

**A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NO DIREITO DO
TRABALHO APÓS A REFORMA TRABALHISTA**

*THE DYNAMIC DISTRIBUTION OF THE BURDEN OF PROOF IN LABOR LAW
AFTER LABOR REFORM*

Jamila Etchezar*

Resumo

O presente trabalho possui o objetivo de demonstrar que é plenamente cabível a inversão do ônus da prova nos casos de assédio moral. Ocorre que os danos decorrentes desta prática maléfica, que atenta contra a saúde e dignidade do trabalhador assediado, podem ficar impunes devido à dificuldade de se estabelecer o nexos causal entre a conduta do agente e as consequências funestas para as vítimas. Como as lesões afetam o íntimo do agredido, a prova é muito delicada, sendo agravada ainda pela hipossuficiência do mesmo perante o empregador que, além de possuir o monopólio das provas, poderá persuadir as possíveis testemunhas, quando existentes, a ficarem caladas por medo de represálias. A importância e atualidade do tema foram imprescindíveis para a escolha do mesmo, que a cada dia se torna mais utilizado devido ao crescente aumento do número de trabalhadores que denunciam tal prática. Da mesma forma, cresce a necessidade de normas hábeis para frear e punir os agressores, que muitas vezes possuem apoio da própria empresa que ao se omitir colabora para que se instaure o terror psicológico, nas suas dependências, ignorando assim toda a legislação de proteção ao trabalhador e seu direito fundamental a saúde.

Palavras-chave: Assédio moral; Dano; Ônus da Prova; Trabalhador; Direito Fundamental.

Abstract

This work has the goal of demonstrating that it is fully appropriate to reverse the burden of proof in cases of psychological harassment. It happens that the damage resulting from this harmful practice, which endangers the health and dignity of the harassed worker, may go unpunished due to the difficulty of establishing the causal link between the agent's conduct and the disastrous consequences for the victims. As the lesions affect the intimate of the victim, the evidence is very delicate, being further aggravated by the disadvantaged position of the employee before the employer who, in addition to having a monopoly of evidence, may persuade potential witnesses, if any, to

* Doutoranda em Direito Internacional Público pela Università Degli Studi di Pavia, Itália. Mestre em Direito Ambiental pela Università Ca Foscari de Veneza, Itália. Professora Universitária. Advogada.

be silent for fear of reprisals. The importance and topicality of the subject have been essential to the choice of it, which every day becomes more used due to the growing number of employees who report such practices. Likewise, there is a growing need for rules apt to curb and punish the perpetrators, who often have support from the company itself that is failing to cooperate, so that they initiate the psychological terror in the company's facilities, thus ignoring all laws protecting the worker and its fundamental right to health.

Keywords: *Psychological Harassment; Tort; Burden of Proof; Worker; Fundamental Right.*

Sumário

Introdução. 1. O processo do trabalho e a distribuição do ônus da prova em casos de assédio moral. 1.1 Meios de prova. 1.2 Indícios e presunções. 2. A inversão do ônus da prova no panorama jurídico nacional em casos de assédio moral. 3. Entendimento jurisprudencial e doutrinário acerca da aplicação do Código de Processo Civil e da inversão do ônus da prova em casos de assédio moral. Considerações Finais. Referências.

Introdução

O assédio moral consiste nos atos reiterados por parte do empregador com o intuito vil de diminuir o funcionário a ponto de romper com o seu equilíbrio psicológico. Isso se manifesta através de humilhações, xingamentos, tratamento de forma ríspida e diferenciada dos demais colegas, isolamentos, entre outras práticas repugnantes. Assim o terror psicológico se instaura no ambiente de trabalho trazendo as mais variadas consequências funestas para o trabalhador, como insônias, depressão, perda de peso, tristeza habitual.

Existem vários fatores, como o medo da fome, miséria, idade avançada, saúde frágil e o desemprego, que contribuem para a sujeição do trabalhador a um ambiente de trabalho hostil, pois como o trabalho é a única fonte de subsistência sua e de sua família a perda do mesmo gera sentimentos de menos-valia, fracasso e desânimo. Ainda a concorrência entre colegas, ciúmes, inveja e intrigas, contribuem para aumentar a agressividade do local de trabalho, em especial em ambientes onde há disputa para o cumprimento de metas, por exemplo.

Pretende-se apresentar um panorama atual sobre o processo do trabalho e a inversão do ônus da prova, no qual até pouco tempo atrás prevalecia o entendimento de que, unicamente, cabia o ônus da prova a quem alegasse a veracidade de suas afirmações sobre a violação de algum direito. Antes da Reforma Trabalhista de 2017, o ônus da prova era determinado, de forma estática, pelo o artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho “A prova das alegações incumbe à parte que as fizer” e, ainda, o antigo Código de Processo Civil, em seu artigo 333, inciso I, determinava: “O ônus da prova incumbe I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito”.

Atualmente, a Reforma Trabalhista, com a Lei n. 13.467/17, trouxe alterações importantes neste âmbito da inversão do ônus da prova, conforme será apresentado no último capítulo, eis que a distribuição do ônus deixa de ser estática, na medida em que o artigo 818 e parágrafos da CLT, passa a prever, expressamente, a possibilidade de aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova pelo Juiz no caso concreto, em semelhança com o que dispõe o CPC de 2015, em seu artigo 373, § 1º, que trata desta matéria.

Por meio desta teoria pode o Juiz, desde que, de forma justificada, redistribuir o ônus da prova entre os integrantes da relação processual caso entenda existir dificuldade excessiva para determinada parte, e, de outro lado, verifique maior facilidade da parte adversa em fazê-lo.

Ocorre que nos casos de assédio moral é extremamente difícil para a vítima conseguir provar suas alegações. Prevalece nas Varas do Trabalho o entendimento de que tal dano só poderia ser provado através de prova testemunhal ou documental. Naturalmente é pouco provável que tais fatos sejam documentados, quanto à testemunha esta tem consciência dos fatos ocorridos no ambiente de trabalho, mas não do que se passa no íntimo da vítima, pois apenas a mesma terá consciência do sofrimento e dor despendidos com as agressões.

Desta forma, o presente artigo investigará a possibilidade da inversão do ônus da prova nos casos de assédio moral, inclusive com base no novo Código de Processo Civil, para que o agredido possa ter reparação no ambiente de trabalho, por qualquer dano dessa natureza que venha a sofrer. O ambiente de trabalho é onde o trabalhador passa a maior parte de sua vida, dedicando toda sua energia produtiva a serviço de seu

empregador, e a obter renda para si e sua família, por isso merece especial proteção, já que se este meio for sadio refletira diretamente na saúde dos funcionários.

1 O processo do trabalho e a distribuição do ônus da prova em casos de assédio moral.

O processo trabalhista é impulsionado por uma das partes, empregado ou empregador, por alguma violação ou descumprimento de norma que rege a relação laboral. Assim, no tocante ao processo do trabalho e a inversão do ônus da prova, no qual até pouco tempo atrás prevalecia o entendimento de que, unicamente, cabia o ônus da prova a quem alegasse a veracidade de suas afirmações sobre a violação de algum direito, atualmente, todavia houve algumas alterações neste aspecto trazidas pela Reforma Trabalhista, Lei n. 13.467/2017.

No processo trabalhista, assim como nos de natureza cível ou crime, por exemplo, existe um fator muito importante para conseguir demonstrar a veracidade de um fato alegado, chamado prova. A prova, no processo, pode ser conceituada como “todo meio legal destinado a convencer ao juiz a respeito da veracidade de um fato levado a juízo”. Logo, deve-se atender a quem pode/deve usar as provas, e em que momento do processo.

É através da prova que no processo consegue-se convencer ao juiz. De praxe, quem aduz ter um direito tolhido, deve fazer prova disso, pelos diversos meios admitidos. Quem deve provar, é o titular pela afirmação, é a pessoa quem carrega esse “ônus”, ou seja, o responsável por oferecer as provas dos fatos que fundamentam o direito reclamado.

Esse encargo de “ter que demonstrar”, seja o autor ou réu da ação, é o chamado ônus da prova.

A regra geral para a distribuição do ônus da prova era, conforme o Código de Processo Civil de 2002, de quem alegasse o fato, (fato constitutivo do seu direito), pois o entendimento era, quase que exclusivamente, que este deveria buscar demonstrar a veracidade dos fatos deduzidos em juízo para que lhes seja reconhecida sua pretensão. Consequentemente, o réu era quem deveria demonstrar o contrário, ou seja, o fato extintivo, impeditivo ou modificativo desse direito.

Com o tempo, a doutrina e a jurisprudência foram adotando um entendimento diverso para os casos nos quais era muito difícil, quase que impossível, para alguma das partes (geralmente a hipossuficiente) desempenhar o encargo que lhe cabia. Isto foi chamado de “Teoria da carga dinâmica da prova”, que basicamente, menciona que o Juiz deve distribuir o ônus probatório impondo-o a quem tem as melhores condições de produzir a prova essencial para o deslinde do processo.

Ressalta-se, neste ponto, a importância da utilização da inversão do ônus da prova nos casos de assédio moral, inclusive, como forma a possibilitar o equilíbrio na relação jurídico-processual trabalhista. Na maioria das vezes, em razão do alto custo da prova e da dificuldade de obtenção por causa da subordinação do empregador, a parte hipossuficiente não tem condições de produzir prova para sustentar sua alegação, inviabilizando-se assim, o próprio direito pleiteado e afastando o ordenamento jurídico do seu principal objetivo que é o alcance da justiça.

O juiz do Trabalho, como condutor do processo, deve ter a sensibilidade, à luz das circunstâncias, e principalmente nos casos de assédio moral, de atribuir o encargo probatório ao litigante que possa desempenhá-lo com maior facilidade.

Atualmente, com a Reforma Trabalhista, introduzida pela lei n. 13.467/17, há previsão expressa na CLT acerca da possibilidade de inversão do ônus da prova pelo Juiz do Trabalho. O artigo 818 e parágrafos da CLT, prevê a distribuição dinâmica da prova, onde o juiz atribui o encargo processual à parte que possui melhores condições de se desincumbir no caso concreto.

A inversão do ônus da prova tem uma tendência mundial do processo de majoração dos poderes do Juiz na direção do processo, objetivando que os litigantes sejam tratados com isonomia real e que a justiça seja implementada com maior efetividade. Não se trata de arbítrio do juiz, pois o mesmo terá que justificar com argumentos jurídicos, sob crivo do contraditório, diante das circunstâncias do caso concreto, a aplicação da carga dinâmica da produção da prova. Sob a carga dinâmica da produção da prova Júlio César Bebbber refere que:

A percepção da condição de certos litigantes, a modalidade da questão fática e a especificidade de certos litígios levaram a jurisprudência, em casos particulares e com suporte nos princípios da isonomia material (CF, 5º) e do devido processo legal substancial (CF, 5º, LIV), a abandonar a teoria estática

e adotar a teoria dinâmica do ônus da prova (teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova; teoria das cargas dinâmicas da prova). (2011, p.168).

Pode-se perceber que no processo do trabalho houve um avanço trazido pela Reforma Trabalhista com relação a distribuição do ônus da prova, com reflexos positivos neste âmbito, adotando-se, de forma expressa, a Teoria Dinâmica da Distribuição do ônus da Prova ou seja: não haverá mais a situação estática.

A teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova consiste em retirar o peso da carga da prova de quem se encontra sem condições de suportá-lo, passando o encargo para quem se encontra em melhores condições de produzir a prova essencial ao deslinde do feito.

Esta teoria permite ao juiz flexibilizar as regras dos ônus da prova conforme seu próprio convencimento e de acordo com a situação particular das partes em relação à determinada prova verificada por ele mesmo no processo submetido ao seu crivo, e não só aplicar os critérios anteriormente definidos na lei.

Agora o Juiz da causa, analisando quem tem mais possibilidade de trazer a prova, pode fazer uma mudança na distribuição do ônus *probandi*. Assim, as mudanças e inserções dos princípios na CLT, importam em uma mudança de valores, e partindo desta premissa, tais princípios e elementos são cabíveis na Justiça do Trabalho.

Outro ponto importante, é a fundamentação da distribuição da prova, permitindo que a parte se prepare para produzir sua prova, sendo fundamentada essa distribuição durante a instrução e não na fase de julgamento.

Assim, de acordo com a teoria dinâmica da prova, o ônus da prova será estabelecido diante do caso concreto, ficando a cargo da parte com maiores condições de suportá-lo com menor inconveniente e despesa e com maior rapidez e eficácia, objetivando o melhor e mais justo deslinde processual.

1.1 Meios de prova

A prova do dano moral é extremamente difícil, e torna-se ainda pior pelo fato dos constrangimentos ocorrerem no ambiente de trabalho, pois não raras vezes não existem testemunhas, ou quando existem as mesmas não querem se expor por medo de represálias por parte do empregador, como perda do emprego ou até mesmo por serem

potenciais vítimas do assediador. Na relação empregatícia não existe igualdade entre as partes e principalmente na hora da produção de provas, isso se torna extremamente evidente.

Quanto ao ônus da prova, Sérgio Pinto Martins refere que:

A palavra *ônus* vem do latim *onus*, que tem significado de carga, fardo, peso. *Onus probandi* é o encargo da parte provar em juízo suas alegações para o convencimento do juiz. O ônus da prova não é uma obrigação ou dever, mas um encargo que a parte deve-se desincumbir para provar suas alegações. (2006 p. 309).

O artigo 818 da CLT, § 1^o, incluído pela lei n. 13.467/17, na sua redação abre a possibilidade ao juiz de distribuir de maneira diversa a carga probatória.

O assédio moral dispensa prova em concreto, visto que se trata de presunção absoluta, ou seja, existe *in re ipsa*, basta a que tenha ocorrido dano, para que haja direito a reparação.

Aliás, quanto à prova, é importante mencionar o Enunciado n.º 2, inc. III, que foi aprovado pela 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, patrocinada pela ANAMATRA, ENAMAT E TST, nestes termos:

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS – FORÇA NORMATIVA.

I – ART. 7º, INC. I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. EFICÁCIA PLENA. FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO. DIMENSÃO OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DEVER DE PROTEÇÃO. A omissão legislativa impõe a atuação do Poder Judiciário na efetivação da norma constitucional, garantindo aos trabalhadores a efetiva proteção contra a dispensa arbitrária.

II – DISPENSA ABUSIVA DO EMPREGADO. VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL. NULIDADE. Ainda que o empregado não seja estável, deve ser declarada abusiva e, portanto, nula a sua dispensa quando implique a violação de algum direito fundamental, devendo ser assegurada prioritariamente a reintegração do trabalhador.

III – LESÃO A DIREITOS FUNDAMENTAIS. ÔNUS DA PROVA. Quando há alegação de que ato ou prática empresarial disfarça uma conduta lesiva a direitos fundamentais ou a princípios constitucionais, incumbe ao empregador o ônus de provar que agiu sob motivação lícita.²

¹ Art. 818, § 1º, CLT – Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos deste artigo 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.

² Disponível em www.anamatra.com.br, acesso em 27/04/2017.

Conforme o enunciado exposto acima se pode concluir que em caso de violação ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana, como não raro acontece nos casos de assédio moral, o ônus da prova seria do empregador, também fundamenta a transferência de tal encargo o artigo 6º, inciso VIII do Código de Defesa do Consumidor, pois o trabalhador equipara-se analogicamente ao consumidor devido a sua hipossuficiência. Nada mais justo do que ofensor receber a responsabilidade de provar que agiu sobre motivação lícita. Ainda, como é notório o empregador, devido a sua função diretiva e fiscalizadora possui o monopólio dos documentos e maior acesso a todos os meios de prova.

Muitas vezes resta ao trabalhador, além da prova pericial, a prova testemunhal como único meio capaz para provar suas alegações. Não obstante o trabalhador sequer encontra testemunhas, pois geralmente, como no caso de assédio moral, quando existem testemunhas são os próprios colegas de trabalho, que provavelmente seriam despedidos se fossem testemunhar em juízo contra seu empregador, ou pior ainda se transformariam em vítimas do agressor.

Ainda, na maioria dos casos o empregador sabe do que se passa na empresa, mas se omite por acreditar estar criando um ambiente mais competitivo e consequentemente mais lucrativo, minando as relações entre os colegas e promovendo o isolamento de alguns trabalhadores.

Diante do exposto, conclui-se que o ônus da prova nos casos de assédio moral poderia ser do empregador, visto que a responsabilidade pelo ambiente livre de práticas degradantes é do mesmo, que responde objetivamente pelos danos que causar aos seus funcionários. Ainda a hipossuficiência do trabalhador e a dificuldade para provar a ocorrência de tal dano acaba por contribuir com a impunidade do empregador assediante, conduta que deve ser severamente punida.

1.2 Indícios e presunções

O código de processo civil, mesmo após a reforma de 2015, não se manifestou sobre os indícios e as presunções, limitando-se tão somente a expressar no seu art. 375, (antigo art. 335), “O juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela

observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado quanto a estas, o exame pericial”.

O citado artigo explana-se sobre como as partes podem/devem convencer ao (Estado) Juiz, o destinatário da prova, sobre a existência ou inexistência de certos fatos para que estes venham a obter uma consequência jurídica dentro dos autos do processo. Geralmente, o Juiz extrai das provas diretas a ideia objetiva do *fato probando* ao ouvir uma testemunha narrando fatos, apreciar um documento, analisar um laudo pericial, etc.

O autor Carlos Alberto Álvaro de Oliveira sugere outro critério para aplicação deste raciocínio desempenhado pelo juiz:

“Antes de tudo, impõe-se a existência de uma conexão precisa e direta entre o fato conhecido e desconhecido. Outro aspecto importante é que o indício, isto é, o fato conhecido, deve conduzir necessariamente ao fato desconhecido. De tal sorte, se o fato desconhecido pode ter multiplicidade de causas, ou ser causa de muitos efeitos, o indício perde força e impede o emprego da presunção. Além disso, não se mostra imprescindível que a prova do fato se baseie em mais um indício, mas é indispensável que esse indício, se for único, exiba valor probatório muito elevado (2011, p. 19).”

Nos casos acima citados, os fatos provatórios são apresentados de maneira objetiva, procurando que o juiz construa um raciocínio sem deduções. Todavia, quando isto é impossível, ou seja, quando não se consegue apresentar uma prova direta do fato, o litigante faz uma prova de fatos circunstanciais, os quais são chamados de indícios.

Os indícios são elementos de prova locados no passado, dos quais extrai-se convicções de existências do fato principal. Este conceito nos traz expressões como “certo grau de probabilidade” ao raciocínio a ser utilizado.

Para chegar a uma conclusão geral sobre determinado fato, um indício deve, em regra, ser contraposto a outros indícios, e somente após, alcançar uma interpretação sobre o fato a ser provado, utilizando mormente, um método indutivo.

Destarte, os indícios devem ser plurais, pois somente (em caso muito excepcionais) um único indício poderá ser suficiente para justificar o resultado objetivo “prova”.

Embora o indício faça parte do processo de convencimento do juiz, por si só, não tem valor algum, ou, sucessivamente, muito pouco valor.

O magistrado fundado na ordem normal das coisas, a partir do fato conhecido, provado, alcança o fato desconhecido, não provado.

É sempre preferível apanhar os indícios em quantidade, para posteriormente elaborar um exercício racional de causa e efeito para chegar, finalmente, a uma convicção sobre o fato principal. Esse exercício de concatenar os indícios para obter um parecer, chama-se de presunção.

Segundo Cambi “a presunção é um processo mental, não um meio de prova, porque, quando o juiz afirma que ‘ocorrido um fato x, deve ter ocorrido um fato y’ nada de novo surge no plano material ou concreto, mas exclusivamente em nível intelectual...” (CAMBI.2006, p.360).

Provando um fato que não é o principal (indício), chega-se a uma linha de raciocínio para a convicção do fato principal (presunção). Para a presunção ser utilizada é necessário a ocorrência de três elementos: (i) um fato conhecido; (ii) um fato desconhecido e (iii) nexos de causalidade, baseado em máximas de experiência, entre eles (Cambi, 2006). Dentre estas, podem ser classificadas como presunções legais ou relativas.

A presunção absoluta é aquela que não admite prova em contrário, ou seja, aquela à qual a lei lhe reconhece determinada situação não admitindo que se faça prova em contrário e, ainda, o Juiz não pode convencer-se do modo diverso.

Já, em contraposição, as presunções relativas são aquelas que sim admitem prova em contrário. Provado um fato (que não é o principal), chega-se, por presunção, à convicção da existência de um fato principal. A presunção relativa, segundo a doutrina, pode ser dividida em presunção aparente, aquelas que invertem o ônus da prova, e verdadeiras, que permitem à parte demonstrar um fato distinto daquele que deveria provar, facilitando a realização da prova.

Pode afirmar-se que a presunção legal relativa se limita a matéria da distribuição do ônus da prova. Se essa presunção é relativa, a parte contrária pode fazer prova contra a convicção de que o fato principal existe, atacando e desmanchando o nexos entre causa e efeito instituído pela presunção.

No entanto, para conseguir alcançar provar um fato circunstancial e formar a convicção do fato principal, não sempre existe uma norma jurídica que imponha a presunção legal.

Se não houver presunção legal, o juiz poder chegar ao fato principal através do uso da sua própria presunção que resulta de máximas da própria experiência (comum ou técnica). Segundo Carlos Oliveira, a presunção é baseada em regras de experiência, das quais é possível conectar o fato conhecido com o fato desconhecido. Elas compreendem três fases: i) colheita dos indícios; ii) dedução das presunções e iii) a apreciação (valoração) dessas presunções (Cambi, 2006).

Experiência essa que se obtém da observação dos fatos cotidianos de um determinado grupo humano no qual aplicam-se ou atuam as leis da natureza, e que este fenômeno pode ser absorvido, interpretado e traduzido pelo juiz, ou através de perícia técnica.

As mencionadas regras de experiências (comum ou técnica) não estão no mesmo âmbito dos fatos, por consequência, no do ônus da prova, podendo o juiz aplicá-las de ofício, ao igual das presunções legais.

Não pode, sob hipótese alguma, confundir os conceitos de regra de experiência (comum ou técnica) com fato notório, pois este, é de conhecimento geral e dispensa qualquer prova.

As presunções humanas, portanto, são juízos hipotéticos de conteúdo geral, diferentes do caso concreto, que usam-se na observação do que comumente se sucede.

Pelo exposto neste segundo capítulo, se conclui que houve uma flexibilização das regras que tratam da temática da prova, com a inserção da Teoria Dinâmica da Distribuição do Ônus da Prova na CLT, trazida pela lei n.13.467/17, ocasionando reflexos positivos neste âmbito, na medida em que há uma majoração dos poderes do Juiz na direção do processo, ficando a faculdade de provar a quem tem maior condições de sua produção, e, conseqüentemente, proporcionando uma isonomia real entre os litigantes, bem como, uma justiça com mais eficiência e efetividade.

2 A inversão do ônus da prova no panorama jurídico nacional em casos de assédio moral

É imperioso ressaltar que, por muito tempo se discutiu sobre a necessidade de uma modernização da legislação trabalhista, sendo que após décadas sem alterações significativas, finalmente em 2017 foi aprovada e entrou em vigor a Lei n. 13.467/17,

denominada Reforma Trabalhista, o qual dentre as diversas inovações se destaca pela inclusão no texto da Consolidação da Leis do Trabalho – CLT, a teoria da carga dinâmica da prova.

Trata-se de instituto que tem o condão de legitimar a construção jurisprudencial acerca deste tema, ou seja, a carga dinâmica da prova não é exatamente uma novidade, visto que já era reconhecida em diversas decisões judiciais, mas com a inserção no Novo Código a legitimidade deste instituto se torna incontestável.

Para a devida compreensão da significância das alterações citadas neste artigo, devemos ter em mente que o ônus da prova consiste no encargo de produzir a prova necessária para o esclarecimento da questão posta em juízo.

Ao analisarmos o artigo 333 do Código de Processo Civil de 1973 (o qual adota a teoria estática), temos que o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito, e incumbe ao réu, quanto a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Assim, podemos compreender que, ao autor cabe provar a existência de seu direito, enquanto ao réu cabe provar a inexistência deste ou demonstrar fatos que o modifiquem, de modo que, a grosso modo, a prova cabe a quem alega. (BEBBER, 2011, p.166).

Agora com a Reforma Trabalhista, Lei n. 13.467/17, a qual incluiu três parágrafos no artigo 818 da CLT, o ônus da prova será estabelecido diante do caso concreto de assédio moral (casuisticamente), ficando a cargo da parte – assediadora – com condições reais de suportá-lo com maior rapidez e eficácia. Assim, nenhuma relação se estabelece, portanto, entre o ônus da prova e a posição da parte na relação processual ou com a natureza do fato afirmado.

É de se relevar a importância de tal inovação, pois, além de proporcionar uma diretriz no momento de sua aplicação, torna mais fácil corrigir eventuais injustiças em matéria de distribuição do ônus probatório, nos casos de assédio moral. Assim, havendo necessidade e desde que seja justificado, o Juiz poderá distribuir o ônus da prova entre os integrantes da relação processual, (assediante e assediado) de acordo com a maior facilidade ou excessiva dificuldade de conseguir obter a prova necessária ao deslinde da demanda.

Devemos ressaltar que o CPC de 2015, artigo 373, parágrafo 2º, veta a distribuição dinâmica do ônus probatório nos casos em que a obtenção das provas seja

impossível ou excessivamente difícil, sendo estas provas conhecidas como “provas diabólicas”.

Diante disso, se torna primordial a manutenção de documentos e quaisquer outros tipos de provas decorrentes de negócios jurídicos celebrados, devendo todas as empresas se organizarem para manter o máximo de documentos capazes de comprovar sua atuação de acordo com a legalidade.

Enfim, a redistribuição poderá ser autorizada, em decisão devidamente fundamentada, quando verificada uma singularidade na causa (a dificuldade de demonstrar o assédio por parte da vítima) que não permite o cumprimento da distribuição tradicional do ônus probatório, ou seja, nada menos do que uma situação em que uma parte se mostra vulnerável em relação à comprovação daquele fato perante a outra.

3 Entendimento jurisprudencial e doutrinário acerca da aplicação do Código de Processo Civil e da inversão do ônus da prova em casos de assédio moral

A modo de coroar este trabalho, se abordará um pouco do entendimento mais recente dos tribunais sobre a inversão do ônus da prova nos casos de assédio moral, além de complementar os conceitos desenvolvidos com fundamentação doutrinária.

A prova judicial acerca da prática do assédio moral é assunto que demanda bastante importância na seara do processo do trabalho, ante a dificuldade em provar sua ocorrência, uma vez que, na maioria das vezes, o assédio se dá às escuras ou de forma camuflada.

Desta forma, é certo que o assédio reserva a vítima uma conduta reiterada. Os tribunais têm conseguido penalizar os ofensores através de provas carreadas aos autos e colacionadas na instrução processual, vejamos:

DANO MORAL. Apesar do laudo pericial ter sido favorável à tese do reclamante, a prova oral produzida não demonstra que o autor sofresse reiterada humilhação no local de trabalho. Correto o entendimento *a quo* de afastar as conclusões periciais diante das demais provas produzidas, as quais reforçam a tese da reclamada de inexistência de dano moral ou mesmo a presença de nexo de causalidade entre a doença apresentada pelo autor e seu trabalho na reclamada. Recurso do reclamante não provido. (0000551-

68.2010.5.04.0203 (RO) Relator: FRANCISCO ROSSAL DE ARAÚJO, data do julgamento 21/06/2012, Origem: 3ª Vara do Trabalho de Canoas) ASSÉDIO MORAL. Caso em que o contexto da prova testemunhal produzida evidencia que a reclamante foi submetida a discussões no ambiente de trabalho, promovidas pelo gerente da reclamada, que ainda fazia pressão para que a demandante pedisse demissão do emprego, em afronta aos artigos 1º, III e IV, 5º, III e X e 170, todos da Constituição Federal. Incide o dever de indenizar, amparado no art. 927 do Código Civil. (...)1ºIIIIV5ºIIIIX170Constituição Federal927Código Civil (9181020105040004 RS 0000918-10.2010.5.04.0004, Relator: MARÇAL HENRI DOS SANTOS FIGUEIREDO Data de Julgamento: 03/08/2011, 4ª Vara do Trabalho de Porto Alegre) [54] (248006920065150057 24800-69.2006.5.15.0057, Relator: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho Data de Julgamento: 23/11/2011, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 02/12/2011)

Um exemplo de Dano Moral Trabalhista pode ocorrer quando o empregador deixa de cumprir certas obrigações derivadas do contrato de trabalho, como as de higiene e segurança no trabalho e de respeito à personalidade e dignidade do trabalhador.

A Convenção número 111 da OIT define discriminação como:

Toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidade ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão.

Portanto, a proteção contra a discriminação encontra-se inclusive em nível internacional. Existe, porém, uma exceção dentro da Convenção número 111 da OIT, a qual reza que “as distinções, exclusões ou preferências, fundadas em qualificações exigidas para determinado emprego, não são consideradas como discriminação”.³

Note-se que a discriminação surge quando estão presentes os elementos subjetivos e objetivos. O elemento subjetivo é a intenção de discriminar, quando existe a vontade, ao passo que o elemento objetivo é a preferência de alguém em detrimento de outro, sem causa justificada, sendo uma escolha preconceituosa por motivo de raça, cor, língua, opinião, etc.

A prova do dano moral é *in re ipsa*, ou seja, surge da análise dos fatos. Se for provada a existência da ação antijurídica e a titularidade do ofensor, o dano moral estará caracterizado.

A prova judicial acerca da prática do assédio moral é assunto que demanda bastante importância na seara do processo do trabalho, ante a dificuldade em provar sua

³ Disponível em <http://www.oitbrasil.org.br/node/472>, consultado em 08/05/2017.

ocorrência, uma vez que, na maioria das vezes, o assédio se dá às escuras ou de forma camuflada.

Sergio Pinto Martins lembra ainda o caso das chamadas listas negras, em que empregadores, através de pesquisas, descobrem quais trabalhadores que entram com ações trabalhistas contra suas antigas empresas. Nesse caso, os que tiveram processados seus antigos empregadores não serão contratados na empresa que tem essa informação, pois esta terá receio de que o mesmo empregado, em um determinado momento, processe a sua empresa. Portanto, essa é mais uma prática discriminatória no momento da contratação. Ora, é verdade que muitos empregados entram com ações trabalhistas de maneira abusiva, pedindo algo que não têm direito, mas para isso já existe na justiça a litigância de má-fé, que deveria ser aplicada pelos juízes com maior vigor. Porém, por outro lado, a maioria das ações visa apenas aos direitos que o trabalhador adquiriu ao longo do contrato de trabalho e que, por algum motivo, não foram pagos, e estes trabalhadores acabam por pagar um preço alto por suas ações, sendo vítimas da discriminação por estarem na lista negra. (2007, p. 483)

Desta forma, é certo que o assédio reserva a vítima uma conduta reiterada. Os tribunais têm conseguido penalizar os ofensores através de provas carreadas aos autos e colacionadas na instrução processual.

Atualmente, com a entrada em vigor da nova legislação trabalhista, a qual possibilita de forma expressa a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, o legislador inseriu no texto legal, os §§ 1º, 2º e 3º do artigo 818 da CLT, que admitem de forma expressa a inversão do ônus probatório.

Assim, as jurisprudências dos tribunais, aos poucos, já estão se amoldando aos ditames da nova legislação trabalhista, no tocante a distribuição dinâmica do ônus da prova.

Ao redistribuir o ônus da prova, o juiz deve dar a parte onerada a possibilidade de se desincumbir da obrigação de provar. E isso também evidencia a observância do mencionado diploma legal ao princípio da cooperação.

Através da utilização da teoria dinâmica, ao redistribuir o ônus probatório, o magistrado não tem condições de saber qual será o resultado da prova. Assim, por essa razão, inclusive, inexistente inobservância ao princípio da imparcialidade.

Diante disso, é de se concluir que a nova legislação trabalhista inovou ao positivar a possibilidade de distribuição dinâmica do ônus da prova e, ao fazê-lo, observou o princípio da cooperação e o princípio da imparcialidade do juízo.

Considerações finais

O assédio moral é um assunto de extrema importância, pois afeta diretamente a saúde do trabalhador, podendo trazer consequências graves a sua vida dentro e fora do ambiente de trabalho, afetando sua saúde e sua dignidade. Ocorre, como visto, que nestes casos é extremamente difícil para a vítima fazer prova do dano que sofreu, frente a sua hipossuficiência diante do empregador.

Durante muito tempo prevaleceu nas Varas do Trabalho o entendimento de que tal dano só poderia ser provado pela vítima através de prova testemunhal ou documental. Evidentemente é pouco provável que tais fatos sejam documentados, quanto à testemunha esta tem consciência dos fatos ocorridos no ambiente de trabalho, mas não do que se passa no íntimo da vítima, pois apenas a mesma terá consciência do sofrimento e dor despendidos com as agressões, como visto nos exemplos das jurisprudências colacionadas.

Restou claro que nas relações empregatícias não existe igualdade entre as partes. Isto, torna-se evidente à hora de produzir provas do dano moral sofrido.

Até a entrada em vigência da Lei n. 13.467/17, em novembro de 2017, cabia demonstrar (quase) exclusivamente ao trabalhador –parte hipossuficiente da relação- o fato constitutivo do seu direito, conforme a legislação da época. Muitas vezes, esse sistema, indiretamente, punia ao trabalhador que na sua esfera de desvantagem, não conseguia realizar a devida prova, posto que restringia a chance de demonstrar, na maioria dos casos, através de prova testemunhal. Essas testemunhas, também se encontravam em situação de desvantagem, pois dependiam financeiramente do mesmo empregador contra quem tenta se provar o dano. O medo de represálias da testemunha terminava por ceifar a comprovação necessária ao objetivo do empregado de demonstrar o dano moral sofrido.

Atualmente, com a entrada em vigor da Reforma Trabalhista, Lei n. 13.467/17, o legislador incluiu no artigo 818 da CLT e parágrafos, expressamente, a possibilidade

da aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, admitindo de forma expressa a inversão do ônus probatório.

Assim, a redistribuição poderá ser autorizada, em decisão devidamente fundamentada, quando verificada uma singularidade na causa que não permite o cumprimento da distribuição tradicional do ônus probatório, ou seja, nada menos do que uma situação em que uma parte se mostra vulnerável em relação à comprovação daquele fato perante a outra.

Todavia, como mencionado anteriormente, também poderá ser redistribuído o ônus da prova quando há maior facilidade de uma parte produzir tal prova em relação à outra.

Assim, havendo necessidade e desde que seja justificado, o Juiz poderá distribuir o ônus da prova entre os integrantes da relação processual, de acordo com a maior facilidade ou excessiva dificuldade de conseguir obter a prova necessária ao deslinde da demanda.

Devemos ressaltar que, ainda deve ser considerado, o artigo 373, parágrafo 2º, veta a distribuição dinâmica do ônus probatório nos casos em que a obtenção das provas seja impossível ou excessivamente difícil, sendo estas provas conhecidas como “provas diabólicas”.

Como amplamente debatido neste trabalho, é evidente a ocorrência de assédio moral nos contratos de trabalho, inclusive, devido a sua forma adesiva, com cláusulas pré-dispostas unilateralmente pelo empregador, fato agravado pelo poder que o mesmo detém de controle sob o trabalhador podendo inclusive aplicar penalidades se entender necessário. Ainda as novas organizações de trabalho marcadas pelas relações interpessoais e a prevalência do capital sobre o indivíduo, contribuem para um ambiente de trabalho pouco sadio.

É consabido que o abuso dos poderes inerentes ao contrato de emprego por parte do empregador, pode ensejar a ocorrência de assédio moral, pois tal poder está limitado pela legislação vigente, inclusive a Constituição Federal de 1988, e os princípios norteadores do direito do trabalho, entre eles a proteção ao trabalhador e a dignidade da pessoa humana.

Por outro lado, cediço é que a responsabilidade do empregador é objetiva, nos casos de danos ocasionados ao trabalhador no ambiente de trabalho, inclusive os de

ordem psicológica, tendo assim que reparar as vítimas de quaisquer praticas perversas que tenham experimentado nas suas dependências. Já que é sua a obrigação de fornecer ao trabalhador um meio ambiente de trabalho saudável e livre de condutas degradantes.

Desta forma conclui-se que, diante a hipossuficiência da vítima e a responsabilidade objetiva do empregador pelos danos que ocorrerem no ambiente de trabalho, nada mais justo que o ônus da prova nos casos de assédio moral recaia sobre o mesmo quando este tenha maiores condições de promover a prova, considerando a distribuição dinâmica desta, não devendo a vítima ser onerada com tal encargo, o qual na maioria das vezes não tem condições para isto, sob pena de agravar ainda mais seu sofrimento. Ainda, diante das consequências extremamente prejudiciais à saúde dos trabalhadores, a inversão do ônus da prova em tais casos é muito importante, pois contribuirá para desestimular a ocorrência de tais situações.

Referências

- ANTUNES, Ricardo. *Adeus ao trabalho?* Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho. 9 ed. São Paulo: Cortez, 2003.
- ARAÚJO, Francisco Rossal. *A boa-fé no contrato de emprego*. São Paulo: LTR, 1996.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BAHIA. Tribunal Regional do Trabalho 5. *Ementa*. Processo 0001148-86.2015.5.05.0024, 2ª Turma do TRT5. Dalila Andrade. Julgado em 04/05/2017. Disponível em: <http://www.trt5.jus.br>. Acesso em 08/05/2017.
- BEBBER, Júlio Cesar. *Processo do trabalho: adaptação à contemporaneidade*. São Paulo: Ltr, 2011.
- BERGAMINI, Cecília W; FREITAS, Maria Ester; WOOD, Thomaz Junior (Org.). *Gestão empresarial: o fator humano*. São Paulo: Atlas, 2002.
- BRASIL, CLT. *Consolidação das leis do trabalho*. 21. ed. São Paulo: Juspodivm, 2018.
- BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- BRASIL, *Código Civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. *Ementa* (RO - 2052673/2015-504.0406, Relator Ministro: Wilson Carvalho Dias, Data de Julgamento: 04/05/2017, 7ª Turma, Data de Publicação 09/05/2017). Disponível em: <http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/consultas/jurisprudencia/acordaos>.

BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. *Ementa*. (RO - 0000551-68.2010.5.04.0203 Relator Ministro: Francisco Rossal de Araújo, Data de Julgamento: 21/06/2012, 8ª Turma, Data de Publicação 27/06/2012). Disponível em: <http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/consultas/jurisprudencia/acordaos>.

CAMBI, Eduardo. *A Prova Civil. Admissibilidade e relevância*. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 2006

CAMINO, Carmem. *Direito individual do trabalho*. 4.ed. Porto Alegre: Síntese, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAVALIERI, Sérgio Filho. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DALLEGRAVE NETO, José Afonso. *Contrato individual de trabalho: uma visão estrutural*. São Paulo: LTR, 1998.

DALLEGRAVE NETO, José Afonso (Coord.); COUTINHO, Aldacy Rachel (Coord.); GUNTHER, Luiz Eduardo (Coord.); *Transformações do direito do trabalho*. Curitiba: Juruá, 2007.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito de trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTR, 2008.

DELGADO, Maurício Godinho. *O poder empregatício*. São Paulo: LTR, 1996.

DELGADO, Maurício Godinho. *Princípios de direito individual e coletivo do trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTR, 2001.

ESPADA, Cinthia Maria da Fonseca. *O princípio protetor do empregado e a efetividade da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: LTR, 2008.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Fatos notórios e máximas de experiência*, Revista Forense, v.100, n.376, p.3-10, nov-dez/2004.

FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014

- FREITAS, Maria Ester de. *Assédio Moral no Trabalho*. 1. ed. São Paulo: Cengage, 2002.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- HIRIGOYEN, Marie France. *Mal-estar no trabalho: redefinindo o assédio moral*. Trad. Rejane Janowitz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.
- MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito processual do trabalho*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do trabalho*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Presunções e ficções no direito probatório*. Revista de Processo. São Paulo. V.36. N.196. P.13-20. Jun. 2011.
- ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, OIT. Escritório no Brasil. Convenção nº 111. <http://www.oitbrasil.org.br/node/472>.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- STADLER, Denise de Fátima. *Assédio Moral: Uma Análise da Teoria do Abuso de Direito Aplicado ao Poder do Empregador*. 3. Ed. São Paulo: LTR, 2008.
- TRIBUNAIS SUPERIORES. *Jurisprudências*. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br>, consultado em 08/05/2017.
- VIANNA, José Ricardo Alvarez. *Responsabilidade civil por danos ao meio ambiente: à luz do novo código civil*. Curitiba: Juruá, 2005.
- ZANETTI, Robson. *Os custos do assédio moral*. Disponível em <http://ww1.anamatra.org.br/>.

Submetido em 02 de agosto de 2018.

Aprovado para publicação em 02 de agosto de 2019.

