

O ASSÉDIO MORAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO E SUA PROVA EM JUÍZO*

Juliana Resun Pierin**

Resumo: Trata-se de artigo que tem por finalidade abordar o assédio moral nas relações de trabalho e a dificuldade que o obreiro possa encontrar em provar tal fenômeno em juízo. Analisou-se o instituto da inversão do ônus da prova, o princípio da aptidão para a prova e a teoria dinâmica de distribuição para a prova que constituem ferramentas imprescindíveis à disposição do juiz do trabalho comprometido com o ideal de justiça, para dirimir demandas desta natureza.

Palavras-chave: Assédio moral, meio ambiente do trabalho, dignidade da pessoa humana, prova, justiça.

Abstract: The article intend to deal with moral harassment within work relations and the difficulty the employee might have to evince the phenomenon in court. The inversion of the onus proof institute has been analyzed, the aptitude principle to prove, also the dynamic theory of distribution for the evidence which represents crucial tools at the readiness for a judge, committed to the ideal of justice to solve demands of this nature.

Keywords: Moral harassment, work ambient, human being dignity, evidence, justice

Sumário: 1. Considerações Iniciais. 2. Noções sobre assédio moral. 3. Conceito e elementos caracterizadores. 4. A prova do assédio moral no processo do trabalho. 5. O ônus da prova no processo do trabalho. 6. Artigo 818 da CLT e artigo 333 do CPC. 7. Fato constitutivo do direito do autor e assédio moral. 8. Ônus da prova e princípio in dúbio pro operário. 9.. Momento da inversão. 10. Considerações finais. 11. Referências.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Ao contrário do que muitos costumam pensar, o tema assédio moral não é um fenômeno da atualidade. A subordinação jurídica e econômica inerente à relação de emprego sempre deu lugar ao surgimento de um ambiente propício ao nascimento e

* Artigo retirado da monografia “A inversão do ônus da prova nas ações sobre assédio moral”, sob orientação da professora Adriana Calvo Pimenta, para obtenção do título de especialista em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho.

** Juliana Resun Pierin é advogada especialista em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho e professora acadêmica.

propagação de casos de assédio moral. Poder-se-ia afirmar, assim, que a origem do assédio moral nas relações de trabalho está intimamente ligada com os meios de produção que nasceram com a Revolução Industrial, cujo acontecimento foi um marco para o próprio surgimento do Direito do Trabalho.

Entretanto, somente nas últimas décadas do século XX o fenômeno em comento ganhou destaque e foi identificado como uma doença capaz de desequilibrar o psicológico do trabalhador e, por conseqüência, destruir o ambiente de trabalho, tendo-se tornado alvo de grandes estudos não só na área jurídica, como também na área da sociologia, medicina do trabalho e psicologia. Na seara do Direito, em particular, a atenção voltada para o tema explica-se diante do crescente volume e da gravidade dos casos de assédio levados à apreciação do Poder Judiciário.

Por outro giro, a atenção destinada ao tema pode ser explicada diante do enfoque de proteção que as relações de emprego tiveram ao longo da história. Cronologicamente, destaca-se a proteção da própria vida e da saúde do trabalhador à época da Revolução Industrial, quando o que se almejava alcançar era a melhoria das precárias condições de trabalho então existentes, como o trabalho das crianças e das mulheres, exaustivas jornadas de trabalho etc. Neste contexto, os trabalhadores começaram a se reunir para reivindicar melhorias na sua vida laboral. Daí o surgimento de limitação de jornada, melhorias no salário, a observação da idade mínima para o início da vida laboral, proteção do trabalho em situações perigosas e insalubres, dentre outras. Nesse passo, o Estado deixou seu estado de abstenção e passou a intervir diretamente nas relações de trabalho, impondo limitação à liberdade das partes, visando à proteção do trabalhador.

Num segundo momento, no início do século XIX, houve a necessidade de proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais da classe operária, assegurando-se-lhes medidas protetivas ao salário, sistemas de estabilidade no emprego, sistema de representação dos trabalhadores na empresa, seguros sociais, direito à indenização de dispensa arbitrária, dentre outros itens

Por fim, no início do século XX, percebeu-se a necessidade de proteção do direito da dignidade do trabalhador. Questões como higidez física e psíquica do

trabalhador e meio ambiente do trabalho começaram a ser aventadas e apontadas como o cerne de discussão para melhoria das condições de trabalho.

A Constituição Federal, em seu artigo 225, reflete a preocupação de um meio ambiente saudável, incluindo o meio ambiente do trabalho, ante a sua generalidade, enquanto bem essencial à sadia qualidade de vida dos trabalhadores.

Percebe-se, pois, a mudança de paradigma do atual Direito do Trabalho. A preocupação com o meio ambiente do trabalho vem ganhando devidos destaques que outrora se dava a outras conquistas laborais de cunho patrimonial, como limitação da jornada, medidas de proteção ao salário, etc.

A dignidade do trabalhador vem assumindo posição de destaque nas produções doutrinárias trabalhistas e a cada dia percebe-se a preocupação das sentenças proferidas na justiça especializada em resguardar esse direito de mais alto valor para o ser humano.

Há de se destacar ainda que o movimento da globalização, cujo lema é a perseguição do lucro a qualquer preço, muito contribuiu para agravar o clima de desprezo e tensão no cotidiano dos trabalhadores. O progresso industrial verificado ao longo da história trouxe um tipo de abordagem impessoal entre os próprios empregados e destes com seus superiores, que gerou um complexo de insatisfações e descontentamento nas relações de trabalho. Exemplo disso é a completa indiferença pela proteção do trabalhador contra acidentes e doenças laborais e as surreais estipulações de metas de vendas ou produção, que certamente estão longe de provocar o entusiasmo produtivo dos protagonistas desta história.

Sem dúvida, as empresas tiveram que se adaptar ao novo cenário globalizado. E vários dos distúrbios mentais e psíquicos dos trabalhadores têm suas raízes na pressão para produzir e ultrapassar as metas predeterminadas por esse novo modelo de produção.

De certo modo, o medo e a ansiedade são inerentes ao ser humano. Porém, quando excessivas, deixam as pessoas inseguras, desestimuladas, desequilibradas e com medo da exposição.

No mesmo sentido, não se pode olvidar que o medo é traço marcante de algumas atividades profissionais, em que o risco à integridade física é inerente ao próprio trabalho desenvolvido, como, por exemplo, vigilantes e bombeiros. Entretanto, o que se tem detectado são situações em que a pressão e o medo são criados pelo empregador no meio ambiente do trabalho com a finalidade única e exclusiva de incremento da produtividade individual e o aumento dos ganhos do capital.

2 NOÇÕES SOBRE ASSÉDIO MORAL

Segundo Márcia Novaes Guedes (2003, p. 2), “O terror psicológico faz adoecer a alma e pode até matar, todavia, a humanidade convive silenciosamente com esse fenômeno, desde os primórdios da vida familiar e social”. A precisa frase acima revela que o assédio moral não é um fenômeno detectado apenas nas relações de trabalho. Pelo contrário, o assédio pode ser praticado em qualquer ambiente onde há uma coletividade, em qualquer segmento da vida social do homem, como em uma sala de aula e até mesmo no seio familiar.

Entretanto, o presente artigo aborda tão somente o assédio praticado no âmbito das relações de trabalho subordinado.

A justificativa reside no fato que o trabalhador somente consegue se inserir no mundo capitalista por meio da sua força de trabalho. Sendo assim, o medo da perda da sua fonte de renda faz com que ele, trabalhador, não tenha outra escolha, a não ser se submeter às condutas assediadoras por parte do seu superior hierárquico.

É certo que o mundo atual prima por uma maior competitividade das empresas. Porém, exigir uma produtividade muito acentuada, criando um ambiente de trabalho hostil e tenso está longe de ser produtivo e de satisfazer às necessidades do homem como trabalhador. Este precisa de estímulo, incentivo e, acima de tudo, de segurança para desenvolver sua função com criatividade.

3 CONCEITO E ELEMENTOS CARACTERIZADORES

A literatura sobre o assunto não é unânime em conceituar o fenômeno em análise. A título de curiosidade, percebe-se que o tema é conhecido por outras expressões, a saber: psicoterror, psicoterrorismo, coação moral, manipulação perversa, doença social e ainda outras.

Na falta de previsão legal no nosso ordenamento jurídico a respeito do que seja assédio moral, utiliza-se dos conceitos elaborados pelos doutrinadores pátrios e estrangeiros para conceituar o fenômeno.

No Brasil, uma das produções de maior destaque acerca do tema foi fruto dos estudos de Sônia Amauri Mascaro Nascimento (2004, p. 922). A título de exemplo, pode-se afirmar que o assédio moral é:

uma conduta abusiva, de natureza psicológica, que atente contra a dignidade psíquica, de forma repetitiva e prolongada, e que expõe o trabalhador a situações humilhantes e constrangedoras, capazes de causar ofensa à personalidade, à dignidade ou à integridade psíquica, e que tenha por efeito excluir a posição do empregado no emprego ou deteriorar o ambiente de trabalho, durante a jornada de trabalho e no exercício de suas funções.

Como dito anteriormente, não há um conceito legal sobre o assédio moral, o que leva a se fazer uma análise dos conceitos colhidos da doutrina para uma exata compreensão do tema. Porém, em todos esses conceitos percebe-se a presença de alguns elementos caracterizadores em comum, a saber:

Natureza psicológica

O campo de investigação do assédio moral reside justamente na violação a direitos da personalidade do trabalhador. Os atos ou condutas reconhecidas como assédio moral visa a atentar contra a saúde psíquica do obreiro.

Como refere Sônia A. C. Mascaro Nascimento (2004, p. 924): “A principal implicação do terrorismo psicológico é a afetação da saúde mental e física da vítima, mais comumente acometida de doenças como depressão e stress, chegando, por vezes ao suicídio”

Assim, se porventura a conduta do assediador afetar também aspectos corpóreos do obreiro, atentando contra sua integridade física, pode-se verificar também a ocorrência de um ato ilícito, que não se confunde com a conduta sutil de degradação inerente ao assédio moral.

Conduta abusiva

As atitudes ou atos que possam ser considerados como assédio moral são provocados dolosamente por um sujeito no ambiente de trabalho com uma finalidade específica, qual seja, a de excluir, de pressionar ou discriminar um determinado trabalhador.

Conduta repetitiva

Para restar caracterizado o assédio moral, faz-se necessária que a conduta vexatória, humilhante ou ofensiva que comprometa a moral do trabalhador seja reiterada, deferida no tempo.

O objetivo principal do assédio moral é o de criar uma prolongada idéia de cerco para com o trabalhador escolhido. Com efeito, o assediador busca criar um sentimento de pânico na vítima, desestabilizando-a. Para tanto, o processo deve ser contínuo para que seu objetivo seja alcançado.

Isso não significa dizer que eventual dano decorrente de um único ato isolado que atente contra a dignidade psíquica do trabalhador não seja passível de reparação judicial. O que se deve ter em mente é que, para a caracterização desta doença social em apreço, mister que haja a reiteração das condutas humilhantes e ofensivas.

Finalidade da conduta

Inegavelmente um dos efeitos decorrentes do assédio moral é a sensação de exclusão do trabalhador do ambiente no qual ele está inserido. Com efeito, a humilhação repetitiva interfere na vida do trabalhador, comprometendo sua identidade, podendo deixar marcas irreparáveis na sua vida profissional e particular.

Neste contexto, indaga-se: qual seria a finalidade da exclusão?

Como já apontado anteriormente neste trabalho, na era da globalização da economia, tem-se assistido a uma mudança radical nas práticas de gestão, visando um aumento significativo no modo de produção para se obter o aumentos dos lucros.

Neste panorama, pode-se apontar o incremento da produtividade como a primeira causa das condutas classificadas como assédio moral praticadas no interior das empresas. Sabe-se que o medo e o sofrimento são instalados no meio ambiente de trabalho pelos superiores hierárquicos com o fim de melhorar os índices de produtividade de seus empregados.

Outros fatores, não menos importantes, também podem dar ensejo a condutas assediadoras. A pressão desenfreada para que o trabalhador se demita, para que a empresa se livre do pagamento das verbas trabalhistas pertinentes a uma demissão sem justa causa, pode ser apontada como outra causa da exclusão. Neste ínterim, as

vítimas potenciais são os empregados que gozam de estabilidade ou com direito à garantia provisória no emprego.

Outra finalidade da exclusão é apontada pela autora Ana Paula Sefrin Saladini (2007, p. 970). Com muita propriedade e perspicácia, ela acredita que indivíduos com a perversidade aguçada que chegam ao cargo de chefia causam danos de grande monta à integridade psíquica de seus subordinados. Segundo a autora, as condutas assediadoras neste caso são identificadas com as práticas perversas e reiteradas de gestão abusiva.

O agressor criva a vítima de críticas e censuras, vigia, cronometra, deixando-a sem saber como agir e sem compreender o que acontece. Os instrumentos utilizados de forma mais freqüente são a recusa à comunicação direta, a desqualificação através de comunicação não verbal (suspiros, levantar de ombros, olhares, silêncios) e brincadeiras perversas (ironias, zombaria, sarcasmo). O indivíduo que assedia leva a pessoa a desacreditar de si; provoca o isolamento do empregado, não o convocando para reuniões, privando-o de informações, arquivando a pessoa sem lhe dar o que fazer, condutas que mais geram estresse que a mera sobrecarga física de trabalho. Também é prática usual a utilização de procedimentos vexatórios, como confiar à vítima tarefas inúteis ou humilhantes ou induzir o empregado ao erro.

Considerações sobre a necessidade do dano à integridade psíquica

Tem-se que a maior ou menor resistência psíquica que um indivíduo possa face ao assédio moral é totalmente irrelevante para a configuração do fenômeno.

Assim tanto a indiferença como o sofrimento exacerbado com que o trabalhador lida com esse tipo de conduta não são levados em consideração para o assédio moral ser caracterizado. Isto porque o abalo emocional da vítima não é elemento indispensável na caracterização do assédio — aquele

pode ser uma conseqüência que pode advir deste, mas não necessariamente estará presente em todos os casos de assédio.

Nesse diapasão, utiliza-se de critério objetivo para se aferir se houve a ocorrência de assédio moral no caso concreto. Diante do conceito desenvolvido para identificar o fenômeno, o juiz do trabalho, numa lide trabalhista com pedido de indenização por danos morais que tenha por fundamento o assédio moral, conduzirá sua instrução a fim de verificar se no caso concreto houve uma conduta abusiva por parte do assediador, se esta conduta possui cunho psicológico, se atentou contra a dignidade psíquica do trabalhador de forma reiterada, prolongada no tempo e, por fim, se a conduta teve por finalidade a exclusão do trabalhador por algum motivo determinado.

Finaliza-se este ponto com a conclusão de Rodrigo Dias da Fonseca (2007, p. 37) sobre o tema. “Logo, maior ou menor resistência ou sensibilidade tem menor importância, na medida em que a configuração da lesão moral é deduzida, tão objetivamente quanto possível, do potencial ofensivo do fato lesivo”.

4 A PROVA DO ASSÉDIO MORAL NO PROCESSO DO TRABALHO

De início, cumpre registrar que o assédio moral não se presume nas relações de trabalho. Isto porque, à luz do princípio da boa fé objetiva, que norteia todo e qualquer tipo de contrato (artigo 422 do Código Civil), constitui dever patronal propiciar um ambiente de trabalho hígido para que o trabalhador se realize profissionalmente.

Neste aspecto, a prova judicial acerca da prática do assédio moral é assunto que demanda bastante importância na seara do processo do trabalho, ante a dificuldade da vítima em provar sua existência, uma vez que, na maioria das vezes, a ocorrência do assédio se dá às escuras ou de forma camuflada. Árdua tarefa, portanto, é delegada ao trabalhador para que este prove, de forma inequívoca, que fora vítima de assédio moral.

Nas palavras de 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 (“você entendeu mal”, “foi só uma brincadeira”, “você está vendo/ouvindo coisas”, etc.). Conforme expressão de Thomas Hobbes, “o homem é o lobo do homem”.

Referido autor traz uma grande advertência: o juiz do trabalho deve ficar atento a exacerbadas suscetibilidades de pretensas vítimas de assédio, que, na verdade, participaram de simples discussão ou divergências de opinião em serviço, as quais até podem ter resultado num estado de tensão momentâneo, mas que não caracterizam o assunto em comento. O juiz deve ter certeza de que, no caso concreto, houve a continuidade e sistematização da conduta abusiva, os instrumentos utilizados pelo ofensor e a extensão dos efeitos provocados no ofendido, a fim de não se misturarem situações inconfundíveis.

Com efeito. Não se caracteriza o dano moral pela simples sensação de dor ou sofrimento, sentimentos subjetivos do empregado. Para que o dano seja considerado juridicamente relevante e apto para ensejar o reconhecimento do dano moral, mister a clara e inequívoca intenção do assediador em atingir o trabalhador, pois, ao contrário, não se impõe condenação de dano moral com base em presunções.

Ainda cabe salientar que não há necessidade da comprovação do prejuízo psíquico para gerar o direito à indenização por danos morais, conforme já exposto neste artigo. Neste sentido, pondera Mauro Schiavi (2007, p. 10):

Para que a pessoa faça jus à compensação por danos morais, necessário se faz tão somente que demonstre de forma inequívoca, por qualquer meio em direito admitido (artigo 332, do CPC) o fato lesivo praticado (doloso ou culposo) pelo agente, sendo o dano moral presumido de forma irrefragável (presunção “juris et de juris”) à vítima. Desse modo, desde que o ato ilícito praticado possa acarretar danos a qualquer pessoa, considerando-se o padrão da sociedade, os danos de ordem moral estarão configurados. Por exemplo, a acusação falsa de ladrão, a perda de um dedo resultante de conduta culposa do empregador, causam, evidentemente, dor psíquica no empregado. Ninguém irá dizer que o empregado não se abalou internamente em decorrência desses fatos.

5 O ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO

Em que pese a dificuldade do obreiro na fase da instrução processual trabalhista, a prova das práticas assediadoras deverão ser por ele cabalmente demonstradas, de forma inequívoca em juízo, por se tratar de um fato constitutivo do seu direito.

Portanto, para que o obreiro possa ter êxito em uma demanda desta natureza, não lhe basta ter razão, é necessário provar os fatos afirmados perante o órgão julgador.

Neste contexto, insere-se o instituto do ônus da prova, que está relacionado com a partição das provas entre os litigantes.

Não é uma obrigação delegada às partes, muito menos um dever processual. Em verdade, a doutrina costuma apontar o ônus da prova como uma regra de julgamento posto à disposição do juiz quando da apreciação das provas. O instituto em análise, por esta razão, é um norte na atividade do magistrado. Quando da ausência de produção de prova de um determinado fato que deve ser apreciado pelo juiz, este decidirá contra quem incumbia a produção da prova.

Nesta mesma linha de raciocínio, compartilha-se do entendimento de Fredie Didier Jr., Paula Sano Braga e Rafael Oliveira (2007, p. 55) de que as regras sobre

ônus da prova são de aplicação subsidiária, porquanto, uma vez provados os fatos aventados nos processo, não há aplicação do instituto em análise: “Trata-se, pois, de regras de julgamento e de aplicação subsidiária, porquanto somente incidem se não houver prova do fato probando, que se reputa como não ocorrido”. Em outras palavras, pode-se dizer que, havendo prova nos autos, pouco importa a quem competia o ônus da prova. Havendo o convencimento do juiz sobre o fato, perde a relevância acerca de quem o devia convencer.

6 ARTIGO 818 DA CLT E ARTIGO 333 DO CPC

Na seara do processo do trabalho, a distribuição do ônus da prova encontra-se regida pelo enunciado do artigo 818 da CLT, o qual estabelece que a prova das alegações incumbe à parte que as fizer.

Entretanto, maioria da doutrina da atualmente defende a aplicação subsidiária do artigo 333 do Código Processual Civil, segundo o qual cabe ao autor a demonstração dos fatos constitutivos do seu direito e ao réu a dos fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito do autor.

Impende esclarecer que os defensores desta corrente entendem que o enunciado contido no artigo 818 da CLT não contém regras suficientes para dirimir todas as questões relativas ao ônus da prova, por ser apenas um enunciador de um princípio relativo à prova, segundo o qual quem alega um fato está incumbido de prová-lo.

Neste sentido, oportunos os ensinamentos de José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva (2004, p. 685):

Pensamos, todavia, que a orientação legal do citado art. 818 é insuficiente para a solução de todas as controvérsias, mesmo porque se trata apenas de um princípio da prova, conhecido desde o Direito

Romano, segundo o qual o ônus da prova incumbe a quem alega o fato. Faz-se necessária, por isso, a aplicação subsidiária do art. 333 do CPC.

7 FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO DO AUTOR E ASSÉDIO MORAL

Entende-se por fato constitutivo, aquele capaz de gerar, de fazer nascer o direito para a parte que pleiteia em juízo.

Assim, numa demanda em que o trabalhador afirma ter sido vítima de assédio moral, é dele única e exclusivamente o ônus de provar as condutas humilhantes e prolongadas do assediador em seu ambiente de trabalho, sob pena de ser julgada improcedente sua demanda.

Com efeito, à luz do artigo 333 do CPC, o assédio moral é um fato constitutivo do seu direito – uma vez provado, leva à consequência jurídica pretendida pelo autor, que é a indenização por danos morais.

Isto se justifica porque o CPC adotou a teoria estática da distribuição do ônus da prova. Segundo esta teoria, também chamada de teoria clássica, é delegada ao autor a prova do fato constitutivo e ao réu a prova do fato extintivo, impeditivo ou modificativo do direito do autor. Sob essa perspectiva, a distribuição do ônus probatório é feita prévia e abstratamente a todos os litigantes, sem levar em consideração as peculiaridades de cada caso concreto.

Entretanto, como bem apontam Fredie Didier Jr., Paula Sano Braga e Rafael Oliveira (2007, p. 61),

nem sempre autor e réu têm condições de atender a esse ônus probatório que lhes foi rigidamente atribuído [...] . E, não havendo provas suficientes nos autos para evidenciar os fatos, o juiz terminará por

proferir decisão desfavorável àquele que não se desincumbiu do seu encargo de provar (regra de julgamento).

Não obstante uma das principais finalidades do direito do trabalho seja a de assegurar o respeito à dignidade do trabalhador, não raramente ações trabalhistas com pedido de indenização por dano moral (sob alegação de assédio moral) são julgadas improcedentes por completa ausência de provas. Isso ocorre ante a dificuldade do trabalhador de produzir a prova do ato lesivo à sua integridade psíquica, como nos casos em que a ofensa se deu sem a presença de terceiros.

O ônus da prova sempre foi alvo de grande polêmica nos domínios do direito processual do trabalho, onde há várias situações em que somente é possível a produção da prova pela obtenção de meio probante que se encontra em poder da empresa que, via de regra, não tem interesse na sua produção.

Nesses casos, o juiz do trabalho não pode ser um mero espectador na instrução trabalhista. Atualmente, o julgador deve pautar sua instrução em busca da verdade real. O juiz deve ser uma pessoa do seu meio e do seu tempo e ter a perspicácia de perceber as eventuais dificuldades que um trabalhador possa encontrar na produção de provas do seu fato constitutivo.

Nesse cenário jurídico, vem sendo aplicada, ainda que não de forma satisfatória, a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova. Ela vem como resposta à rigidez da teoria clássica da distribuição do ônus da prova.

A teoria da distribuição dinâmica leva em consideração as peculiaridades do caso concreto e tem como objetivo proporcionar uma distribuição móvel do *onus probandi*. Sob esta nova perspectiva, o encargo não deve ser repartido previamente, mas casuisticamente. A distribuição da prova, sob este aspecto, não leva em consideração a natureza do fato probando (se constitutivo, modificativo ou extintivo do direito) e sim o fato de atribuir-se a produção da prova a quem melhor tenha condições de produzi-la.

Note-se que a idéia não é de negar validade à teoria clássica, como regra geral. No entanto, não se pode admitir tal regra como inflexível e apta a solucionar todos os problemas dos jurisdicionados.

Sob outro enfoque, exigir do juiz uma atuação de cooperação em busca da verdade não significa dizer que este está sendo imparcial. Como bem observa Júlio César Bebber (1997, p. 445),

A imparcialidade que se exige do juiz é objetiva (CPC, arts. 134 e 135; CLT, artigo 801), e não subjetiva, podendo ser resumida na ausência de interesse particular na causa. Imparcialidade não significa indiferença axiológica, e juiz imparcial não é sinônimo de juiz insensível e inerte, mas, sim, de juiz que dirige o processo sem interesse pessoal. É juiz comprometido com os ideais de justiça; de juiz que procede movido pela consciência de sua responsabilidade; de juiz que não se deixa influenciar por fatores estranhos aos seus conhecimentos jurídicos, e dá ao caso desfecho que corresponde ao justo

O ponto central da nova teoria é o de fazer com que o direito seja dado àquele que realmente é seu titular. Se o fim do processo é a justa composição da lide, o juiz contemporâneo pode perceber que, em certos casos, a distribuição rígida e prévia do ônus probatório pode não ir ao encontro com o ideal e justiça.

Posto isso, cumpre esclarecer, que o ordenamento jurídico brasileiro não adotou de forma expressa a teoria em comento. Não há no processo do trabalho, nem no processo civil, uma disposição acerca da distribuição dinâmica do ônus da prova.

A única referência legislativa próxima dessa teoria está consagrada no artigo 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor, que permite ao juiz a redistribuição do ônus probatório nas causas de consumo, que estabelece que é um direito do consumidor a inversão do ônus da prova quando for hipossuficiente ou quando foi verossímil sua

alegação, de acordo com as regras ordinárias de experiência, visando a facilitação da defesa de seus direitos.

Nesta esteira, a inversão do ônus da prova nas relações de consumo foi criada visando facilitar a defesa do consumidor em juízo. Em comum, o direito do trabalho e o direito do consumidor, têm em um dos seu pólos da relação jurídica, o hipossuficiente, o que justificaria a aplicação da inversão do ônus da prova na seara processual trabalhista.

Nesse contexto, fazem-se necessários os apontamentos de Paulo Henrique dos Santos Lucon (2007, p.29-30):

Portanto, quando se fala de *inversão do ônus da prova* quer o legislador dizer que, em determinadas situações, há a *dispensa* da parte de fazer prova de algum fato por ela alegado. Em tais circunstâncias, dispensa a lei que o demandante faça prova do fato constitutivo do seu direito.

[...]

O Código de Defesa do consumidor representou um grande avanço a partir do momento em que disciplinou a *inversão* do ônus da prova por decisão judicial. Enquanto o sistema do Código de processo Civil admite-se a *inversão convencional*, com a ressalva contida nos dois incisos do parágrafo único do art. 333, no sistema do Código de Defesa do Consumidor permite-se a *inversão judicial do ônus da prova* (CDC, art. 6º, inc. VIII). Essa nova situação jurídica processual tem estreita relação com o direito material, na medida em que a finalidade específica da norma é por fim à vulnerabilidade das alegações do consumidor no tocante à demonstração dos fatos constitutivos do seu direito.

Assim, para tentar aproximar as partes da relação de trabalho, que são materialmente e economicamente desiguais, as regras do Código de Defesa do Consumidor, pertinentes à inversão do ônus da prova, são aplicadas para o direito do trabalho de forma subsidiária, dada a compatibilidade principiológica entre os dois ramos do direito. Importante frisar que, ao se decidir pela inversão do ônus da prova no

caso concreto, o juiz deve levar em consideração a hipossuficiência do trabalhador no caso concreto e não a presumida de todo trabalhador.

Para uma justa composição do conflito trabalhista nas ações sobre assédio moral, mister se faz algumas considerações sobre o princípio da aptidão para a prova, a par do princípio da inversão do ônus da prova.

Carlos Alberto Reis de Paula, citado por José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva (2004, p. 692), pondera que, por meio do princípio em comento, “a prova deverá ser produzida por aquela parte que a detém ou que tem acesso à mesma, sendo inacessível à parte contrária. Conseqüentemente, é a que se apresenta como apta a produzi-la judicialmente”

Assim, transportando o princípio em apreço para o assédio moral, numa reclamação trabalhista, na qual o demandante se encontre em dificuldade de produzir a prova dos atos lesivos, seja porque os atos tidos como ofensivos à sua dignidade se deram às portas fechadas ou porque suas testemunhas estejam sofrendo represálias, pode o magistrado inverter o ônus para a empresa, para que esta prove que em seu ambiente laboral não há condutas que caracterizem o assédio moral.

8 ÔNUS DA PROVA E O PRINCÍPIO *IN DUBIO PRO OPERARIO*

Alguns doutrinadores observam com propriedade que existe uma grande divergência entre os juristas no que se refere à aplicação ou não, do princípio da proteção em relação à matéria probatória, pela regra *in dubio pro operario*, mais especificamente quanto à valoração da prova.

Não há dúvidas entre os juristas de que o princípio *pro misero* (como também é conhecido) possui plena incidência no campo material do direito do trabalho. Ele

informa o operador do direito que, em situações de conflito entre interpretações consistentes de certo preceito normativo, deve-se optar pela mais favorável ao trabalhador, ainda que não encontre correspondência com a clássica hierarquia de normas.

À luz da incidência desse princípio nos domínios do campo probatório, propunha-se que a decisão do juiz deveria se dirigir em benefício do trabalhador, em caso de dúvida, no exame de situações fáticas concretas trazidas para a sua apreciação. Assim, caso a prova produzida tenha sido falha, dividida ou insuficiente, estaria o magistrado autorizado a se socorrer do princípio em análise e decidir a favor do obreiro.

Em sentido contrário, negando a aplicação do princípio em tela nos domínios do direito processual, a maioria da doutrina defende que o juiz se vincula às provas produzidas no processo. Se houver dúvida acerca do conjunto probatório produzido nos autos, como no caso de prova “dividida” ou “empatada”, ele deverá julgar em desfavor da parte que detinha o ônus probatório naquele ponto e não segundo o princípio em tela. Isso porque, na hora de valorar a prova, o juiz só pode ser orientado pelo critério igualitário, não levando em consideração quaisquer diferenças existentes entre as partes, sejam elas econômicas, sociais ou intelectuais. Aplicar o princípio também no momento de valorar as provas seria beneficiar duplamente o trabalhador com um mesmo instituto.

Maurício Godinho Delgado (2006, p. 213-214), critica, com muita precisão, a aplicação do princípio no campo processual, afirmando que

[...] essa diretriz propositora de um desequilíbrio atávico ao processo de exame e valoração dos fatos trazidos à análise do intérprete e aplicador do Direito não passa pelo crivo de cientificidade que se considera hoje próprio do fenômeno jurídico. (...) Hoje, a teoria do ônus da prova sedimentada no Direito Processual do Trabalho e o largo espectro de presunções que caracteriza esse ramo especializado do Direito já franqueam, pelo desequilíbrio de ônus probatório imposto às partes (em benefício do prestador de serviços), possibilidades mais eficazes de reprodução, no processo, da verdade real. Em consequência, havendo

dúvida do juiz em face do conjunto probatório existente e das presunções aplicáveis, ele deverá decidir em desfavor da parte que tenha o ônus da prova naquele tópico duvidoso, e não segundo a diretriz genérica *in dubio pro operario*.

9 O MOMENTO DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

Ponto interessante é saber qual o momento para se inverter as regras sobre o ônus da prova numa demanda trabalhista, tendo em vista que, neste ramo especializado, não há o despacho saneador, previsto para as demandas sujeitas ao CPC, momento em que o juiz fixa os pontos controvertidos, decide as questões processuais pendentes e determina quais as provas que deverão ser produzidas na instrução processual.

Primeiramente, caso o autor se encontre em situações em que sabe que a prova do assédio moral será de difícil demonstração em juízo, este deverá informar já na sua petição inicial a respeito dessa circunstância e requerer a inversão da distribuição do ônus da prova. Ele deve trazer elementos concretos para que o juiz se convença da sua dificuldade para produzir a prova.

O magistrado, convencendo-se de que é caso de inversão, deve alertar as partes acerca desta circunstância na ocasião da audiência preliminar, devendo tal decisão constar em ata. Caso a audiência seja enquadrada no procedimento sumaríssimo, no qual há a realização de somente uma audiência denominada de audiência una, como regra, deverá o juiz determinar uma nova audiência de instrução, porquanto tem poderes para tanto.

Esse ponto de vista se coaduna com os princípios da ampla defesa e do contraditório, já que nenhuma decisão pode ser proferida sem antes a questão ter sido debatida, sob pena de gerar uma decisão desleal. Se o juiz determinar a inversão somente no momento da sentença, ele estaria cerceando a produção de provas. Como

a inversão é exceção, ela deve ser comunicada às partes, que devem se manifestar e produzir a prova segundo a nova distribuição determinada pelo juiz.

Por oportuno, destacam-se os pensamentos de Sandra Aparecida Sá dos Santos (2003), citada por José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva (2004, p. 693), para quem “O fator surpresa não pode existir no processo, seja qual for a natureza do objeto, bem como no que concerne ao reconhecimento do direito, porque processo e surpresa soam incompatíveis entre si”. A autora acredita, com muita precisão que, a se pensar que as regras do ônus da prova são exclusivamente técnicas de decidir, estar-se-ia comprometendo “por completo a defesa do demandado, que antes do julgamento não teria o ônus processual de produção da prova, porque até então seriam aplicadas as regras gerais do processo”.

Em sentido oposto, há grande vozes na doutrina pátria que sugerem que o ônus da prova são regras de julgamento que devem guiar o magistrado somente no momento da sentença, quando não houver prova sobre um determinado fato. Afirmam que inverter a ordem de distribuição antes da valoração das provas significa fazer um prejudgamento da causa, do que se discorda, como já aventado.

Além dos argumentos acima apontados, não se pode perder de vista que hoje a doutrina mais moderna prestigia o chamado princípio da cooperação, segundo o qual todos têm o dever de cooperar para a justa composição do litígio, incluindo o magistrado. Sob a óptica desse princípio, o juiz deve tomar uma posição de agente-colaborador no processo, consultando e informando as partes sobre os pontos relevantes a serem esclarecidos, e qual o momento processual oportuno para tanto, abandonando a figura do mero fiscal de regras.

10 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O assédio moral pode ser verificado em todo lugar onde há uma comunidade de pessoas. Entretanto, é nas relações de trabalho em que o fenômeno é alvo de grande

interesse e estudo dos operadores deste ramo especializado, ante a hipossuficiência do trabalhador.

Ressalta-se que o assédio moral não é um problema da atualidade como se costuma imaginar. Com ele a humanidade convive desde os primórdios das relações de trabalho. Todavia, apenas nas últimas décadas do século XX é que o assédio veio a ser identificado como fenômeno capaz de hostilizar o ambiente de trabalho, sendo certo que uma das suas principais causas é a busca desenfreada do lucro que exige altos índices de produção.

O assédio moral se caracteriza por atos advindos do empregador, do superior hierárquico ou dos próprios empregados. Frise-se que tais condutas devem ser contínuas, ou seja, prolongadas, deferidas no tempo, porquanto uma única conduta, embora ofenda a dignidade do trabalhador, não pode ser tida como caracterizadora do assédio moral.

Neste ínterim, numa demanda trabalhista na qual o trabalhador pretende a condenação da empresa a título de indenização de danos morais, em virtude do assédio moral, compete a ele o encargo de demonstrar as condutas que atentaram contra a sua dignidade. Isso ocorre porque, segundo a regra clássica de distribuição do ônus da prova prevista em nosso ordenamento jurídico (artigo 333 do CPC), o assédio moral é um fato constitutivo e compete ao autor a sua cabal demonstração, independentemente da dificuldade que possa encontrar em demonstrar tais fatos em juízo.

Em resposta à teoria clássica, a doutrina moderna vem sugerindo a aplicação da teoria das cargas processuais dinâmicas. Essa teoria sustenta que a distribuição do ônus deve ser realizada em cada caso concreto, verificando a natureza do fato a ser provado, impondo-se o encargo probatório à parte que se encontre em melhor condições de fazê-lo.

Na seqüência, foi abordado o instituto da inversão do ônus da prova, que num primeiro momento foi idealizado para a defesa do consumidor em juízo — artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor —, mas que pode perfeitamente ser transplantado para os domínios do processo do trabalho, pois tanto nas relações de consumo como

nas relações laborais há um sujeito hipossuficiente em um dos pólos da relação jurídica.

Indubitavelmente, a inversão do ônus da prova é um instrumento processual que visa a impedir o desequilíbrio da relação jurídica, podendo, assim, ser aplicada no processo do trabalho, pois se coaduna com sua sistemática protetiva.

Foi analisado o princípio da aptidão para a prova, segundo o qual, esta deverá ser realizada pela parte que se encontra em melhores condições para produzi-la em juízo.

À luz do princípio da cooperação e comprometido com o ideal de justiça, o juiz do trabalho hoje deve estar atento as dificuldades que normalmente norteiam a produção de provas do trabalhador, no que diz respeito ao assédio moral.

Não se pode olvidar que o trabalhador não postula em juízo quanto tal. Uma demanda sobre assédio moral em que há a condenação da empresa neste sentido é de interesse de toda a sociedade. Não é mais tolerável condutas que atentem contra a dignidade da pessoa humana, principalmente nas relações de trabalho, onde o que está em jogo é a saúde psíquica do obreiro que somente tem sua força de trabalho para se inserir no mundo capitalista.

Por isso, buscando-se os ditames do conceito de justiça ideal e ressaltando a conduta do juiz da modernidade, defende-se a aplicação do instituto da inversão do ônus da prova, o princípio para aptidão e a teoria das cargas dinâmicas do ônus probatório quando o trabalhador se encontrar em real dificuldade em demonstrar a violação à sua integridade psíquica para que, assim, a justiça do trabalho possa cumprir com o mister para o qual foi criada.

11 REFERÊNCIAS

BEBBER, Júlio César. Princípios do processo do trabalho. **São Paulo: LTr, 1997.**

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Decreto-lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a consolidação das leis do trabalho. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del5452.htm>>. Acesso em 10 nov. 2007.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 5. ed. São Paulo: LTr, 2006.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sano; OLIVEIRA, Rafael. Curso de direito processual civil. Salvador: Jus Podivm, v. 2, 2007.

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

GUEDES, Márcia Novaes. Terror psicológico no trabalho. 2. ed. São Paulo: LTr, 2003.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Devido processo legal substancial. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). Leituras complementares de processo civil. 5. ed. Salvador: Jus Podivm, 2007.

NASCIMENTO, Sônia A. C. Mascaro. O assédio moral no ambiente do trabalho. Revista LTr. São Paulo, v. 68, n. 8, ago 2004.

SALADINI, Ana Paula Sefrin. Trabalho, medo e sofrimento: considerações acerca do assédio moral. Revista LTr. São Paulo, v. 71, n. 8, ago. 2007.

SCHIAVI, Mauro. Aspectos da prova do dano moral no processo do trabalho. Disponível em <http://www.calvo.pro.br/artigos/mauro_schiavi/mauro_schiavi.htm>. Acesso em 12 nov. 2007.

SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. O ônus da prova e sua inversão no processo do trabalho. Revista LTr. São Paulo, v. 68, n. 6, jun. 2004.