

O ASSÉDIO SEXUAL E MORAL E A SUA PROVA NA JUSTIÇA DO TRABALHO

José Affonso Dallegrave Neto

Mestre e Doutor em Direito pela UFPR;

Advogado e professor da Escola da Magistratura Trabalhista do Paraná;

Membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho e da Associação Luso-brasileiro de Juristas do Trabalho

1. Assédio sexual e moral: conceito e alcance

Por *assédio* temos qualquer insistência impertinente junto de alguém com perguntas e pretensões¹. Também está presente a idéia de cercar alguém a fim de alcançar objetivos mesquinhos, através de meios espúrios. Na língua inglesa se utiliza o termo *bullying* para a prática de assédio moral. Contudo, a expressão consagrada é aquela usada na Alemanha e na Itália, *mobbing*; derivação do verbo *to mob* que traduz justamente a idéia de cercar, agredir, assediar, atacar, emboscar. Assim, *mobbing*, literalmente nos aproxima da idéia de agressão praticada por algum animal que, circundando ameaçadoramente um membro do grupo, provoca a fuga deste pelo pavor de ser atacado e morto².

Para o operador do Direito do Trabalho interessa tanto o estudo do assédio sexual quanto o moral manifestado no ambiente de trabalho.

O *assédio sexual* está tipificado como crime, por força da Lei nº 10.224/01 que acrescentou ao Código Penal o artigo 216-A:

“Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente ou condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo, ou função.”

Pena: detenção de 1 a 2 anos.

Dessa definição legal se extraem dois requisitos de configuração:

- a. constrangimento provocado por agente que age favorecido pela ascendência exercida sobre a vítima;
- b. ação dolosa e reiterada que visa vantagem sexual.

Como se vê do conceito legal antes transcrito, o agente é sempre o empregador ou um colega de trabalho que atua como superior hierárquico da

¹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Hollanda. *Pequeno dicionário brasileiro da língua portuguesa*. 9ª. Edição. RJ: Editora Civilização Brasileira S/A, pág. 125.

² GUEDES, Márcia Novaes. *Terror psicológico no trabalho*. São Paulo: LTr, 2003, pág. 33.

vítima. Ressalvada tal condição subjetiva (atinente aos sujeitos ativo e passivo), nada obsta que agente e vítima sejam do sexo masculino ou feminino, nem mesmo que sejam hetero ou homossexuais. Entretanto, não se pode negar a influência de fatores culturais sobre o tema, os quais nos levam a constatar que, na maioria dos casos, o agente é do sexo masculino e a vítima do feminino³.

A despeito de existirem duas espécies de assédio sexual, apenas aquele oriundo de chantagem (*quid pro quo*), advindo do empregador ou superior hierárquico sobre a vítima subalterna⁴, é que se encontra positivado no sistema pátrio. A outra espécie, *assédio sexual ambiental*, constitui forma de intimidação difusa que implica distúrbio ao ambiente de trabalho, sendo irrelevante o elemento *poder* (hierárquico), podendo o agente ser um mero colega de trabalho do ofendido, sem qualquer ascendência sobre a vítima⁵.

Quanto ao *assédio moral*, importa registrar a falta de regulamentação legal como conduta criminal típica, apesar da existência de vários projetos de lei nessa direção⁶. Não obstante, é clara a possibilidade de reparar os danos materiais e morais decorrentes dessa ardilosa prática com fundamento no art. 1º., III, art. 3º., IV e, sobretudo, art. 5º, X, todos da Constituição Federal.

Segundo Marie-France Hirigoyen, por assédio no local de trabalho compreenda-se toda e qualquer conduta abusiva manifestada, sobretudo, por comportamentos, palavras, atos, gestos e escritos que possam trazer dano à personalidade, à dignidade ou à integridade física ou psíquica de uma pessoa ou pôr em perigo seu emprego ou, em última análise, degradar o ambiente de trabalho⁷.

Na prática são quatro as principais formas de assédio moral⁸: a) provocação do isolamento da vítima no ambiente do trabalho; b) cumprimento rigoroso do trabalho como pretexto para maltratar psicologicamente a vítima; c) referências indiretas negativas à intimidade da vítima; d) ausência de justificativa (gratuidade) para discriminar negativamente a vítima.

³ Segundo observam José Pastore e Luiz Carlos Robortella, “os fatores culturais continuam tendo grande peso na análise das causas de assédio sexual no Brasil. Cerca de 20% das secretárias entrevistadas na pesquisa citada julgam que, em todo assédio, *há sempre uma ponta de provocação por parte da assediada* e consideram impossível prevenir o assédio sexual por parte dos homens brasileiros, por tratar da *manifestação incontrolável do instinto masculino*”. PASTORE, José e ROBORTELLA, Luiz Carlos. *Assédio sexual no trabalho. O que fazer?* São Paulo: Makron Books, 1998, p. 31.

⁴ É possível admitir o assédio sexual, como posto pelo legislador, também na esfera da administração pública, tendo como agente e vítima o servidor público, desde que o assediante seja superior hierárquico do assediado.

⁵ PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O assédio sexual na relação de emprego*. São Paulo: LTr, 2001, p. 47.

⁶ Há pelo menos três projetos de lei de âmbito federal, um para o servidor público que visa introduzir o art. 177-A na Lei 8.112/90, e dois para o empregado celetista, PL n. 4742/201 que colima acrescer o art. 136-A no Código Penal e outro objetivando acrescentar o art. 203-A, também ao Código Penal, tipificando como crime a coação moral praticada por superior hierárquico que afete a dignidade da vítima ou crie condições de trabalho humilhante ou degradante.

⁷ HIRIGOYEN, Marie France. *Assédio moral: a violência perversa no cotidiano*. Tradução: Maria Helena Kühner, 2ª. Ed., Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001, p. 65.

⁸ A sistematização foi adaptada do artigo de Isabel Ribeiro PARREIRA. O assédio moral no trabalho. *In: V Jornadas – Congresso Nacional de Direito do Trabalho*. Coordenação: António Moreira. Coimbra: Almedina, 2003, págs. 218-220.

Para Márcia Novas Guedes, *mobbing* ou assédio moral significa todos aqueles atos e comportamentos provindos do patrão, gerente ou superior hierárquico ou dos colegas, que traduzem uma atitude de contínua e ostensiva perseguição que possa acarretar danos relevantes às condições físicas, psíquicas e morais da vítima⁹.

Após registrar que o assédio na empresa agrega dois elementos essenciais à sua manifestação, quais sejam o abuso de poder e a manipulação perversa, a jurista baiana traz interessante constatação:

“O fenômeno se instala de modo quase imperceptível. Inicialmente a vítima descuida, encarando o fato como uma simples brincadeira; todavia, é na repetição dos vexames, das humilhações, que a violência vai se mostrando demolidora e, se ninguém de fora intervier energicamente, evolui uma escalada destrutiva. Quando a vítima reage e tenta libertar-se, as hostilidades transformam-se em violência declarada, dando início à fase de aniquilamento moral, denominada de psicoterror”¹⁰.

Na precisa observação de Cláudio Couce de Menezes, aquele que assedia busca desestabilizar a sua vítima. Por isso mesmo, o processo é continuado e de regra sutil, pois a agressão aberta desmascara a estratégia insidiosa de expor a vítima a situações incômodas e humilhantes¹¹. O objetivo principal do assédio moral é o de criar uma prolongada situação artificial para excluir a vítima, guardando assim flagrantes traços discriminatórios e ilícitos¹².

Antônio Garcia Pereira relaciona quatro formas corretas em que a vítima poderá utilizar como reação ao assédio moral. São elas: a) detecção precoce da existência de um processo de assédio; b) reunião do máximo possível de provas para demonstrar a existência do assédio; c) partilhar de toda a experiência vivenciada com o máximo possível de pessoas próximas; d) buscar orientação jurídica, médica e psicológica adequadas ao abuso¹³.

O prejuízo moral da vítima, de ordem psíquico-emocional, decorrente do ato malicioso e doloso do agente, enseja a presença dos três elementos da responsabilidade civil: ato culposo, dano e nexos causal. Com efeito, nos termos do art. 927 do Código Civil, os danos, material e moral, daí advindos são reparáveis. Não se negue que o forte abalo psicológico infligido à vítima ofende o seu direito de personalidade, máxime a sua honra e intimidade. Ademais, a submissão à constante tortura psicológica implicará sensível vulnerabilidade emocional da vítima perante seus colegas e familiares, afetando por conseguinte a sua imagem pessoal.

⁹ GUEDES, Márcia Novaes. *Terror psicológico no trabalho*, São Paulo: LTr, 2003, pág. 33.

¹⁰ GUEDES, Márcia Novaes. Ob. citada, pág. 35.

¹¹ MENEZES, Cláudio Armando Couce de. *Assédio moral e seus efeitos jurídicos*. In: Genesis, Revista de direito do trabalho, n.131, Curitiba, novembro / 2003, pág.648.

¹² NASCIMENTO, Sonia A. C. Mascaró. *O assédio moral no ambiente do trabalho*. Revista LTr, 68-08-925, Agosto de 2004.

¹³ PEREIRA, Antônio Garcia. O assédio moral. Características e conseqüências. In: www.jutra.org. Acesso em 1/5/2008, pág. 3 e 4.

Logo, o art. 5º., X, da CF que assegura ampla tutela desses valores (honra, intimidade, imagem e vida privada), aplica-se em cheio à prática do assédio moral, sendo também o seu fundamento legal em colação com o art. 1º., III, da CF, que assegura proteção à dignidade da pessoa humana. Além de tais fundamentos jurídicos não se pode negar que toda prática de assédio (moral ou sexual) implica discriminação negativa e odiosa da vítima, o que é vedado pelo art. 3º., IV, da CF:

Art. 3º.: Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

IV- promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Tanto o assédio sexual como o moral são admitidos apenas na forma dolosa, vez que o assediante quando molesta a vítima o faz adrede, com o objetivo deliberado de se satisfazer sexualmente ou de destruir emocionalmente a vítima. O constrangimento necessário à caracterização do assédio se dá pelo comportamento reiterado do agente e pela postura indesejada e constrangedora da vítima.

Nesse sentido são os julgados sobre assédio moral e sexual, respectivamente:

“A humilhação repetitiva e de longa duração interfere na vida do assediado de modo direto, comprometendo sua identidade, dignidade e relações afetivas e sociais, ocasionando graves danos à saúde física e mental, que podem evoluir para a incapacidade laborativa, desemprego ou mesmo morte, constituindo um risco invisível, porém concreto, nas relações e condições de trabalho.” (TRT, 17ª. Região, Ac. 9029-2002, DOE: 15.10.2002)

“A caracterização do assédio sexual no âmbito das relações de trabalho passa pela verificação de comportamento do empregador ou de prepostos, que abusando da autoridade inerente à função ou condição, pressiona o empregado com fins de obtenção ilícita de favores. Mas galanteios ou simples comentários de admiração, ainda que impróprios, se exercidos sem qualquer tipo de pressão, promessa ou vantagem, não configuram o assédio para efeitos de sancionamento civil.” (TRT, 3ª Reg. 4ª. Turma, RO 1533/200, Rel. Lucide D’Ajuda Lyra de Almeida, DJMG: 20-04-202, pág. 13)

No assédio sexual o agente visa dominar a vítima pela chantagem, colimando satisfazer algum desejo pessoal de ordem sexual. No assédio moral o assediante visa discriminar ou mesmo excluir a vítima do ambiente de trabalho, utilizando-se para tanto da execrável prática do psicoterror.

É comum que o assédio sexual constitua a razão para desencadear uma ação de abuso moral, transformando-se em vingança do agressor rejeitado¹⁴. Observa-se que enquanto no assédio sexual o assediante sempre terá

¹⁴ GUEDES, Márcia Novaes. *Terror psicológico no trabalho*. São Paulo: LTr, 2003, pág. 39 e 41.

ascendência hierárquica sobre a vítima, no assédio moral é possível que a vítima seja o próprio superior hierárquico de um grupo de subalternos que, arditamente e em conjunto, trama a exclusão da chefia. Exemplo comum ocorre quando um grupo de jogadores profissionais de futebol se reúne com o objetivo de boicotar o técnico da equipe, visando a sua exclusão do clube.

Não se pode negar que a atitude do empregador ou preposto (ou mesmo o grupo de colegas de trabalho que maquinem em conjunto), visando constranger reiteradamente seu subalterno (ou colega) para obter espúria satisfação libidínica (assédio sexual) ou mesmo para excluir arditamente a vítima do ambiente do trabalho (assédio moral), ofende em cheio a personalidade do assediante, além de violar a boa-fé e a confiança negocial esperada pelas partes nas relações obrigacionais (art. 422, CC).

2. Efeitos contratuais decorrentes da prática do assédio

É inegável que a manutenção de um ambiente de trabalho decoroso e hígido constitui dever contratual do empregador, tendo como fundamento a boa-fé objetiva própria das relações contratuais. Não se perca de vista a existência dos deveres anexos de conduta, em especial o de lealdade e de proteção ao patrimônio físico, psíquico e emocional do empregado. Ademais, o respeito à dignidade do trabalhador constitui princípio investido de valor supremo em nosso ordenamento jurídico, *ex-vi* do art. 1º, III, e art. 170, *caput*, da Constituição da República.

Destarte, o assédio praticado pelo empregador, além de caracterizar descumprimento de obrigação contratual, afeta a honra e a boa-fama do empregado, o qual fica autorizado a deixar o emprego para postular em juízo a rescisão indireta do contrato, com esteio no art. 483, alíneas “d” e “e”, da CLT:

Art. 483: O empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando:

- d – não cumprir o empregador as obrigações do contrato;
- e – praticar o empregador ou seus prepostos, contra ele ou pessoas de sua família, ato lesivo da honra e da boa-fama.

Corroborando esse entendimento a ementa ora transcrita:

“Considerando os fatos e circunstâncias constantes dos autos a respaldar a narrativa da inicial no sentido da prática de assédio sexual pelo gerente da reclamada, sem que esta tomasse providência acerca do noticiado pela autora, plenamente justificado o motivo da rescisão indireta do contrato de trabalho, com o conseqüente deferimento das verbas rescisórias pertinentes, bem como de indenização por danos morais”. (TRT 3ª Região, 4ª. T., RO 8703/2001, Rel. Vieira de Mello, DJMG: 15-09-2001, pág 10).

Oportuno registrar a observação feita por Alice Monteiro de Barros de que do assédio sexual resultam seqüelas de ordem psíquica, sendo, por isso, também possível “enquadrá-lo na hipótese do art. 483, *c*, CLT: rescisão indireta por ato patronal que coloca o empregado em *perigo manifesto de mal considerável*”¹⁵.

Sendo o assediante não a pessoa física do empregador, mas empregado superior hierárquico da vítima, a conduta ilícita do agente ensejará a rescisão de seu contrato de trabalho por justa causa, com base no art. 482, *b e j*, da CLT:

Art. 482 – Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador:

b) incontinência de conduta ou mau procedimento;
j) ato lesivo da honra ou da boa-fama praticado no serviço contra qualquer pessoa ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo e caso de legítima defesa, própria ou de outrem.

Nesse sentido vem se posicionando a jurisprudência:

“Assédio sexual. Tipificação como incontinência de conduta. Requisitos. O assédio sexual grosseiro, rude e desrespeitoso, concretizado em palavras ou gestos agressivos, já fere a civilidade mínima que o homem deve à mulher, principalmente em ambientes sociais de dinâmica rotineira e obrigatória e que nestes ambientes (trabalho, clube, etc.) o constrangimento moral provocado é maior, por não poder a vítima desvencilhar-se definitivamente do agressor.” (TRT, 3ª. Reg. RO 2211/94, Rel. Maurício Godinho Delgado. DJMG: 23/04/94).

“Justa Causa. Mau procedimento. Constitui justa causa para a dissolução do contrato laboral a violação não consentida da privacidade de uma colega de trabalho.” (TRT, 12ª. Reg., RO 596/85, Rel. Câmara Rufino)

3. Responsabilidade direta e indireta da empresa

Quando o assediante for a própria pessoa física do empregador, indubitável que ele será o responsável direto pela reparação dos danos infligidos à vítima, recaindo na regra da responsabilidade civil subjetiva, vez que presentes os elementos dano, ato ilícito e nexa causal. Observa-se que o dano decorrerá da inexecução contratual do empregador (contratante) que ignorou o dever de respeito, proteção e lealdade em relação ao empregado (contratado). Nesse sentido rezam os art. 186, 187 e 927 do novo Código Civil:

Art. 186: Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

¹⁵ BARROS, Alice Monteiro de. *O assédio sexual no direito do trabalho comparado*. In: *Gênesis - Revista de Direito do Trabalho*, n. 70. Curitiba: Gênesis, 10/98, p. 513.

Art. 187: Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Art. 927: Aquele que, por ato ilícito (art. 186 e 187) causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Muitas vezes o assediante é um empregado investido de cargo hierarquicamente superior ao da vítima que, nessas circunstâncias, constrange-a de forma reiterada para se satisfazer sexualmente ou discriminá-la, causando-lhe inevitável dano moral. Nesse caso o empregador será responsabilizado pelo ato praticado por seu preposto (assediante), consoante dispõe o art. 932, III, do novo Código Civil:

Art. 932: São também responsáveis pela reparação civil:

III – o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

Invoca-se aqui a *teoria da representação delitual* para fundamentar a responsabilidade do empregador pelo ato praticado por seu preposto. O preposto é visto aqui como espécie de *longa manus* de seu empregador no momento em que age no exercício de sua função¹⁶.

A responsabilidade do empregador por ato de seu empregado perante terceiro é sempre objetiva, seja pela presunção absoluta de culpa *in eligendo e in vigilando* (Súmula 341 do STF), seja pela dicção do art. 933 do Código Civil que responsabiliza o empregador “ainda que não haja culpa de sua parte”. O empregado assediado poderá, então, ingressar com ação trabalhista contra seu empregador, pleiteando, além da rescisão indireta, a reparação civil dos danos materiais e morais daí decorrentes:

“Ao empregador incumbe a obrigação de manter um ambiente de trabalho respeitoso, pressuposto mínimo para a execução do pacto laboral. A sua responsabilidade pelos atos de seus prepostos é objetiva (art. 1521, III, do CC e Súmula 341 do Supremo Tribunal Federal), presumindo-se a culpa. A prova dos atos atentatórios da intimidade da empregada é muito difícil, pois geralmente são perpetrados na clandestinidade, daí porque os indícios constantes do autos têm especial relevância, principalmente quando apontam para a prática reiterada do assédio sexual com outras empregadas. Tal conduta tem como consequência a condenação em indenização por danos morais (art. 5º, X, da CR/88) e a rescisão indireta do contrato de trabalho (art. 483, e, da CLT).” (TRT 3ª Reg., 5ª Turma, RO n.

¹⁶ GOMES, Orlando. *Obrigações*. 12ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1998, pág. 165.

No caso específico de ocorrência de assédio sexual, além da superveniência de efeitos trabalhistas e civis, incidirá conseqüência criminal prevista no próprio art. 216-A, do Código Penal, qual seja a sujeição do assediante à pena de 1 a 2 anos de detenção. Com base no que dispõe a legislação penal¹⁷, o criminoso estará, no máximo, submetido à pena alternativa. Por óbvio que a condenação criminal refere-se exclusivamente à pessoa física do assediante que praticou o crime, não havendo, no particular, que cogitar da responsabilidade indireta do empregador prevista no art. 932, III, do Código Civil.

Em relação ao assédio moral, a despeito de ainda não haver tipificação penal específica, é possível, conforme o caso e a gravidade da situação, o assediante incorrer nas seguintes figuras delituosas previstas no Código Penal: crimes contra a honra (arts. 138 a 140); crimes contra a liberdade individual (arts. 146 a 149); crimes contra a proteção à inviolabilidade da correspondência e de outros meios de comunicação (arts. 151 a 154); perigo de vida e da saúde (arts. 130 a 136); induzimento ao suicídio (art. 122); lesão corporal e homicídio (arts. 129 e 122). Em tais situações o estatuto penal deve ser invocado a fim de acumular a ação penal com a ação civil indenizatória¹⁸.

Oportuno lembrar que, nos termos do art. 935 do novo Código Civil, a responsabilidade civil independe da criminal, não se podendo, contudo, questionar mais sobre a existência do fato ilícito ou sobre sua autoria, quando estas questões já estiverem decididas no juízo criminal.

4. Dano material e moral

No que concerne aos danos oriundos da responsabilidade civil impera o vetusto princípio romano da *restitutio in integrum* previsto no art. 944 do atual Código Civil: “a indenização mede-se pela extensão do dano”.

Quando se fala em dano, há que se balizar o dano material e moral, este também chamado extrapatrimonial. O primeiro é todo aquele suscetível de valoração econômica, abrangendo, tanto o dano emergente quanto o lucro cessante (art. 402 do CC). Aqui se incluem as despesas que a vítima teve com tratamento psicológico ou mesmo o prejuízo salarial demonstrado pela perseguição do assediante. Já o dano extrapatrimonial é aquele que resulta da violação do direito geral de personalidade, sendo presumida a dor daí decorrente (presunção *hominis*).

“Danos morais. Assédio sexual. Demonstrada a conduta de conotação sexual não desejada, praticada pelo chefe, de forma

¹⁷ A competência para apreciar os crimes de assédio sexual é dos Juizados Especiais (parágrafo único do art. 2º. da Lei nº. 10.259/01). Considerando que a pena para esse crime é de até dois anos de detenção, estará sujeitas à substituição por penas alternativas (Códigos Penal, artigos 43 e seguintes).

¹⁸ GUEDES, Márcia Novaes Guedes. Obra citada, págs. 109 e 110.

repetida, acarretando conseqüências prejudiciais ao ambiente de trabalho da obreira e atentando contra a sua integridade física, psicológica e, sobretudo, a sua dignidade, resta caracterizado o assédio sexual, sendo devida a correspondente indenização por danos morais.” (TRT, 17ª. Região, RO 1118/97, Ac. 02/07/98, Rel. Carlos Rizk)

Acerca da proteção aos direitos da personalidade, o art. 5º, X, da Constituição Federal dispõe:

“são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, asseguradas o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”

Todo o rol contido nos incisos deste artigo 5º da Constituição Federal é tido como cláusulas pétreas, não podendo ser revogado nem mesmo por Emenda Constitucional, consoante estatui o art. 60, § 4º, IV, da CF/88. Ainda: nos termos do parágrafo 2º, do mesmo art. 5º, da CF, a interpretação de tais garantias individuais deve ser a mais larga possível, máxime porque a tutela à dignidade da pessoa humana é valor supremo adotado pela República brasileira (art. 1º., III, da CF).

Da mesma forma, a indenização do dano decorrente da prática de assédio moral e sexual - porque diretamente imbricado à dignidade do homem - há que ter função não apenas compensatória em relação à presumida dor moral da vítima, mas também um papel pedagógico, acoimando o assediante em valor que o desestimule a reincidência do ato ilícito:

“Em matéria de dano moral, o valor da indenização há de ser suficiente tanto para facilitar a que o ofendido obtenha lenitivos para sua dor, não pela quantificação em termos materiais, como também, porque, mercê da indenização respectiva, poderá cercar-se de condições de sobrevivência mais compatíveis com sua dignidade de pessoa humana, tornando-a mais apta ao enfrentamento diuturno de sua deficiência. Além disso, tal condenação tem o efeito pedagógico, no sentido de tornar a sociedade efetivamente mais humana, colocando-a sob a égide dos princípios éticos impeditivos e dissuasivos de condutas quais a que teve a ré.” (TAMG, 1ª. Câm. Civil, Ap. Civil n. 213.381-9, julgado em 11/06/96)

A importância desse tema inspirou o legislador do novo Código Civil a introduzir o capítulo II de sua Parte Geral, intitulado *dos direitos da personalidade*. Em seus artigos 11 a 21, o Código amplia o rol do art. 5º, X, da CF, protegendo a integridade psicofísica, o nome e a palavra, além de prever expressamente a tutela inibitória para impedir ou fazer cessar ato contrário à vida privada da pessoa física¹⁹. Não há dúvida de que tal regramento se aplica ao direito do trabalho por força do parágrafo único do art. 8º da CLT.

¹⁹ Sobre o tema da tutela aos direitos da personalidade, consultar Luiz Eduardo GUNTHER e Cristina Maria Navarro ZORNING, *O direito da personalidade do novo código civil e o direito do trabalho*,

5. A prova no processo do trabalho

Quando se fala em produção de prova em juízo, está se dizendo da formação do convencimento e da convicção por parte do juiz acerca da existência de fatos relevantes do processo²⁰. Com efeito a prova é sempre dos fatos e não do direito, até porque o direito cabe ao juiz conhecer (*iura novit curia*)²¹.

Com base no regramento processual e na melhor doutrina sobre o tema é possível apontar três classes de fatos sujeitos a prova judicial. Com outras palavras, a prova em juízo deve incidir sobre fatos controvertidos, aqueles afirmados por uma parte e contestados especificamente pela outra (art. 302 e 334 do CPC); fatos relevantes ao deslinde dos pedidos e desde que não-notórios (art. 334, CPC) e, finalmente, sobre fatos pertinentes à litiscontestatio:

LIMITES DA LITISCONTESTATIO - OBEDIÊNCIA. Estabelecida a lide, é defeso às partes procederem qualquer alteração no pedido inicial ou na impugnação deste, sob pena de se admitir inovação, prática vedada pelo ordenamento jurídico vigente CPC, interpretação sistemática dos artigos 183, 293, 321 e 517. Afastando-se desta esfera, implicará em julgamento extra ou ultra petita, ex vi dos artigos 128 e 460 do CPC, além de ferir, frontalmente, o princípio da ampla defesa e do contraditório, como contemplado pela Carta Suprema art. 5º, LV. Pretensão rescisória rejeitada em face da r. decisão turmária que negara provimento ao apelo obreiro. (TRT-PR-AR-00291-2001- Ac.11858-2002 – Rel. Rosemarie D. Pimpão, DJPR: 03-06-2002)

O sistema processual pátrio, em matéria de prova, adota o Princípio do Livre Convencimento Motivado nos Autos, também chamado de Princípio da Persuasão Racional. Assim, com espeque no art. 131 do CPC, ao magistrado cabe formar o seu convencimento, de forma livre e pessoal, mas desde que com fundamento nos elementos que constam nos autos.

capítulo da obra coletiva: *O impacto do novo código civil no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2003, págs. 124 a 135. Sobre o tema da tutela inibitória, consultar Paulo Ricardo POZZOLO. *A ação inibitória no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2001.

²⁰ CHIOVENDA, GIUSEPPE. Instituições de Direito Processual Civil. Vol. 3, 3ª edição, Editora Bookseller, Campinas, 2002, pág. 109.

²¹ Ao julgador cabe conhecer o direito federal, devendo o direito estadual, municipal ou estrangeiro ser provado pela parte interessada nos termos do art. 337 do CPC. É verdade que são raros os direitos trabalhistas oriundos de normas que não sejam da União Federal, vez que é ela quem detém a competência privativa para legislar sobre direito do trabalho, nos termos do art. 22 da CF. Contudo, é possível em alguns casos especiais que uma norma municipal irradie efeitos sobre o contrato de trabalho. Um exemplo disso é a previsão de feriado previsto em lei municipal para efeitos de RSR ou mesmo, na órbita processual, para efeitos de comprovação de prorrogação de prazo recursal por parte do recorrente interessado. A propósito deste casuísmo, invoque-se a Súmula 385 do TST: “Cabe à parte comprovar, quando da interposição do recurso, a existência de feriado local ou de dia útil em que não haja expediente forense, que justifique a prorrogação do prazo recursal”.

Art. 131 do CPC: “O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”;

Oportuno invocar a parêmia “quod non est in actis nos est in mundo”, vale dizer: o que não consta nos autos não consta no mundo. A este princípio some-se o princípio do dispositivo que pugna pela imposição à parte interessada o ônus de provar os fatos alegados. Com efeito, ao autor cabe demonstrar os fatos constitutivos do seu direito e ao réu os fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito em disputa (art. 818 da CLT combinado com o art. 333 do CPC).

Eis o arranjo legal que disciplina o tema da prova judicial. Contudo, a estas regras gerais cabe tecer algumas observações profícuas e peculiares do processo do trabalho.

Em primeiro lugar é preciso lembrar que o chamado ônus da prova consiste em meras regras de julgamento, as quais somente serão úteis no caso de ausência de produção de provas. Com outras palavras, o magistrado vai formar o seu convencimento e prolatar a decisão de acordo com as provas constantes dos autos, independente de quem as produziu. Somente quando restar ausente qualquer prova nos autos é que o julgador aplicará, então, as regras de distribuição do ônus, indeferindo o pedido quando ausente a prova do fato constitutivo. Da mesma forma o pedido restará acolhido, quando presente a prova do fato constitutivo e ausente qualquer prova acerca das alegações do réu de algum fato impeditivo, modificativo ou extintivo.

Diante disso é possível dizer que a teoria do ônus da prova é antes a “teoria das conseqüências da prova frustrada”. Ainda é possível dizer que o ônus da prova é sempre um “ônus processual imperfeito”, tendo em vista a possibilidade dele se desincumbir com a prova produzida pela parte ex-adversa. Afim de balizar com o chamado “ônus perfeito”, registre ser este aquele em que se exige da parte o ônus de recorrer sempre que ela pretenda a reforma do julgado *a quo*, vez que ao tribunal não cabe a reforma em prejuízo do próprio recorrente (*non reformatio in pejus*).

Em que pese a força destes argumentos que consagraram a teoria da distribuição rígida do ônus da prova (art. 333, CPC), a moderna concepção de processo atribui poderes mais amplos para o julgador, mormente para prestigiar a efetividade dos direitos em disputa. Com efeito, a distribuição do *onus probandi* deixa de ser rígida e generalizada e torna-se dinâmica e concreta, movendo-se e invertendo-se a partir da presença de alguns elementos, tais como: a identificação de um sujeito hipossuficiente ou contratualmente vulnerável; a verossimilhança das alegações; a natureza jurídica do direito postulado como proeminente e fundamental; as presunções *hominis* e a aptidão da parte para a produção daquela determinada prova documental.

Com base nesses critérios objetivos, vistos separados ou em conjunto, o julgador pode (e deve) inverter o ônus da prova sempre com o escopo de tutelar a efetividade do processo e os direitos fundamentais da vítima postulante.

O processo do trabalho é terreno fértil para esta nova tendência de efetividade, seja porque os direitos trabalhistas *sub judice* são enquadrados como direitos sociais, espécie do gênero direitos fundamentais, seja pela ampla liberdade que o legislador conferiu ao magistrado ao editar art. 765, da CLT:

Art. 765. Os Juízos e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas.

Schiavi:

Sobre o tema, assinale a atenta observação de Mauro

“Com efeito, há muito o juiz deixou de ser um convidado de pedra na relação jurídica processual. Na moderna teoria geral do processo, ao juiz cabe zelar pela dignidade do processo, pela busca da verdade real³⁰ e por uma ordem jurídica justa.

Isso não significa dizer que o juiz está desconsiderando o princípio do dispositivo, ou as regras do ônus da prova previstas nos artigos 818, da CLT e 333, do CPC, ou ao princípio de igualdade de tratamento às partes (artigo 125 do CPC), está apenas garantindo a dignidade da justiça, da aplicação justa e equânime da lei e uma ordem jurídica justa. O entendimento acima ganha corpo no Direito Processual do Trabalho que tem o princípio do inquisitivo no que tange à iniciativa probatória do juiz (artigo 765, da CLT).”²²

Essa amplitude do poder probatório do magistrado trabalhista ganha relevo quando se está diante de uma ação indenizatória por dano moral decorrente de assédio ou qualquer ofensa a um direito de personalidade. É que nessas demandas estão em jogo dois elementos cardeais. Um de ordem material, qual seja a efetividade de um direito fundamental (art. 5º, X, da CF), e outro de ordem processual, a previsão de arbitramento do julgador (art. 475-C, II, do CPC).

6. Prova judicial do assédio

A prova em juízo da prática do assédio sexual e moral é de extrema dificuldade para a vítima, posto que, na maioria das vezes, o assediante, em manifesta conduta pusilânime, “age às portas fechadas”. Mediante essa situação, o meio eficaz, disponível à vítima, geralmente é a gravação das conversas abusivas, devendo o julgador admiti-la sem maiores receios. E nem se cogite da invalidade dessa prova supostamente obtida “por meios ilícitos” (art. 5º. LVI, CF), sob pena de beneficiar o réu em detrimento da vítima assediada.

Não se perca de vista que quando se está diante de uma colisão de direitos fundamentais, o critério de preferência e sacrifício deve ocorrer à luz do princípio da proporcionalidade. Assim, na lição de Gomes Canotilho: “meios e fins são colocados em equação mediante um *juízo de ponderação*, a fim de se avaliar se o

²² SCHIAVI, Mauro. Manual de direito processual do trabalho. SP: LTr, 2008, pág. 473.

meio utilizado é ou não desproporcional em relação ao fim. Trata-se, pois, de uma questão de *medida* ou *desmedida* para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim”²³. No adágio popular pode-se dizer que o juiz deve ponderar “dos males o menor”. Desse modo, ante a gravidade que representa a lesão oriunda do assédio, justifica-se a aceitação de qualquer meio de prova (inclusive gravação de conversa), pois conforme adverte Robert Alexy, quanto mais intensiva é uma intervenção em direito fundamental, tanto mais graves devem ser as razões que a justificam²⁴.

Nesse sentido o STJ acertadamente apresenta o seguinte entendimento:

“A gravação da conversa de um dos interlocutores não configura interceptação, sendo lícita como prova no processo penal, aplicando-se, nesse caso, o princípio da proporcionalidade, que permite o detrimento de alguns direitos para que prevaleçam outros de maior valor. (STJ, RHC, 7216/SP, 5ª. T., RT n. 755/580)”

Em igual sentido se posicionou a SDI do Tribunal Superior do Trabalho:

“GRAVAÇÃO TELEFÔNICA. A aceitação no processo judiciário do trabalho, de gravação de diálogo telefônico mantido pelas partes e oferecida por uma delas, como prova para elucidação de fatos controvertidos em juízo, não afronta suposto direito líquido e certo da outra parte, a inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas, porque essa garantia se dá em relação a terceiros em não aos interlocutores. Recurso ordinário a que se nega provimento, para ser confirmado o acórdão regional, que negou a segurança requerida” (TST, SDI, Ac. n.: 1564 – ROMS n. 11134– Rel. Ministro Ermes Pedro Pedrassani, DJ: 27.9.1991, p. 13394)²⁵

²³ CANOTILHO. José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 1989, p 315/316. O constitucionalista português observa que alguns autores pretendem derivar o princípio da proporcionalidade do princípio do *Estado de direito*, enquanto outros acentuam que ele apresenta conexão com os *direitos fundamentais*.

²⁴ ALEXY, Robert. *Colisão de direitos fundamentais no estado de direito democrático*. Baden, 1985, p. 78.

²⁵ Em aresto elucidativo de lavra de Alice Monteiro de Barros, assinala: “Robustamente demonstradas pela prova as ofensas gravíssimas dirigidas pela representante da empresa à empregada, a hipótese autoriza não só a rescisão indireta do contrato de trabalho como também a condenação da empresa em dano moral. A gravação clandestina dos diálogos mantidos entre a empregada e os seus superiores no local de trabalho, nos quais essas ofensas eram sistematicamente praticadas, é perfeitamente legal e legítima, pois, apesar do desconhecimento dos ofensores, não se trata de interceptação de conversa alheia, pois foi feita por um dos interlocutores, em local de acesso ao público, sobre fato (o trabalho), da vida social dos envolvidos. A hipótese, portanto, não caracteriza afronta à inviolabilidade da vida privada ou da intimidade de quem quer que seja, resguardado pelo artigo 5o, X, da Constituição Federal (Precedentes do TST, no TST – SDI ROMS n. 11.134/90, publicado no DJ de 27.9.91, p. 13394 e do STF nos HC 75.338, publicado no DJ de 25.9.98, pp. 00011 e RE n. 212.081, publicado no DJ de 27.3.98, pp. 00023). Além de não se caracterizar prova ilícita, trata-se, no caso, do exercício do direito de defesa por parte da empregada, como meio legítimo de que ela dispunha.” (TRT 3ª Região. RO 01.262-2002-111-03-00-7 - (Ac. 2ª T) – Rel. Juíza Alice Monteiro de Barros. DJMG 20.2.04 p. 11)

Ainda sobre o tema, a regra do art. 383 do CPC dispõe que qualquer reprodução mecânica faz prova dos fatos representados, se aqueles contra quem foi produzida lhe admitir a conformidade. Havendo impugnação acerca da autenticidade da reprodução, o juiz ordenará a realização de exame pericial, nos termos do parágrafo único do supracitado dispositivo legal.

O julgador deve ser sensível no momento de coligir a prova do assédio, seja para não cometer injustiça diante de uma suposta acusação leviana e infundada, mas, sobretudo, para fazer justiça à vítima que, além de sofrer grave dano moral, se vê prejudicada na produção de tão difícil prova, máxime pela argúcia do assediador que geralmente tenta agir sem deixar indícios.

Nessa direção vem se posicionando a jurisprudência:

“Dano Moral, Assédio sexual. Prova. O assédio sexual é um ato que, pela sua própria natureza, se pratica secretamente (Luiz de Pinho Pedreira da Silva). Portanto, a prova direta dificilmente existirá. Por conseguinte, os Tribunais têm levado em conta a conduta similar do agente, como forma de prova indireta. Comprovado que o agente agiu da mesma maneira em relação a outras possíveis vítimas, demonstrando um comportamento desvirtuado da normalidade, o assédio sexual restará admitido. No caso dos autos, entretanto, a conduta reiterada do agente, não restou comprovada. Não há qualquer elemento de prova, mesmo a indireta que corrobore as assertivas da reclamante razão pela qual se pode atribuir ao empregador a responsabilidade que a autora pretende lhe imputar, Recurso ordinário a que se nega provimento.” (TRT, 3ª. Reg., 3ª. T., RO 8051/98, Rel. Luiz Otávio Linhares Renault, DJMG; 26/06/99, pág. 08)

Exigir prova robusta e inconcussa da vítima de assédio é o mesmo que rejeitar sua pretensão de reparação de dano moral:

“Exigir prova cabal e ocular para vislumbrar o assédio sexual é simplesmente impossibilitar a prova em Juízo, e assim contribuir para que ilicitude de tanta gravidade continue ocorrendo.” (TRT, 2ª Reg., 10ª. T., Ac. N. 20010503530-2001, Relatora Vera Marta P. Dias, DOE SP, PJ, TRT 2ª. 31/08/2001)

Ao magistrado será possível a utilização das máximas de experiência para a apreciação jurídica (subsunção) dos fatos, nomeadamente quando a aplicação do direito depender de juízos de valor²⁶, como são os casos de assédio sexual

²⁶ SANTOS, Moacir Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Vol. IV, 6ª. Edição, Rio de Janeiro: Forense, 1994, pág. 42.

e *mobbing*²⁷. Da mesma forma, nestas hipóteses, considerando o caráter contratualmente vulnerável da vítima, a sua hipossuficiência e a dificuldade de produzir prova sobre fatos que se cometem longe do olhar das testemunhas (*qui clam comittit solent*), ao juiz será recomendável que inverta o ônus da prova, determinando que ao agente recaia o encargo de comprovar a inexistência de qualquer prática de assédio no ambiente de trabalho.

7. A dispensa da prova da dor em concreto

Enquanto os danos materiais são aqueles suscetíveis de valoração econômica buscando uma reparação equivalente ao retorno do *status quo ante*, os danos morais são todos os que violam o direito geral de personalidade, não sendo suscetíveis de apreciação pecuniária e que, por isso, devem ser arbitrados pelo juízo, conforme preceitua o art. 946, do CC, combinado com o art. 475-C, II, do CPC²⁸.

No exercício da advocacia venho constatando inúmeras sentenças que rejeitam o pedido de dano moral, sob o argumento de “falta de prova da dor ou sofrimento” por parte da vítima²⁹. Nada mais equivocado.

Não se pode negar que o dano moral existe *in re ipsa*, o que vale dizer: ele está ínsito no próprio fato ofensivo. Assim, a vítima do assédio moral ou sexual precisa apenas fazer prova do fato em si, ou seja, demonstrar que foi ofendida em sua honra, imagem e/ou intimidade. A dor e o constrangimento daí resultantes são meras presunções *hominis* que prescindem de prova.

“DANO MORAL – PROVA – O dano moral, a despeito de poder ser aferido do exame de situações fáticas externas, em verdade, é interno, é íntimo, é pessoal; traduz a dor, a angústia, o sofrimento, a insatisfação figadal, e diversos outros abalos psíquicos, impassíveis de serem demonstrados por prova direta. Esses sentimentos, por serem íntimos, inviabilizam a constatação segura de sua ocorrência. É possível, contudo, afirmar peremptoriamente

²⁷ É fundamental que o magistrado esteja em sintonia com o valor supremo de proteção à dignidade da vítima, pois do contrário teremos decisões com fundamentos manifestamente dissociados do quadro axiológico constitucional: “*Não existindo promessa de vantagem ou ameaça de prejuízo, em câmbio de sexo, não se pode cogitar de assédio sexual, no âmbito das relações de trabalho, pois o intuito de sedução, que é inato ao ser humano, por si só não implica reparação, em caso de resistência, uma vez que a subsistência da espécie humana – abstraída a hipótese da clonagem – depende dos acasalamentos. Recurso ordinário acolhido parcialmente.*”(TRT, 6ª. Região, RO 41302, Ac. 01075/2002-906-06-00-7, 1ª. Turma, DJ: 14/05/02)

²⁸ Art. 946, CC: Se a obrigação for indeterminada, e não houver na lei ou no contrato disposição fixando a indenização devida pelo inadimplente, apurar-se-á o valor das perdas e danos na forma que a lei processual determinar. Art. 475-C, do CPC: Far-se-á a liquidação por arbitramento quando: II – o exigir a natureza do objeto da liquidação.

²⁹ Acerca dessa equivocada postura judicante, concordo integralmente com a insurgência registrada pelo magistrado e professor Sebastião Geraldo de Oliveira: “Entendemos equivocada a postura de alguns magistrados que colocam como pressuposto da indenização a prova de que o lesado passou por um período de sofrimento, dor, humilhação, depressão etc. Ora, é desnecessário demonstrar o que ordinariamente acontece (art. 334, I, do CPC) e que decorre da própria natureza humana” In: *Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional*. 2ª. edição, São Paulo: LTr, 2006, pág. 191.

ser comum à espécie humana padecer de desconfortos da alma, quando sujeita a determinadas situações: É o que se passa, normalmente, com aquele que perde um ente querido, que se vê colocado em situação vexatória, que encontra sua intimidade devassada, que tem sua capacidade laborativa reduzida. *Assim, provada a existência de fato que normalmente ofende a pessoa em seu âmago, atingindo-lhe o direito que tem de viver em harmonia, na plenitude de sua capacidade física e psíquica, presume-se o dano moral.*”

(TRT 3ª R. – RO 00754-2003-086-03-00-0 – 8ª T. – Relatora Denise Alves Horta – DJMG 28.08.2004 – p. 18)

Logo, as circunstâncias agravantes ou atenuantes provadas em audiência e que envolveram a ofensa ao direito de personalidade da vítima de assédio podem apenas ser usadas como parâmetros de majoração ou redução no arbitramento do valor, mas jamais para acolher ou rejeitar o pedido de dano moral, o qual é sempre presumido da simples violação de um direito geral de personalidade.