



UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA
FERNANDO ORBEN BIANCO

**A APLICABILIDADE DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA DIANTE DA
DIFICULDADE DE COMPROVAÇÃO DO ASSÉDIO MORAL
NO PROCESSO TRABALHISTA**

Porto Velho
2017

FERNANDO ORBEN BIANCO

**A APLICABILIDADE DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA DIANTE DA
DIFICULDADE DE COMPROVAÇÃO DO ASSÉDIO MORAL
NO PROCESSO TRABALHISTA**

Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho, da Universidade do Sul de Santa Catarina, como requisito à obtenção do título de Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho.

Orientador: Prof. Andreia Catine Cosme, Msc.

Porto Velho

2017

FERNANDO ORBEN BIANCO

**A APLICABILIDADE DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA DIANTE DA
DIFICULDADE DE COMPROVAÇÃO DO ASSÉDIO MORAL
NO PROCESSO TRABALHISTA**

Esta Monografia foi julgada adequada à obtenção do título de Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho e aprovado em sua forma final pelo Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho, da Universidade do Sul de Santa Catarina.

Porto Velho, 28 de junho de 2017.

Professor orientador: Andreia Catine Cosme, Msc.

Universidade do Sul de Santa Catarina

Professor arguidor: Carolina Melhado de Castro, Esp.

Universidade do Sul de Santa Catarina

RESUMO

O ponto central do presente trabalho assenta-se na análise da aplicabilidade do instituto da inversão do ônus da prova aos casos de assédio moral na justiça trabalhista e suas repercussões positivas ou negativas para as partes. Tal desiderato surge da lesividade do assédio moral para o empregado, da inexistência de normas penais criminalizando a conduta ilícita, da importância das ações indenizatórias perante a justiça do trabalho no combate a esta conduta lesiva, da dificuldade do empregado na obtenção de provas acerca do assédio num ambiente controlado pelo empregador, acarretando, na maior parte das vezes, sentenças denegatórias do pedido indenizatório decorrente do assédio, ou até mesmo, desencorajando a vítima, que diante da dificuldade e baixa probabilidade de sucesso, nem mesmo chega a intentar a ação. Na presente pesquisa, realizada a partir do método dedutivo, de procedimento monográfico e com técnica bibliográfica, são identificadas e examinadas as características e as formas de combate ao assédio moral laboral e a dificuldade que a vítima encontra para se desincumbir do ônus probatório, assim como aspectos relacionados à aplicação subsidiária do direito comum ao processo trabalhista, premissas que dedutivamente apontam para a inversão do ônus da prova como instituto aplicável ao processo laboral e capaz de corrigir e inibir essa prática ilícita. Considerando-se que a ação trabalhista constitui uma das poucas formas da vítima insurgir-se contra a prática do assédio moral no ambiente de trabalho, a inversão do ônus da prova e as novas teorias de distribuição do ônus probatório apresentam-se como verdadeiras ferramentas de emancipação e efetivo acesso à justiça, visto que possibilitam maior taxa de êxito em ações judiciais versando sobre o tema, incentivando as vítimas a levarem suas reclamações ao judiciário e por fim, acarretando um efeito dissuasório capaz de inibir a prática do assédio moral no ambiente laboral.

Palavras-chaves: Assédio moral. Dano moral. Prova. Inversão do ônus da prova.

ABSTRACT

The central point of this study is based on the analysis of the applicability of the institute of the inversion of the burden of proof to cases of moral harassment in labor justice and its positive or negative repercussions for the parties. This desideratum arises from the harmfulness of moral harassment to the employee, from the absence of criminal norms criminalizing the illicit conduct, from the importance of the indemnity actions before the justice of the work in the combat to this injurious conduct, of the difficulty of the employee in obtaining evidence on the harassment in an environment controlled by the employer, causing, in most cases, sentences that denigrate the request for compensation resulting from harassment, or even discouraging the victim, who, faced with the difficulty and low probability of success, does not even try. In the present research, based on the deductive method, monographic procedure and bibliographical technique, the characteristics and forms of combating moral harassment in the workplace and the difficulty that the victim encounters in discharging the burden of proof are identified and examined. Aspects related to the subsidiary application of the common law to the labor process, premises that deductively point to the reversal of the burden of proof as an institute applicable to the labor process, capable of correcting and inhibiting this illicit practice. Considering that labor action is one of the few ways for the victim to rebel against the practice of bullying in the workplace, the inversion of the burden of proof and the new theories of distribution of the burden of proof are presented as real tools of Emancipation and effective access to justice, since they enable a higher rate of success in lawsuits on the subject, encouraging victims to bring their claims to the judiciary and finally, resulting in a deterrent effect capable of inhibiting the practice of bullying in the workplace.

Keywords: Harassment. Moral damage. Proof. Reversal of the burden of proof.

LISTA DE SIGLAS

CDC – Código de Defesa do Consumidor

CF – Constituição Federal

CLT – Consolidação das Leis do Trabalho

CP – Código Penal

CPC – Código de Processo Civil

PL – Projeto de Lei

RO – Recurso Ordinário

RR – Recurso de Revista

TRT – Tribunal Regional do Trabalho

TST – Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

1 – INTRODUÇÃO.....	8
2 – O ASSÉDIO MORAL NA RELAÇÃO DE EMPREGO.....	10
2.1 – CONCEITO.....	11
2.2 – CARACTERÍSTICAS.....	14
2.2.1 – Conduta degradante.....	15
2.2.2 – Reiteração da Conduta.....	15
2.2.3 – Consciência do Agressor.....	16
2.2.4 – Dano Psíquico.....	16
2.2.5 – Finalidade da Conduta.....	17
2.2.6 – Isolamento da vítima.....	18
2.3 – DANO MORAL DECORRENTE.....	18
3 – A PROVA DO ASSÉDIO MORAL NA RELAÇÃO DE EMPREGO.....	21
3.1 – A PROVA.....	21
3.1.1 – Meios de Prova.....	23
3.1.2 – A Prova do assédio moral na relação de emprego.....	25
3.2 – A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO TRABALHISTA.....	27
3.2.1 – Origem do Instituto da Inversão do Ônus da Prova.....	29
3.2.2 – A aplicabilidade da Inversão do Ônus da Prova no Processo do Trabalho.....	30
3.2.3 – Fatores relevantes à aplicação da Inversão do Ônus da Prova no Processo Laboral.....	35
4 – CONCLUSÃO.....	38
REFERÊNCIAS.....	40

1 – INTRODUÇÃO

Por muito tempo o assédio moral no ambiente de trabalho foi visto como algo inerente à subordinação devida pelo empregado ao empregador, característica da relação de emprego. Embora reconhecido doutrinária e judicialmente, ainda hoje caminha numa zona cinzenta devido à dificuldade de sua caracterização, comprovação e reduzida legislação específica.

Mesmo admitindo todos os meios probatórios legais, o assédio moral laboral tem a prova dificultada pela necessidade de comprovação da reiteração da conduta lesiva e pelo recurso da dissimulação, muito utilizado pelos agressores. Além disso, por se tratar de um contrato de emprego, onde a vítima normalmente se encontra em desvantagem econômica e hierárquica, seu acesso aos meios capazes de demonstrar em juízo o assédio moral sofrido se torna quase inviável em muitos casos.

A inversão do ônus da prova, já utilizada em temas que envolvam normas de interesse público como o direito do consumidor, seu berço na legislação pátria, é apontada como opção para a proteção da parte hipossuficiente no processo. Sua utilização no processo trabalhista poderia potencializar a ação trabalhista como forma de coibir a prática acentuada do assédio moral no trabalho, perpetrado por muitos administradores como verdadeira técnica de gestão de pessoas.

A inversão do encargo probatório é instituto que acarreta interferência acentuada no curso do processo. Sua aplicação gera efeitos capazes de alterar os rumos e conseqüentemente, o resultado de uma lide, sendo necessária prudência na sua aplicação ao caso concreto. Seu fim no processo deve ser a busca da igualdade material, capaz de proporcionar justiça e capacidade de pacificação social às decisões, transcendendo a mera igualdade formal do processo, que acarreta um déficit democrático, ao não permitir ou fomentar o pleno acesso à justiça.

No presente estudo, busca-se apresentar aspectos relacionados à aplicabilidade do instituto da inversão do ônus da prova nas ações que versem sobre assédio moral na relação de emprego, diante da dificuldade do empregado na obtenção da prova do assédio moral e da parca jurisprudência tratando especificamente dessa temática.

Inicialmente serão tratados os aspectos relacionados ao assédio moral na relação de emprego, seu conceito, história, características básicas e efeitos, para a identificação e reconhecimento dos seus efeitos negativos, para o trabalhador e para a própria empresa, que muitas vezes tem um empregado improdutivo por conta do dano moral causado pela conduta

lesiva do agressor. Verificados esses aspectos negativos social e academicamente reconhecidos, serão examinados os detalhes da realização do assédio moral, suas peculiaridades que dificultam a autodefesa por parte do empregado, a percepção pelos colegas de trabalho e a sua própria comprovação em juízo, caso o funcionário intente uma ação judicial contra o agressor ou a empresa.

Posteriormente, se explanará acerca da prova no direito do trabalho, os meios admitidos, uso subsidiário de outros ramos do direito para completar os regramentos da CLT. E por fim, serão examinados aspectos sobre o instituto da inversão do ônus da prova, sua gênese, desenvolvimento e utilização no ordenamento jurídico nacional, além da sua aplicação no direito do trabalho, de modo a listar o maior número de aspectos capazes de influenciar na sua utilização ou decorrentes dela.

Ao final, pautando-se na análise hermenêutica da bibliografia pesquisada e baseando-se no exame metodológico das premissas apresentadas ao longo dos capítulos dois e três, relacionadas ao assédio moral no emprego, às provas admitidas no direito do trabalho e ao instituto da inversão do ônus da prova, premissas estas que devem ser reconhecidas na doutrina ou na jurisprudência, se buscará, através do emprego do método dedutivo, estabelecer e demonstrar características e fatores capazes de favorecer ou contra-indicar a aplicação da inversão do ônus da prova nas ações trabalhistas que versem sobre assédio moral.

2 – O ASSÉDIO MORAL NA RELAÇÃO DE EMPREGO

O assédio moral é prática recorrente em vários ambientes da vida cotidiana e permeia as relações sociais normalmente pautadas por disputas de poder, espaço e reconhecimento social. Desde a infância na escola, até a vida adulta no trabalho, as pessoas estão suscetíveis a serem vítimas ou algozes desse distúrbio relacional tão nocivo ao convívio pacífico e à própria higidez mental e física do ofendido.

Na esfera trabalhista, essa prática ilícita existe desde os primórdios do labor organizado, muito embora fosse vista como algo intrínseco à relação de trabalho. Especificamente no cumprimento do contrato de emprego, que se desenrola num ambiente normalmente pautado pela verticalidade hierárquica e pela supervalorização da competitividade, fatores que contribuem para a prática das condutas ilícitas que constituem o assédio moral, ele aparece cada vez mais como assunto de discussões acadêmicas, jurídicas, administrativas e práticas.

No entanto, conforme a lição de Guedes, (2003, p.19), somente a partir do início do terceiro milênio, o assédio moral laboral passou a ser considerado como algo nocivo ao ambiente de trabalho, capaz de diminuir inclusive a produtividade, devido ao dano psicológico gerado na vítima.

Estudos na área da psicologia, como os realizados pela psicóloga Marie-France Hirigoyen e pela autora Hádassa Dollores Bonilha Ferreira, apontando os efeitos nocivos das agressões veladas, características do assédio, à saúde do ofendido e da coletividade no ambiente de trabalho, tiveram importante papel na popularização do assédio moral como prática maléfica a ser combatida. Embora de forma acanhada, esses estudos repercutem no âmbito legislativo, administrativo e jurídico, acarretando maior reconhecimento dos direitos da personalidade inerentes ao ser humano no interior da relação de trabalho.

Embora seja um fenômeno antigo, mesmo em países europeus, somente na década de oitenta o fenômeno assédio moral passou a ser estudado. Nos Países Nórdicos, Suíça e Alemanha ficou conhecido como *Mobbing*, nos Estados Unidos como *Mobbing* ou *Harassment*, no Japão como *Marahachibu*, na França como *Harcèlement Moral*, na Espanha e Itália como *Acoso Moral* e na Inglaterra é chamado de *Bullyng*. Independentemente da denominação, trata-se de um fato pernicioso a permear as relações de trabalho no mundo, fato que fez alguns países adotarem legislação específica para regular o tema.

A crescente importância do assunto é perceptível na visão de Hadassa Ferreira (2004, p. 37), segundo a qual:

Pode-se afirmar, sem medo de errar, que o assédio moral nas relações de trabalho é um dos problemas mais sérios enfrentados pela sociedade atual. Ele é fruto de um conjunto de fatores, tais como a globalização econômica predatória, vislumbradora somente da produção e lucro, e a atual organização do trabalho, marcada pela competição agressiva e pela opressão dos trabalhadores através do medo e da ameaça.

Assim como outras medidas de constrangimento no ambiente de trabalho, o assédio moral é cada vez mais entendido como um fator prejudicial ao trabalhador e indiretamente à empresa, que normalmente perde produtividade quando apresenta níveis elevados de assédio moral entre seus empregados de posições hierárquicas iguais ou diferentes.

2.1 – CONCEITO

No Brasil existem conceitos de assédio moral na doutrina, na jurisprudência e na legislação. Doutrinariamente, Oliveira da Silva (2005, p. 02) define assédio moral como:

A submissão do trabalhador a situações vexaminosas, constrangedoras e humilhantes, de maneira reiterada e prolongada, durante a jornada de trabalho ou mesmo fora dela, em razão das funções que exerce; determinando com tal prática um verdadeiro terror psicológico que resultará na degradação do ambiente de trabalho, na vulnerabilidade e desequilíbrio da vítima, estabelecendo sérios riscos à saúde física e psicológica do trabalhador e às estruturas da empresa e do Estado.

Amauri Mascaro Nascimento (2011, p. 755), referenciando a psicóloga Marie-France Hirigoyen, afirma que o assédio moral “é definido como a conduta abusiva que atente por sua repetição ou sistematização, contra a dignidade ou integridade psíquica ou física de uma pessoa, ameaçando seu emprego e degradando o clima de trabalho.”

Percebe-se que a doutrina pátria é sóbria e generalista na definição de assédio moral. A maioria o descreve como uma conduta abusiva, que pela sua reiteração é capaz de afetar negativamente a esfera psíquica e atentar contra a dignidade do trabalhador. Alguns vão além e apontam características do assédio na sua definição, como o caráter velado e travestido de legalidade e normalidade do ato lesivo, quando analisado isoladamente.

Na legislação brasileira encontram-se definições de assédio moral em leis estaduais e municipais que regulam os respectivos estatutos dos servidores públicos. No entanto, não há normas específicas sobre o tema a nível de funcionalismo federal ou em relação aos trabalhadores regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho (BRASIL, 1943).

A Lei 12.250/2006 (SÃO PAULO, 2006) editada pela Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo estabelece em seu artigo 2º:

Considera-se assédio moral para os fins da presente lei, toda ação, gesto ou palavra, praticada de forma repetitiva por agente, servidor, empregado, ou qualquer pessoa que, abusando da autoridade que lhe confere suas funções, tenha por objetivo ou efeito atingir a autoestima e a autodeterminação do servidor, com danos ao ambiente de trabalho, ao serviço prestado ao público e ao próprio usuário, bem como à evolução, à carreira e à estabilidade funcionais do servidor.

Nos incisos e parágrafos do artigo supracitado o legislador estadual determina as condições especiais através das quais o agressor buscará ferir a dignidade da vítima. Especifica que o assediador moral determinará o cumprimento de atribuições estranhas ou incompatíveis com o cargo ocupado pela vítima, ou em condições e prazos inexecutáveis; designará a vítima para o exercício de funções triviais quando ela era responsável por funções técnicas, especializadas, ou que exigissem treinamento e conhecimento específicos; que o abusador apropria-se do crédito de ideias, propostas, projetos ou de qualquer trabalho da vítima.

A lei paulista (SÃO PAULO, 2006), no parágrafo único do artigo 2º, também considera assédio moral, as ações, gestos e palavras que impliquem:

- a) em desprezo, ignorância ou humilhação ao servidor, que o isolem de contatos com seus superiores hierárquicos e com outros servidores, sujeitando-o a receber informações, atribuições, tarefas e outras atividades somente através de terceiros;
- b) na sonegação de informações que sejam necessárias ao desempenho de suas funções ou úteis a sua vida funcional;
- c) na divulgação de rumores e comentários maliciosos, bem como na prática de críticas reiteradas ou na subestimação de esforços, que atinjam a dignidade do servidor;
- d) na exposição do servidor a efeitos físicos ou mentais adversos, em prejuízo de seu desenvolvimento pessoal e profissional.

Verifica-se que o conceito legal se alinha com as definições doutrinárias, estabelecendo as regras básicas para o enquadramento de uma conduta abusiva como assédio moral. No entanto, a lei o apresenta de forma pormenorizada e exemplificativa, descrevendo ações específicas que o caracterizem. Trata-se de algo esperado, considerando a subjetividade, a dificuldade de caracterização do assédio moral e o caráter legalista do direito brasileiro, no que se refere à punição e repressão de condutas ilícitas.

Além da lei paulista, os estados do Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul possuem leis que definem e proíbem o assédio moral na esfera administrativa estadual. Outras unidades

federativas possuem projetos de lei (PL) versando sobre o tema, em tramitação em suas respectivas casas legislativas.

Existem ainda, projetos de lei prevendo a proibição do assédio moral no serviço público federal, através de alterações na Lei 8.112/1990, que por ora não regula a temática. Citam-se como exemplos os PL 4.591/2001, 5.972/2001, 1.610/2003 (BRASIL, 1990, 2001a, 2001b e 2003a), que tramitam ou tramitaram na Câmara dos Deputados.

Considerando a competência privativa da União para legislar sobre direito do trabalho, o legislador nacional busca regular o assédio moral no setor privado através de lei federal. Nessa esteira, vários projetos como o PL 2.369/2003, o PL 2.593/2003 e o PL 33/2007 (BRASIL, 2003b, 2003c e 2007a) foram propostos nas casas legislativas federais, visando alterar a lei consolidada.

Além da esfera administrativa e trabalhista, devido à nocividade do assédio moral para a convivência social, há inclusive projetos de lei buscando a criminalização da conduta, elevando-a à categoria de crime elencado no bojo do Código Penal, conforme se observa no PL 4.742/2001 e no PL 4.960/2001 (BRASIL, 1940, 2001c e 2001d).

Embora inexistente o conceito expresso de assédio moral na legislação trabalhista brasileira, a sua prática efetiva gera efeitos jurídicos práticos, visto que, constitui ato ilícito capaz de ferir direitos da personalidade e direitos fundamentais da pessoa humana, protegidos pela legislação pátria infra e constitucional. Várias ações que caracterizam o assédio moral, consideradas isolada ou conjuntamente, representam condutas ilícitas geradoras de dano moral reparável pela via cível ou trabalhista.

Na jurisprudência trabalhista cresce o número de decisões que reconhecem o assédio moral em casos concretos, delimitando-o conforme seus conceitos doutrinários existentes. Percebe-se nos acórdãos ou sentenças, as nuances conceituais do assédio moral empregadas na fundamentação das decisões. Nesse aspecto, cita-se o acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região (BRASIL, 2007b):

Dano moral. Apelidos pejorativos. Discriminação. *Mobbing* combinado. Se a empresa troca o empregado de setor e o deixa sem serviços ou com poucos encargos, não pode valer-se desse subaproveitamento para discriminá-lo e transformá-lo em alvo de chacotas e apodos por parte da chefia e colegas. As ofensas repetidas, sob forma de exposição do trabalhador ao ridículo por meio de apelidos pejorativos (marajá, maçã podre, super-homem) configuram mecanismo perverso de discriminação identificado na literatura psiquiátrica e jurídica como modalidade de assédio moral. Quando o constrangimento parte do próprio empregador ou de preposto deste (superior hierárquico do empregado discriminado), pode ser identificado como assédio vertical descendente, *mobbing* descendente ou simplesmente *bossing*. Trata-se de forma mais comum de assédio moral no âmbito das relações e trabalho. Irrelevante, para a caracterização do fenômeno se o assédio

for praticado por chefes, sem o conhecimento do dono da empresa. Com efeito, para as finalidades da lei, o empregador é a empresa (art. 2º, CLT), que responde por atos de seus prepostos. Na situação dos autos, conforme esclareceu a testemunha (fls. 98/99), o mau exemplo dado pela chefia acabou contaminando os colegas do reclamante, que por medo ou subserviência adotaram em relação a ele epítetos ofensivos, sem que tivessem sido coibidos pelo superior. Aqui a figura passa a ser do *mobbing* horizontal, praticado no mesmo plano hierárquico em que se encontra o assediado, entrelaçando-se com o assédio vertical descendente retromencionado, e produzindo um *tertium genus*, qual seja, o *mobbing* combinado, a tornar ainda mais insuportável a pressão no ambiente de trabalho. O atentado repetido à dignidade do reclamante enseja a indenização por dano moral.

Conforme se observa na fundamentação do acórdão supracitado, vários aspectos conceituais do assédio moral foram apresentados, além de ter sido classificado em dois tipos, quais sejam, o vertical, praticado pelos chefes ou pelo próprio empregador e o horizontal, praticado pelos próprios colegas da vítima.

2.2 – CARACTERÍSTICAS

O assédio moral não se consuma em simples ações ou omissões pontuais, facilmente detectáveis por qualquer testemunha ou registráveis em documentos. De acordo com Nascimento (2004, p. 922) o que caracteriza o assédio moral é a conduta abusiva, de natureza psicológica, praticada repetidamente por longos períodos, com potencial para causar danos à personalidade, dignidade e integridade psíquica do empregado, visando excluir o mesmo do meio ou da posição ocupada e deteriorar o ambiente de trabalho durante a jornada laboral.

Conforme leciona Rodrigo Dias da Fonseca (2007, p. 41):

A tarefa mais difícil é identificar o assédio moral, por ser no mais das vezes uma forma sutil de degradação psicológica. A forma como os atos lesivos se expressam dificulta imensamente a sua percepção, muitas vezes restrita à vítima dos assaques. Referimo-nos com mais ênfase à comunicação não verbal, tão comum e de fácil negação em casos de reação.

O assédio moral possui características próprias que o distinguem de ações lesivas isoladas, as quais, também causam danos, porém, de ordem e extensão distinta. Dentre os principais elementos caracterizadores do assédio moral cita-se:

2.2.1 – Conduta degradante

Para a caracterização do assédio moral é necessário a existência de conduta degradante, cuja intensidade da violência psicológica seja suficiente para gerar um dano psíquico ou moral ao empregado.

Os atos, escritos, comportamentos, palavras, gestos de agressão e hostilidade realizados mediante conduta imprópria e insuportável, que ofendem a integridade física e psicológica da vítima, são elementos essenciais para a configuração do assédio moral e constituem condutas degradantes.

Aparecida Alkimin (2009, p. 49) esclarece que conduta degradante é aquela capaz de romper com o equilíbrio no ambiente de trabalho, afetando a qualidade de vida laboral e a satisfação do empregado, representando uma conduta antissocial e antiética, contrária aos bons costumes e à boa-fé.

Desse modo, não são meros atos que representem o exercício diretivo regular do empregador ou decorrentes do estresse existente no ambiente competitivo típico do mundo empresarial e econômico, capazes de caracterizar condutas degradantes que configurem e caracterizem o assédio moral.

2.2.2 – Reiteração da Conduta

O prolongamento no tempo é característica preponderante, pois o episódio esporádico, em regra, não caracteriza o assédio moral, que exige o caráter permanente dos atos capazes de produzir o objetivo. As agressões físicas ou verbais pontuais, embora sejam capazes de gerar dano moral, apenas excepcionalmente acarretam assédio moral, visto que podem decorrer de momento de estresse normal do trabalho.

Para a identificação do assédio moral é necessário que a conduta do agressor seja praticada de forma reiterada e habitual, ou seja, somente a violência psicológica que se repete no decurso de um espaço de tempo é caracterizadora do assédio. Existem autores como Heins Leimann citado por Alkimin (2009, p. 52), que defendem a necessidade de agressões semanais durante cerca de seis meses, que seria o tempo mínimo necessário para a incidência dos efeitos colaterais do assédio na saúde da vítima, assim como para a manifestação da sintomatologia.

Portanto, a reiteração da conduta ofensiva e degradante é característica essencial ao assédio moral, cuja continuidade por tempo prolongado faz surgir verdadeira tortura

psicológica, distintamente de conflitos momentâneos, circunstanciais ou agressões pontuais no ambiente de trabalho.

2.2.3 – Consciência do Agressor

A intenção de ocasionar um dano psíquico ou moral ao empregado para marginalizá-lo no seu ambiente de trabalho é essencial para a existência do assédio moral.

A busca de resultados positivos para a empresa leva os proprietários exigirem o máximo dos seus funcionários. O legítimo exercício do poder de comando permite ao empregador estabelecer a forma de produção e cobrar dos empregados produtividade e o cumprimento de metas. Isso exige um estado de submissão pelo empregado, em troca do salário, o que não caracteriza assédio moral.

O assédio moral é caracterizado por ser praticado de forma consciente pelo agente, sendo intencional ou previsível o dano provocado contra a integridade física e mental do empregado. Sendo assim, somente a tortura psicológica dolosa é considerada assédio moral, constituindo a intencionalidade acerca da agressão e do dano decorrente, uma de suas características.

No entanto, se o empregador busca resultados a todo custo, sem atentar para seu dever de cuidado, mesmo praticando condutas assediadas sem se preocupar com os efeitos negativos que poderá acarretar à integridade e intimidade da vítima, praticará assédio moral.

Conforme a ordem jurídica nacional a conduta do agressor deve transgredir uma norma penal, civil ou trabalhista, para caracterizar a ilicitude do ato. E assim ocorrendo, de acordo com a lição de Alkimin (2009, p. 54), a responsabilidade civil baseada na conduta antijurídica e no dano acarreta o dever de reparar, seja ela realizada com dolo ou culpa, o agente causador do dano deverá indenizá-lo.

2.2.4 – Dano Psíquico

A conversão do sofrimento experimentado pela vítima em patologia, em enfermidade que pressupõe diagnóstico clínico dos danos psíquicos é característica do assédio moral. Para alguns doutrinadores, o dano psíquico-emocional é essencial para a própria caracterização desse assédio. Segundo eles, a conduta abusiva praticada pelo agressor deve resultar em um dano à integridade psíquica da vítima.

De acordo com Sônia Mascaro (2004) o assédio moral depende da existência de dano psíquico, emocional ou psicológico, verificado via laudo médico que demonstre a existência de doença e o nexos causal com a conduta. Contrapondo-se a esse entendimento, a jurisprudência pátria vem decidindo pela dispensabilidade de comprovação médica do dano psíquico devido ao assédio moral, diante da dificuldade até mesmo para o médico aferir esse tipo de dano.

Na mesma linha da jurisprudência, Hádassa Dolores (2010, p. 120) destaca que exigir da vítima comprovação cabal do dano psíquico através de laudo médico, seria sentenciar os trabalhadores psicologicamente mais resistentes a uma situação de indignidade humana dentro do processo de assédio moral.

A patologia decorrente do assédio moral é característica dessa conduta ilícita indesejável. Restando comprovada a violência psicológica através da confirmação da conduta abusiva do assediante, é dispensável a comprovação do dano à integridade psíquica para a configuração do assédio, visto que do contrário, restaria inviabilizada a tutela jurídica que dependeria das características da vítima e não do ato agressor.

2.2.5 – Finalidade da Conduta

De acordo com a doutrina, a finalidade da conduta constitui importante característica para a configuração do assédio moral. Para Sonia Mascaro Nascimento, (2011, p. 64) a conduta geradora de assédio moral é aquela que visa “atingir o lado psíquico e emocional do indivíduo por meio do menosprezo ou da perseguição, da humilhação e do isolamento”. Ainda na visão da referida autora, o assédio moral expressa-se mais pelo comportamento do que pelas palavras verbalizadas pelo agressor.

O objetivo do agente assediador deve ser marcado por atos que objetivem a exclusão da vítima do seu local de trabalho e a diminuição de sua autoestima, de modo que ela se sinta inútil, com o fim último de fazê-la pedir demissão, obter licença médica, abdicar de concorrer a uma promoção ou a um cargo maior, dentre outras finalidades, conforme o assédio seja vertical ou horizontal.

A finalidade última do agressor, característica do assédio moral no ambiente de trabalho, normalmente será o pedido de demissão do empregado para evitar o pagamento de verbas rescisórias, ou a redução do prestígio de um funcionário perante a chefia e os pares, visando a diminuição da concorrência na disputa por um cargo no plano de carreira da empresa. Para alcançar esse fim último, o assediador expõe a vítima a situações vexatórias,

humilhantes, que afetam negativamente sua psique e acarretam a degradação da sua autoestima, sua saúde e sua produtividade.

2.2.6 – Isolamento da vítima

O isolamento da vítima é uma expressiva característica do assédio moral, visto que constitui um dos principais modos utilizados pelo agressor para a consecução da finalidade da conduta. Embora possa até mesmo se confundir com a finalidade do assédio moral visto ser suficiente para a comprovação do assédio, o isolamento da vítima é meio para o agressor chegar ao objetivo principal.

Conforme Ferreira (2004, p. 65), o isolamento da vítima é a prática mais comum no assédio moral e denota a fase na qual os colegas de trabalho já estão envolvidos de tal forma que endossam o tratamento que a vítima recebe do superior ou colega agressor, por medo ou conivência, passando a tratá-la de modo semelhante.

Em regra, a vítima é hostilizada, ridicularizada, inferiorizada e desacreditada diante dos pares, para que seja excluída pelo próprio grupo. A sua exclusão do grupo é importante para o assediador, pois coloca a vítima em posição de extrema vulnerabilidade, facilitando o seu intento e potencializando os efeitos de suas ações na psique do agredido. O próprio isolamento considerado de per si é devastador para a autoestima da vítima, que passa a nutrir um sentimento de inutilidade e impotência, ficando suscetível às novas investidas do agressor

2.3 – DANO MORAL DECORRENTE

O assédio moral causa graves danos psicológicos à vítima atingindo sua integridade psíquica, dignidade e autoestima. Diante da ausência de legislação específica regulando o tema na esfera trabalhista, visando a proteção das vítimas e compensação do dano psíquico sofrido, utiliza-se a legislação existente para a tutela dos direitos da personalidade e intimidade, afetos à esfera moral da pessoa humana e a sua própria dignidade.

Vários dispositivos constitucionais e legais servem de fundamento para a proteção dos trabalhadores contra o assédio moral, permitindo inclusive a reparação ou compensação do dano moral decorrente.

O art. 1º, inc. III e IV da Constituição Federal (BRASIL, 1988) enumera como fundamentos da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, os quais servem de base para a tutela constitucional do

trabalhador perante a prática de assédio moral. Ainda na Carta Maior, o art. 5º, inc. V, estabelece a regra geral que assiste a todos, qual seja o direito de resposta proporcional ao agravo com a devida indenização pelo dano material, moral ou a imagem. No art. 5º inc. X, está insculpida a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Conforme entendimento do desembargador Sérgio Cavalieri Filho (2006, p. 105) o dano de ordem extrapatrimonial, especificamente o dano moral, possui vasta caracterização na doutrina. Normalmente é definido com base na ideia de violação a direitos personalíssimos, afronta à dignidade da pessoa humana, ou como a percepção de sensações e emoções negativas como angústia, sofrimento, dor e humilhação, sentimentos que não devem ser confundidos com mero dissabor ou aborrecimento corriqueiros.

Cláudio Américo Führer (2002, p. 99), define o dano moral, enaltecendo o seu duplo significado:

Num sentido próprio, ou estrito, refere-se ao abalo dos sentimentos de uma pessoa, provocando-lhe dor, tristeza, desgosto, depressão, perda da alegria de viver, etc. E num sentido impróprio, ou amplo, abrange também a lesão de todos e quaisquer bens ou interesses pessoais, como a liberdade, o nome, a família, a honra e a própria integridade física.

Depreende-se da doutrina que o dano moral caracteriza-se por uma ofensa ao estado psicológico da vítima. Luiz Gusso (2001, p. 30), por sua vez, define o dano moral como todo o sofrimento injusto experimentado por pessoa física ou jurídica, em decorrência de um ato ilícito cometido por terceiro, que violentou profundamente os sentimentos éticos e morais do ofendido.

Os conceitos doutrinários afirmam em uníssono que o dano moral configura-se por um vexame, uma dor, um abalo psicológico gerado por uma conduta ilícita. Não caracteriza dano moral os meros aborrecimentos do dia-a-dia, que devem ser suportados por tratarem-se de fatos corriqueiros inerentes à vida em sociedade. Considerando que o assédio moral é caracterizado pela reiteração de atos ilícitos que afetem a integridade psíquica e a própria dignidade do ofendido, restando este comprovado, configura-se o dano moral decorrente.

Nesta esteira surge a questão da prova do assédio moral no trabalho, apresentando-se como um ponto crucial para o seu reconhecimento judicial. A dificuldade na sua obtenção é reconhecida e advém justamente das peculiaridades inerentes ao assédio moral laboral. No

capítulo a seguir serão tratadas as características e nuances da obtenção da prova nos casos de assédio moral no seio de uma relação de emprego.

3 – A PROVA DO ASSÉDIO MORAL NA RELAÇÃO DE EMPREGO

Como toda demanda resistida pleiteada em juízo as ações cujo pedido verse sobre assédio moral na relação de emprego, que normalmente carregam como pedido principal a indenização pelo dano moral decorrente, também dependem do conjunto probatório apresentado pelas partes para a formação do convencimento do juiz, que decidirá fundamentadamente.

A temática ganha relevância no ambiente acadêmico e jurídico devido à natureza do bem ofendido, consubstanciado em direitos personalíssimos e à dificuldade de exteriorização dos danos, que afetam sentimentos íntimos do ser humano. Associado a isso aparecem as particularidades das relações interpessoais marcadas pelo vínculo empregatício, que se desencadeiam no ambiente laboral e carregam o peso da ascendência hierárquica e do ambiente competitivo criado pelas instituições em seu quadro de pessoal, visando o melhor desempenho da companhia.

Para Sérgio Cavalieri Filho (2004, p. 80), o dano moral deriva do próprio fato ofensivo, motivo pelo qual prescinde de prova, visto que provada a ofensa, *ipso facto* estará demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, decorrente das regras de experiência. No entanto, o posicionamento do referido doutrinador não retira do autor da ação judicial a necessidade de demonstrar a agressão, que conforme já observado no presente trabalho, apresenta características que dificultam sua identificação, principalmente, por parte do ofendido que normalmente ocupa posição inferior na estrutura da organização, possuindo pouco ou nenhum controle sobre os mecanismos capazes de angariar provas.

Seguindo no estudo, o presente capítulo tem o condão de apresentar algumas características das provas no processo do trabalho, assim como os meios admitidos por esse ramo do direito, com enfoque na demonstração das peculiaridades da obtenção de provas relativas ao assédio moral perpetrado no interior de uma relação de emprego.

3.1 – A PROVA

No entendimento comum, o significado da palavra prova remete à forma de se estabelecer a verdade sobre determinado fato. Nessa mesma linha os principais dicionários da língua portuguesa a descrevem. Juridicamente, a prova também se refere à demonstração da verdade sobre determinados fatos, no entanto, alguns contornos conceituais são necessários para sua correta delimitação.

Para Vicente Greco (2003, p. 182) a prova é todo elemento que pode levar o conhecimento de um fato a alguém e sua finalidade no processo é o convencimento do juiz, seu destinatário, sem a pretensão de atingir a certeza absoluta, mas a certeza relativa suficiente à formação do convencimento do magistrado.

Em sua obra, Carnelutti (2001, p. 72) enuncia que a prova em seu sentido jurídico significa demonstrar a verdade formal dos fatos discutidos, através de procedimentos determinados descritos legalmente, sendo portanto, considerados legítimos.

A Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), por sua vez estabelece que são inadmissíveis no processo as provas obtidas por meios ilícitos, assim consideradas aquelas que contrariam qualquer norma existente no ordenamento jurídico nacional. Tal enunciado constitui importante limitador à produção probatória no processo judicial, desestimulando novas infrações legais durante a busca de elementos capazes de comprovar uma demanda deduzida em juízo.

Nessa esteira, a prova serve à confirmação dos fatos alegados pelas partes, para que o juiz da causa forme sua convicção acerca da parte a que assiste o direito em discussão, além de estear a decisão do julgador na fundamentação, necessária na sentença. Sua produção possui limitações legais, muito embora, não se exija que todas as formas estejam taxativamente descritas na lei.

O artigo 371 do CPC (BRASIL, 2015a) estabelece que “o juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido...”, ou seja, o próprio depoimento pessoal de uma das partes pode servir de fundamento para uma decisão favorável à outra. Conhecido como princípio da comunhão da prova, aponta que uma vez entregue a prova ao juízo, ela passa a pertencer ao processo, sendo irrelevante, para tanto, quem a forneceu.

José Cretella Neto (2006, p.176) chama o referido instituto de princípio da aquisição processual, de acordo com o qual todas as provas produzidas por qualquer das partes ficam adquiridas para o processo, mesmo que favoráveis à parte contrária. Ou seja, percebe-se que a prova serve ao processo, com a finalidade precípua de busca da verdade, não serve exclusivamente à parte que a produziu, a qual pode inclusive, ser prejudicada pela prova que solicitou.

Percebe-se que a prova é crucial para o deslinde do litígio, para o adequado andamento do processo, para a decisão do juiz e para a pacificação social. Conforme o artigo 369 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015a), “as partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste

Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz”.

Sendo a Consolidação das Leis do Trabalho (BRASIL, 1943) silente sobre as provas admitidas no processo trabalhista e considerando a maior completude do CPC (BRASIL, 2015a) no tratamento da temática, é razoável a utilização supletiva da regra insculpida no artigo 369 supramencionado, aos demais ramos do direito, como o trabalhista e o penal, complementando as lacunas existentes nas regras processuais especiais.

3.1.1 – Meios de Prova

Meio de prova é qualquer instrumento destinado a levar ao processo um elemento, uma informação que poderá ser utilizada pelo juiz para formar sua convicção acerca das alegações das partes. São elementos internos do processo aptos a provar, e de acordo com Alexandre Câmara (2010, p. 414), “são instrumentos através dos quais se torna possível a demonstração da veracidade das alegações sobre a matéria fática controvertida e relevante para o julgamento da pretensão”.

O leque de meios hábeis à confirmação de um fato alegado no processo não se resume àqueles enumerados no CPC (BRASIL, 2015a). Se o meio utilizado não estiver eivado de ilegalidade ou imoralidade, resta autorizado o seu uso em juízo, desde que seja a prova necessária ao julgamento da causa, conforme determinação do juiz.

A CLT (BRASIL, 1943) não abarca um rol taxativo ou uma relação de meios probatórios utilizáveis no processo do trabalho, apenas cita diversos deles esparsamente em suas regras materiais e processuais.

O Código de Processo Civil apresenta uma relação de meios de prova mais completa e sistematizada, que elenca todas as existentes na CLT, além de outras. São meios probatórios enumerados pelo CPC (BRASIL, 2015a, 1943 e 2015a), a ata notarial, o depoimento pessoal, a confissão, a exibição de documento ou coisa, a prova testemunhal, a prova pericial e a inspeção judicial.

A CLT (BRASIL, 1943) prevê o depoimento pessoal como um meio de prova que pode ser produzido de ofício pelo juiz ou a pedido das partes, constituído pelas declarações do autor ou do réu, diante do juiz, acerca de fatos relacionados ao objeto do litígio. Para Marinoni e Arenhart (2009, p. 379) através do depoimento pessoal a parte busca “obter a

confissão do adversário, objetivando lograr alcançar prova robusta em seu favor, e capaz de dispensar outros elementos probatórios aos fatos por ela trazidos aos autos (...).”

A confissão não consta na CLT, possui previsão legal no CPC (BRASIL, 1943 e 2015a) e constitui um meio de prova judicial na qual uma das partes admite a verdade de um fato contrário ao seu próprio interesse e favorável ao adversário. Resta enaltecer, de acordo com o ensinamento de Marinoni e Arenhart, (2009, p. 431) que a confissão diz respeito a um fato e não ao pedido deduzido juridicamente, ou seja, não pressupõe reconhecimento ao direito material alegado pela parte adversária.

A prova testemunhal possui guarida legal na CLT (BRASIL, 1943) e consubstancia-se na declaração de alguém que não é parte no processo, feita diante do juiz, acerca do que conhece ou presenciou sobre determinados fatos relevantes para o deslinde da ação. Constitui uma das provas mais difíceis de serem valoradas, diante da possibilidade de equívocos decorrentes da má fé sempre passível de ocorrer.

Sendo o documento a coisa produzida pelo homem, hábil a representar um fato, sua apresentação em juízo serve à comprovação do respectivo fato, principalmente, naqueles casos cuja existência ou validade do ato jurídico dependa disso. De acordo com Marinoni e Arenhart (2009, p. 531) a prova documental tem por característica a capacidade de demonstrar um fato passado ao juiz, sem interferências valorativas externas. No entanto, embora seu valor probatório seja mais palpável que a prova testemunhal, sua eficácia perde força diante da declaração de falsidade, que poderá ser aferida pericialmente.

Segundo Câmara, (2010, p. 434) quando para o julgamento do mérito da causa o magistrado não possui os conhecimentos técnicos essenciais, recorre aos especialistas, chamados de peritos. A perícia caracteriza-se por ser um encargo judicial exercido por pessoas qualificadas, distintas do juiz, com conhecimentos técnicos ou científicos. Os peritos produzem argumentos ou razões, fundados tecnicamente, com a finalidade de apoiar a formação do convencimento do juiz sobre questões específicas imperceptíveis ou incompreensíveis pelo senso comum.

A inspeção judicial é uma diligência processual, realizada pelo próprio juiz, com o fim de obter provas. Não é usual e tem por fim esclarecer fatos de interesse da causa, ainda não compreendidos pelo julgador.

Identificados os principais meios probatórios descritos pela lei civil e trabalhista, verifica-se um amplo rol de formas aptas à comprovação de um fato perante o juiz da ação levada a julgamento. Adiante, passa-se a estudar o manejo dos referidos meios para a consecução do seu objetivo numa ação trabalhista com pedido de indenização por assédio moral, qual seja, evidenciar a existência do assédio, mesmo diante das características peculiares dessa prática ilícita que dificultam a sua caracterização e demonstração perante o magistrado.

3.1.2 – A Prova do assédio moral na relação de emprego

As provas e os meios probatórios podem ser manejados pelas partes do processo conforme determinação do juiz, porém, após ingressarem no processo, não aproveitam somente à parte que as produziu, mas servem à causa e ao juiz para o desenlace da questão judicial em julgamento.

Em que pese a existência do princípio da comunhão da prova a nortear o processo trabalhista, a responsabilidade e obrigação acerca da produção das provas necessárias à apreciação do litígio tem regras específicas que às distribuem entre as partes, conforme seu papel, sua capacidade e sua atuação no processo.

A Consolidação das Leis do Trabalho é simplista e no seu artigo 818 estabelece que “a prova das alegações incumbe à parte que as fizer”. O Código de Processo Civil (BRASIL, 1943 e 2015a), aplicável subsidiariamente ao processo trabalhista por conferir maior completude ao assunto, no artigo 373 prescreve que “a prova dos fatos constitutivos do direito cabe ao autor, restando ao réu as relacionadas à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”.

Renato Saraiva (2010, p. 333) esclarece que o ônus da prova está relacionado com a partição das provas entre os litigantes. Segundo ele, embora o art. 818 da CLT (BRASIL, 1943) verse sobre o tema no âmbito processual trabalhista, considerando a sua insuficiência conceitual, a doutrina majoritária aplica de forma subsidiária, o art. 373 do CPC (BRASIL, 2015a).

Para Cândido Rangel Dinamarco (2002, p.71), o “ônus da prova é o encargo, atribuído pela lei a cada uma das partes, de demonstrar a ocorrência dos fatos de seu próprio interesse para as decisões a serem proferidas no processo”.

Não sendo presumido o assédio moral no ambiente de trabalho, cabe ao ofendido, comprová-lo em juízo. Considerando os aspectos e características dessa conduta ilícita, na

maioria das vezes velada, mascarada de normalidade, dissimulada em atos corriqueiros da empresa e da hierarquia estabelecida no ambiente laboral, a prova judicial do assédio não é tarefa fácil a ser vencida pelo empregado.

Marie France Hirigoyen (2005, p. 347) preleciona que “como as ocorrências de assédio moral são por sua natureza muito sutis e ocultas, não é fácil apresentar prova. Com muita frequência o empregado só toma consciência de sua situação quando já sofreu os efeitos e se encontra em licença médica.” Efeitos decorrentes das ofensas repetidas sofridas ao longo do tempo, que acabam atingindo de maneira sorrateira a dignidade, a saúde e o equilíbrio psíquico da vítima, que fica sem ação e não consegue se defender.

A demonstração dos atos caracterizadores do assédio moral perante o juiz perpassa pelas características dessa prática ilícita comum no ambiente de trabalho, constituída por atos de agressividade imediata limitada e normalmente mascarada pelo exercício do poder diretivo e hierárquico do superior ou por brincadeiras dos colegas de trabalho, cuja reiteração apresenta-se como um dos seus principais elementos caracterizadores.

Observa-se que a dificuldade na obtenção da prova nessas ações reside em aspectos próprios do assédio moral no ambiente laboral, acima enumerados e já pormenorizados no início deste trabalho. Considerando que os meios probatórios mais utilizados nessas ações são as provas testemunhais e documentais, pode-se vislumbrar os reveses enfrentados na sua obtenção pelo empregado que se insurge pela via judicial contra o empregador.

Ao empregado que sofre o assédio moral, principalmente aquele do tipo vertical, cujo agressor é o próprio empregador ou um representante seu, é tarefa árdua o convencimento de um colega de trabalho acerca da importância do seu testemunho para a cessação daquela situação agressiva. A dificuldade não reside na falta de entendimento dos colegas acerca da lesividade da ação do agressor, mas sim, no receio de serem as próximas vítimas de assédio ou até mesmo, percam o emprego de forma sumária caso testemunhem.

Do mesmo modo, a obtenção de provas documentais não é tarefa simples à vítima de assédio moral no emprego. O ascendente funcional tem mais acesso e domínio sobre os documentos e registros da empresa e por isso pode impedir ou dificultar o acesso da vítima aos mesmos.

Os obstáculos existentes diante da vítima de assédio moral no ambiente laboral são muitos, alguns deles intransponíveis diante da normal distribuição do ônus da prova, do fato do assédio ocorrer de maneira obscura e sorrateira e da condição econômica e social privilegiada que normalmente experimenta o responsável pelos assaques. Essas barreiras

geram um verdadeiro sentimento de impunibilidade para os agentes desta prática ilícita, contribuindo para a sua reiteração no meio laboral.

Também constitui verdadeira negativa de acesso à justiça, visto que acabam inibindo muitas vítimas de acessarem o judiciário para deduzirem suas demandas, devido a não vislumbrarem sucesso no seu intento, diante dos inúmeros revesses que se apresentam como insuperáveis para ela, que já se encontra fragilizada psicológica e fisicamente pelo agressor.

A busca de ferramentas e mecanismos aptos a possibilitar à vítima de assédio moral laboral condições de igualdade material no julgamento da demanda deduzida em juízo, deve nortear a interpretação e aplicação dos dispositivos legais relativos ao tema. De outro modo, restaria prejudicado o princípio de acesso à justiça, insculpido na Carta Magna de 1988 e beneficiados os agressores, que continuariam livres para criar um ambiente de terror psicológico nos locais de trabalho sob seu comando.

A inversão do ônus da prova, instituto que surge para o direito brasileiro através do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990), no início da década de noventa, apresenta-se como uma tábua de salvação para a busca dessa igualdade material entre a vítima e o agressor na lide decorrente de assédio moral no âmbito laboral. Adiante serão vistos os aspectos positivos e negativos relacionados à aplicação supletiva do referido instituto na justiça trabalhista.

3.2 – A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO TRABALHISTA.

A regra geral da distribuição do encargo probatório no direito do trabalho estabelece que “a prova das alegações cabe à parte que às fizer” (BRASIL, 1943). A determinação judicial que contrariar esta norma será excepcional e sua adoção terá justificção diante de quadros distorcidos, cuja exagerada disparidade de forças entre as partes, não corrigida pela igualdade formal proporcionada pelo processo judicial, apontem para a efetiva necessidade de excepcionar a regra da divisão do ônus da prova.

Nesse diapasão, a inversão do ônus da prova se apresenta como instituto apto ao cumprimento deste mister. Sua aplicação visa, através de uma lógica jurídica, distribuir o encargo probatório entre as partes, de modo diverso daquele prescrito na regra geral. No entanto, com base em sua gênese e fins, cabe verificar a aplicabilidade do referido instituto ao direito laboral, regido por princípios específicos que visam principalmente, a proteção do trabalhador.

Conforme se extrai da lição de Maurício Godinho Delgado (DELGADO, 2004), o direito do trabalho norteia-se por princípios que balizam seu alcance e objetivos, dentre os quais destaca-se o da proteção, corolário da própria criação deste ramo do direito. Suas regras impositivas e de ordem pública intervieram na esfera de liberdade de contratar das partes integrantes da relação de trabalho com o objetivo principal de limitar a exploração do obreiro, que anteriormente era empregado e tratado pelo proprietário do capital como um simples meio de produção, restando desprezada sua própria dignidade como ser humano.

Do princípio da proteção decorrem os princípios do in dúbio pró operário, da aplicação da norma mais favorável ao trabalhador e da condição mais benéfica, todos voltados à salvaguarda do empregado diante da busca desenfreada do capitalista por lucros. O princípio do in dúbio pro operário informa que diante de uma dúvida interpretativa da norma, que esta seja compreendida de forma favorável ao operário, resguardando a parte mais frágil da relação.

A aplicação da norma mais favorável ao trabalhador é o princípio que estabelece ao magistrado a obrigação de aplicar aquela mais favorável ao obreiro, sempre que estiver diante de várias aplicáveis ao mesmo caso concreto, inclusive, relegando a um segundo plano, outras regras de resolução de conflitos de normas, como a hierárquica.

Ainda com base na proteção do trabalhador, o princípio da condição mais benéfica versa sobre direitos mais vantajosos adquiridos pelo empregado em decorrência de contrato de trabalho ou acordo coletivo, os quais não podem ser reduzidos por leis ou normas posteriores, salvo se o empregado aquiescer.

O estudo dos princípios do direito do trabalho demonstra que seu principal objetivo resume-se à proteção da parte mais fraca da relação trabalhista, que na maioria das vezes será o trabalhador. Os objetivos secundários que advém deste, alcançam inúmeros aspectos da vida em sociedade, desde os culturais até os econômicos, exercendo importante papel na pacificação social e na redução das pressões existentes entre as distintas classes sociais.

Nessa esteira, vislumbra-se a possibilidade de aplicação da inversão do ônus da prova no processo trabalhista, diante dos objetivos passíveis de serem atingidos pela aplicação do instituto que coadunam-se ao espírito deste ramo do direito. Deve constituir uma ferramenta capaz de permitir ao processo a concretização efetiva dos princípios do direito do trabalho, para que sua relevância seja sentida no seio social e represente verdadeira emancipação daqueles que para obterem seu sustento, se obrigam a submeterem-se aos desmandos dos que detém o poder econômico e o controle dos meios de produção.

3.2.1 – Origem do Instituto da Inversão do Ônus da Prova

A mitigação das regras relacionadas à partição do ônus da prova decorre do objetivo de ultrapassar a mera igualdade formal e alcançar, ao menos no plano jurídico, a igualdade material entre as partes, nas relações onde as distinções econômicas potencializam a disparidade de força existente entre elas. São exemplos de relações marcadas por esse tipo de distância entre o poder econômico das partes, a maioria das relações trabalhistas e consumeristas, aumentando a importância desses ramos do direito na busca de institutos jurídicos capazes de amenizar essa diferença de forças das partes em juízo, já que a mera igualdade formal conferida no processo judicial é insuficiente para a promoção da justiça e da pacificação social na maioria destes casos.

Não por acaso, foi no âmbito do direito do consumidor, marcado pelas práticas agressivas de comércio das grandes corporações, que surgiu o instituto da inversão do ônus da prova no Brasil. De acordo com o artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990), constitui direito básico do consumidor “a facilitação da defesa dos seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência”.

A inversão do ônus da prova constituiu um importante instrumento a disposição do magistrado, que observando o contraditório e a ampla defesa, tem condições de conferir maior equilíbrio a possíveis desigualdades injustificadas, existentes entre os litigantes. Verificando-se os requisitos da verossimilhança e hipossuficiência, o juiz poderá determinar a inversão do ônus probatório, estabelecido nas regras gerais do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015a).

Como nas relações de consumo, a relação trabalhista é marcada pela disparidade de forças entre as partes contratantes e se desenrola num ambiente onde o contrato é traçado com base na iniciativa de ambas as partes. Uma delas é movida pela vontade de obter lucro através do emprego do seu capital e dos seus meios de produção e a outra, pela necessidade de vender a mais valia do trabalho intelectual e físico do próprio corpo, para a obtenção dos recursos necessários ao seu sustento e de sua família.

A maior parte das relações trabalhistas são marcadas pela verticalidade, onde o empregador domina os meios de produção, decide quem contratar e quem demitir, o modo como o trabalho deve ser realizado e vale-se da eterna massa de desempregados, sempre mantida em níveis capazes de gerar ao trabalhador o receio de perder o emprego. Esse quadro

garante ao empregador a manutenção da sua posição superior em todos os aspectos da relação, deixando o empregado inferiorizado.

A similaridade existente entre os direitos consumerista e trabalhista, no que tange à disparidade de forças normalmente existente entre as partes, aponta para a possibilidade de emprego do instituto da inversão do ônus da prova, nascido no âmbito do direito do consumidor, ao direito do trabalho, visto tratar-se de ferramenta capaz de minimizar os efeitos negativos da diferença de forças no interior do processo, aproximando-os de uma verdadeira posição de igualdade.

3.2.2 – A aplicabilidade da Inversão do Ônus da Prova no Processo do Trabalho

O arcabouço legislativo trabalhista evoluiu ao longo dos tempos, reconhecendo a hipossuficiência do trabalhador perante o patrão e conseqüentemente, criando mecanismos capazes de minimizar os efeitos negativos dessa condição no âmbito da relação laboral. Numa evolução histórica o trabalho inicialmente feito por escravos, que se confundiam com os próprios meios de produção, passou a ser feito sob condições que sacrificavam a vida dos operários que legalmente trabalhavam sob condições desumanas, simplesmente porque o empregador queria obter o máximo lucro com os meios disponíveis, sendo a liberdade de contratar na esfera trabalhista livre de qualquer interferência estatal.

Hodiernamente, o direito trabalhista passou a integrar normas de ordem pública, inafastáveis pela vontade das partes, que visam garantir direitos inerentes ao ser humano que oferece sua força de trabalho como forma de obter os recursos necessários ao seu sustento, sem comprometer todo o seu tempo e sua saúde em função do labor. Independentemente da existência de tais regras criadas ao longo do tempo, a relação trabalhista ainda mantém o empregado numa posição inferior, ficando o empregador, na maioria dos casos, numa posição de controle da relação e da maioria dos meios probatórios aceitos em juízo, como as testemunhas, que em regra são outros empregados, e os documentos relativos ao contrato e a sua execução.

Nesse contexto o instituto da inversão do ônus da prova, trazido ao ordenamento jurídico pátrio pelo Direito Consumerista, se apresenta para o Processo do Trabalho como regra capaz de reequilibrar a relação entre empregador e empregado no interior das lides constituídas em juízo, através da transferência do ônus probatório originalmente do empregado ao empregador. Para Cleber Lúcio de Almeida (2009, p. 118) “a inversão do ônus da prova no processo do trabalho tem como objetivo a modificação da situação de

desequilíbrio existente entre os principais sujeitos da relação de emprego, sobretudo no que diz respeito ao trabalhador”.

Renato Saraiva, (2010, p. 335) por sua vez afirma que “poderá o magistrado trabalhista, considerando a hipossuficiência do empregado, determinar, caso não existam outras provas nos autos suficientes à formação do convencimento acerca dos fatos alegados pelas partes, a inversão do ônus da prova”.

Embora a CLT (BRASIL, 1943) não possua regra explícita semelhante à inversão do ônus da prova existente no Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990), o objetivo principal da lei trabalhista que se funda na proteção do trabalhador e das relações de trabalho frente ao poder econômico, permite a utilização do referido instituto no âmbito da justiça do trabalho com base na analogia e no diálogo das referidas fontes normativas que possuem objetivos similares. Como bem observa Amauri Mascaro Nascimento (2010, p. 617), “nem sempre a igual distribuição do ônus da prova atende às necessidades do processo trabalhista, porque sobrecarrega o empregado, que não tem as mesmas condições e facilidades do empregador.”

Na mesma esteira, o princípio da aptidão da prova, que ganha espaço no direito nacional, atribui o ônus de provar a quem possuir melhores condições de cumpri-lo. O Código de Processo Civil (BRASIL, 2015a) regula o referido princípio no seu artigo 373, § 1º, 2º e 3º, onde estabelece a possibilidade de alterações na divisão clássica do ônus *probandi* e determina critérios e limites para as referidas mudanças.

Mesmo não havendo um consenso acerca da utilização da regra consumerista nos julgamentos trabalhistas, a jurisprudência apresenta inúmeros casos de inversão do ônus da prova no processo do trabalho, considerando a hipossuficiência do trabalhador como base autorizadora, alguns deles materializados na Súmula 338 do Tribunal Superior do Trabalho (BRASIL, 2005), embora versando sobre a temática específica da folha ponto, como se observa nos julgados a seguir (BRASIL, 2015b, 2005, 2015c):

- TRT-1 - RO: 00016358720125010019 - RECURSO ORDINÁRIO DO AUTOR DESVIO DE FUNÇÃO. DIFERENÇAS SALARIAIS..... DAS HORAS EXTRAS, INTERVALO E REFLEXOS. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. Sonegados os controles de horário, cabível é a inversão do ônus da prova, na forma do item I da Súmula nº 338 do C. TST, com a presunção da veracidade da jornada alegada na peça de ingresso. Recurso a que se nega provimento.
- TRT-5 - RO: 61007520035050462 - JORNADA DE TRABALHO. IMPRESTABILIDADE DAS FOLHAS DE PONTO QUE CONTEMPLAM HORÁRIOS INVARIÁVEIS. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. Nos termos da OJ n.306 da SDI-1 do c. TST, "os cartões de ponto que demonstram horário de entrada e saída invariáveis são inválidos como meio de prova, invertendo-se o ônus

da prova, relativo às horas extras, que passa a ser do empregador, prevalecendo o horário da inicial se dele não se desincumbir

- TST - RR: 16209520135200006 - RECURSO DE REVISTA SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 13.015/2014. HORAS EXTRAS. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. AUSÊNCIA DE NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO DO EMPREGADOR PARA A APRESENTAÇÃO DAS FOLHAS DE PONTO. Na esteira do atual entendimento desta Corte, com a redação da Súmula nº 338 do TST dada pelas Resoluções 121/2003 e 129/2005, não mais subsiste a necessidade de determinação judicial para que o empregador apresente os registros de frequência do empregado. Assim, a ausência de apresentação injustificada dos controles de ponto gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, que pode ser elidida por prova em contrário (Súmula 338, I, do TST). Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido.

Na lição de Bezerra Leite (2014, p. 230), a inversão do ônus da prova pode ser utilizada no processo trabalhista baseada na analogia entre o artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990) e as regras protetivas do direito do trabalho que conferem especial proteção ao trabalhador hipossuficiente, ou então, com fundamento na regra insculpida no artigo 852-D combinada com o artigo 769, ambos da Consolidação das Leis do Trabalho (BRASIL, 1943).

Para melhor entender o raciocínio de Bezerra Leite acima exposto, transcreve-se o artigo 852-D da CLT (BRASIL, 1943) que estabelece: “O juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, considerado o ônus probatório de cada litigante, podendo limitar ou excluir as que considerar excessivas, impertinentes ou protelatórias, bem como para apreciá-las e dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica.” E o artigo 769, da CLT (BRASIL, 1943) que determina: “Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título”.

Depreende-se da leitura conjunta das normas referidas e da análise jurisprudencial, a possibilidade jurídica de adoção no processo do trabalho, da inversão do ônus da prova criada no âmbito do direito do consumidor. No entanto, aplicada segundo os fundamentos próprios do direito trabalhista, esteados no princípio basilar da proteção do trabalhador, gênese dos demais princípios deste ramo do direito, cuja estrutura normativa garante sua autonomia, especificidade e efetividade.

Na jurisprudência trabalhista o número de decisões denegando o pedido de indenização por dano moral decorrente de assédio moral no trabalho ainda é muito maior que o diminuto número de sentenças que reconhecem o assédio moral laboral após aplicação da inversão do ônus da prova. Conforme se observa nas ementas a seguir, as decisões são conservadoras e muitas exigem do reclamante, provas pormenorizadas das alegações

relacionadas à existência de assédio moral no ambiente laboral (BRASIL, 2015d, 2015e e 2014):

- TRT-1 - RO: 00011263320125010060 - ASSÉDIO MORAL. NÃO COMPROVADO. Não demonstrado pela parte autora qualquer situação concreta capaz de vilipendiar sua honra subjetiva, não se justifica a compensação desejada
- TRT-2 - RO: 00007199420135020082 - INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. ASSÉDIO MORAL NÃO COMPROVADO. Para a configuração do ato ilícito do empregador que enseje a reparação de danos morais, é necessária a prova pormenorizada dos fatos alegados que possibilite a correta avaliação e tipificação da conduta patronal, sob pena de subjetivar o delito e relegar a sua definição ao excesso de suscetibilidade da vítima. E, no caso, a prova oral produzida pelo autor revelou-se insuficiente para comprovar o assédio moral alegado, visto que a testemunha afirmou que presenciou Rafael proferindo palavras "constrangedoras" para o reclamante, porém não soube precisá-las, pois estava distante deles. Apelo improvido
- TRT-2 - RO: 00013696720125020312 - ASSÉDIO MORAL NÃO COMPROVADO. REPARAÇÃO POR DANOS INDEVIDA. A figura do assédio moral se consubstancia na pressão psicológica do empregador ou preposto, com caráter não eventual, na busca de fazer dos constrangimentos perpetrados no trabalho, instrumento de verdadeira coação, para obtenção de maior produtividade ou mesmo para ensejar a iniciativa do empregado em rescindir o seu contrato de trabalho. O trabalhador passa a ser vítima de um ambiente de insustentável instabilidade emocional. Todavia, no caso em tela, o reclamante, a quem competia o ônus da prova, não demonstrou suas alegações. A única testemunha ouvida em audiência desmentiu o comportamento imputado ao superior hierárquico. Assim, não há que se falar em reparação por danos. Apelo a que se nega provimento.

De outro lado, algumas decisões, embora ainda não reconhecendo o assédio moral devido à falta de provas trazidas ao processo pelo reclamante e não admitindo a inversão do ônus da prova à vista do fato que o ato ilícito não se presume, elenca a inexistência inclusive de indícios trazidos pelo autor da ação, a comprovar ao menos a verossimilhança das suas alegações. Tal aspecto torna-se relevante, visto que a ausência de um mínimo conteúdo probante a tornar a reclamação trabalhista verossímil, constitui fator inibidor à aplicação do instituto da inversão do ônus da prova, devido ao risco de criar uma distorção processual despropositada. No acórdão resumido a seguir observa-se a motivação do relator para denegar o pedido indenizatório por dano moral decorrente de assédio moral laboral (BRASIL, 2017a):

- TRT-1 - RO: 00017297320125010071 - ASSÉDIO MORAL. COMPROVAÇÃO. Ante a negativa geral deduzida na contestação acerca do alegado assédio moral, coube à reclamante a prova do dano (art. 818 da CLT). Os fundamentos expostos pelo Juízo a quo, ao deferir a pretensão ora recorrida, tiveram origem em particularidade não desenvolvida pela reclamante na causa de pedir (art. 141 do CPC), na medida em que todo o relato da exordial guarda relação com sucessivas perseguições originadas de suposto mal estar entre a reclamante e o diretor da empresa, que não foram comprovadas nos autos, nem mesmo por indícios. Não se olvida que a prova do fato alegado é tarefa processual árdua, porém igualmente não se admite a inversão do ônus da prova, pois que, como regra, o ato ilícito não se presume. Acolhe-se o apelo, para excluir a reparação por danos morais.

Por conseguinte, não há dever de reparar relativo a ressarcimento de gastos com o tratamento psiquiátrico, psicoterápico e medicamentoso, supostamente decorrentes do mesmo ato ilícito, por falta de nexo causal. Recurso empresarial parcialmente provido.

Exemplificando a aplicação do instituto da inversão do ônus da prova ao processo do trabalho, fora do âmbito da Súmula 338, embora o instituto não tenha sido decisivo para o deslinde da causa, cita-se o julgamento do Recurso Ordinário nº 00002089220125040303 TRT-4 RS, (BRASIL, 2013a) no qual o relator Alexandre Corrêa da Cruz, da 3ª Vara do Trabalho de Novo Hamburgo, ao citar Márcia Novaes Guedes, aduz em suas razões de decidir que “admite-se a inversão do ônus da prova, revertendo para o agressor o encargo de provar a inexistência do assédio, na medida em que o autor da ação já tenha apresentado elementos suficientes para permitir a presunção de veracidade dos fatos narrados na petição inicial”. E decidiu por reformar a decisão de primeira instância que denegava o pedido de indenização por danos morais decorrentes de assédio moral no trabalho, requerido pela autora.

No caso em tela, o magistrado ressalta a necessidade de um quantum mínimo de elementos apresentados pela autora, capazes de demonstrar a verossimilhança das suas alegações, para aplicação o instituto da inversão do ônus da prova e reconhecimento do assédio moral na relação de emprego. O acórdão foi posteriormente confirmado pelo Tribunal Superior do Trabalho, no julgamento do Recurso de Revista 208-92.2012.5.04.0303 (BRASIL, 2013b) interposto pela empresa reclamada na inicial.

No entanto, as pesquisas aos repositórios jurisprudenciais dos tribunais apontam para a existência de poucos julgados que aplicam a inversão do ônus da prova em ações que visam o reconhecimento do assédio moral na relação de emprego. Dentre os poucos encontrados cita-se o acórdão proferido pela justiça trabalhista do Espírito Santo (BRASIL, 2017b):

- TRT 17 – RO: 01180-2012-005-17-00-8 - ASSÉDIO MORAL. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. A verossimilhança da alegação de assédio moral e a dificuldade do reclamante em produzir prova devido à peculiaridade da condição de trabalho de marítimo embarcado, atraem a inversão do ônus da prova, autorizada pelo artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, de aplicação subsidiária na hipótese, cabendo ao reclamado provar a inexistência do assédio moral.

Percebe-se que a aplicação do instituto da inversão do ônus da prova vem ganhando espaço nas decisões das varas e tribunais trabalhistas, mesmo que de maneira tímida. Um dos principais norteadores para a aplicação do instituto, conforme se percebe, são as provas

trazidas pelo autor, que mesmo diante das dificuldades de sua obtenção, devem demonstrar ao menos a verossimilhança das suas alegações iniciais, para que reste segura a aplicação da inversão do ônus *probandi* em desfavor do reclamado.

Com o advento da nova lei processual civil (BRASIL, 2015a) e esteado no artigo 769 da CLT (BRASIL, 1943), vislumbra-se um instituto da inversão do ônus da prova aplicado ao processo trabalhista atual, com maior alcance do que aquele insculpido no CDC (BRASIL, 1990), cujos limites são marcados pela verossimilhança e hipossuficiência de uma das partes.

O florescimento do princípio da aptidão para a prova, insculpido expressamente no artigo 373, § 1º, do recente CPC (BRASIL, 2015a), alarga a possibilidade da aplicação da inversão do ônus da prova pelo juiz, diante do mandamento segundo o qual a prova deve ser produzida por quem tem os meios mais aptos a fazê-lo, nos casos em que se torna extremamente difícil ou impossível para a parte contrária.

Fundado nesta nova base jurídica da carga dinâmica, ou distribuição dinâmica do ônus da prova, o juiz poderia analisar a aplicação da inversão do ônus probatório de acordo com a capacidade das partes de se desincumbir de tal encargo, não sendo limitado pelos restritos requisitos autorizadores do CDC (BRASIL, 1990). As referidas regras cíveis tem aplicação ao processo do trabalho pelos mesmos fundamentos já apresentados relativamente à inversão clássica do ônus da prova e tem o condão de potencializar o emprego do referido instituto aos casos de assédio moral laboral.

3.2.3 – Fatores relevantes à aplicação da Inversão do Ônus da Prova no Processo Laboral

A inversão do ônus da prova apresenta-se para o processo trabalhista como instituto capaz de proporcionar real igualdade de forças entre as partes em litígio na ação deduzida em juízo. Nesse rumo, o processo caminha para uma verdadeira equipolência entre os contendores, independentemente de suas condições econômicas e sociais altamente desiguais, verificadas fora da ação judicial.

No entanto, a hipossuficiência do empregado não deve ser um fator a liberar a utilização injustificada do instituto, cuja aplicação deve ser pautada pela necessidade. Somente se verificada a condição desfavorável do empregado para a produção da prova e diante da verossimilhança das suas alegações, o juiz tem fundamento para inverter o ônus da prova estabelecido na regra geral da CLT (BRASIL, 1943).

A posição econômica e social privilegiada do empregador perante o empregado, não necessariamente configurará uma posição desvantajosa para este produzir provas sobre determinados fatos da relação trabalhista. A análise acerca da dificuldade da parte mais fraca, ou hipossuficiente, em se desincumbir do ônus probatório deve ser feita com base nos aspectos e características da matéria objeto da discussão judicial.

É evidente a posição privilegiada do empregador perante o empregado na maioria das relações de trabalho. No entanto, esse fator não é permissivo para verdadeira inversão generalizada do ônus probatório, o que geraria nova distorção da relação processual, com situações nas quais a prova ora difícil para uma das partes, se tornaria impossível para a outra.

O artigo 373, da Lei 13.105/2015 (BRASIL, 2015a) que instituiu o novo CPC, baliza o assunto da seguinte forma no parágrafo 1º: “Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.” E limita o uso da inversão do ônus da prova no seu parágrafo 2º, determinando que “a decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que seja impossível ou excessivamente difícil à parte se desincumbir do encargo”.

Conforme já observado anteriormente, as regras do CDC (BRASIL, 1990) já não constituem as normas supletivas mais avançadas a balizar a aplicação do instituto da inversão do ônus da prova no direito do trabalho. As novas regras processuais civis relacionadas às questões probatórias inserem o arcabouço jurídico nacional na vanguarda da doutrina relacionada à temática específica da divisão e distribuição da obrigação de provar

A aplicação parcimoniosa e técnica da inversão do ônus da prova é capaz de corrigir a disparidade exagerada existente entre as partes do contencioso trabalhista. No entanto, para que isso ocorra sem percalços processuais, a redistribuição do ônus *probandi* deve ocorrer em momento que não comprometa a capacidade da parte produzir a prova que anteriormente, segundo a regra geral, não seria sua obrigação. O contraditório e a ampla defesa não podem ser prejudicados pela inversão realizada em momento inoportuno.

Nesse aspecto, a aplicação do instituto somente na decisão final, concedendo o ganho de causa a uma parte, com base na inversão do ônus de uma prova não produzida por ambas, seria potencialmente inadequada, visto que, não oportunizaria o contraditório. Quanto mais cedo no processo for trazida à baila a questão da aplicação do instituto, menores as chances de novas distorções insuscetíveis de correção, visto que a parte que abraça sob sua

responsabilidade a produção de provas que pelas regras gerais não eram suas, possui tempo hábil a insurgir-se e argumentar acerca da impossibilidade de consecução da mesma, fornecendo maiores subsídios para a decisão do magistrado ao final do processo.

Ao empregado não é simples comprovar a existência dos atos de agressão caracterizadores do assédio moral. Os demais empregados não testemunham ou por medo de ficarem desempregados ou por não perceberem a agressividade para o íntimo do colega das ações tomadas pelo superior hierárquico, tanto que, muitas vezes, por esses mesmos fatores, ocorre o assédio moral horizontal. Considerando as particularidades do assédio moral, normalmente, a prova testemunhal será a mais hábil a comprovar a existência de tal ocorrência, visto que, documentos apresentando uma transferência de setor, quando considerados isoladamente, não atestam a existência do assédio, que não se perfaz por um único ato, o qual pode ser considerado normal no dia a dia da empresa.

De outro lado, o magistrado deve ser rigoroso nos critérios adotados para modificar a distribuição do ônus da prova, assim como na sua análise, visto que o assédio moral é de difícil verificação, assim como a certeza acerca da sua existência. A inversão não deve ser banalizada, a fim de não fomentar a criação de uma indústria do dano moral vinculada ao assédio moral no ambiente de trabalho, decorrente da mera sede de vingança de oportunistas que não se adéquam às atividades da empresa onde estão empregados.

A utilização despreocupada do instituto geraria enriquecimento ilícito e oneraria desarrazoadamente a empresa, principal criador de riquezas para a manutenção do modelo econômico e social adotado no Brasil. Na outra ponta da balança e buscando-se a justa medida na aplicação do instituto e das regras do direito, aparece a necessidade de alcançar a verdadeira igualdade material no processo, como instrumento capaz de coibir a perniciosa prática do assédio moral no trabalho, que causa enormes prejuízos sociais e também econômicos.

A responsabilidade do julgador laboral nesse âmbito aumenta diante da ausência de normas penais relacionadas ao tema. No Brasil, distintamente de algumas outras nações, o assédio moral no trabalho não é considerado por si só uma infração penal, restando inteiramente ao direito trabalhista, apoiado pelas regras cíveis, a incumbência de refrear sua prática como técnica de administração e liderança de pessoal no ambiente de trabalho, local altamente marcado pelas disputas de poder e dinheiro.

4 – CONCLUSÃO

Em que pese, tratar-se de um instituto pouco aplicado na jurisprudência, a inversão do ônus da prova é ferramenta capaz de proporcionar igualdade material entre as partes processuais na justiça laboral. Embora seja um tema já aceito na doutrina e jurisprudência, sua aplicação ainda é diminuta e gera algumas discussões, além de demandar uma equilibrada e parcimoniosa análise na sua adequação prática ao caso concreto.

Tratando-se do assédio moral na relação de emprego, prática nociva que envenena o ambiente laboral e destrói a qualidade de vida da vítima, a inversão do ônus probatório alça-se ao patamar de verdadeiro instituto emancipador, aplicável ao direito do trabalho e apto a conferir efetivo acesso à justiça, considerando que a dificuldade de obtenção de provas dessa modalidade ilícita praticada no meio laboral inibe muitas vítimas de sequer intentarem uma ação judicial.

A jurisprudência trabalhista vêm timidamente aplicando o instituto da inversão do ônus da prova, principalmente em temas menos controvertidos, onde a dificuldade do empregado em conseguir a prova resta mais evidente, como no caso da súmula 338 do TST. No entanto, em casos específicos sobre assédio moral trabalhista, as decisões invertendo o ônus *probandi* são mais raras, embora, a maioria da doutrina defenda sua necessidade e aplicabilidade no processo trabalhista relacionado a esta temática específica.

A perniciosidade do assédio moral no trabalho é reconhecida pela sociedade e pelo mundo acadêmico, mas a prática é acanhadamente combatida devido ao conservadorismo que permeia a aplicação das regras de proteção ao trabalhador, principalmente daquelas que tenham potencial de interferir diretamente no modo de administração e produção das empresas.

A inexistência de lei penal a inibir tal prática, relega ao direito trabalhista a missão de refrear esse ilícito. Devido às dificuldades de obtenção da prova pelo empregado nesse tipo de ação, cresce a importância do instituto da inversão do ônus da prova para igualdade material das partes em litígio e efetividade da justiça do trabalho, como ferramenta capaz de concretizar os princípios regentes das relações trabalhistas.

A criação de regras especiais de direito processual do trabalho aptas a permitir a inversão do ônus da prova ou mesmo a própria distribuição dinâmica do ônus probatório, conforme a mais nova doutrina civilista, seriam medidas capazes de proporcionar maior efetividade na prestação jurisdicional laboral. No entanto, a legislação não acompanha a

dinâmica social em constante mutação, cabendo ao judiciário a aplicação das regras existentes e o preenchimento de suas lacunas conforme as normas de integração do direito.

O advento do Novo Código de Processo Civil, que elenca regras acerca da distribuição dinâmica do ônus da prova, apresenta-se como fator a potencializar a aplicação do instituto da inversão do ônus da prova ao processo do trabalhista, criando expectativa positiva para os próximos anos, no que tange a referida temática.

Por derradeiro, resta enaltecer a necessidade de uma aplicação equilibrada e cuidadosa do instituto da inversão do ônus da prova, independentemente da base adotada, seja ela o CDC (BRASIL, 1990) ou o novo CPC (BRASIL, 2015a). Visto que, sua aplicação descuidada, muito embora possa ter a aptidão inibitória da prática do assédio moral no trabalho, como verdadeira forma de gestão de pessoal, geraria nova disparidade despropositada entre as partes litigantes.

REFERÊNCIAS

ALKIMIN, Maria Aparecida. **ASSÉDIO MORAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

ALMEIDA, Cleber Lúcio de. **DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 4.591, de 03 de maio de 2001. DISPÕE SOBRE A APLICAÇÃO DE PENALIDADES À PRÁTICA DE "ASSÉDIO MORAL" POR PARTE DE SERVIDORES PÚBLICOS DA UNIÃO, DAS AUTARQUIAS E DAS FUNDAÇÕES PÚBLICAS FEDERAIS A SEUS SUBORDINADOS, ALTERANDO A LEI Nº 8.112, DE 11 DE DEZEMBRO DE 1990**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=28115>>. Acesso em 08/03/2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 5.972, de 13 de dezembro de 2001. ALTERA DISPOSITIVOS DA LEI Nº 8.112, DE 11 DE DEZEMBRO DE 1990, QUE "DISPÕE SOBRE O REGIME JURÍDICO DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS DA UNIÃO, DAS AUTARQUIAS E DAS FUNDAÇÕES PÚBLICAS FEDERAIS"**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=42149>>. Acesso em 08/03/2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 1.610, de 04 de agosto de 2003. DISPÕE SOBRE A APLICAÇÃO DE PENALIDADES À PRÁTICA DE "ASSÉDIO MORAL" POR PARTE DE SERVIDORES PÚBLICOS DA UNIÃO, DAS AUTARQUIAS E DAS FUNDAÇÕES PÚBLICAS FEDERAIS A SEUS SUBORDINADOS, ALTERANDO A LEI Nº 8.112, DE 11 DE DEZEMBRO DE 1990**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=126648>>. Acesso em 08/03/2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 2.369, de 28 de outubro de 2003. DISPÕE SOBRE O ASSÉDIO MORAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=139681>>. Acesso em 08/03/2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 2.593, de 25 de novembro de 2003. ALTERA DISPOSITIVOS DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO - CLT, PARA DISPOR SOBRE A PROIBIÇÃO DA PRÁTICA DO ASSÉDIO MORAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=145232>>. Acesso em 08/03/2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 33, de 05 de fevereiro de 2007. DISPÕE SOBRE O ASSÉDIO MORAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=340009>>. Acesso em 08/03/2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 4.742, de 23 de maio de 2001. INTRODUZ ART. 146-A NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO - DECRETO-LEI Nº 2.848, DE 07 DE DEZEMBRO DE 1940, DISPONDO SOBRE O CRIME DE ASSÉDIO MORAL NO TRABALHO.** Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=28692>>. Acesso em 09/03/2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 4.960, de 01 de agosto de 2001. ALTERA O DECRETO-LEI Nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940 - CÓDIGO PENAL, PARA INSTITUIR O CRIME DE ASSÉDIO MORAL.** Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichade tramitacao?idProposicao=31394>>. Acesso em 09/03/2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 10/03/2017.

BRASIL. **Decreto Lei 5.452, de 1º de maio de 1943.** Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em 10/03/2017.

BRASIL. **Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em 10/03/2017

BRASIL. **Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990.** Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm>. Acesso em 10/03/2017.

BRASIL. **Lei 13.115, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em 10/03/2017.

BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região.** Recurso Ordinário 00011263320125010060. Relator: Des. Maria Aparecida Coutinho Magalhães. Rio de Janeiro, RJ, 09 de junho de 2015. Disponível em <<https://trt-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/200473247/recurso-ordinario-ro-11263320125010060-rj>>. Acesso em 10/05/2017.

BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região.** Recurso Ordinário 00017297320125010071. Relator: Des. Marcelo Antero de Carvalho. Rio de Janeiro, RJ, 22 de fevereiro de 2017. Disponível em <<https://trt-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/436850413/recurso-ordinario-ro-17297320125010071>> Acesso em 10/05/2017.

BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região.** Recurso Ordinário 00016358720125010019. Relator: Des. Mario Sérgio Medeiros Pinheiro. Rio de Janeiro, RJ, 26 de outubro de 2015. Disponível em <<https://trt-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/252346246/recurso-ordinario-ro-16358720125010019-rj>> Acesso em 10/05/2017.

BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região**. Recurso Trabalhista 20070594052, Acórdão 20070881400. Relator: Des. Ricardo Artur Costa e Trigueiros. São Paulo, SP, 19 de outubro de 2007. Disponível em: <<http://aplicacoes8.trtsp.jus.br/sis/acordaoTurma/index/pdf>> Acesso em 03/02/2017.

BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região**. Recurso Ordinário 00007199420135020082. Relator: Des. Kyong Mi Lee. São Paulo, SP, 23 de abril de 2014. Disponível em <<https://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/202134899/recurso-ordinario-ro-7199420135020082-sp-00007199420135020082-a28>> Acesso em 10/05/2017.

BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região**. Recurso Ordinário 00013696720125020312. Relator: Des. Valdir Florindo. São Paulo, SP, 29 de julho de 2014. Disponível em <<https://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/137610735/recurso-ordinario-ro-13696720125020312-sp-00013696720125020312-a28>> Acesso em 10/05/2017.

BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região**. Recurso Ordinário 00002089220125040303. Relator: Des. Alexandre Corrêa da Cruz. Porto Alegre, RS, 07 de fevereiro de 2013. Disponível em <<https://trt-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/128385331/recurso-ordinario-ro-2089220125040303-rs-0000208-9220125040303>> Acesso em 10/05/2017.

BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região**. Recurso Ordinário 61007520035050462. Relator: Des. Débora Machado. Salvador, BA, 17 de maio de 2005. Disponível em <<https://trt-5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7607642/recurso-ordinario-ro-61007520035050462-ba-0006100-7520035050462>> Acesso em 10/05/2017.

BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região**. Recurso Ordinário 01180-2012-005-17-00-8. Relator: Des. Carlos Henrique Bezerra. Vitória, ES, 29 de abril de 2013. Disponível em <<https://trt-17.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/418271307/recurso-ordinario-ro-1180002820125170005>> Acesso em 10/05/2017.

BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. Recurso de Revista 16209520135200006. Relator: Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira. Brasília, DF, 13 de maio de 2015. Disponível em <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/190570469/recurso-de-revista-rr-16209520135200006>> Acesso em 10/05/2017.

BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. Recurso de Revista 2089220125040303. Relator: Min. João Batista Brito Pereira. Brasília, DF, 17 de setembro de 2013. Disponível em <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24207054/recurso-de-revista-rr-2089220125040303-208-9220125040303-tst/inteiro-teor-111918669#>> Acesso em 10/05/2017.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Resolução 129/2005**. Súmula 338 – Jornada de Trabalho – Registro – Ônus da Prova. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-338> Acesso em: 17/02/2017.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. 20.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juros, 2010.

CARNELUTTI, Francesco. **A prova civil**. Traduzido por Lisa Pary Scarpa. Campinas: Bookseller, 2001.

CASSEPP, Alexandre Azambuja. **A Prova no Processo do Trabalho**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 25 mar. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.42601&seo=1>>. Acesso em: 07 abr. 2017.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6 ed. rev., atualiz.e aum. 3ª t. São Paulo: Malheiros, 2006.

CRETELLA NETO, José. **Fundamentos principiológicos do processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 2ª ed. v.3. rev., atualiz. São Paulo. Malheiros Editores, 2002.

FERREIRA, Hádassa Dolores Bonilha. **Assédio moral nas relações de trabalho**. Campinas: Russel, 2004.

FONSECA, Rodrigo Dias da. **Assédio moral - breves notas**. Revista LTr. São Paulo, v. 71, n. 1, jan. 2007.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. 16ª ed. v.2. São Paulo: Saraiva, 2003.

GUEDES, Marcia Novaes. **Mobbing: violência psicológica no trabalho**. Revista LTr – Legislação do Trabalho. v. 67, n. 2. São Paulo: LTr, fev. 2003.

GUEDES, Márcia Novaes. **Assédio Moral e Responsabilidade das Organizações com os Direitos Fundamentais dos Trabalhadores**. Disponível em: <http://www.assediomoral.org/IMG/pdf/GUEDES_M.N._Assedio_moral_e_responsabilidade.pdf> Acesso em 30/10/2016.

HIRIGOYEN, Marie-France. **Mal-Estar no Trabalho. Redefinindo o Assédio Moral**. Trad. Rejane Joanowitz. 2ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Manual de Processo do Trabalho**. 1º ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NASCIMENTO, Sônia Aparecida Costa Mascaro. **Assédio moral no ambiente do trabalho**. Revista Ltr, São Paulo, v.68, n.08, 922-930, ago. 2004.

NASCIMENTO, Sônia Mascaro. **Assédio Moral**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SÃO PAULO. **Lei 12.250, de 09 de fevereiro de 2006**. Veda o assédio moral no âmbito da administração pública estadual direta, indireta e fundações públicas. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2006/lei-12250-09.02.2006.html>>. Acesso em 10/02/2017.

SARAIVA, Renato. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: método, 2010.

SILVA, Jorge Luiz de Oliveira da. **Assédio Moral no Ambiente de Trabalho**. 7. ed. Rio de Janeiro: Jurídica do Rio de Janeiro, 2005.