais: conceito, processos de conhecimento e execução e suas questões polêmicas. 3. ed. atual. de acordo com o Código Civil de 2002, as normas sobre precatórios e o novo FAP. São Paulo: Saraiva, 2005.

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. Curso de direito infortunistico. 3 ed. Porto Alegre: Fabris, 1992.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE. Folha informativa – COVID-19 (doença causada pelo novo coronavírus). OPAS, 2020. Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_view=article&id=6101:covid19&Itemid=875. Acesso em: 12 maio. 2020.

PRITSCH, Cesar Zucatti. Como identificar a ratio decidendi e aplicar ou distinguir um precedente? In: PRITSCH, Cesar Zucatti et. al. (coord.) **Precedentes no processo do trabalho:** teoria geral e aspectos controversos,. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

GALILEU. Entenda a diferença entre epidemia, pandemia, endemia e surto. Revista Galileu, São Paulo, 12 mar. 2020. Disponível em: <https://revistagalileu.globo.com/Ciencia/Saude/noticia/2020/03/>

entenda-diferenca-entre-epidemia-pandemia-endemia-e-surto.html. Acesso em: 12 maio. 2020.

SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira.
Acidente do trabalho: responsabilidade objetiva do empregador. 3. ed. São Paulo: LTr, 2014.