

# O ASSÉDIO MORAL E SUA PROVA

Dalzimar G. Tupinambá<sup>1</sup>

## INTRODUÇÃO

O assédio moral, assim como o assédio sexual, são temas que recentemente ingressaram nas demandas trabalhistas. Este último constitui figura típica prevista no artigo 216 - A do Código Penal, introduzida por meio da Lei 10.224/2001, enquanto o primeiro ainda não se encontra especificamente disciplinado no ordenamento jurídico vigente. Um e outro, quanto à prova das alegações das partes em juízo, estão, **em princípio**, submetidos ao estático esquema de distribuição do respectivo ônus previsto no art. 818 da CLT c/c o art. 333, I e II, do CPC. Na hipótese, porém, de eclodir da adoção de tal esquema a *probatio diabolica*, em que se instala a desigualdade entre as partes e a excessiva dificuldade no exercício do direito à prova, abre-se o espaço para a dinamização dos ônus probatórios, inclusive considerando o direito fundamental à ordem jurídica justa – direito fundamental à igualdade substancial e o direito fundamental à prova (CF, art. 5º, XXXV, LIV e LV) –, sendo igualmente possível, diante de dificuldades práticas do caso concreto, a adoção do módulo de redução da prova.

A teoria do assédio moral tem assento no princípio da dignidade humana (CF, art. 1º, inciso III). Além disso, decorre não apenas do direito fundamental à saúde, mas por igual do direito à honra (CF, art. 6º e art. 5º, inciso X). De sorte que, a prática deletéria do assédio moral, sobre vulnerar direitos fundamentais, impõe à vítima danos de natureza patrimonial e extrapatrimonial, a abrir ensejo às devidas indenizações e compensações.

---

<sup>1</sup> Advogado e Procurador do Estado da Bahia.

## CONCEITO JURÍDICO DE ASSÉDIO MORAL

Conhecido como *mobbing* (Itália, Alemanha e países escandinavos), *bullying* (Inglaterra), *harassment* (Estados Unidos), *harcèlement moral* (França), *ijime* (Japão), *psicoterror laboral* ou *acoso moral* (países de língua espanhola), terror psicológico, tortura psicológica ou humilhações no trabalho (países de língua portuguesa), entre outros termos similares, o assédio moral, como adverte ILSE MARCELINA BERNARDI LORA,<sup>2</sup> “vem frequentando, com preocupante assiduidade, o cotidiano do Judiciário Trabalhista, a revelar que se trata de fenômeno que estende seus poderosos e deletérios tentáculos no âmbito das relações de trabalho”.

Conceitua MARIE-FRANCE HIRIGOYEN, a quem a doutrina especializada reconhece ter sido quem teve a primazia em debater o tema, o assédio moral como toda e qualquer “conduta abusiva manifestando-se sobretudo por comportamentos, palavras, atos, gestos, escritos que possam trazer dano à personalidade, à dignidade ou à integridade física ou psíquica de uma pessoa, por em perigo seu emprego ou degradar o ambiente de trabalho”.<sup>3</sup>

Desse entendimento não absona SÔNIA A. C. MASCARO,<sup>4</sup> ao assim lecionar:

*“O assédio moral ... caracteriza-se por ser uma conduta abusiva, de natureza psicológica, que atenta contra a dignidade psíquica, de forma repetitiva e prolongada, e que expõe o trabalhador a situações humilhantes e constrangedoras, capazes de causar ofensa à*

---

<sup>2</sup>A DIFICULDADE PROBATÓRIA DO ASSÉDIO MORAL NO TRABALHO. Disponível em: <http://online.sintese.com>. Acesso em: 16.7.2013.

<sup>3</sup> Mal-estar no trabalho. Redefinindo o assédio moral. Trad. Rejane Joanowitz. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005. p. 17.

<sup>4</sup> Assédio moral no ambiente do trabalho. Revista LTR, São Paulo, v. 68, n. 08, p. 922-930, ago. 2004.

*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”.*

Em igual sentido, RODOLFO PAMPLONA FILHO firme em que o assédio moral é caracterizado como *“uma conduta abusiva, de natureza psicológica, que atenta contra a dignidade psíquica do indivíduo, de forma reiterada, tendo por efeito a sensação de exclusão do ambiente e do convívio social”*.<sup>5</sup>

Definem SERGIO GAMONAL CONTRERAS e PAMELA PRADO LÓPEZ o assédio moral como sendo o *“processo constituído por um conjunto de ações ou omissões, no âmbito das relações de trabalho públicas e privadas, em virtude do qual um ou mais sujeitos assediadores criam um ambiente laboral hostil e intimidatório em relação a um ou mais assediados, afetando gravemente sua dignidade pessoal e causando danos à saúde dos afetados com vistas a obter distintos fins de tipo persecutório”*.<sup>6</sup>

Registre-se, para não passar por sobre o ponto, como discorre MARIE-FRANCE HIRIGOYEN, que o assédio moral é um abuso, em que existe intencionalidade maldosa, e não pode ser *“confundido com decisões legítimas, que dizem respeito à organização do trabalho, como transferências e mudanças de função, no caso de estarem de acordo com o contrato de trabalho. Da mesma maneira, críticas construtivas e avaliações sobre o trabalho executado, contanto que sejam explicitadas, e não utilizadas com um propósito de represália, não constituem assédio. É natural que todo trabalho apresente um grau de imposição e dependência”*.

---

<sup>5</sup> . Noções conceituais sobre o assédio moral na relação de emprego. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1149, 24 ago. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8838>>. Acesso em: 16 jul. 2013.

<sup>6</sup> *El Mobbing o Acoso Moral Laboral*. Chile: Lexis Nexis, 2006.

Assim, sem a presença do dolo, com a intenção maldosa de prejudicar, tem-se que, no pleno exercício poder diretivo, pode se verificar a presença do rigor excessivo do superior hierárquico no ambiente laboral, más condições de trabalho, sobrecargas e cobranças, e outras imposições que são confundidas com assédio moral, mas que não o configuram. Podem caracterizar, em rigor, caso a caso, outro tipo de dano ao empregado, inclusive os decorrentes de acidente no trabalho, com as reparações devidas.

O assédio moral, assinala a Min. MARIA CRISTINA IRIGOYEN PEDUZZI,<sup>7</sup> diz respeito a um tipo específico de dano ao patrimônio moral. “É uma a) violência pessoal; b) necessariamente moral e psicológica; c) multilateral (pode ser horizontal: entre colegas de mesma hierarquia; vertical descendente: do superior hierárquico ao seu subordinado; ou mesmo vertical ascendente: que parte do grupo subordinado e se dirige ao seu superior direto); d) individual ou coletivamente sentida”.

Há, ainda, segundo a doutrina especializada, o **assédio moral estratégico** – *mobbing* estratégico –, instituído pela empresa com o intuito de eliminar dos seus quadros empregados que não atendem ao novo modelo concebido, objetivando reduzir despesas e admitir outros que se amoldem à nova estratégia empresarial, ao lado do **assédio moral organizacional**, técnica de gerenciamento que leva os empregados ao limite, com a finalidade de alcançar desmesurado lucro, em prejuízo à dignidade humana dos trabalhadores.

## **ELEMENTOS CARACTERIZADORES**

À vista dos conceitos precedentemente emitidos pela doutrina que se ocupou do tema, são elementos que caracterizam o assédio moral: a abusividade da conduta dolosa do agente; a reiteração e o prolongamento desta conduta em face da vítima; a finalidade da conduta; o dano psíquico-

---

<sup>7</sup> Rev. TST. Brasília, vol. 73

emocional causado à vítima. Tais elementos, como reluz intuitivo, deverão ser comprovados em juízo, quando da pretensão de ressarcimento, com base na alegação da vítima de assédio moral.

### **A ABUSIVIDADE DA CONDUTA DOLOSA DO AGENTE**

A abusividade da conduta constitui o primeiro elemento a caracterizar o assédio moral, e corresponde ao abuso de direito disciplinado e previsto no artigo 187 do Código Civil.<sup>8</sup>

A abusividade da conduta dolosa do agente decorre de atos ou de comportamentos que extrapolam o poder de direção no ambiente de trabalho, vindo a constranger a vítima, a experimentar sentimentos de humilhação e de inferiorização, com uma finalidade ilícita específica de excluir o empregado da empresa, discriminando-o, marginalizando-o, pressionando-o.

Assim, o empregador, ao ultrapassar os limites do seu direito de dirigir o empreendimento, ao cometer excessos em face dos seus empregados, pessoalmente ou por intermédio de seus prepostos, estará incorrendo em uma conduta de assédio moral.

### **A REPETIÇÃO E O PROLONGAMENTO DESTA CONDUTA**

A conduta do ofensor deve ser prolongada e reiterada no tempo, considerando suas repercussões na esfera subjetiva da vítima, de natureza emocional, psicológica, por isso mesmo um ato isolado ou esporádico não se mostra capaz de trazer lesões psíquicas decorrentes do assédio moral à vítima, até porque, como acentua MARIE-FRANCE HIRIGOYEN,<sup>9</sup> *“cada ataque tomado de forma isolada não é verdadeiramente grave; o efeito cumulativo dos microtraumatismos freqüentes e repetidos é que constitui a agressão”*.

---

<sup>8</sup> “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”

<sup>9</sup> In op. cit., p. 17.

Trata-se, portanto, de um processo dolosamente articulado, um conjunto de atos, interdependentes entre si, um massacre psíquico, que atinge a autoestima da vítima, com vistas a alcançar suas deletérias finalidades persecutórias, sobretudo a de desestabilizar emocionalmente o trabalhador para obrigá-lo a se afastar do trabalho.

Daí assinalar SÔNIA A. C. MASCARO NASCIMENTO,<sup>10</sup> que 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”*.

É certo, porém, que há a possibilidade de um ato único, isoladamente considerado, pela sua intensidade, produzir trauma psicológico de monta ao ofendido, conquanto tal conduta não tipifique o assédio moral, mas não esteja infensa à devida reparação, inclusive com base no princípio reitor de que a vítima não pode ficar irressarcida (*neminem laedere*).

## **A FINALIDADE DA CONDUTA**

Uma das finalidades decorrente do assédio moral é a obtenção de maiores lucros da empresa, a fim de ser alcançada maior produtividade, a exemplo das famigeradas metas. Há também o objetivo, em certas hipóteses, de pressionar o empregado a pedir demissão do emprego, notadamente os que desfrutam de estabilidade ou garantia no emprego, mediante a redução da indenização devida.

Acrescenta ainda SÔNIA A. C. MASCARO NASCIMENTO, forte em FRANCISCO METON MARQUES DE LIMA, o caso dos *“trabalhadores vítimas de acidentes do trabalho, ou de qualquer doença, pois, ao invés de readaptá-los de modo paciente e compreensivo, empregador e colegas preferem hostilizá-lo, zombando de sua situação e criando um ambiente totalmente desagradável ao reabilitado. Um dos exemplos é a vítima de LER que era constantemente*

---

<sup>10</sup> *In op. cit.*, p. 924

*ironizada ao ouvir que estava, na verdade, com LERdeza, mostrando a total indiferença para com o problema enfrentado pela pessoa, que, além de possuir uma doença física, acaba por estar seriamente propensa a adquirir problemas psicológicos”.*<sup>11</sup>

MARCIA NOVAES GUEDES observa que o assédio moral ultrapassa a violação da intimidade, pelo fato de aquele se caracterizar como perseguição deliberada contra a vítima:

*“Enquanto a violação da intimidade decorre do uso abusivo do poder diretivo do empregador, muitas vezes exagerando no uso de certas práticas voltadas para a proteção do patrimônio da empresa, o assédio moral, na realidade, decorre da atitude deliberada de um perverso cujo objetivo é destruir a vítima e afastá-la do mundo do trabalho”.*

## **O DANO PSÍQUICO-EMOCIONAL CAUSADO À VÍTIMA**

Como não se ignora, existem pessoas, de um lado, com maior capacidade para suportar as pressões verificadas do ambiente do trabalho, e, de outro lado, as que acusam imediatamente o golpe em sua esfera íntima/emocional.

Daí assinalar ANTUNES VARELA,<sup>12</sup> com o peso da sua reconhecida autoridade, que a gravidade do dano *“há de medir-se por um padrão objetivo (conquanto a apreciação deva ter em linha de conta as circunstâncias de cada caso), e não à luz de fatores subjetivos (de uma sensibilidade particularmente embotada ou especialmente requintada). Por outro lado, a gravidade apreciar-se-á em função da tutela do direito: o dano deve ser de tal modo grave que justifique a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao lesado”.*

---

<sup>11</sup> *In op. cit.*

<sup>12</sup> *apud* Sergio Cavalieri Filho, Programa de Responsabilidade Civil – Malheiros Editores, 2ª edição, p. 77/78.

À guisa de exemplo, a ementa do seguinte julgado:

*“Assédio moral – Caracterização – Pressupostos objetivos – Desvio de finalidade do instituto. O dano moral que impõe o dever de indenizar deve-se ancorar em pressupostos objetivos, causados pela conduta do agente agressor, expondo o ofendido a situações humilhantes e vexatórias, perante terceiros, maculando diretamente sua honra e imagem. O juiz, condutor do processo, no momento da formação de sua convicção, deve imprimir lente forte na leitura do contexto probatório, visando sobrepor-se aos limites subjetivos de ‘pesar íntimo’ do empregado, que muitas vezes tem origem nas causas e motivações que originaram o rompimento do pacto laboral, sob pena de se incorrer na banalização do instituto. Inúmeras são as demandas que tramitam neste Foro Laboral, objetivando o pagamento de indenizações por danos morais, fulcrando-se em ‘sentimentos subjetivos’ que desvirtuam a finalidade da indenização compensatória, transformando o Judiciário Trabalhista em ‘roletas da sorte’” (TRT 3ª Reg. RO 00415-2004-114-03-00-0 — Ac. 6ª T. — Rel. Juíza Maria Cristina Diniz Caixeta. DJMG 16.6.05, p. 9).*

Mas, se houve o assédio moral no ambiente do trabalho, embora a vítima demonstre invulgar resistência, nem por isso ficará irressarcida, uma vez que, como adverte RODRIGO DIAS DA FONSECA,<sup>13</sup> a *“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”*.

O tema, pondera MARIA CRISTINA IRIGOYEN PEDUZZI,<sup>14</sup> não tem se feito acompanhar de um estudo teórico correspondente aos seus significado e equacionamento constitucional, *“porque a falta de compreensão de seu*

---

<sup>13</sup> Assédio moral - breves notas. Revista LTr. São Paulo, v. 71, n. 1, jan. 2007.

<sup>14</sup> *In op. cit.*, p. 27.

*conteúdo vem propiciando a prevalência de critérios subjetivos e valorativos do julgador na aplicação do direito nessas situações. E isto vem propiciando que se retire e ignore a imperatividade do próprio princípio”.*

Parte da doutrina especializada, no entanto, propõe a adoção de **critério objetivo** para se aferir se houve a ocorrência de assédio moral no caso concreto, desde que configurados onexo causal e a conduta abusiva do agente, dir-se-ia, dolosa, uma vez que o dano prescinde da respectiva prova, porque considerado *in re ipsa*, tendo em linha de conta ser inaceitável que o empregado, vítima de conduta que se enquadre no conceito de assédio moral e demonstre resistência ao intento do assediador, deixe de ser indenizado e compensado ou que o assediador não seja apenado, diante da reprovabilidade da conduta. Elucidativa, a propósito do tema, a ementa de modelar acórdão:

**“ASSÉDIO MORAL - RECONHECIMENTO - RESCISÃO INDIRETA DO CONTRATO DE TRABALHO - DEFERIMENTO - O art. 483 da CLT dispõe sobre as hipóteses em que o empregado pode considerar rescindido seu contrato de trabalho - Rescisão indireta - Dentre as quais quando lhe forem exigidos serviços alheios ao contrato, for tratado pelo empregador com rigor excessivo e o empregador não cumprir as obrigações do contrato, situações que se amoldam ao presente caso. II- ASSÉDIO MORAL - DANO MORAL CONFIGURAÇÃO - O dano moral não pode ser provado e nem medido, por se tratar de sentimento íntimo, razão pela qual deve-se analisar a configuração do dano pela conduta do ofensor e pelo potencial lesivo do ato, daí porque absolutamente desnecessário, na hipótese de comprovado assédio moral, que a autora fosse submetida à perícia, já que o dano moral, nessas situações, é presumido, pois decorre do próprio fato(*in re ipsa*).”** (TRT-08ª R. - RO 0001594-14.2010.5.08.0014 - Rel. Des. Fed. Marcus Augusto Losada Maia - DJe 25.05.2012 - p. 3).

## **A PROVA DO ASSÉDIO MORAL.**

O objeto da prova, por excelência, são os fatos (*rectius*: as alegações de fato). O fato existe ou inexistente, aconteceu ou não aconteceu, sendo, portanto, insuscetível dessas adjetivações ou qualificações. As alegações, sim, é que podem ser verazes, ou não, causa determinante da pertinência de prová-las, ou seja, demonstrar que são boas e verazes. A verdade sobre um fato não se descobre, mas sim se constrói dialeticamente, por meio da argumentação das partes (JÜRGEN HABERMAS).

O objeto da prova, em síntese bastante, são as alegações dos fatos controvertidos, determinados, pertinentes e relevantes, desde que não sejam notórios, incontroversos, ou objeto de confissão, tampouco submetidos a presunção legal.

Todavia, a alegação da inexistência de um fato – o que traduziria a denominada ‘**prova da negativa**’ – como **constitutiva de um direito**, reclama prova do autor de que o fato não existe. **A prova do fato inexistente é realizada com a prova de um fato contrário positivo.**

Distingue-se, portanto, a **negação do fato** da **alegação do fato negativo**. A simples negação do fato constitutivo não reclama prova de quem a deduz. Trata-se de **negativa absoluta** ou **indeterminada**. Compete, portanto, ao autor a prova dos fatos em que fundamenta sua pretensão. Já na **alegação do fato negativo**, que funciona como **fato constitutivo de um direito**, incumbe a quem a deduz, por vezes com certa dificuldade, a prova correspondente.

Somente os **fatos absolutamente negativos**, ou as **negativas absolutas** ou as **indefinidas**, bem como as **afirmações indefinidas** é que são insuscetíveis de prova, por quem as tenha feito.

E, diante do esquema estático constante do art. 333, I e II, do CPC, tem-se que ao autor toca o ônus de demonstrar a alegação do fato constitutivo do direito. Os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos, o ônus da respectiva prova incumbe ao réu, quando este aduz defesa indireta contra o mérito, vale dizer, quando admite o fato constitutivo alegado pelo autor, mas deste retira consequência diversa da arguida na inicial. Na defesa direta contra o mérito, na qual o réu dirige sua impugnação às causas de pedir e do pedido, negando-os, pura e simplesmente, não tem este ônus algum probatório.

Assim, alegando o autor em juízo, em uma demanda trabalhista, que teria sido vítima de assédio moral, toca a este o ônus de provar essa alegação, que traduz fato constitutivo de seu direito. Ao empregador demandado, por sua vez, há a opção da defesa direta contra o mérito, negando, *sic et simpliciter*, a alegação ou alegações deduzidas na inicial, não carregando para si ônus probatório algum, impondo este ao autor/empregado; ou a opção de, uma vez admitindo a alegação ou alegações deduzidas, opor contra estas fatos que a impeçam, a modifiquem ou a extingam, deles retirando consequência diversas da pretendida na inicial.

#### **AS TEORIAS ESTÁTICA E DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA.**

No assédio moral a responsabilidade civil é **subjetiva**, causa determinante de estar onerada a vítima com a prova da **culpa**, isto é, da transgressão ao dever da conduta – o dolo –, da existência de uma relação de causalidade entre a ação ou omissão culposa do agente agressor e o dano experimentado – o **nexo causal** – e, por fim, o **dano**, decorrente do comportamento ou da atitude do agente.

Consigne-se que, após pesquisa realizada no *site* do TRT-5ª Reg., ao menos até esta data, os julgados ali disponíveis adotaram a teoria estática do ônus da prova quando do deslinde das causas em que o tema assédio moral constituía causa de pedir das indenizações e compensações formuladas, na

firme compreensão de que, entre outros julgados, “*Negado, na defesa [...], o fato constitutivo do direito vindicado, cumpria ao reclamante comprovar o alegado assédio moral, ônus do qual não se desincumbiu, considerando que a prova testemunhal produzida nos autos não versa a respeito da matéria em exame, sendo certo que as atividades descritas pelas testemunhas, como já declinado no tópico acima, pertenciam ao plexo de atribuições do autor*”.<sup>15</sup>

Acontece, porém, que os atos de assédio moral, na maioria dos casos, são velados, sutis, não sendo comum sua prática às claras, além do temor às represálias de quem os presenciou, na hipótese de discussão sobre eles em juízo, malgrado repercutam na esfera íntima e subjetiva da vítima. Tais circunstâncias, de *per se* ou conjuntamente, já se vê, dificultam sobremaneira a prova em juízo do fato ou fatos constitutivos alegados, por isso mesmo que, embora não seja obrigatório, até porque a ‘inversão’ do ônus da prova opera-se *ope iudicis*, nada impede que o empregado, demonstrando a existência de dificuldade técnica, de conhecimento específico, ou de outra natureza que venha a discriminar, requiera ao juiz da causa que analise se, no caso concreto, não seria recomendável, a fim de assegurar o direito fundamental à ordem jurídica justa e a igualdade substancial entre as partes, a modificação do ônus da prova sobre determinadas circunstâncias de fato que venha a pontuar.

Ademais, essa dificuldade avulta, como reluz intuitivo, quando se limita o demandado a **simplesmente negar**, na defesa direta contra o mérito, a ocorrência dos alegados atos ilícitos, que tipificariam o assédio moral, mediante negativa absoluta, ou seja, negar a existência do dano, da culpa (*in casu*, o dolo) e do nexo de causalidade, onerando integralmente a vítima com o ônus da prova do fato constitutivo. E, nesse excogitado caso – advirta-se, de logo – não há ‘fato negativo’ a ser objeto de prova, mas, isto sim, a prova do fato constitutivo, até porque ‘fato negativo’, como acima visto, nada mais é do que um fato constitutivo de um direito, sem prejuízo de que hipóteses há em que

---

<sup>15</sup> 0000893-12.2012.5.05.0032.

uma alegação negativa traz, inerente, uma afirmativa que pode ser provada, por isso mesmo que *“sempre que for possível provar uma afirmativa ou um fato contrário àquele deduzido pela outra parte, tem-se como superada a alegação de ‘prova negativa’, ou ‘impossível’”*.<sup>16</sup>

Diante desse eventual desequilíbrio entre as partes que se empenham em juízo, setores da doutrina especializada propõem que, nesses casos, em que a solução ‘estática’ prevista no art. 333, I e II, do CPC não se revela satisfatória, porque excessivamente difícil para o litigante desincumbir-se do ônus probatório que lhe compete, ceda espaço a uma solução ‘dinâmica’, mediante a ‘inversão’ do ônus da prova, tal como disciplinado no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, notadamente quando da ocorrência do denominado ‘fato negativo’ em que exsurja a prova diabólica, a pretexto de que o empregador ou prepostos deste – presumivelmente o causador do alegado dano, decorrente do assédio moral – tem melhores condições, em virtude da natureza do tema ou de razões técnicas, de desincumbir-se do ônus.

Há, ao lado disso, aqueles que sustentam, como espécie de variação dessa solução ‘dinâmica’, a existência do **princípio da aptidão para a prova**, colhendo-o, igualmente, no reportado art. 6º, VIII, do CDC. Os adeptos dessa teoria aduzem, em suma, que apto para a prova seria a parte contendora que tem as melhores condições de produzi-la, em razão de encontrar-se em situação mais favorável, em virtude de deter as informações necessárias ou ter acesso mais fácil a estas.

Note-se que, apesar da letra do art. 6º, VIII, do CDC, a expressão “inversão do ônus da prova” não é feliz, embora consagrada, uma vez que não explica corretamente o fenômeno. Não há, é fácil perceber, inversão alguma. Se houvesse a tal inversão, instalar-se-ia o absurdo do autor ficar onerado com a prova dos fatos impeditivos, modificativos e extintivos, tocando ao réu, por similitude e simetria, o ônus dos fatos constitutivos. Em rigor, há **modificação**

---

<sup>16</sup> STJ -Resp nº 422.778 - SP

do ônus da prova, mediante a distribuição diferenciada desta, de modo a facilitar a defesa da tese do então com ela onerado, mas com dificuldade em desincumbir-se da carga probatória correspondente, atribuindo à parte *ex adversa* o ônus da prova de fatos que, normalmente, não lhe competiria demonstrar.

Mais precisamente, como esclarece ARTUR CARPES,<sup>17</sup> em excelente monografia, o termo inversão “*pressuporia a transferência integral do encargo probatório de uma parte à outra*”, circunstância que se revela “*bastante incomum em nossa prática jurídica*”. Em verdade, assinala o referido autor, “*o termo ‘inversão’ consagra a transferência do esquema legal, imóvel e estático, de um lado para o outro, restando mantido, portanto, o generalismo e abstracionismo legal. Altera-se apenas o sujeito no qual recairá o ônus da prova, preservando sua distribuição rigorosamente as mesmas qualidades que opunham sua adaptação à realidade do caso concreto*”. Há, como logo a seguir discorre, “*a flexibilização do esquema estático para permitir a transferência do ônus da prova relativamente apenas a alguma ou algumas circunstâncias de fato que, por razões de índole técnica ou da sua respectiva natureza, enseja a vedação do direito fundamental à igualdade substancial das partes e do direito fundamental à prova*”.

Enfim, a alteração ou modificação – a ‘inversão’ – do ônus da prova é admissível em nosso ordenamento jurídico, não apenas porque prevista no art. 6º, VIII, do CDC, **embora ali não esteja confinada**, mas porque atende aos princípios encartados nos incisos XXXV, LIV e LV da Norma Ápice, sobretudo considerando que é por intermédio da transferência de ônus derredor da demonstração de determinadas circunstância de fato, que se mostra possível adequar a atividade probatória das partes em dificuldade nos meios a seu alcance, aos postulados da igualdade substancial e ao direito fundamental à

---

<sup>17</sup> Ônus Dinâmico da Prova. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2010, p. 117.

prova, mediante o acesso à justiça, observado o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa.

Assinale-se, por oportuno, que há equívoco manifesto, inclusive em diversos julgados, que tratam como ‘inversão’ do ônus da prova casos em que milita em favor de uma das partes uma presunção favorável. Quando tal ocorre, não há ‘inversão’ probatória alguma, apenas a parte beneficiada pela presunção não necessita demonstrar o fato por esta coberto, tocando à parte *ex adversa*, por via de consequência, desincumbir-se satisfatoriamente da prova com que está onerada, a fim de derruir a presunção. Exemplo: debatida, em juízo, a existência de relação de emprego entre as partes, uma vez reconhecida pela empresa a prestação pessoal dos serviços, não há ‘inversão’ do ônus da prova para esta, que continua com o encargo de demonstrar a ausência de subordinação, que se presume, não necessitando o autor da demanda, nessa excogitada hipótese, produzir a prova de tal elemento caracterizador do vínculo empregatício. Não há, como reluz nítido, a alteração ou a modificação da carga probatória das partes contendoras, por isso mesmo que não se pode cogitar, do ponto de vista rigorosamente técnico, de ‘inversão’ do ônus da prova.

Há certo consenso na doutrina processual que a teoria da dinamização do ônus da prova, ou a teoria das cargas probatórias dinâmicas, foi desenvolvida por JORGE W. PEYRANO. Esclarece, nessa ordem de ideias, ANTONIO JANYR DALL'AGNOL JUNIOR,<sup>18</sup> que a tese do mencionado jurista argentino, aparentemente singela, *“rompe com a concepção ‘demasiado rígida y apriorística’ da doutrina clássica, que adotava uma ‘visión exclusivamente estática’ da questão relativa às regras da distribuição dos ônus da prova. A solução alvitrada tem em vista o processo em sua concreta realidade, ignorando por completo a posição nele da parte (se autora ou se ré) ou a espécie de fato (se constitutivo, extintivo, modificativo, impeditivo). Há de demonstrar o fato, pouco*

---

<sup>18</sup> DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DOS ÔNUS PROBATÓRIOS. Disponível em: <http://online.sintese.com>. Acesso em: 9.7.2013

*releva se alegado pela parte contrária, aquele que se encontra em melhores condições de fazê-lo”.*

E prossegue:

*“Pela teoria da distribuição dinâmica dos ônus probatórios, portanto: a) inaceitável o estabelecimento prévio e abstrato do encargo; b) ignorável é a posição da parte no processo; e c) desconsiderável se exhibe a distinção já tradicional entre fatos constitutivos, extintivos, etc.*

*Releva, isto sim: a) o caso em sua concretude e b) a “natureza” do fato a provar - imputando-se o encargo àquela das partes que, pelas circunstâncias reais, se encontra em melhor condição de fazê-lo.*

*Como ensina ARAZI, asseverando que o critério tem sido aplicado “com freqüência” pela jurisprudência, “é importante que o juiz valere as circunstâncias particulares de cada caso, apreciando quem se encontrava em melhores condições para comprovar o fato controvertido, assim como as razões pelas quais quem tinha o ônus de provar não produziu a prova”.*

Pois bem. Não se ignora, inclusive diante da reconhecida natureza pública do processo, que seja obstado ao juiz, diante de demanda em que venha a verificar a dificuldade de uma das partes em desonerar-se da prova, alterar o esquema estático previsto no art. 333, I e II, do CPC, inclusive considerando, como pondera CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA,<sup>19</sup> escudado em CALAMANDREI, que a tendência atual é a de “libertar o juiz de cadeias formalísticas, tanto na avaliação da prova quanto na investigação dos fatos da causa, facilitando a formação de sua convicção com a verdade possível, própria da condição humana, que ganha no domínio processual a dimensão de pura verossimilhança. Nem por isso seria possível aceitar, por outro lado, posição tão radical que chegasse a sustentar o predomínio quase absoluto da busca da

---

<sup>19</sup> Do Formalismo no Processo Civil, p. 148.

*verdade das alegações de fato, com total informalidade, porquanto tal visão não corresponderia à realidade atual do processo, baseado na cooperação entre o órgão judicial e as partes, e nem se compadece com as necessidades de eficiência e presteza do instrumento processual”,* até porque é o órgão judicial o destinatário final da prova.

Em tal emergência, em que se mostre verossímil a alegação deduzida pelo autor, ou quando ele for hipossuficiente – expressão entendida menos em seu sentido econômico do que jurídico, isto é, despido o demandante, no caso concreto, de conhecimentos profissionais, técnicos ou de outra natureza objetiva, em relação à prova que está impossibilitado de produzir–, a fim de resguardar a igualdade substancial, nada obsta a que o juiz, mesmo que a parte a tanto não requeria, modifique o ônus de demonstração de determinadas circunstâncias de fato a quem se encontre em melhores condições dele se desincumbir. Visa-se, enfim, com a denominada ‘inversão’ do ônus da prova, obviar a desigualdade existente entre as partes, a fim de efetivamente igualá-las.

Mas, impõe-se cautela. Nem sempre, na tutela do direito material, deverá ser onerado demasiadamente o demandado, até porque o direito de defesa, ao lado do direito de ação, igualmente merece ser juridicamente tutelado, não se ignorando que situações de fato há em que, caso venha a ser alterada a carga da prova, tornando seu encargo impossível de ser cumprido pelo réu – a *probatio diabolica* reversa –, não há espaço para a dinamização do ônus da prova, assim permanecendo o sistema estático previsto no art. 333, I e II, do CPC.

No caso do assédio moral, por exemplo, a depender dos termos da inicial e da defesa a esta oposta, nada impediria que o juiz do trabalho, antes da colheita da prova, igualmente disciplinasse o **modo** como esta seria produzida, inclusive afastando o formalismo estático que constitui a regra geral. Explica-se: tendo por suposto que o empregador não se limitou a apresentar defesa

direta contra o mérito, negando os fatos constitutivos da pretensão reparatória e compensatória, se fosse o caso, mas a estes opusesse outros fatos que se não impedem a procedência do pleito, bem poderiam modificá-los ou extingui-los, a inversão não seria apenas quanto a dinamização da prova, com a transferência de certas circunstâncias de fato a onerar a parte que estivesse mais apta a demonstrá-las, mas ao **momento mesmo** em que esta seria produzida em juízo, principiando pela dedução desta pelo demandado em audiência, ali terminando com o oferecimento da prova pelo demandante.

Por certo, assim onerando o empregador, em um primeiro momento de apresentação, diverso ao que este está acostumado a atuar, com vistas a demonstrar que as exceções que opusera são adequadas para a rejeição do pleito, o rendimento da atividade probatória afigurar-se-ia mais útil, inclusive considerando os aspectos que permeiam essa modalidade de abuso de direito, em que a vítima por vezes não tem meios eficazes para demonstrar a verossimilhança das suas alegações. A esta, portanto, tocaria a contraprova, na eventual hipótese do empregador haver apresentado fatos que pudessem, com certo grau de certeza, ilidir o dolo, onexo causal e o alegado dano.

Esse mesmo procedimento, de todo modo, que quebra a postura formal de posições estabelecida na praxe forense, **invertendo-a** procedimentalmente, bem poderia ser adotado em todo e qualquer feito trabalhista, inclusive em que se alega assédio moral, em que há defesa indireta contra o mérito, no qual a prova deveria ter início por intermédio de atividade a cargo do empregador, desde que se visualizasse, mediante decisão motivada, caso a caso, a ausência de paridade de armas na demonstração de circunstância de fato, ou a presença do que se denominou chamar de *probatio diabolica* a cargo do hipossuficiente.

Imagine-se, à guisa de exemplo, a alegação de **desídia**, como justa causa para o despedimento. Ao empregado, antes da produção da prova patronal em juízo, é quem teria o ônus de demonstrar que **não agiu** com

negligência, preguiça, má vontade, displicência, desleixo, indolência, omissão, desatenção, indiferença, desinteresse, relaxamento no exercício das suas funções, temas em que avulta certo caráter subjetivo. Mas fácil, portanto, seria o inverso, escusado dizer até da desnecessidade dessa prova do operário, se quem alegou a desídia não a demonstrasse em juízo. O tão decantado princípio da informalidade processual, que os juslaboralistas a tanto aludem e apregoam, não seria infenso a esse modo de proceder, que não traz prejuízo a qualquer das partes, porque inapto a gerar anomalias ou distorções na aplicação do direito material.

Entretanto, não sendo o caso de polemizar, ou até de se dizer, aqui e ali, inclusive à boca pequena, que cada Vara do Trabalho tem sua norma processual específica, exhibe-se plenamente admissível a adoção da dinamização do ônus da prova nas causas trabalhistas, com a valia e o rendimento que se espera dessa técnica, nos moldes tradicionais legalmente previstos, estabelecendo o juiz, após o criterioso exame do caso que a tanto comporte, a transferência de determinadas circunstâncias de fato que compõem o objeto da lide à parte que estivesse mais apta a demonstrá-las, melhor distribuindo os esforços dos contendores em positivar suas alegações, a fim de preservar, pois aí reside as finalidades típicas do instituto, a igualdade substancial das partes e o direito fundamental à prova.

## **A TEORIA DO MÓDULO DE REDUÇÃO DA PROVA**

Subsistindo, no entanto, a dificuldade da prova e as características do direito material em disputa não justificarem a aplicabilidade da redução do módulo da prova, ou a ‘inversão’ do ônus da prova, incide plena a regra de julgamento que dimana do art. 333, I e II, do CPC, a autorizar a improcedência da pretensão, uma vez que, como assegura DEVIS ECHANDIA,<sup>20</sup> *“a cada parte incumbe provar os fatos que servem de pressuposto à norma que consagra o efeito jurídico por ela buscado, qualquer que seja sua posição processual. Vale*

---

<sup>20</sup> *apud* Moacyr Amaral Santos, *in* Prova Judiciária no Cível e Comercial, Saraiva, 1983, vol. I, pág. 157.

*dizer, essa parte suporta o risco de tal prova o qual se traduz em uma decisão desfavorável”.*

Na eventual hipótese, porém de ambas as partes se encontrarem em situação de dificuldade manifesta em produzir, cada uma delas, a prova com que estão oneradas, a moderna doutrina processual autoriza a adoção da **técnica da redução do módulo da prova.**

Deve-se a GERHARD WALTER, como destaca a doutrina especializada, a sistematização da Teoria do Módulo de Redução da Prova que se mostra aplicável quando, em razão de determinadas circunstâncias, obriga-se o juiz a decidir o mérito com base em uma convicção de verossimilhança, reduzindo justificadamente o módulo da prova, não apenas objetivando preservar os fins do próprio direito material, como também com vistas a evitar o choque com outros importantes princípios do direito.

É ínsito a essa teoria o entendimento de que o direito material influenciou o direito processual, inclusive **deixando entrever que as dificuldade de prova não devem ser suportadas pela vítima**, tendo em linha de conta que o convencimento do julgador se dá, além do conjunto de provas colacionado aos autos, pela análise da experiência comum que, aliada às presunções então efetivamente verificadas – que não se cria, apenas porque a prova se mostra insuficiente –, e ao princípio da persuasão racional do juiz, permite um julgamento mais justo e conforme com o princípio constitucional do devido processo legal do qual a prova deriva, impedindo que se coloque em perigo a realização do direito ou de **valores** que o ordenamento jurídico constitucional alberga, justificando-se, portanto, a redução dos rigorosos requisitos do art. 333, I e II do CPC.<sup>21</sup>

---

<sup>21</sup> Cf., a propósito, Marinone e Arenhart, Proc. de Conhecimento, 8ª ed., Revista dos Tribunais, p. 470 e ss. e Vicente Higinio Neto, in Revista Jurídica CONSULEX, Ano IX, nº 195.

Não por outro motivo, com efeito, assinalar LUCIANE GONÇALVES TESSLER,<sup>22</sup> com proficiência digna de nota, que *“reduzir o módulo da prova não significa aniquilar a necessidade da prova ou proteger-se injustificadamente uma das partes. A redução do módulo da prova tem por fim adequar a exigência da prova às dificuldades práticas do caso concreto. É por isso que a redução é permitida tão somente dentro dos limites do estritamente necessário, a fim de não inviabilizar a tutela jurisdicional. Trata-se de medida excepcional, norteadas pelo princípio da proporcionalidade, e justificada em razão da impossibilidade da prova”*.

Um caso paradigmático explica a adoção da Teoria da Redução do Módulo da Prova em nosso sistema, diante da dificuldade na desoneração desta por ambas as partes contendoras, não abrindo espaço para a ‘inversão’ do ônus da prova, como anotado por ARTUR CARPES,<sup>23</sup> alusivo a uma ação de indenização por consumo de pílulas anticoncepcionais defeituosas, em que resultou gravidez indesejada, julgado pela 3ª Turma do STJ, em acórdão que teve por relatora a Min. NANCY ANDRIGHI, assim ementado:

*“Civil. Processo civil. Recurso especial. Ação de reparação por danos Materiais e compensação por danos morais. Consumidora do anticoncepcional 'Diane 35' que engravidou, de forma indesejada, durante a utilização do produto em face de defeito deste, porque cartelas com 20 comprimidos, ao invés de 21, foram colocadas no mercado.*

*- A consumidora mostrou que fazia uso regular do anticoncepcional, mas não que consumiu, especificamente, uma das cartelas que foram colocadas à venda com defeito. Defende-se a recorrente alegando que, nessa hipótese, ao julgar procedente o pedido indenizatório, o Tribunal responsabilizou o produtor como se este só pudesse afastar sua*

---

<sup>22</sup> Tutelas jurisdicionais do meio ambiente: tutela inibitória, tutela de remoção do ilícito, tutela do ressarcimento na forma específica, Revista dos Tribunais, 2004, p. 312/313.

<sup>23</sup> *In op. cit.*, p. 102/103.

*responsabilidade provando, inclusive, que a consumidora não fez uso do produto defeituoso, o que é impossível.*

*- Contudo, está presente uma dupla impossibilidade probatória: à autora também era impossível demonstrar que comprara especificamente uma cartela defeituosa, e não por negligência como alega a recorrente, mas apenas por ser dela inexigível outra conduta dentro dos padrões médios de cultura do país.*

*- Assim colocada a questão, **não se trata de atribuir equivocadamente o ônus da prova a uma das partes, mas sim de interpretar as normas processuais em consonância com os princípios de direito material aplicáveis à espécie. O acórdão partiu de uma prova existente para concluir em um certo sentido, privilegiando, com isso, o princípio da proteção ao consumidor.***

*- Se for negada a suficiência da prova relativa ao consumo reiterado do produto como sustentáculo para a conclusão do Tribunal, restará, apenas, a opção de acolher em seu lugar uma presunção de que a consumidora teria proposto a ação para se aproveitar daquele receituário e de uma situação pública de defeito no produto, fazendo-se passar por vítima do evento sem sê-lo.*

*- Assim, trocar-se-ia uma conclusão resultante da análise de uma prova evidente, da realidade dos fatos e dos princípios jurídicos aplicáveis, por uma outra presunção isolada que depende da indevida inserção de um qualificativo doloso à pretensão da autora.*

*- A recorrente alega que o nascimento de um filho jamais pode ser causa de dano moral; porém, deve-se anotar que o produto defeituoso é um anticoncepcional, cuja finalidade é proporcionar à mulher uma escolha quanto ao momento de ter filhos. Nesse contexto, a falha do*

*remédio frustra tal opção, e nisso reside a necessidade de compensação pelos danos morais.*

*- Na presente hipótese, acrescenta-se ainda o fato de que a criança, infelizmente, veio a falecer no parto”.<sup>24</sup>*

Na fundamentação do voto vencedor da Min. NANCY ANDRIGHI, há sugestiva passagem, cuja transcrição se impõe:

*“Nesse panorama, a solução foi dada pela aplicação das normas processuais em uma interpretação iluminada pelos princípios de direito material aplicáveis à espécie, de forma que não houve qualquer ofensa ao art. 333, I, do CPC conforme alega a recorrente, porque é insuficiente pretender a reforma do julgado com base na alegação estanke de uma regra de processo, quando o TJ/SP expressamente fez uso conjunto das óbvias influências que o direito material deve exercer sobre o processo civil para chegar a uma situação mais coerente com os princípios consumeristas”.*

Vê-se, assim, no caso concreto acima transcrito, a decisiva influência do direito material sobre o direito processual, com a finalidade precípua de **preservar valores constitucionalmente assegurados** – a proteção do consumidor –, mediante, portanto, a redução do rigor estático constante do art. 333, I, do CPC, a permitir o convencimento do julgador, com base em elementos que gravitaram em torno da formação dialética da prova, inclusive mediante a adoção das regras de experiência.

## **O MOMENTO DA ‘INVERSÃO’ DO ÔNUS DA PROVA**

Não há ainda concordância na doutrina e na jurisprudência sobre qual momento tal providência judicial, devidamente fundamentada (CC, art. 93, IX), será admissível a modificação do ônus da prova. Há quem sustente que tal

---

<sup>24</sup> REsp. 918.257/SP.

deve ocorrer quando do julgamento da causa, bem como quem advogue sua pertinência logo após o recebimento da inicial, ao lado dos que sustentam que tal decisão deve se verificar no saneamento do processo.

A modificação do ônus probatório quando do julgamento, porém, apresenta um complicador. Imagine-se causa em que, na sentença, o juiz deslindou o tema controvertido, com base no esquema **estático** previsto no art. 333, I e II, do CPC. No tribunal, por força de recurso, o colegiado, a fim de conformar tese diversa da adotada pelo *a quo*, ali decide mediante a adoção da teoria **dinâmica**, a fim de reverter a conclusão do julgamento de piso, certamente por supor que não haveria *“surpresa da parte diante da inversão do ônus da prova em seu prejuízo; se ela não produziu a prova que poderia fazer, faltou ela com dever processual, não podendo esta omissão ser invocada em seu benefício”*.<sup>25</sup>

Os adeptos desse entendimento assinalam que o art. 333, I e II, do CPC não seria **regra de procedimento**,<sup>26</sup> a disciplinar quem deve provar no processo, mas **regra de julgamento**, a informar ao magistrado como deve ele julgar quando verifica, no processo, a ausência de prova sobre determinado ponto ou tema controvertido.

Vem ganhando força, no entanto, o entendimento de que as partes não podem ser surpreendidas com a alteração do *onus probandi* quando do julgamento, tanto em primeiro grau de jurisdição, quanto no segundo grau de jurisdição. Como pondera ARTUR CARPES,<sup>27</sup> com absoluto rigor técnico, afigura-se *“inviável que a decisão a respeito da modificação na distribuição dos ônus probatórios previstos no art. 333 do CPC – norma cuja função é a de estruturar a participação das partes no aporte do material probatório – venha ocorrer tão somente por ocasião da sentença”*. Justamente porque, como vem a alertar, escudado em escólio de CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA, a

---

<sup>25</sup> CARNELUTTI. A prova civil. Trad. Lisa Pary Scarpa. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2002. p. 68

<sup>26</sup> Por todos, Nery & Nery, Cod. Proc. Civil e legislação processual civil em vigor, 6ª ed., p. 696.

<sup>27</sup> *In op. cit.*, p. 136 e ss.

problemática “*não diz respeito apenas ao interesse das partes, mas conecta intimamente com o próprio interesse público, na medida em que **qualquer surpresa, qualquer acontecimento inesperado, só faz diminuir a fé do cidadão na administração da justiça**”.*

Entendimento diverso, já se vê, estaria a privilegiar a atuação e a análise solipsista por excelência do magistrado, prática que não é aceita pela moderna doutrina processual especializada, até porque, como adverte, entre outros, DIERLE JOSÉ COELHO NUNES,<sup>28</sup> o processo deve ser “*estruturado em perspectiva participativa e policêntrica, não mais embasado no protagonismo de qualquer sujeito processual (juiz, partes, advogados), mas, na sua atuação responsável, competente (**Handlungskompetenz**) e independente, ancorado nos princípios processuais constitucionais, impõe um espaço público no qual se apresentam as condições comunicativas para que todos os envolvidos, assumindo seu respectivo papel, participem na formação de provimentos legítimos que permitirá a clarificação discursiva das questões fáticas e jurídicas*”, por isso mesmo que a decisão sobre a alteração ou dinamização das cargas probatórias, especialmente naqueles casos em se mostra inadequado o esquema estático previsto no art. 333, I e II, do CPC, deve ser objeto de conhecimento explícito às partes que se empenham em demonstrar suas alegações na relação processual, a fim de que cada qual delas saiba como deverá suportar um esforço probatório distinto ao comumente adotado.

Desse ponto de vista não discrepa ANTONIO JANYR DALL'AGNOL JUNIOR,<sup>29</sup> ao sustentar a necessidade do magistrado assinalar às partes a modificação no ônus da prova. Confira-se:

*“Em outros termos e apenas para exemplificar, presente um dos dois requisitos, em se cuidando de relação de consumo, possível é que ao demandado confira o juiz o encargo de demonstrar a inexistência de*

---

<sup>28</sup> Teoria do Processo Contemporâneo: por um processualismo constitucional democrático, Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas – Edição Especial – 2008, p. 27.

<sup>29</sup> *In op. cit.*

*fato constitutivo do direito alegado pelo autor (talvez melhor, positivamente, a ocorrência de circunstâncias fáticas que inviabilizam a conformação da espécie com o suporte fático abstrato invocado pelo proponente da ação) ou, hipótese corrente, a determinação de exibição de prova documental, que ordinariamente se haveria de exigir do demandante pelo demandado.*

*A inversão, nessas hipóteses, como se tem dito amiúde, opera-se **ope iudicis**, e não **ope legis**, motivo pelo qual **indispensável o pronunciamento do juiz, independentemente da circunstância de que se cuide de regra de julgamento a da distribuição do encargo de provar**. Essa, não-obstante a resistência de parcela da doutrina, parece ser a melhor interpretação diante dos termos do dispositivo legal: ao magistrado conferiu-se poder de apreciar as circunstâncias e, com base nela, decidir”.*

Não por outra razão, com efeito, advertir ARTUR CARPES que a decisão “*que modifica o ônus da prova deve ser dada anteriormente à instrução probatória. Jamais o ônus probatório pode ser objeto de dinamização, seja esta legal ou judicial, apenas no momento da sentença. Qualquer alteração na estrutura da atividade probatória das partes deve dar-se, por óbvio, antes da colheita das provas, com o que se estará, sempre, evitando a ocorrência de vícios insanáveis ao processo, por violação do direito fundamental ao contraditório*”.<sup>30</sup>

Desse entendimento não absona SANDRA APARECIDA SÁ DOS SANTOS,<sup>31</sup> 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*”, razão de complementar que “*a se pensar que as regras de ônus da prova são exclusivamente técnicas de decidir, estar-se-á comprometendo por completo a*

---

<sup>30</sup> *In op. cit*, p. 137.

<sup>31</sup> A inversão do ônus da prova - como garantia constitucional do devido legal”, 2ª ed., Editora Revista dos Tribunais, 2006

*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”.*

A despeito, portanto, de autorizados doutrinadores e de respeitados julgados que não admitem o anúncio às partes da modificação ou ‘inversão’ do ônus da prova, vem ganhando foros de cidadania ponto de vista diametralmente oposto, sobretudo para assegurar não apenas a ‘paridade de armas’ e evitar a ‘surpresa’, mas o reconhecimento do devido processo legal, em que as partes atuam em nível de colaboração e mediante a observância da probidade processual, a fim de evitar decisões ilegítimas, que estariam a menosprezar o perfeito contraditório.<sup>32</sup>

## **A JURISPRUDÊNCIA TRABALHISTA**

Reproduz-se, aqui, à guisa de fecho prático, criteriosa pesquisa jurisprudencial empreendida pela Min. MARIA CRISTINA IRIGOYEN PEDUZZI,<sup>33</sup> que, além de esclarecer não apenas seu próprio entendimento, mas igualmente dos Tribunais Regionais do Trabalho derredor do assunto, lança substanciosas observações conclusivas:

“O julgado comumente indicado como o *leading case* da matéria no Brasil é oriundo do Tribunal Regional do Trabalho da 17<sup>a</sup> Região – com jurisdição no Estado do Espírito Santo –, que classifica e enquadra como assédio moral as perseguições sofridas por um técnico do setor de publicidade e propaganda.

Eis a ementa:

*“ASSÉDIO MORAL. CONTRATO DE INAÇÃO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. A tortura psicológica, destinada a golpear a auto-*

---

<sup>32</sup> “A inversão do ônus da prova, prevista na legislação consumerista, não pode ser determinada na sentença” (Súmula n. 91 da Jurisprudência Predominante do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro).

<sup>33</sup> *In op. cit.*, pp. 32/38.

*estima do empregado, visando forçar sua demissão ou apressar sua dispensa através de métodos que resultem em sobrecarregar o empregado de tarefas inúteis, sonegar-lhe informações e fingir que não o vê, resultam em assédio moral, cujo efeito é o direito à indenização por dano moral, porque ultrapassa o âmbito profissional, eis que minam a saúde física e mental da vítima e corrói a sua auto-estima. No caso dos autos, o assédio foi além, porque a empresa transformou o contrato de atividade em contrato de inação, quebrando o caráter sinalagmático do contrato de trabalho, e por consequência, descumprindo a sua principal obrigação que é a de fornecer trabalho, fonte de dignidade do empregado.”(TRT 17ª R., RO nº 1315.2000.00.17.00.1, Ac. nº 2.276/2001, Rel. Juíza Sônia das Dores Dionízio, DJ de 20.08.2002, publicado na Revista LTr 66-10/1237).*

Na petição inicial da reclamação trabalhista que ensejou referido julgado, o reclamante pediu, entre outros, a indenização por danos morais em virtude de “perseguições de natureza ideológica”. Do exame do acórdão depreende-se que fora preterido numa promoção, reagiu e se desentendeu com um colega, que recebeu a promoção, sem contar a animosidade gerada com o gerente. Desde então, o gerente anunciou, em reunião para os demais empregados, que o reclamante estava proibido de entrar na biblioteca (local onde realizava suas atividades); com o quê, por cerca de dois meses, ficou o reclamante sem receber trabalho, obrigado a ocupar uma escada interna do prédio, local que foi denominado pelos colegas de “gabinete do Harald” – prenome do reclamante – segundo uma testemunha.

Destaca-se o seguinte acórdão do TRT da 3ª Região (jurisdição no Estado de Minas Gerais), relatado pela Juíza e Professora Alice Monteiro de Barros, pela abordagem teórica e analítica da figura em estudo:

*“ASSÉDIO MORAL. CARACTERIZAÇÃO. O termo ‘assédio moral’ foi utilizado pela primeira vez pelos psicólogos e não faz muito tempo que entrou para o mundo jurídico. O que se denomina assédio moral, também conhecido como mobbing (Itália, Alemanha e Escandinávia), harcèlement moral (França), acoso moral (Espanha), terror psicológico ou assédio moral entre nós, além de outras denominações, são, a rigor, atentados contra a dignidade humana. De início, os doutrinadores o definiam como ‘a situação em que uma pessoa ou um grupo de pessoas exercem uma violência psicológica extrema, de forma sistemática e freqüente (em média uma vez por semana) e durante um tempo prolongado (em torno de uns 6 meses) sobre outra pessoa, a respeito da qual mantém uma relação assimétrica de poder no local de trabalho, com o objetivo de destruir as redes de comunicação da vítima, destruir sua reputação, perturbar o exercício de seus trabalhos e conseguir, finalmente, que essa pessoa acabe deixando o emprego’ (cf. Heinz Leymann, médico alemão e pesquisador na área de psicologia do trabalho, na Suécia, falecido em 1999, mas cujos textos foram compilados na obra de Noa Davenport e outras, intitulada Mobbing: Emotional Abuse in The American Work Place). O conceito é criticado por ser muito rigoroso. Esse comportamento ocorre não só entre chefes e subordinados, mas também na via contrária, e entre colegas de trabalho com vários objetivos, entre eles o de forçar a demissão da vítima, o seu pedido de aposentadoria precoce, uma licença para tratamento de saúde, uma remoção ou transferência. Não se confunde com outros conflitos que são esporádicos ou mesmo com más condições de trabalho, pois o assédio moral pressupõe o comportamento (ação ou omissão) por um período prolongado, premeditado, que desestabiliza psicologicamente a vítima. Se a hipótese dos autos revela violência psicológica intensa sobre o*

*empregado, prolongada no tempo, que acabou por ocasionar, intencionalmente, dano psíquico (depressão e síndrome do pânico), marginalizando-o no ambiente de trabalho, procede a indenização por dano moral advindo do assédio em questão.” (TRT-RO-01292-2003-057-03-00-3, 2ª T., Rel. Juíza Alice Monteiro de Barros, DJ 11.08.2004).*

A ementa abaixo refere hipótese, julgada pelo Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, em que o dano moral configurou-se pela despedida decorrente de recusa do empregado em aderir ao Plano de Desligamento Voluntário:

*“ASSÉDIO MORAL. ADESÃO PDV. DANO MORAL CONFIGURADO. Adesão ao PDV deve ser espontânea, de acordo com a conveniência do trabalhador, livre de pressão. O reclamante não aderiu ao PDV, tendo sido colocado em ‘licença remunerada’, por trinta dias, prorrogada sucessivamente até culminar com o desligamento imotivado. Nesse ínterim, recebeu vários ‘convites’ a aderir ao Plano. Evidente que a licença, palestras, cartilhas, ‘Disque – PDV’, demonstrativo das verbas, formulários de inscrição etc., tinham o propósito de ‘convencer’ o reclamante a aderir ao PDV. No entanto, desses expedientes, mais o contexto da prova oral coligida, infere-se atitudes que extrapolam a mera divulgação e ciência ao pessoal do programa demissional. O modus operandi desse ‘processo de convencimento’ transcende aspectos informacionais, enveredando-se pela seara da pressão psicológica, do assédio moral, com a finalidade de obter ilicitamente a adesão ao PDV, mormente quando o intento não é conseguido, o ferroviário acaba sendo descartado, como se fosse ‘um dormente de trilhos’. Dano moral configurado. Sentença mantida” (TRT-RO-02170-2003-001-15-00-4, Rel. Juiz Edison dos Santos Pelegri, DJ 16.09.2005).*

Do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, com jurisdição no Estado do Rio Grande do Sul, vale mencionar julgado que confirmou a condenação em reparação por danos morais no montante de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). Na ação, o Reclamante, empregado do Banco Reclamado por 23 anos, após lesão em sua coluna vertebral que reduziu sua produtividade, foi submetido a processo de contínua degradação moral e esvaziamento de suas atribuições.

A situação se agravou após o ajuizamento, pelo Reclamante – ainda no curso do contrato de trabalho – de Reclamação Trabalhista na qual pretendia o pagamento de horas extras, ao final julgada procedente. Restou comprovado que, após a ação judicial, houve tratamento explicitamente discriminatório, ao fundamento de quebra da fidúcia pelo exercício da ação. Foram reconhecidos o tratamento discriminatório e a inação compulsória. Eis a ementa, onde se buscou definir a dosimetria da indenização:

*“REPARAÇÃO POR DANO MORAL. MONTANTE DA INDENIZAÇÃO. CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO. A indenização por dano moral, segundo remansosa doutrina e jurisprudência, deve observar a noção de razoabilidade entre o abalo sofrido e o valor a ser pago, o qual deve ser suficiente não só para amenização do dano direto, mas de todas as suas conseqüências, além de ostentar o caráter punitivo, indissociável da indenização por dano moral, que tem por finalidade evitar que o empregador continue a cometer excessos no gerenciamento do negócio a ponto de fazer passar pelos mesmos constrangimentos os demais empregados sob o manto da impunidade.” (TRT-RO-00612-2005-471-04-00-3, 4ª T., Rel. Juiz Milton Varela Dutra, DJ 31.05.2006).*

O julgado a seguir transcrito revela hipótese em que foi sugerido ao empregado ser ele portador de doença mental:

*“ASSÉDIO MORAL. INDENIZAÇÃO PELOS DANOS DELE DECORRENTES. Quando o empregador obriga o seu empregado submeter-se a exame psiquiátrico além do regular e periódico, sugerindo que ele seja portador de doença mental, acatando indicação do superior hierárquico motivada na suspeita de um comportamento ‘arredio e calado’ que é atribuído ao obreiro, este empregador ultrapassa os limites de atuação do seu poder diretivo para atingir a dignidade e a integridade física e psíquica do empregado. A função natural da realização de exames médicos pelo empregado tem por objetivo salvaguardar a sua saúde, em cumprimento às normas de proteção à saúde e segurança do trabalhador instituídas na CLT. Nesse compasso, a indicação de exame psiquiátrico extraordinário consiste em ato desviado da sua função natural, que excede manifestamente os limites traçados pela boa-fé, pelos costumes e pela finalidade social para se transformar em instrumento cujo propósito é de degradar o ambiente de trabalho e criar embaraços para a execução normal do contrato, tornando o ato abusivo e, portanto, ilícito. O exercício abusivo do direito e o conseqüente ato ilícito em questão caracterizam o assédio moral, também denominado mobbing ou bullying, e enseja justa reparação da lesão dele decorrente, que vai atuar como lenitivo dos sentimentos de indignação e angústia suportados pelo ofendido.” (TRTRO-00227-2004-020-03-00-5, Rel. Juíza Taísa Maria Macena de Lima, DJ 07.08.2004).*

A análise da jurisprudência dos Tribunais Regionais do Trabalho sobre a matéria autoriza algumas conclusões, como segue.

O tema do assédio moral, embora ainda recente, já foi examinado em decisões pela quase totalidade dos Tribunais Regionais nacionais. Os primeiros acórdãos são datados de 2003. Em 2005 já se verifica um substancial aumento

em relação a 2004, confirmado pelos julgamentos ocorridos no ano de 2006 e em 2007.

Já foram julgados centenas de casos versando sobre assédio moral pelos Tribunais Regionais do Trabalho. Os mais solicitados à análise desse tipo de pedido foram os das Regiões Sul e Sudeste.

Os fatos mais recorrentes são a inação compulsória, humilhações verbais por parte de superiores – inclusive pela utilização de palavras de baixo calão –, coações psicológicas com a finalidade de adesão do empregado a PDV ou à demissão, atribuição de tarefas estranhas ou incompatíveis com o cargo ou com o tempo em que são exigidas, divulgação de comentários maliciosos visando a subestimar esforços, com prejuízos à saúde mental do trabalhador. A regularidade dos atos punitivos deve se prolongar no tempo.

Os valores são altos. Há caso de R\$ 3.500,00 para uma relação que durou 25 dias. Há outro de R\$ 70.000,00, para contrato mais longo, como de anos. Na maior parte dos casos a condenação varia de R\$ 10.000,00 a R\$ 30.000,00. Os valores são arbitrados, não havendo a construção de relação entre a remuneração do empregado e o montante da reparação. Outros critérios são mais utilizados, como o tempo de serviço do trabalhador, a gravidade da ofensa, a capacidade econômica do empregador e o montante do dano causado.

A participação do Tribunal Superior do Trabalho na formação de jurisprudência sobre a matéria ainda é tímida. Destacam-se os seguintes arestos:

*“DANO MORAL. VALOR E CRITÉRIO PARA FIXAÇÃO DA INDENIZAÇÃO. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. 1. A lacuna legislativa na seara laboral quanto aos critérios para fixação da indenização leva o julgador a lançar mão do princípio da razoabilidade, cujo corolário é o princípio da proporcionalidade,*

*pelo qual se estabelece a relação de equivalência entre a gravidade da lesão à imagem e à honra e o valor monetário da indenização imposta. 2. Na hipótese, a lesão sofrida pelo Reclamante não se concretizou em ato isolado do Empregador, mas em alteração gradual no tratamento dispensado ao Obreiro no exercício de suas atividades laborais, após o ajuizamento de ação trabalhista e da rejeição do acordo proposto pelos Demandados. O comportamento do Reclamado, no sentido de afastar o Empregado de sua área de trabalho, limitando o seu espaço físico, e de repassar suas atividades a outros funcionários, visava claramente a sua desmoralização profissional, a fim de que fosse impelido a solicitar a dispensa do emprego, o que fere a dignidade do trabalhador, caracterizando o assédio moral. 3. Contudo, sopesando os elementos que caracterizaram o caso concreto e tendo em vista que o Reclamante permaneceu recebendo os salários durante todo o período em que foi submetido ao constrangimento pelo Reclamado, verifica-se que a imposição da indenização equivalente a R\$ 100.000,00 extrapola o princípio da proporcionalidade entre pena e falta. 4. Assim sendo, é de se dar provimento ao recurso de revista patronal, para reduzir a indenização por dano moral a R\$ 50.000,00. - Recurso de revista conhecido em parte e provido.” (TST-RR-122/2001-036-12-00.0, 4ª T., Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho, DJ 10.03.2006)*

*“INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. LIMITAÇÃO DO PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR. O cerne da questão reside na aferição do prejuízo à honra e à dignidade da empregada nos procedimentos adotados pelo superior hierárquico. Nesse contexto, sabe-se que o dano moral constitui uma lesão a direitos da personalidade, que no caso dos autos são a honra e a intimidade da autora da reclamação. A sua configuração se efetiva com o abalo à dignidade da pessoa em sua consideração pessoal ou social. O fato denuncia excessivo abuso*

*do poder diretivo do empregador, expondo o empregado à vexatória perante funcionários da empresa, em comprometimento da dignidade e intimidade do indivíduo, motivo pelo qual reputo o procedimento adotado como lesivo à honra, exigindo a reparação pretendida, em condições de afastar qualquer indício de afronta ao art. 159 do Código Civil. – Recurso não conhecido.” (TST-RR-253/2003-003-03-00.7, 4ª T., Rel. Min. Barros Levenhagen, DJ 22.04.2005)*

*“VENDEDOR. DANOS MORAIS. SUBMISSÃO A PRENDAS DECORRENTES DO NÃO-ATINGIMENTO DAS METAS DE VENDA. OFENSA À HONRA E À IMAGEM CARACTERIZADA. 1. A instância ordinária assentou que os empregados da Ré, entre eles o Reclamante, estavam submetidos a prendas se não atingissem as metas de venda. Registrou que essas prendas abrangiam flexões, corridas e uso do capacete de morcego, tendo a testemunha confirmado a participação do Autor. O Tribunal Regional consignou, ainda, que a condição vexatória decorria de criação dos próprios empregados. 2. Na espécie, verifica-se a presença de todos os elementos hábeis a justificar a punição da Reclamada. Sublinhe-se, de início, a presença dos elementos conduta e nexos causal, considerando-se o prisma objetivo, e da culpa, tomando-se o aspecto subjetivo. De fato, constata-se dos autos e do quadro fático delineado no acórdão recorrido a realização de prendas pelos empregados conduta, do que emanaria, segundo a tese do Autor, o prejuízo que pretende ver indenizado nexos causal. 3. Com relação à culpa da Reclamada, à luz da teoria do risco, o dano causado pelo empregado, desde que verificado no exercício das funções que lhe foram confiadas, é de responsabilidade do empregador, independentemente de qualquer inquirição sobre a culpa deste último. - Trata-se de hipótese de responsabilização objetiva por ato*

*de terceiro. 4. Finalmente, restou caracterizada a ofensa à honra e à imagem do Reclamante. Com efeito, as prendas eram realizadas perante os demais empregados e decorriam do não-cumprimento das metas de venda. O Empregado era, assim, em face de seu desempenho no trabalho, submetido a situação constrangedora e vexatória em relação aos demais colegas, havendo nítida violação a seu patrimônio moral. 5. Evidenciado o dano moral, tem jus o Reclamante à indenização respectiva, a teor do art. 5º, X, da Constituição.” (TST, RR-328/2004-055-03-00.0, 3ª T., Rel. Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, DJU 13.10.2006).*

## **CONCLUSÕES**

1. O assédio moral, no Direito do Trabalho, é espécie de abuso de direito. Caracteriza-se pela sujeição do empregado a atos ilícitos reiterados, omissivos e comissivos, reveladores de conduta abusiva e dolosa, que se manifestam por comportamentos, atitudes, escritos, palavras, gestos, em um verdadeiro processo, que têm a virtualidade de impor dano à dignidade, à integridade física ou psíquica do trabalhador, colocando em perigo seu emprego, além de degradar o ambiente de trabalho e o convívio social.

2. Não se confunde, porém, o assédio moral quando não há tais abusos de direito, mas o exercício legítimo do poder de direção do empregador, ainda que haja certo rigor nesse modo de proceder, desde que não transponha o que se mostre razoável e proporcional no comando do empreendimento.

3. A teoria estática do ônus da prova poderá ser integralmente aplicada em casos de assédio moral, uma vez examinados os termos postos na litispendência, vale dizer, desde que não se vislumbre, após detido exame na distribuição dos respectivos ônus probatórios, que a adoção do figurino geral tenha a virtude de causar desequilíbrio entre as partes na produção da prova.

4. Verificado o desequilíbrio entre as partes contendoras, nada impede, mesmo que a tanto o trabalhador não tenha requerido, que o juiz, mediante decisão fundamentada, determine a modificação do ônus da prova, discriminando a quem vai tocar o encargo de demonstrar determinadas circunstâncias de fato.

5. Caso, porém, com a adoção do ônus dinâmico da prova, ambas as partes fiquem em situação de desequilíbrio, não cabe a 'inversão' do ônus da prova, devendo seguir o figurino legal, sem prejuízo da aplicabilidade do módulo de redução de prova, observada a respectiva técnica de conformação na convicção judicial, atentando-se para os princípios de direito material que influenciam o direito processual, a fim de preservar valores garantidos pelo sistema vigente.

Rio de Contas, 25 de julho de 2013.

Dalzimar G. Tupinambá