

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO

DANIELA CALABRIA VILLAR DE MORAIS GUERRA

**O PRINCÍPIO DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS PROBATÓRIO E A
ADMISSIBILIDADE DA PROVA OBTIDA ILICITAMENTE NA CONFIGURAÇÃO
DO DANO MORAL NO PROCESSO DO TRABALHO**

Recife
2013

DANIELA CALABRIA VILLAR DE MORAIS GUERRA

**O PRINCÍPIO DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS PROBATÓRIO E A
ADMISSIBILIDADE DA PROVA OBTIDA ILICITAMENTE NA CONFIGURAÇÃO
DO DANO MORAL NO PROCESSO DO TRABALHO**

Monografia apresentada à Faculdade Damas da Instrução Cristã, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Ciências Jurídicas

Orientador: Professor Ms. Paulo Roberto Gonçalves Cerqueira

Recife
2013

Guerra, D. C. V. M.

O princípio da distribuição dinâmica do ônus probatório e a admissibilidade da prova obtida ilicitamente na configuração do dano moral no processo do trabalho. Daniela Calabria Villar de Moraes Guerra. O Autor, 2013.

58 folhas.

Orientador(a): Prof^o Ms. Paulo Roberto Gonçalves Cerqueira.

Monografia (graduação) – Bacharelado em Direito - Faculdade Damas da Instrução Cristã. Trabalho de conclusão de curso, 2013.

Inclui bibliografia.

1. Direito 2. Processo do Trabalho 3. Assédio Moral 4. Assédio Sexual 5. Dano Moral.

340 CDU (2^aed.)

340 CDD (22^a ed.)

Faculdade Damas

TCC 2014 - 218

Daniela Calabria Villar de Moraes Guerra

**O PRINCÍPIO DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS PROBATÓRIO E A
ADMISSIBILIDADE DA PROVA OBTIDA ILICITAMENTE NA CONFIGURAÇÃO
DO DANO MORAL NO PROCESSO DO TRABALHO**

DEFESA PÚBLICA em Recife, 12 de dezembro de 2013.

BANCA EXAMINADORA:

Presidente: Orientador: Prof. Ms. Paulo Roberto Gonçalves Cerqueira (FADIC)

Examinador: Profa. Ms. Renata Celeste Sales e Silva (FADIC)

DEDICATÓRIAS

A Deus, a quem entrego minha vida, obrigada por conceder a graça de sentir Sua presença, impulsionando-me ao longo desses cinco anos de desafios.

Aos meus filhos Giovanna e Arthur, amores incondicionais. A falta das noites ao lado dos dois foi a minha maior saudade. A cada dia, o aperto no coração ao deixá-los, que por vezes me fez pensar em desistir, transformava-se na força que precisava pra continuar. Pra vocês, dedico esse trabalho, meu amor e minha vida.

A João, meu marido, amigo, único e grande amor. Ao longo desses vinte e dois anos juntos, construímos o que de mais precioso posso ter: nossa família. Obrigada por cada dia desse tempo de faculdade, pois você, além de compreender minhas ausências, soube fazer-se presente! Agradeço também, por todos os nossos momentos, sempre especiais, mesmo que às vezes cercados por desafios. Neles, o amor tornou-se ainda mais forte e fez-me sentir o quão feliz sou por te ter como companheiro dessa jornada que se chama vida. Amo-te muito e para sempre!

Aos meus pais, Luiz e Netinha, meus pilares, exemplos e grandes amores. Além de um legado de princípios, caráter e valor, carrego como herança dos dois uma enorme força, que me fez ser capaz de (re)começar já na maturidade da vida. Deus foi mesmo muito generoso, pois tê-los ao lado, como meus pais, faz-me sentir que sou uma pessoa melhor e grata a cada dia. Amo vocês imensamente!

Aos meus irmãos, Lúcia Helena, Ana e Felipe, sempre ao lado em cada uma de minhas vitórias. A presença deles é, pra mim, fundamental e imprescindível. Amo demais! Obrigada também aos meus cunhados, Tito e Duda, irmãos de coração e a Lygia, pela ajuda e carinho de sempre.

Aos meus sobrinhos, Juliana, João, Priscilla, Daniel, Guilherme, Gabi, Rapha, Vítor, Bella, Rique, João Maurício e Júlia, grandes paixões, obrigada por me fazerem sentir esse amor tão sublime, que é o de ser tia. Carrego cada um no coração!

À Karina, minha amiga, irmã que a vida me deu. A experiência da segunda faculdade, mais uma ao seu lado e agora já em outra fase da vida, ao tempo em que mais difícil, soube também nos mostrar a capacidade de enfrentar e vencer obstáculos, sempre com

a certeza de que “isso também passa”. Juntas dividimos estudos, concursos, trabalhos, risos e choros, mas, sobretudo, somamos forças para agora concretizar mais esse sonho. Obrigada por sua amizade! Amo você.

A Luiz, Lucy, Belle, Marcus, Ju e Mau, agradeço pelo apoio e carinho de sempre.

Aos meus queridos tios, primos e tantos amigos que conquistei ao longo da vida, obrigada pela torcida, força e amor que sempre recebi.

AGRADECIMENTOS

A Genildo, amigo de faculdade, que se tornou irmão de coração. Ao longo desses cinco anos, fui privilegiada por conviver de perto com sua sensibilidade e presteza ímpares. Obrigada, Gê, por cuidar desse trabalho com o carinho de um grande amigo e a competência técnica de um maravilhoso professor. Você é muito especial e querido!

Ao Dr. Marcílio Florêncio Mota, Juiz, professor e amigo, agradeço pela presteza e fundamental ajuda na elaboração desse trabalho.

A Paulo Roberto Cerqueira, meu orientador, agradeço pela dedicação e esforço que dispensou para o sucesso desse trabalho. Obrigada também por suas preciosas aulas de Processo Civil, fundamentais para que eu passasse a ter especial atenção e amor a esse ramo do Direito, além de terem sido imprescindíveis para a escolha do tema dessa monografia.

A Aerton Carvalho, Alessandra Lins, Andrea Campos, Bruna Borba, Clarissa Marques, Danielle Spencer, Graziela Bacchi, José Mário Wanderley, Leonardo Siqueira, Liana Lins, Renata Celeste e Ricardo de Brito, excelentes professores que passei a admirar, ao tempo em que se tornaram amigos, obrigada por me fazerem amar o Direito ainda mais.

Aos professores Aurélio Bôaviagem, Cláudio Brandão, Eliézer Souto, Francisco Queiroz, George Browne, Maria Regina Rosa e Silva e Nair Leone, verdadeiros exemplos de vida e dedicação ao Direito, agradeço pelo privilégio de participar de suas aulas e poder absorver um pouco de seus enormes conhecimentos jurídicos.

Aos amigos da 1ªVT Paulista, obrigada por tornarem meu dia a dia melhor e mais feliz, e pela paciência nos momentos em que o cansaço já me era evidente. Márcia e Adri, minhas queridas, agradeço à vida pela oportunidade de tê-las como amigas!

Aos colegas da Faculdade de Direito, obrigada pela convivência por tantas e tantas noites, tornando-as mais agradáveis. À Fabi, Amanda, Lara, Nalu e Suzana, obrigada pela amizade especial, que me fortaleceu ao longo desse tempo.

“Há um tempo em que é preciso abandonar as roupas usadas, que já tem a forma do nosso corpo, e esquecer os nossos caminhos, que nos levam sempre aos mesmos lugares. É o tempo da travessia: e, se não ousarmos fazê-la, teremos ficado, para sempre, à margem de nós mesmos”.

Fernando Teixeira de Andrade

RESUMO

O presente trabalho visa, por meio de critérios metodológicos do tipo bibliográfico, explicativo e dedutivo, analisar a temática que envolve as provas no processo trabalhista, especificamente no que atine a fatos que envolvam situações de assédio moral e sexual dentro do ambiente de trabalho. Tais episódios são peculiares e delicados, pois em grande parte dos casos podem vir a ocorrer dentro de ambientes fechados e sem a presença de testemunhas, tornando, via de regra, demasiadamente difícil para o empregado produzir a prova do fato constitutivo de seu direito. Assim sendo, surge, modernamente, a possibilidade de flexibilizar as normas que regem a prova no processo, o que demonstra preocupação com a igualdade na produção probatória e princípio da paridade de armas, conferindo o ônus *probandi* àquele que, no caso concreto, demonstrar maior aptidão para ministrar a prova do fato ao Juízo. No mesmo sentido, e também com vistas a reparar a dignidade violada do trabalhador nas situações de assédio, tem-se que essa monografia disserta, ainda, acerca da possibilidade de utilização de provas obtidas por meios considerados ilícitos, eis que, muitas vezes, trata-se da única opção disponível à vítima. Diante desse panorama, discute-se o importante papel do magistrado trabalhista que, no caso concreto, deve atentar para essas questões, sem, contudo, banalizar a matéria que envolve o dano moral na Justiça do Trabalho, evitando, por consequência, demandas repetidas e sem fundamento. A partir dessas considerações, entende-se que a rigidez nas normas que regem a prova do fato ensejador do dano moral na seara do Direito Processual do Trabalho não deve prosperar, porém, a flexibilização deve ocorrer de forma excepcional e em casos pontuais.

Palavras-chave: Processo do Trabalho. Assédio moral. Assédio sexual. Dano moral. Teoria da distribuição dinâmica do ônus probatório. Provas ilícitas.

RÉSUMÉ

Cette étude se propose, à partir de critères méthodologiques du type bibliographique, explicatif et déductif, de rechercher la thématique qui entoure les preuves dans la procédure du travail, en particulier les circonstances liées à des situations d'harcèlement moral et sexuel en milieu de travail. Ces épisodes sont particuliers et délicats, puisque dans la plupart des cas peuvent se produire dans les lieux privés et sans la présence de témoins et ça devient, en règle générale, trop difficile pour l'employé produire la preuve du fait constitutif de son droit. Ainsi on a, contemporanément, la possibilité de flexibiliser les règles qui contrôlent la preuve dans le procès, ce que démontre le souci de l'égalité dans la production de la preuve et du principe l'égalité des armes, donnant la charge de la preuve auxquels qui dans le cas concret ont plus de capacité de faire la preuve du fait à la Cour. Dans le même sens et avec le but de restaurer la violation causée à la dignité du travailleur, cette monographie se propose d'analyser les preuves obtenues par des moyens illicites, car souvent on n'a que cette option disponible à la victime. Dans ce contexte, on discute l'importance du rôle du magistrat du Tribunal du Travail qui, dans le cas concret, est obligé de prendre attention à ces questions, sans, toutefois, banaliser le sujet de dommage moral dans la Justice du Travail, évitant, par conséquence, des demandes répétées et sans fondement. Compte tenu de ces considerations, on comprend que la rigidité des règles qui régissent la preuve du fait qui cause le dommage moral dans les Procédures en Droit du Travail ne doivent pas réussir et la flexibilisation ne doit apparaître qu'exceptionnellement et dans situations ponctuelles.

Mots-clés: Procédure du travail. Harcèlement moral. Harcèlement sexuel. Dommage moral. Théorie de la distribution dynamique de la charge de la preuve. Preuves illicites.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CF/1988 – Constituição Federal de 1988

CLT – Consolidação das Leis do Trabalho

CDC – Código de Defesa do Consumidor

CP - Código Penal

CPC – Código de Processo Civil

PL nº 8.046/2010 - Projeto de Lei nº 8.046, de 2010

TRT – Tribunal Regional do Trabalho

TST – Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	CAPÍTULO 01 O SISTEMA PROBATÓRIO NO PROCESSO DO TRABALHO	13
2.1	Origem e objeto da prova	13
2.2	O ônus da prova	16
2.3	A distribuição do ônus da prova no Processo do Trabalho	18
2.4	A distribuição dinâmica do ônus probatório	20
3	CAPÍTULO 02 AS CRESCENTES QUESTÕES EM TORNO DO DANO MORAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO	24
3.1	Conceito e previsão de reparabilidade do dano moral	24
3.2	Assédio moral e sexual no ambiente de trabalho e sua relação com o dano moral	25
3.3	O dano moral nas relações de trabalho	27
3.4	Competência para julgar o dano moral trabalhista	32
04	CAPÍTULO 03 A PRODUÇÃO PROBATÓRIA NO DANO MORAL POR ASSÉDIO E A PROVA “DIABÓLICA”	34
4.1	A necessidade (ou não) de prova para a configuração do dano moral	34
4.2	Os meios de prova passíveis de demonstrar o fato causador do dano moral por assédio	36
4.3	O ônus da prova no dano moral por assédio	37
4.4	A prova “diabólica” no Processo Trabalhista	41
05	CAPÍTULO 04 A ADMISSÃO DA PROVA OBTIDA ILICITAMENTE NO CONTEXTO DA PONDERAÇÃO DE VALORES	43
5.1	Teorias sobre a possibilidade de admissão da prova ilícita no Processo do Trabalho	43
5.2	Distinção entre os conceitos de escuta ambiental (gravação) e interceptação telefônica	434
5.3	O princípio da proporcionalidade e a ponderação de valores na admissibilidade da prova ilícita para configurar o dano moral trabalhista	46
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS	51
	REFERÊNCIAS	53

1 INTRODUÇÃO

A temática que envolve as provas no processo trabalhista é assunto bastante discutido por aqueles que trabalham com o direito, haja vista a suma importância que assume a atividade probatória das partes, traduzida como elemento fundamental para a formação do convencimento do julgador, associado ao exíguo tratamento que a CLT (Consolidação das Leis Trabalhistas) conferiu à matéria.

Especificamente no que concerne ao ônus da prova, tem-se que a regra explicitada na Consolidação em comento abarca apenas um dispositivo legal sobre o tema, sendo, portanto, por demais simplista, o que ensejou amplos debates a respeito. Destarte, o fato de a CLT tratar de forma reduzida esse ponto tão importante, fez com que uma razoável parcela da doutrina e jurisprudência defendesse a utilização das regras contidas no Direito Processual Civil como forma de complementar esse assunto nas situações concretas que porventura surgissem.

Entretanto, é indene de dúvidas o fato de que o Código de Processo Civil Brasileiro (CPC), ao dispor sobre o ônus da prova, estatuiu sua distribuição visando à igualdade entre os litigantes, que se encontram equilibrados no processo, situação diferente daquela encontrada na seara do Direito Trabalhista, em que notadamente há um desequilíbrio entre patrão e empregado, parte hipossuficiente da relação.

Vale ressaltar que, mesmo no Direito comum, primado pelo equilíbrio entre as partes, verifica-se modernamente, maior preocupação com a igualdade probatória e o princípio da paridade de armas, o que resultou em previsão, no projeto do novo CPC, da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova. Assim, o ônus *probandi* ficaria ao encargo daquele que, no caso concreto, demonstrasse maior aptidão a ministrar a prova do fato ao Juízo. Nos processos trabalhistas, também se discute tal possibilidade, tendo em vista, sobretudo, o princípio protetivo que permeia esse ramo do Direito, além da busca pela verdade e realização da justiça nos casos concretos em particular e seus reflexos na sociedade, de forma geral.

A problemática que gravita em torno da dificuldade quanto à produção de prova por uma das partes torna-se ainda mais evidente quando os fatos referem-se a situações que envolvam assédio moral e sexual do trabalhador dentro do ambiente laboral, com o conseqüente pedido de indenização, tendo em vista o fato lesivo ocorrer, em grande parte, sem a presença de testemunhas. Assim, ao se impor ao obreiro os reveses decorrentes da falta de prova do fato constitutivo de seu direito, poder-se-ia contrariar os princípios fundamentais

deste ramo jurídico peculiar, no qual é patente o desequilíbrio entre as partes, com o trabalhador figurando no polo hipossuficiente da demanda.

O dano moral por assédio sofrido pelo trabalhador no ambiente laboral é assunto delicado quanto aos aspectos probatórios, não apenas em relação à distribuição do ônus da prova, mas também quanto ao meio pelos quais os fatos que o ensejaram são passíveis de serem devidamente provados. Como já mencionado anteriormente, em boa parte dos casos, as condutas humilhantes e vexatórias a que o trabalhador é submetido, acontecem de forma obscura e sem a presença de terceiros, restando muito difícil e, por vezes, praticamente impossível para o obreiro conseguir a prova dos fatos referentes ao assédio, e a pleiteada indenização por dano moral.

Nesse sentido, e com vistas a buscar a reparação de sua dignidade violada, é que o trabalhador pode vir a coletar provas através de meios considerados ilícitos. Assim, tem-se que, em algumas situações, a única possibilidade disponível à vítima é a gravação das conversas, ofensas e manifestações abusivas cometidas por seu empregador. Por outro lado, a admissibilidade de tais espécies de provas é, a princípio, vedada pela Constituição Federal, gerando extensas discussões, na medida em que há o contraponto entre essa impossibilidade prevista constitucionalmente e a necessidade de se reparar, ou ao menos compensar, a honra e a moral do trabalhador vitimado pelo assédio, aspectos que a Carta Magna procura defender de maneira precípua.

Diante desse panorama, e com o fito de discutir acerca da problemática ora exposta, tem-se que o presente trabalho é estruturado em quatro capítulos, abordando aspectos probatórios no Direito Processual do Trabalho e a necessidade de configurar o dano moral por assédio no ambiente laboral. A análise será pautada, sobretudo, a partir de consulta a doutrinas nacionais e legislação, além de pesquisa de campo, mediante coletânea referente a decisões jurisprudenciais. O estudo segue a linha metodológica do tipo dedutiva, porquanto a partir deste, busca-se transformar enunciados universais em particulares, e explicativa, na medida em que visa esclarecer a importância de se estudar o instituto jurídico do ônus da prova e a admissibilidade de provas obtidas ilicitamente, como forma de minimizar as injustiças que porventura possam ocorrer na Justiça do Trabalho, quando o empregado tenha sofrido ou esteja a sofrer situações de assédio moral e/ou sexual.

No que tange à natureza de dados, a presente monografia é qualitativa, porque se propõe a estudar verticalmente as relações complexas que envolvem o ônus da prova no Processo do Trabalho e as provas obtidas ilicitamente nessa seara do direito, quando o objetivo é a configuração, pelo empregado, do assédio que esteja a sofrer.

Os capítulos que compõem esse trabalho enfocam temas distintos, mas interligados, de forma a complementar o estudo e angariar subsídios suficientes para tecer considerações sobre essa matéria.

Destarte, o capítulo 01 dessa monografia disserta sobre o sistema probatório no Processo do Trabalho de forma genérica, abordando os aspectos relacionados ao objeto da prova, além da importância de o julgador buscar a verdade real nesse ramo jurídico, haja vista o princípio da primazia da realidade ser um dos principais vetores do Direito Laboral. No que atine ao ônus da prova e sua distribuição nas lides trabalhistas, discute-se acerca da possibilidade de aplicação das regras contidas no Direito Processual Comum, atualmente dispostas de forma estática no CPC. Com efeito, a nova tendência na distribuição do ônus da prova com vistas a direcionar o encargo probatório à parte com maiores condições para fazê-lo, além da manifesta hipossuficiência do trabalhador quanto à produção de provas desfavoráveis ao seu padrão, também é objeto de estudo desse capítulo, servindo de base para a compreensão dos demais tópicos abordados.

Por sua vez, o capítulo 02 se destina ao enfoque dos principais aspectos que envolvem o dano moral por assédio na Justiça do Trabalho e a importância de sua reparação com vistas a compensar o sofrimento causado ao obreiro. A presente monografia trata, de forma específica, do assédio moral e sexual cometido pelo empregador e, conseqüentemente, da violação a princípios constitucionais basilares, como o da dignidade da pessoa humana, na medida em que afeta sobremaneira a honra e a intimidade do empregado. Por fim, o capítulo em comento destaca o reconhecimento da competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar as causas que possuam pedido de dano moral nas lides trabalhistas, chamando atenção para a dificuldade de produção probatória pelo trabalhador nessas situações específicas.

É papel do capítulo 03 refletir de forma mais específica sobre as questões que envolvem a prova quando se pleiteia indenização por dano moral, sobretudo, por tratar-se de lesão a direito personalíssimo do ofendido e dificuldade de percepção exterior dos danos, tendo em vista decorrerem de sentimentos intrínsecos dos seres humanos. Ademais, discute-se sobre os meios utilizados para demonstrar o fato ensejador do dano moral por assédio, refletindo acerca da possibilidade de o magistrado trabalhista, baseado no desequilíbrio típico das relações laborais, vir a aplicar a teoria da distribuição dinâmica do ônus probatório nos casos em que for extremamente difícil para o trabalhador, polo hipossuficiente da relação, provar o fato que ensejou o prejuízo sofrido. Finalmente, o capítulo trata do conceito relativo à prova “diabólica” e sua relação com o dano moral na Justiça do Trabalho.

Por derradeiro, o capítulo 04 enfatiza a possibilidade de admissão de provas obtidas ilicitamente para configurar o dano por assédio moral e/ou sexual sofrido pelo trabalhador no ambiente laboral. Discute-se a questão da validade da prova nesses casos, salientando que se trata de situação excepcional, visível quando estiverem em conflito direitos com nível de proteção constitucional. Assim, objetiva esse capítulo, de forma primordial, estudar o princípio da proporcionalidade associando-o às provas ditas ilícitas, na medida em que trata da ponderação e sopesamento dos valores envolvidos nos casos concretos que envolvam pedido de dano moral na seara do Direito do Trabalho.

A possibilidade de flexibilização das normas que regem as provas do assédio moral e/ou sexual sofrido pelo trabalhador, tanto no que diz respeito ao encargo do ônus probatório quanto em relação à sua obtenção por meios ilícitos, constitui objeto deste estudo e, nesse sentido, pode contribuir para a obtenção de um ambiente laboral mais adequado, concretizando o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, núcleo de todo edifício jurídico contemporâneo.

2 CAPÍTULO 01 O SISTEMA PROBATÓRIO NO PROCESSO DO TRABALHO

O capítulo introdutório dessa monografia trata, de forma abrangente, do sistema probatório no Processo do Trabalho, abordando diversas questões a ele relacionadas, como as que dizem respeito à origem, objeto da prova e importância em se buscar a verdade real nesse ramo jurídico. Especiais considerações serão feitas quanto à distribuição do ônus da prova, ressaltando a nova tendência em direcionar esse encargo à parte com maiores condições para produzir a prova dos fatos em determinado caso concreto.

2.1 Origem e objeto da prova

O vocábulo “prova” origina-se do latim *probatio*, que, por sua vez, é derivado do verbo *probare*, significando examinar, persuadir, demonstrar (GRECO FILHO, 2009, p.179). Nesse sentido, são instrumentos que o Direito admite com o fito de demonstrar um fato ou um acontecimento destinados à formação da convicção daquele que vai julgar a demanda.

Ressalte-se que, embora o conceito de prova não seja definido pelo CPC e nem tampouco pela CLT, o CPC, em seu artigo 332, menciona os meios que são destinados à prova das alegações em Juízo. “Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou defesa”.

Nesse ponto, Schiavi (2011) aborda a amplitude probatória consagrada pelo referido diploma legal, eis que há claramente a admissão de qualquer meio moralmente legítimo de prova, ou seja, desde que não atente contra a moral e os bons costumes. Com isso, facilita-se o acesso do cidadão à justiça, bem como a possibilidade de demonstrar a veracidade de suas alegações em Juízo.

O Código em comento também contempla a possibilidade de novos instrumentos e meios de prova surgirem, haja vista as constantes mudanças apresentadas pela sociedade, tecnologia e ciência jurídica, tornando possível que, mesmo não catalogados na lei processual, sejam admitidos no processo.

Destarte, fica caracterizado o interesse do Direito pela busca da verdade, conceito que se apresenta fracionado em verdade real (ou substancial) e formal (ou processual). Ensina Manoel Antônio Teixeira Filho:

Real é o que se pode denominar de verdade em si, vale dizer, aquilo que efetivamente aconteceu no mundo sensível; formal é o que se estabelece nos autos, como resultado da atividade probatória desenvolvida pelas partes. Nem sempre, todavia, a verdade formal corresponde à real, o que é sobremaneira lamentável e atentatório à respeitabilidade do processo como instituição jurídica e como instrumento estatal de composição dos conflitos intersubjetivos de interesse (TEIXEIRA FILHO, 2010, p.32).

No que diz respeito a esse conceito dicotômico, frise-se que, embora uma parte da doutrina afirme que o princípio da verdade real não se aplicaria ao Processo Civil, sendo ínsito ao Processo Penal, têm-se manifestações contrárias a essa posição, defendendo que o juiz deve sempre buscar a verdade real, ou o acerto mais próximo da realidade, ainda que no campo processual civil, tendo em vista o caráter publicista do processo e a efetividade da jurisdição. Tal posição é defendida por Schiavi (2011) alertando ainda esse autor, para a questão de que, no Processo do Trabalho, a busca pela verdade real encaixa-se perfeitamente no campo processual, inclusive por mandamento contido na legislação (artigo 765, CLT)¹. Ademais, o Direito do Trabalho possui como um dos seus principais vetores o da primazia da realidade.

Destarte, a moderna doutrina defende a tese de superação entre verdade real e formal, dizendo que verdade é uma só, a real, mas esta é praticamente impossível de ser atingida. Não obstante, todos que atuam no processo, principalmente o julgador, devem envidar esforços para se chegar ao acerto mais próximo da realidade (verdade substancial).

No aspecto em comento, cumpre destacar a seguinte ementa:

EMPREGADA COMISSIONISTA MISTA. VALOR DO SALÁRIO VARIÁVEL. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA BUSCA DA VERDADE REAL. REDUÇÃO. No exercício de sua atividade judicante, cumpre ao magistrado procurar sempre a verdade dos fatos postos à sua apreciação, não devendo jamais fechar os olhos à realidade. Assim, muito embora não tenha a empresa reclamada juntado aos autos as faturas relativas às vendas concluídas pela reclamante, ônus que lhe incumbia em virtude do artigo 4º da Lei nº 3.207/57, a afirmação da reclamante no sentido de que vendia 180 planos telefônicos por mês escapa às noções de razoabilidade, mormente quando posta em confronto com a média de vendas realizadas pelas testemunhas (sessenta planos vendidos por mês). Assim, em obediência aos princípios da razoabilidade e da busca da verdade real, é de se reduzir o salário variável arbitrado pelo juízo *a quo*. Recurso ordinário a que, no ponto, se dá parcial provimento. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. Não satisfeitos os requisitos da Súmula 219 do c. TST, é incabível a condenação em honorários advocatícios. Recurso ordinário provido na espécie. (TRT-16 426200900916000 MA 00426-2009-009-16-00-0, Relator: JAMES MAGNO ARAÚJO FARIAS, Data de Julgamento: 26/04/2011, Data de Publicação: 05/05/2011).

¹ Artigo 765. Os Juízos e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas.

Nesse diapasão, é de suma importância destacar o fato de que o atual sistema constitucional não admite o chamado *non liquet*, ou seja, há necessidade de se proferir uma decisão no processo, não se admitindo, pois, que ele fique aguardando a obtenção da verdade real. Caso isso fosse possível, haveria sério comprometimento da duração razoável do processo e poderia inviabilizar a tomada de decisão. Além disso, é comum haver divergência dos fatos invocados pelas partes, sendo a busca pela verdade real tarefa das mais difíceis para o julgador, que termina realizando valoração subjetiva dos fatos e da realidade.

Dissertando acerca do objeto da prova, tem-se que esse abrange os fatos e só excepcionalmente a lei exige a prova do direito. Nesse sentido, destaca-se a lição do Professor Renato Saraiva:

No processo de cognição, para que o magistrado possa formar o seu convencimento sobre os fatos controvertidos e proferir a sentença, é fundamental que seja realizada a colheita das provas necessárias ao livre convencimento do julgador acerca dos fatos ocorridos na causa. Prova, no âmbito do direito processual, é o meio utilizado para a demonstração no processo, da veracidade dos fatos controvertidos (SARAIVA, 2007, p. 332).

Outro aspecto relevante trazido por Didier Jr., Braga e Oliveira (2009) é que os fatos a serem provados devem ser controvertidos, assim, em não havendo controvérsia quanto aos fatos alegados pelos litigantes, a questão se traduz à mera aplicação do direito. Os autores relatam, ainda, que independem de prova os fatos intuitivos ou evidentes, assim como os fatos reputados ocorridos por uma presunção legal. Ademais, os fatos a serem provados devem também possuir a característica de relevância para a causa, ou seja, ter relação ou conexão com a ação ajuizada, sendo excluídos da prova aqueles que não venham a ter influência na decisão do processo. Além desses, excluem-se do processo os fatos indeterminados ou indefinidos, tendo em vista que precisam ser identificados no tempo e no espaço.

Há fatos, por sua vez, que independem de atividade probatória. Sobre isso, o artigo 334 do CPC reza que: “Não dependem de prova: I. os fatos notórios; II. Afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; III. Admitidos, no processo, como incontroversos; IV. Em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade”.

Por outro lado, a CLT não tem regra própria para esse assunto, restando aplicável o artigo 334 do CPC por força do artigo 769 da CLT. Acerca dos fatos notórios, Marinoni (2009) comenta que são aqueles de conhecimento comum, num determinado período de tempo. Para o autor, trata-se de conceito relativo, pois, se uma das partes não os conhecer, ou mesmo se o juiz deles não conheça, é possível a produção de provas sobre a própria existência da notoriedade do fato.

Sobre o tema, Aroca *apud* DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA (2009) esclarece que os fatos notórios são aqueles cujo conhecimento faz parte da cultura normal própria de um determinado grupo social no momento em que se produz a decisão judicial. O autor também ressalta que a notoriedade deve ser revelada de acordo com a apreciação do magistrado.

Já os fatos afirmados por uma parte e confessados pela outra traduzem o instituto da confissão, sendo necessariamente contrários ao próprio interesse e favoráveis à outra parte no processo. Nesse ponto, Schiavi (2011), de forma pertinente, chama a atenção para o fato de que somente a confissão expressa dispensa a prova do fato. A confissão ficta, por ser relativa, pode ser elidida por provas em contrário.

Quanto aos fatos admitidos no processo como incontroversos, Leite (2012) esclarece que todos os fatos confessados, ou seja, alegados por uma parte são incontroversos. Sobre o assunto, o autor complementa: “O fato incontroverso é aquele admitido no processo, independentemente de alegação ou confirmação das partes, como, por exemplo, o interrogatório de uma testemunha ou a perda de um prazo” (LEITE, 2012, p. 611).

Ao explicar o preceito consubstanciado no artigo 334, IV, que trata da presunção absoluta ou *iuris et de iure*, Marinoni e Arenhart (2009) relatam que, nesses casos, a avaliação fática do caso não importa para o juiz, na medida em que a prova é tida por inútil diante da presunção absoluta, não importando se destinada a reforçar a conclusão ou a tentar demonstrar que a presunção parte de um silogismo falso. Toda espécie de contraprova ou de prova concorrente é irrelevante, porque o suporte fático do silogismo, embora tenha sido importante para sua fixação como hipótese normativa, não possui qualquer significado no caso concreto. O autor chama a atenção para o fato que, diferentemente do que ocorre em relação às presunções absolutas, as presunções relativas (ou *iuris tantum*) admitem prova em contrário, isto é, encontram-se no campo da prova.

2.2 O ônus da prova

A princípio, cumpre esclarecer a diferença entre os vocábulos “ônus” e “obrigação”, eis que o segundo, como evidencia Tartuce (2008), nasce do descumprimento de um dever jurídico, ou seja, aquele que porventura venha a descumprir uma obrigação a qual deva prestar voluntariamente, será compelido a tal. Assim, se existe uma obrigação, é porque há um direito subjetivo de alguém.

Já o ônus probatório, desvincula-se da ideia de obrigação processual, pois não possui natureza cogente, tratando-se de faculdade processual da parte, que dela poderá se desincumbir. Poderá, entretanto, ser prejudicial ao litigante que, detentor do ônus da prova, não vier a produzi-la no prazo legal, pois a falta de provas suficientes ao convencimento do magistrado poderá acarretar um julgamento em seu desfavor.

Sobre o assunto, assim se manifesta Mauro Schiavi:

O ônus da prova, no nosso sentir, é um dever processual que incumbe ao autor quanto ao fato constitutivo do seu direito, e ao réu quanto aos fatos modificativos, extintivos e impeditivos do direito do autor, que, uma vez não realizado, gera uma situação desfavorável à parte que detinha o ônus e favorável a parte contrária, na pretensão posta em Juízo (SCHIAVI, 2011, p.55).

O autor baseia seu conceito nas determinações contidas no artigo 333² do CPC acerca da distribuição do ônus da prova, não devendo ser utilizado como conceito rígido, pois, conforme se verá adiante, existe possibilidade de flexibilização das aludidas normas em prol de uma melhor e mais justa prestação da tutela jurisdicional.

Nessa toada, vale a explicação de que não necessariamente o juiz julgará a lide de forma desfavorável a parte que não cumpriu com a sua obrigação de provar. Assim esclarece Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart:

Ninguém duvida que o juiz pode julgar favoravelmente à parte que não cumpriu o ônus da prova, uma vez que o julgamento pode se basear em provas produzidas de ofício ou mesmo em provas produzidas pela parte contrária. Mas isso não retira a importância de que as partes saibam, de forma prévia, a quem incumbe o ônus da prova, pois, se esse ônus não precisa ser necessariamente observado para que a parte obtenha um resultado favorável, e nesse sentido seria correto sustentar que o ônus da prova não é um verdadeiro “ônus”, não há como negar que a parte deve ter ciência prévia do que deve fazer para ter um julgamento favorável independentemente de outras provas, produzidas de ofício ou pela parte contrária (MARINONI; ARENHART, 2009, p. 162).

Na seara trabalhista, tema mais específico do presente trabalho, tem-se adotado, de forma genérica e subsidiária, os preceitos contidos no artigo 333 do CPC atinentes à distribuição do ônus probatório, seja pela alegação de incompletude da norma trabalhista, seja por considerar o argumento de maior especificidade presente no diploma civilista.

² Artigo 333. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando: I - recair sobre direito indisponível da parte; II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

Assim, a norma prevista no artigo 818, CLT, *in verbis*: “A prova das alegações incumbe à parte que as fizer”, termina por receber complementariedade das normas contidas no CPC, posição defendida por diversos autores, como explicitado a seguir:

Se interpretássemos essa regra ao pé da letra, chegaríamos a situações inusitadas. Se o reclamante alegasse que trabalhava em certo horário, seria dele a prova. Se na contestação a empresa alegasse que o horário era outro, seria ela que teria que fazer a prova. Contudo, se o reclamante alegasse outra coisa na réplica, então o ônus da prova retornaria a ele. Assim haveria um entendimento elástico do que viria a ser ônus da prova com base na regra do art. 818 da CLT. No entanto, essa orientação deve ser complementada pelo art. 333 do CPC (MARTINS, 2011, p. 848).

Na mesma linha de introspecção, preleciona Mauro Schiavi:

No nosso sentir, o art. 818 da CLT não é completo, e por si só é de difícil interpretação e também aplicabilidade prática, pois como cada parte tem que comprovar o que alegou, ambas as partes têm o encargo probatório de todos os fatos que declinaram, tanto na inicial, como na contestação. Embora alguns autores defendam que o art. 818 da CLT baste a si mesmo no processo do trabalho, acreditamos que a razão está com os que pensam ser aplicável ao processo do trabalho a regra do art. 333 do CPC, que deve conjugada com o art. 818 da CLT (SCHIAVI, 2011, p. 56).

Valentim Carrion comunga da mesma posição:

A regra de que o ônus pesa sobre quem alega é incompleta, simplista em excesso. O empregado que afirmar não ter faltado ao serviço em certo dia terá que prová-lo? Se um outro alegar na petição inicial, que celebrou contrato com empresa e que esta foi representada no ato por preposto capaz e sem coação, deverá provar as três circunstâncias? É óbvio que não: 1. Ao autor cabe o ônus da prova do fato constitutivo dos seu direito; 2. Ao réu, o da existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, CPC, art. 333 (CARRION, 2011, p. 702).

Nesse ponto, vale o comentário acerca dos ensinamentos propostos pelo processualista Leite (2012), ao defender a inexistência de omissão no texto da CLT, não obstante sua excessiva simplicidade. O renomado autor afirma que, na verdade, a aplicação do CPC no assunto referente ao ônus da prova, reside na sua maior especificidade, contemporaneidade e por apresentar uma identificação com os ditames do Processo do Trabalho que justificam sua utilização.

2.3 A distribuição do ônus da prova no Processo do Trabalho

A discussão acerca da distribuição do ônus da prova no processo trabalhista é fundamental para a correta compreensão do objetivo da presente monografia, que é dissertar

sobre esse encargo quando estão em baila as questões referentes ao dano moral envolvendo os obreiros e seus empregadores.

A princípio, sabe-se que, também no Processo do Trabalho, é amplamente permitida a aplicação do artigo 333 do CPC, tanto pela doutrina, quanto por súmulas e jurisprudências. Observe-se, por conseguinte, a dicção:

É do empregador o ônus da prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo da equiparação salarial (súmula 06, inciso VIII, TST, ex-súmula nº 68 – RA 8/1977, DJ 11.02.1977).

No mesmo sentido são direcionados os julgados a seguir:

SALÁRIO MARGINAL OU 'POR FORA'. FATO BÁSICO E CONSTITUTIVO DE DIREITO. ÔNUS DA PROVA QUE PERTENCE AO AUTOR. APLICAÇÃO, NO CASO, DAS REGRAS INSERIDAS NO INCISO I DO ART. 333 DO CPC E 818 DA CLT. É ônus do reclamante/autor provar a tese de salário marginal ou por fora, por se tratar de fato básico e constitutivo de seu direito, à exegese das disposições contidas no inciso I do art. 333 do CPC e no art. 818 da CLT. Tendo o reclamante produzido prova capaz de convencer o órgão plural de que recebia salário em valor superior àquele que está registrado em sua CTPS, ampara-se a pretensão de que recebia salário 'por fora' ou marginal. (TRT-23 - RO: 774201100723000 MT 00774.2011.007.23.00-0, Relator: DESEMBARGADOR EDSON BUENO, Data de Julgamento: 24/04/2012, 1ª Turma, Data de Publicação: 27/04/2012).

No caso concreto, a reclamada, ao afirmar que o autor lhe prestou serviço antes de ser transferido para a Unidade de TERMO INICIAL DO CONTRATO DE TRABALHO. FATO MODIFICATIVO DO DIREITO DO RECLAMANTE. ÔNUS DA PROVA DA RECLAMADA. APLICAÇÃO DO ART. 333, II, do CPC. O ônus da prova incumbe ao réu quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Rondonópolis, como autônomo, aduziu fato modificativo do direito do autor e passou a deter o ônus da prova quanto à forma de prestação de serviço pelo obreiro. Contudo, tendo em vista que não se desincumbiu do ônus que lhe competia, merece reforma a sentença que julgou improcedente a pretensão do obreiro quanto ao termo inicial do pacto laboral (TRT-23 - RO: 313200902623001 MT 00313.2009.026.23.00-1, Relator: DESEMBARGADOR EDSON BUENO, Data de Julgamento: 05/07/2011, 1ª Turma, Data de Publicação: 07/07/2011).

Por outro lado, vem crescendo na doutrina e jurisprudência, o entendimento de que é possível o direcionamento do ônus probatório também em face do empregador, nas situações em que há necessidade de comprovação de culpa, como nas configurações dos acidentes de trabalho, eis que de difícil demonstração pelo autor. Mauro Schiavi defende essa possibilidade:

Vem crescendo corpo, na Justiça do Trabalho, o entendimento da inversão do ônus da prova em favor do trabalhador nas ações acidentárias em que o empregado postula reparação de danos materiais e morais, em razão da grande dificuldade de produção da prova da culpa do empregador por parte do empregado (SCHIAVI, 2011, p. 587).

O autor acima mencionado admite, portanto, a possibilidade de inversão do ônus probatório nas situações que envolvem necessidade de comprovação de culpa por parte do empregado, tendo em vista a manifesta hipossuficiência do obreiro nas lides trabalhistas. Nesses casos, bastaria ao autor comprovar o nexo de causalidade entre a lesão ou doença e o trabalho realizado para presumir-se a culpa da empresa empregadora, cabendo a esta, o ônus de provar eventual negativa de culpa.

As seguintes jurisprudências posicionam-se da mesma forma:

PRESCRIÇÃO. ACIDENTE DE TRABALHO. A prescrição, no caso de acidente de trabalho, tem natureza civil, ensejando aplicação do prazo contido no art. 206, § 3º, inc. V, do Código Civil de 2002, observado o disposto no art. 2.028 do mesmo texto legal. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. ACIDENTE DE TRABALHO Uma vez revelado o nexo entre a doença e a atividade de trabalho do reclamante, cabia à empregadora o ônus da prova quanto ao fornecimento de um ambiente e condições de trabalho sem riscos, durante todo o contrato, do qual não se desincumbiu. (TRT-4 - RO: 283001520075040252 RS 0028300-15.2007.5.04.0252, Relator: EMÍLIO PAPALÉO ZIN, Data de Julgamento: 14/04/2011, 2ª Vara do Trabalho de Cachoeirinha).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL E MATERIAL. ACIDENTE DE TRABALHO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. CULPA PRESUMIDA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. Debate-se a responsabilidade da empresa quanto ao acidente de trabalho, ocorrido em manuseio de máquina. Sendo impossível ao empregado a produção de prova, deve-se adequar a apuração da culpa, por meio da inversão do ônus da prova, por ser mais fácil ao empregador comprovar sua conduta quanto ao fornecimento de segurança em sua empresa, afastando sua culpa no evento danoso. Não tendo, pois, se desvencilhado do ônus que milita em seu desfavor, presume-se a culpa e o conseqüente dever de indenizar. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. ACIDENTE DE TRABALHO. INDENIZAÇÃO SUBSTITUTIVA. A decisão do Regional está em consonância com a jurisprudência desta Corte. Ademais, os arestos apresentados para o cotejo de teses são inespecíficos. Agravo de instrumento a que se nega provimento. (TST - AIRR: 721004820075150071 72100-48.2007.5.15.0071, Relator: Kátia Magalhães Arruda, Data de Julgamento: 25/05/2011, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 03/06/2011).

2.4 A distribuição dinâmica do ônus probatório

A teoria em comento, também conhecida como carga dinâmica na produção do ônus da prova ou teoria das cargas dinâmicas, é defendida por uma parte da doutrina e representa uma flexibilização das normas contidas nos artigos 818 da CLT e 333 do CPC, já mencionados. A partir dessa nova concepção, o ônus probatório seria atribuído à parte com melhores condições de produzi-la, devendo o magistrado considerar as particularidades

inerentes ao caso concreto, sempre prezando pela cautela e razoabilidade. Mauro Schiavi, em comentário acerca dessa nova tendência, assim se posiciona:

Trata-se, inegavelmente, de uma tendência mundial do processo de majoração dos poderes do juiz na direção do processo, a fim de que os litigantes sejam tratados com isonomia real e a justiça seja implementada com maior efetividade. Não se trata de arbítrio do Juiz, pois terá que justificar, com argumentos jurídicos, sob crivo do contraditório, diante das circunstâncias do caso concreto, a aplicação da carga dinâmica da produção de prova. [...] A presente teoria não se confunde com a inversão do ônus da prova, embora com ela tenha contatos, pois a inversão pressupõe a presença de critérios previstos em lei, enquanto a carga dinâmica pressupõe circunstâncias e peculiaridades do caso concreto. De outro lado, carga dinâmica se assenta no princípio da aptidão para a prova, não necessitando da presença da verossimilhança da alegação do autor (SCHIAVI, 2011, p. 65).

O mestre Schiavi (2011) deixa clara a diferença existente entre “inversão do ônus da prova” e “distribuição dinâmica ou carga dinâmica do ônus da prova”. Segundo o autor, a primeira pressupõe critérios estabelecidos em lei; já a segunda, admite um aumento de poderes do magistrado, cujas decisões, porém, devem ser fundamentadas e aplicadas de acordo com as especificidades do caso.

Importante consideração a ser feita consiste na previsão da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no Projeto do Novo Código de Processo Civil (Projeto de Lei (PL) nº 8.046/2010) que em seu artigo 381³ e parágrafos assim dispõe: “O ônus da prova incumbe: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. §1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa, relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada. Neste caso, o juiz deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído”. §2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

Em comentários sobre o mencionado artigo, boa parte da doutrina posiciona-se no sentido de entender que a previsão contida no projeto do novo CPC representa uma evolução do Código de Processo Civil de 1973, na medida em que procura primar pelo princípio da paridade de armas e acesso à justiça, na tentativa de minimizar a desigualdade probatória que porventura possa ocorrer entre os litigantes. Confira-se tal perspectiva nas preleções abaixo:

³ Projeto em trâmite no Congresso Nacional, utilizando-se como parâmetro o acesso em 15/09/2013.

Analisando a disposição prevista do Projeto de Lei nº 8.046/2010, a respeito da distribuição dinâmica do ônus da prova, infere-se que o legislador proporcionará ao nosso ordenamento jurídico um sistema processual civil, no tocante ao ônus da prova, flagrantemente comprometido com a “paridade de armas”, com o contraditório (formal e substancial), com o direito fundamental de acesso à justiça, com a busca incansável por um processo de resultados essencialmente justos (MACHADO JUNIOR; RODRIGUES, 2011, p. 2).

Procurando remediar o vacilo do legislador de 1973, o Anteprojeto do Novo CPC, capitaneado pela maestria do Ministro Luiz Fux do STJ, resolve a questão de milhões de jurisdicionados brasileiros necessitados com tino, expressamente positivando no novo Diploma em gestação, não dentre os poderes ou deveres do magistrado, mas, com muita propriedade e exatidão, dentro das disposições gerais da prova, regra explícita de real promoção da igualdade substancial entre as partes na distribuição do ônus da prova no processo civil brasileiro (AMARAL, 2010, p. 1).

Em posição contrária, Balestero (2012) entende que o artigo em comento do Projeto de Lei nº 8.046/2010 possibilita uma discricionariedade indesejável ao magistrado, na medida em que poderia ensejar ocorrência de abuso de poder do juiz e gerar assimetria, ou seja, as partes e os interventores estariam submetidos ao juiz/decisor, em uma relação processual baseada na hierarquia.

Vale ressaltar que é razoável a aceitação da teoria explicitada na relação processual trabalhista, tendo em vista a desigualdade probatória que, via de regra, ocorre nesse tipo de lide. Sobre o assunto, Mauro Schiavi assim se manifesta:

O presente princípio determina que deve produzir a prova não quem detenha o ônus processual (arts. 818 da CLT ou 333, do CPC), mas sim quem detenha melhores condições materiais ou técnicas para produzir a prova em Juízo. O princípio se amolda perfeitamente ao Processo do Trabalho, considerando-se a hipossuficiência e a dificuldade probatória de produção de determinadas provas pelo empregador, como nas hipóteses da prova do salário (art. 464 da CLT), da jornada (art. 74, parágrafo 2º da CLT), etc. (SCHIAVI, 2011, p.573).

A jurisprudência juslaborativa também vem acompanhando essa tendência, conforme se depreende da interpretação dos julgados a seguir:

RECURSO DE REVISTA. [...] 2. VALE-TRANSPORTE. INDENIZAÇÃO. ÔNUS DA PROVA . Este colendo Tribunal Superior do Trabalho, por meio da Orientação Jurisprudencial nº 215 da SBDI - 1, entendia ser ônus do empregado provar o preenchimento dos requisitos indispensáveis à obtenção do vale-transporte. Contudo, revendo seu posicionamento, referida Orientação foi cancelada. Desse modo, pela própria teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, é notório que se apresenta mais propício ao empregador comprovar que o empregado não satisfaz os requisitos para a concessão do vale-transporte que ao trabalhador provar que o satisfaz. Nesse contexto, incumbe à reclamada a prova de que o reclamante não satisfazia os requisitos para concessão dos vales-transportes, ônus do qual não se desincumbiu. Recurso de revista não conhecido. (TST - RR: 542005620075040201 54200-56.2007.5.04.0201, Relator: Guilherme Augusto Caputo Bastos, Data de Julgamento: 15/08/2012, 2ª Turma).

RECURSO DE REVISTA. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO. (...) FGTS. DIFERENÇAS. ÔNUS DA PROVA. Cancelada, por meio da Resolução 175/2011, a OJ 301/SDI-I (- FGTS. DIFERENÇAS. ÔNUS DA PROVA. LEI Nº 8.036/90, ART. 17. Definido pelo reclamante o período no qual não houve depósito do FGTS, ou houve em valor inferior, alegada pela reclamada a inexistência de diferença nos recolhimentos de FGTS, atrai para si o ônus da prova, incumbindo-lhe, portanto, apresentar as guias respectivas, a fim de demonstrar o fato extintivo do direito do autor (art. 818 da CLT c/c art. 333, II, do CPC)-), inclina-se esta Corte Superior na direção do acolhimento de entendimento em sentido contrário, qual seja, no de atribuir ao empregador o ônus da prova da regularidade dos depósitos do FGTS, independentemente de o empregado delimitar o período no qual não teria havido o correto recolhimento - posicionamento que se mostra em consonância com o princípio da aptidão para prova ou da distribuição dinâmica do ônus da prova, segundo o qual a prova deve ser produzida pela parte que a detém ou que a ela possui mais fácil acesso. Revista conhecida e provida, no tema [...] (TST - RR: 1371004720065090022 137100-47.2006.5.09.0022, Relator: Rosa Maria Weber, Data de Julgamento: 31/08/2011, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 09/09/2011).

Apesar de haver posicionamentos contrários a essa nova teoria, conforme demonstrado, percebe-se que o princípio de aptidão para a prova representa uma evolução nos conceitos outrora estáticos que tratavam sobre a distribuição do ônus de provar. Entretanto, é fundamental que se cada caso seja analisado em particular, tornando essa possibilidade uma exceção, aplicável apenas nas situações em que o direcionamento do encargo probatório para uma das partes tornaria impossível à busca pela verdade, devido à hipossuficiência probatória. É fundamental, nesse ponto, a adoção pelo magistrado dos critérios de razoabilidade a fim de fundamentar seus julgados, além da estrita observância ao princípio do contraditório, quando houver de decidir baseando-se no princípio de aptidão para a prova.

Com base no exposto nesse capítulo, tem-se que a moderna doutrina e jurisprudência pátrias e, possivelmente a legislação, haja vista o projeto do novo CPC, vêm se posicionando no sentido de flexibilizar as normas inerentes à distribuição do ônus da prova e tais conceitos são de grande importância da compreensão dos demais objetivos desse trabalho, especialmente no que diz respeito ao encargo probatório nas questões que envolvem dano moral nas lides trabalhistas, bem como na possibilidade de utilização das provas ditas ilícitas a fim de configurar essa espécie de dano.

3 CAPÍTULO 02 AS CRESCENTES QUESTÕES EM TORNO DO DANO MORAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

O presente capítulo objetiva dissertar acerca do conceito de dano moral, bem como avaliar suas causas e demais aspectos que envolvem esse tema na Justiça Trabalhista. Na medida em que se trata de lesão ao patrimônio imaterial do empregado, possui características peculiares a serem trabalhadas e, face a complexidade do assunto, será feita uma abordagem que comporta as situações de maior destaque na Justiça Laboral, conjugando-a com os conceitos já descritos, que envolvem a questão probatória no Processo do Trabalho.

3.1 Conceito e previsão de reparabilidade do dano moral

O dano moral, também conhecido por extrapatrimonial, é o que atinge os sentimentos pessoais do indivíduo, lesionando os aspectos tocantes à sua personalidade. Não atinge o patrimônio, mas a moral, o âmago da pessoa envolvida e, portanto, a indenização a ser percebida pelo lesado visa compensar a dor que veio a sofrer. Frise-se que a reparabilidade do dano moral na ordem jurídica brasileira nem sempre foi tema pacífico, somente sendo admitida, de forma incontestada, com o advento da Constituição Federal de 1988 (CF/1988), que prevê expressamente indenizações por dano moral em seu artigo 5º, V, *in verbis*: “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”. O inciso X do artigo em comento também prevê expressamente essa possibilidade: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Nesse ponto, destaca-se que a reparação proveniente de um dano moral tem função satisfatória e não de equivalência, como no dano material. Gagliano e Pamplona Filho (2010, p. 92) explicam que isso ocorre “porque a honra violada jamais pode ser restituída à sua situação anterior, ou seja, busca-se atenuar as consequências de uma lesão, por meio da compensação pelo dano sofrido”.

O doutrinador Caio Mário da Silva Pereira assim o conceitua: “Dano moral é qualquer sofrimento humano que não é causado por uma perda pecuniária e abrange todo o atentado à sua segurança e tranquilidade, ao seu amor-próprio estético, à integridade de sua inteligência, a suas afeições, etc.” (PEREIRA, 1998, p. 54). Seguindo a mesma linha de

raciocínio no que pertine à definição de dano moral, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho assim se posicionam:

O dano moral consiste na lesão de direitos cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro. Em outras palavras, podemos afirmar que o dano moral é aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa (seus direitos da personalidade) violando, por exemplo, sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2010, p. 97).

Tema de grande destaque na doutrina e jurisprudência acerca desse assunto diz respeito à regulação acerca dos critérios utilizados para o arbitramento das indenizações decorrentes de danos morais. Nascimento (2011) relata que, nesses casos, transfere-se exclusivamente ao poder discricionário do juiz a avaliação, sopesamento e fixação dos valores que terão por objetivo reparar a ofensa de ordem moral. A autora em comento cita, ainda, que o valor imposto à condenação por danos morais deve ser justo e reparador, mas não deve se constituir em causa de enriquecimento ilícito para o ofendido. Ou seja, não se pode deixar de reparar o bem ofendido, mas a reparação não pode ser majorada a ponto de deixar a relação desequilibrada.

A jurisprudência abaixo ilustra tal entendimento:

DANO MORAL. "QUANTUM" INDENIZATÓRIO. A indenização por dano moral não tem a finalidade de enriquecer ou empobrecer as partes envolvidas, nem de apagar os efeitos da lesão, mas sim de reparar os danos. O "quantum" indenizatório fixado deve observar o princípio da razoabilidade, a extensão do dano, o grau de culpabilidade e a capacidade econômica do empregador, suficientes para atingir o efeito pedagógico da condenação (TRT-14 - RO: 14400 RO 0014400, Relator: DESEMBARGADOR CARLOS AUGUSTO GOMES LÔBO, Data de Julgamento: 11/12/2009, SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DETRT14 n.0231, de 14/12/2009).

3.2 Assédio moral e sexual no ambiente de trabalho e sua relação com o dano moral

Tendo em vista a diversidade de situações que envolvem os sujeitos da relação de trabalho, são várias as possibilidades citadas pela doutrina e jurisprudência passíveis de gerar indenização por dano moral. Entretanto, a abordagem desta monografia terá foco nos casos que envolvam assédio moral e sexual por parte do empregador, violando o princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que atinge a honra e intimidade do obreiro. O reconhecimento dessas espécies de assédio nos processos trabalhistas são a causa, que gera o efeito de indenização por dano moral como forma de compensar os abusos sofridos pelo

trabalhador. Assim, mais que o mero ganho financeiro, essas ações visam coibir o tratamento desumano praticado por alguns empregadores.

O assédio moral no ambiente de trabalho relaciona-se à exposição dos empregados a situações vexatórias de forma repetida e prolongada durante o exercício de suas funções. Essa espécie de assédio encontra sinônimos na literatura internacional, sendo também conhecido como *mobbing* (Itália, Alemanha e Escandinávia), *harcèlement moral* (França) e *acoso moral* (Espanha). Marcelo Rodrigues Prata, dissertando sobre o tema, assim o define:

O assédio moral no trabalho se caracteriza por qualquer tipo de atitude hostil, individual ou coletiva, dirigida contra o trabalhador por seu superior hierárquico (ou cliente do qual dependa economicamente), por colega do mesmo nível, subalterno ou por terceiro relacionado com a empregadora, que provoque uma degradação da atmosfera de trabalho, capaz de ofender a sua dignidade ou de causar-lhe danos físicos ou psicológicos, bem como de induzi-lo à prática de atitudes contrárias a própria ética, que possam excluí-lo ou prejudicá-lo no progresso em sua carreira. São considerados relevantes ao conceito de assédio moral no trabalho os atos ou o comportamento, que por sua gravidade ou repetição continuada, sejam hábeis a desestruturar o laborista (PRATA, 2008, p. 57).

O Tribunal Superior do Trabalho entende cabível a indenização por dano moral nos casos de assédio, considerando para que se configure, os aspectos já comentados. O valor da indenização, conforme já demonstrado, deve observar, sobretudo, os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, conforme entendimento jurisprudencial que segue:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. ASSÉDIO MORAL. O Tribunal a quo impôs a indenização por danos morais em decorrência do conjunto probatório que indicou que a empresa assediava moralmente os seus empregados, pela forma de tratamento ameaçador, degradante e humilhante, criando um ambiente tenso de trabalho (...) QUANTUM INDENIZATÓRIO . O valor fixado a título de dano moral deve levar em consideração duas finalidades: punir o infrator e compensar a vítima, em valor razoável, o suficiente para que se reprima o ato lesivo, sem ser um valor inócuo ou que propicie o enriquecimento sem causa [...] Agravo de instrumento a que se nega provimento (TST - AIRR: 16316020115030009 1631-60.2011.5.03.0009, Relator: Alexandre de Souza Agra Belmonte, Data de Julgamento: 26/06/2013, 3ª Turma).

Outra espécie de assédio passível de ocorrer no ambiente de trabalho é o sexual, devidamente tipificado no Código Penal (CP)⁴. Embora doutrinadores como Peduzzi (2007) se posicionem no sentido de que o assédio sexual, ao contrário do assédio moral, acontece no âmbito da relação hierárquica da forma como prevê a norma legal em comento, ou seja,

⁴ Assédio sexual. Art. 216-A: Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função.

consideram que a subordinação jurídica entre empregado e empregador é utilizada como tentativa de obtenção de favores sexuais, há opiniões divergentes como a de Prata (2008), ao defender que a definição do tipo penal não esgota a conceituação de assédio sexual. Para esse autor, a relação de poder entre os sujeitos não é requisito essencial para a caracterização do assédio sexual, podendo ser vislumbrado também dentro de relações do tipo horizontal. Pamplona Filho (2001) comunga dessa opinião, esclarecendo que tal situação pode ocorrer entre colegas de serviço, empregados e clientes da empresa e até mesmo entre empregado e empregador, figurando este último como vítima. Ele acrescenta que o mais importante nesses casos é saber efetivamente de quem é a autoria do assédio, para efeito de delimitação das responsabilidades.

Corroborando com essa linha de raciocínio, destaca-se a seguinte ementa:

TRT-PR-23-07-2010 DANOS MORAIS - INDENIZAÇÃO - ASSÉDIO SEXUAL - RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR. O assédio sexual, como tentativa de dominação sexual da vítima, por chantagem ou por qualquer outro expediente que, de alguma forma, importe restrição de igualdade de oportunidade ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão, não se vincula ao tipo penal restritivo do art. 216-A do Código Penal. Para fins de Direito do Trabalho basta a conduta constrangedora do assediador com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual da vítima, que cause algum temor a esta, independente daquele se encontrar em posição hierárquica superior. O que se busca proteger é, além da liberdade sexual da vítima, também a segurança e a harmonia do ambiente laboral, além do dever de proteção do empregador em relação a seus empregados. Recurso ordinário da autora a que se dá provimento para deferir indenização por danos morais (TRT-9 3293420079903 PR 32934-2007-9-9-0-3, Relator: ROSALIE MICHAELE BACILA BATISTA, 2A. TURMA, Data de Publicação: 23/07/2010).

3.3 O dano moral nas relações de trabalho

Sabe-se que boa parte dos empregados não ostenta um patrimônio material considerável, porém, eles possuem algo bem mais valioso, que necessariamente deve ser respeitado: sua honra, moral e sua intimidade. No momento em que há violação e desrespeito ao íntimo do obreiro, causando-lhe dor em decorrência de ato de seu empregador, existirá um dano moral a ser indenizado.

O artigo 2º da CLT determina que é do empregador o poder de dirigir o empregado, controlando o que ele deve fazer no emprego. Desta feita, surge o poder disciplinar, de fiscalização e controle, ínsita da relação de emprego. O empregado, por sua vez, é subordinado ao empregador, como prescreve o já citado artigo 2º da Consolidação em comento.

Dentro desta relação podem, contudo, surgir excessos provindos do poder de direção do empregador ou de seus prepostos, causando ao empregado dor moral em razão do ato praticado.

Sobre o tema, Vólia Bomfim Cassar assim se posiciona:

O maior patrimônio ideal do trabalhador é a sua capacidade laborativa, que deriva da reputação conquistada no mercado, do profissionalismo, da dedicação, da produção, da assiduidade, da capacidade, etc. Nesta linha de raciocínio, é de se considerar ato lesivo à moral do empregado todo aquele que afete o indivíduo para a vida profissional, insultando, de forma leviana, a imagem profissional do empregado, impedindo sua ocupação profissional no mercado etc. (CASSAR, 2011, p. 962).

Importante consideração a ser feita é que o Direito do Trabalho não trata exatamente do dano moral ou da sua responsabilidade, existindo, portanto, omissão da CLT sobre o tema. Porém, a norma insculpida no artigo 8º, parágrafo único da CLT preleciona que “o direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste”. Ora, o dano moral é perfeitamente compatível com os princípios fundamentais do Direito do Trabalho, que também visa à proteção da intimidade do trabalhador. Assim, sobre esse assunto, tem-se que as normas pertencentes ao direito comum (direito civil) poderão ser aplicadas na Justiça Laboral a fim de regular os casos concretos a que porventura venham a surgir.

Os danos morais podem ocorrer nas fases: pré-contratual, durante o contrato de trabalho ou na sua execução e no momento pós-contratual.

A fase pré-contratual, compreende o período anterior ao contrato de trabalho. “É a fase de testes, de análise de currículo, exame médico, psicotécnico, dinâmica de grupo, questionários, que compreende o processo de seleção do trabalhador” (MARTINS, 2008, p. 66).

O julgado a seguir vai ao encontro do entendimento já pacificado na doutrina:

DANO MORAL PRÉ-CONTRATUAL. COMPROVAÇÃO. DEVER DE REPARAÇÃO. CABIMENTO. Restando demonstrado nos autos que o reclamante sofreu violação moral em face de ato praticado pela reclamada, atingindo-lhe a autoestima e demais valores de cunho extrapatrimonial, certamente será cabível a reparação indenizatória correspondente, ainda que o dano tenha se materializado na fase pré-contratual, ou seja, mesmo que a violação tenha ocorrido nos atos preparatórios para contratação (TRT-14 - RO: 416 RO 0000416, Relator: JUIZA FEDERAL DO TRABALHO CONVOCADA ARLENE REGINA DO COUTO RAMOS, Data de Julgamento: 27/10/2010, SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DETRT14 n.0199, de 03/11/2010).

Durante a fase contratual, não é comum o ajuizamento de ações trabalhistas que visem à indenização pelo dano moral sofrido, na medida em que o trabalhador, via de regra, teme pelas retaliações que possa vir a sofrer, sobretudo pela possibilidade de ser dispensado do emprego.

Martins (2008) chama a atenção para o fato de que a simples despedida sem justa causa, não configura dano moral, já que a dispensa é um direito regular do empregador, configurando direito potestativo ao qual o empregado não pode se opor.

De outra banda, Machado (2013) esclarece que o empregador pode, segundo seu critério de conveniência e oportunidade, despedir o empregado. Entretanto, não pode utilizar a despedida com ou sem justa causa para acobertar um ato discriminatório, sendo que os atos preconceituosos que geram o direito à indenização são aqueles que remetem o empregado a situações vexatórias, degradantes, de humilhação e que ofendem a dignidade e a honra.

Destarte, há diversos exemplos na jurisprudência de situações que ensejaram direito à indenização a ser percebida pelo obreiro, face ao excesso cometido pelo empregador. Nesse sentido, confira o leitor os seguintes escólios jurisprudenciais:

DANO MORAL. EXCESSO DE PODER DIRETIVO. REPARAÇÃO RAZOÁVEL - O exercício do poder de comando do empregador tem limite no direito de o empregado ver preservada sua honra (TRT-5 - RO: 1169001920075050661 BA 0116900-19.2007.5.05.0661, Relator: NÉLIA NEVES, 4ª. TURMA, Data de Publicação: DJ 02/03/2010).

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL. REVISTA ÍNTIMA. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. ADOÇÃO DE COMPORTAMENTO INADEQUADO. EXCESSOS. Em respeito ao princípio da proporcionalidade, e, porquanto constatado, a partir do quadro fático retratado no acórdão regional, que as revistas praticadas pela Reclamada constituíam comportamento inadequado, sobretudo porquanto consignado pela decisão recorrida que havia brincadeiras por parte dos seguranças, bem como a necessidade de o Empregado se despir para a revista, configurando-se ato constrangedor por parte da Empresa, constata-se, de fato, o ato ilícito por parte do Empregador, nos termos dos arts. 187 e 927 do CCB. Agravo de Instrumento conhecido e não provido (TST - AIRR: 173005220095050015 17300-52.2009.5.05.0015, Relator: Maria de Assis Calsing, Data de Julgamento: 15/05/2013, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 17/05/2013).

Tema bastante discutido na doutrina e jurisprudência diz respeito à possibilidade de o empregador realizar revistas em seus empregados. Sobre o assunto, Plá Rodrigues, citado por Vólia Bomfim Cassar assim dispõe:

A revista pessoal deve ser aceita dentro de certas condições para evitar situações desconfortáveis para o empregado. A revista quando necessária deve ser feita, uma vez que o empregador também tem o direito de se prevenir sobre eventual subtração de bens, fato que pode gerar enorme prejuízo e, por consequência, até uma despedida em massa dos trabalhadores em virtude da situação financeira da empresa

(que decorreu dos desvios de bens). De qualquer sorte, deve ser feita de forma a tentar preservar a dignidade do trabalhador. Se for abusiva, pode gerar dano moral (RODRIGUES, 1986 *apud* CASSAR 2011, p. 966).

Nesse sentido, tem-se que as revistas pessoais passíveis de gerar dano moral com direito à indenização, abarcam os casos abusivos e vexatórios, posição também vista na jurisprudência pátria:

RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. REVISTA ÍNTIMA. CONFIGURAÇÃO. Para configurar-se o dano moral há necessidade de violação de um direito de personalidade. Tal ilícito deve ser capaz de alterar o estado íntimo da pessoa, gerando abalo emocional, uma variação psíquica, enfim. A ofensa emocional também é verificada quando há dor ou sofrimento moral, atingindo a honra do indivíduo, inserindo-se, assim, no universo dos valores do mesmo. Basta o gravame anormal a que o dever de indenizar resplandeça. Na hipótese dos autos, a revista realizada no obreiro enseja o reconhecimento da existência de dano moral, porque configurado ato ilícito praticado pela empresa, ou seja, a realização de revista íntima, conforme admite a própria preposta da empresa, violando o princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, considero que a revista como era realizada, com apalpadelas nas partes íntimas do empregado, importou em abuso do direito patronal de preservação do patrimônio da empresa. Panorama ... (TRT-6 - RO: 8322010506 PE 0000008-32.2010.5.06.0002, Relator: Aline Pimentel Gonçalves, Data de Publicação: 18/01/2011).

De forma analógica, a instalação de câmeras para monitoramento eletrônico dos empregados nos ambientes da empresa é permitida com ressalvas, ou seja, desde que não cause constrangimento e viole a intimidade e liberdade de seus funcionários. Pantaleão (2013) cita que o monitoramento deve ser restrito ao ambiente de trabalho e o de acesso à empresa, não sendo admitido em locais como banheiros e vestiários, ainda que se visualize apenas a parte coletiva, como pias, etc.

As decisões proferidas pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST) ratificam esse entendimento, conforme jurisprudência que adiante segue:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DANO MORAL. INVASÃO DE INTIMIDADE. CAMÉRAS DE VÍDEO NO BANHEIRO. ÔNUS DA PROVA. VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 818 DA CLT E 333, I, DO CPC. NÃO CONFIGURAÇÃO. NÃO-PROVIMENTO. A controvérsia ora devolvida à apreciação desta Corte Superior diz respeito à indenização por danos morais face à invasão de intimidade do reclamante em decorrência da instalação de câmeras de vídeo no banheiro. Do acórdão do Regional extrai-se que restou provada que a reclamada ao permitir a instalação de câmeras em local impróprio invadiu a intimidade dos obreiros (...) Agravo de instrumento a que se nega provimento (TST - AIRR: 1660402620035030044 166040-26.2003.5.03.0044, Relator: Guilherme Augusto Caputo Bastos, Data de Julgamento: 05/04/2006, 1ª Turma, Data de Publicação: DJ 05/05/2006).

Outro ponto bastante discutido e atual é se o preceito constitucional que tutela à inviolabilidade de correspondência (artigo 5º, X, CF/88)⁵ aplica-se também às correspondências eletrônicas (*e-mails*). O entendimento majoritário, inclusive defendido pelo doutrinador Delgado (2012) é o de preservar a intimidade dessa espécie de correspondência, caso sejam pessoais do empregado. Por outro lado, os *e-mails* corporativos, fornecidos aos empregados como ferramenta de trabalho, não se enquadram na hipótese constitucional de manutenção na intimidade. Entretanto, o autor faz uma ressalva acerca desse aspecto, considerando prudente que o empregador, ao fornecer o *e-mail* corporativo, esclareça sobre a vedação de seu uso para fins particulares ou irregulares.

Nesse sentido, a jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho (TRT) 9ª Região:

TRT-PR-12-09-2008 "E-MAIL" CORPORATIVO. RASTREAMENTO PELA EMPRESA. INEXISTÊNCIA DE DANO MORAL. Evidente que o empregado, ao receber uma caixa de "e-mail" de seu empregador para uso corporativo, mediante ciência prévia de que nele somente podem transitar mensagens profissionais, não tem razoável expectativa de privacidade quanto a esta, podendo o empregador monitorar e rastrear a atividade do empregado no ambiente de trabalho, sem que tal situação configure dano moral ao empregado (TRT-9 150220061909 PR 1502-2006-1-9-0-9, Relator: LUIZ CELSO NAPP, 4A. TURMA. Data de Publicação: 12/09/2008).

Na fase pós-contratual, estar-se-ia configurado o dano moral quando o empregador fornecesse informações desabonadoras e inverídicas acerca da conduta do empregado, atingindo sua reputação profissional e boa fama. Há, inclusive, empresas que se utilizam de cadastros de empregados que ajuizaram ações na justiça do trabalho (listas negras), visando impedi-los de conquistar novos empregos o que, sem dúvida, viola a garantia internacional do direito ao trabalho, privando o indivíduo de sobreviver e sustentar sua família. Em consonância com essa afirmação, ressalte-se o contido no artigo 23 da Declaração dos Direitos do Homem: “todo homem tem direito ao trabalho, à livre escolha do emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego”.

Confirmando essa linha de raciocínio, destaca-se a seguinte ementa:

TRT-PR-18-01-2008 DANO MORAL. REFERÊNCIAS DESABONADORAS À IMAGEM DO EMPREGADO. PERÍODO PÓS-CONTRATUAL. INDENIZAÇÃO DEVIDA. A indenização por danos morais resulta da comprovação de três requisitos: ato ilícito praticado pelo empregador, dano sofrido pelo empregado e nexo de causalidade entre ambos, os quais restam amplamente configurados quando

⁵ Art. 5º X, CF/1988 “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

o empregador, após a rescisão contratual, repassa a possíveis futuros empregadores informações desabonadoras do empregado, que acabam por obstar sua contratação. Recurso da Reclamada a que se nega provimento (TRT-9 105432006652908 PR 10543-2006-652-9-0-8, Relator: UBIRAJARA CARLOS MENDES, 1A. TURMA, Data de Publicação: 18/01/2008).

Martins (2008) entende que a prova das informações prestadas pelo empregador após o término do contrato de trabalho é difícil, pois o empregado muitas vezes não conseguirá gravar as conversas telefônicas.

3.4 Competência para julgar o dano moral trabalhista

Competência vem do latim *competentia*, de *competere* (estar no gozo ou no uso de, ser capaz, pertencer ou ser próprio). A competência é uma parcela da jurisdição atribuída a cada juiz, ou seja, é a delimitação do poder jurisdicional. É, portanto, o limite (a medida) da jurisdição.

A competência da Justiça do Trabalho para examinar o pedido de dano moral não foi sempre uma posição pacífica na doutrina e nos Tribunais. Havia correntes que entendiam ser a prestação jurisdicional pautada de acordo com a causa de pedir e o pedido, que decorrem do ilícito de Direito Civil. Assim, a pretensão relativa à indenização por dano moral teria seu fundamento em norma de Direito Civil, sendo a Justiça Comum competente para instruir e julgar a causa, não obstante o conflito se desse entre empregado e empregador.

Pacificando essa controvérsia, a Emenda Constitucional nº 45/2004 acresceu o inciso VI ao artigo 114⁶ da Carta Magna, atribuindo competência à Justiça do Trabalho para processar e julgar ações de indenização por dano moral ou material decorrentes da relação de trabalho.

Confirmando essa linha de pensamento, o TST editou a Súmula nº 392, que assim dispõe: “Nos termos do art. 114 da CF/1988, a Justiça do Trabalho é competente para dirimir controvérsias referentes à indenização por dano moral, quando decorrente da relação de trabalho (ex - OJ nº 327 da SBDI-1 - DJ 09.12.2003)”.

Desta feita, o posicionamento moderno no qual convergem doutrina, legislação e jurisprudência é o de que a pretensão de indenização por dano moral, embora possua natureza

⁶ Art. 114, CF/1988: “Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar VI - as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho”.

civil, é de competência da Justiça especializada laboral, desde que advenha de uma relação de trabalho.

O julgado a seguir ilustra o referido posicionamento:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. DANO MORAL. -Nos termos do art. 114 da Constituição Federal de 1988, a Justiça do Trabalho é competente para dirimir controvérsias referentes à indenização por dano moral, quando decorrente da relação de trabalho- (Súmula nº 392 desta Corte). Agravo de instrumento a que se nega provimento (TST - AIRR: 864409320075010068 86440-93.2007.5.01.0068, Relator: Pedro Paulo Manus, Data de Julgamento: 25/03/2009, 7ª Turma,, Data de Publicação: 27/03/2009).

Ressalte-se que a competência material da Justiça do Trabalho também abarca as ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente de trabalho, em consonância com a súmula vinculante nº 22 do STF: “A Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar as ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente de trabalho propostas por empregado contra empregador, inclusive aquelas que ainda não possuíam sentença de mérito em primeiro grau quando da promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004”.

Destarte, ao se reconhecer a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar as causas que envolvam pedido de dano moral na relação de trabalho, tem-se que o magistrado trabalhista deve atentar quanto às dificuldades que, de forma geral, norteiam a produção de provas pelo trabalhador a fim de configurar o fato constitutivo do seu direito. Por outro lado, condutas que afrontem a dignidade da pessoa humana, atingindo o empregado em seu âmago, conforme já relatado ao longo desse capítulo, devem ser devidamente coibidas, o que pode vir a justificar a flexibilização das normas inerentes às provas no Processo do Trabalho.

04 CAPÍTULO 03 A PRODUÇÃO PROBATÓRIA NO DANO MORAL POR ASSÉDIO E A PROVA “DIABÓLICA”

As questões que envolvem a prova, nas ações em que se pleiteia indenização por dano moral, são tema de extensos debates na doutrina e jurisprudência. A relevância decorre da natureza de direito personalíssimo do bem ofendido e, sobretudo, da dificuldade de percepção exterior dos danos sofridos, tratando-se de sentimentos íntimos dos seres humanos.

4.1 A necessidade (ou não) de prova para a configuração do dano moral

A prova, no direito, tem por escopo o convencimento do magistrado, que é o seu destinatário. Buscam-se, pois, elementos que traduzam os fatos o mais próximo possível da realidade. Entretanto, a questão dificultosa nesse assunto é como tornar palpáveis os sentimentos do sujeito ofendido. “Bastaria apenas a comprovação do ato ilícito que originou o dano, traduzido muitas vezes em palavras, gestos ou documentos ou faz-se necessário, também a prova do dano, prejuízo advindo em sua consequência?”(NASCIMENTO, 2011, p. 179).

Sobre o tema, embora uma parte dos juristas entenda que é imprescindível a comprovação do dano efetivamente sofrido pelo ofendido para que haja indenização, tendo em vista entenderem que a ausência de prova robusta nesse sentido poderia implicar em injustiças, a maior parte da doutrina e jurisprudência direciona-se no sentido de que a prova do dano moral não pode ser feita através dos mesmos meios utilizados para a comprovação do dano material. Para essa corrente, seria algo praticamente impossível exigir a comprovação do sofrimento, tristeza e humilhações, através dos meios probatórios tradicionais, bastando, nesses casos, a comprovação do fato gerador das ofensas.

Em digressão acerca do assunto, Eurípedes Brito assim expõe seu pensamento:

Não se prova o dano moral (sente-se o sofrimento moral) e a prova a ser feita é do fato ou fatos que provocaram tal dor. O juiz avaliará, a seu critério e prudente arbítrio, como diz a lei, o valor devido pelo autor do fato ofensivo em favor da vítima, desde que considere provado tal fato e o tenha realmente, como ofensivo à moral e aos sentimentos íntimos da vítima (BRITO, 2012, p. 2).

Rui Stoco, grande estudioso dos temas que abordam a responsabilidade civil, comunga desse mesmo entendimento:

A prova do dano, do efetivo prejuízo, torna-se desnecessária, tendo em vista sua natureza imaterial, o que inviabiliza sua exteriorização: a causação do dano moral independe de prova, ou melhor, comprovada a ofensa moral o direito à indenização desta decorre, sendo dela presumido [...] Significa, em resumo, que o dever de reparar é corolário da verificação do evento danoso, dispensável, ou mesmo incogitável, a prova do prejuízo (STOCO, 2004, p. 1691).

A posição da jurisprudência também não é pacífica. Porém, de forma majoritária, entende-se que a prova do dano moral prescinde de comprovação do efetivo prejuízo sofrido pelo obreiro, tendo em vista que tal situação ocorre não no mundo dos fatos, mas tão somente no âmbito psicológico do ofendido. O julgado a seguir demonstra a discrepância de pensamento entre Tribunal Regional e Tribunal Superior do Trabalho, sendo que, nas instâncias superiores, sinalizou-se no sentido de ser inviável a prova do dano.

INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL - NOME DO EMPREGADO FIGURANDO EM LISTA NEGRA-CONFIGURAÇÃO. 1. O art. 5º, X, da Constituição Federal assegura a indenização por dano moral. Do preceito constitucional em comento, percebe-se que a violação da honra e da imagem do cidadão está ligada àquela que atinja o âmago da pessoa humana, equiparando-se à violação da intimidade, devendo ser provada de forma inequívoca para que possa servir de base à condenação do pagamento da respectiva indenização por dano moral. 2. Na hipótese vertente, o Regional entendeu que era indevida a indenização por dano moral, tendo em vista a ausência de comprovação do efetivo prejuízo do Reclamante pela inclusão de seu nome em lista negra, uma vez que o Obreiro ficou afastado do mercado de trabalho por longo período antes de seu nome ser incluído na referida listagem e deu início, dois anos depois do seu desligamento, a um empreendimento próprio, de onde se infere a ausência de comprovação do manifesto prejuízo. 3. Nesse contexto, a decisão regional está em desconformidade com o entendimento firmado nesta Corte Superior no sentido de que o mero fato de o nome do empregado constar nas denominadas -listas negras- já enseja o direito de reparação por danos morais. Assim sendo, ressalvado ponto de vista pessoal, merece reforma a decisão regional, para que seja deferida ao Reclamante a indenização postulada. Recurso de revista parcialmente conhecido e provido (TST - RR: 9956500422006509 9956500-42.2006.5.09.0091, Relator: Ives Gandra Martins Filho, Data de Julgamento: 26/11/2008, 7ª Turma, Data de Publicação: DJ 28/11/2008).

Percebe-se, portanto, que embora o entendimento sobre a matéria não seja unânime, a maioria da jurisprudência e correntes doutrinárias manifesta-se no sentido da desnecessidade de prova do dano e sofrimento. “A prova do dano não é imprescindível porque o magistrado, de acordo com os elementos de convicção colhidos no processo, poderá presumir a existência do dano moral” (NASCIMENTO, 2011, p. 187).

4.2 Os meios de prova passíveis de demonstrar o fato causador do dano moral por assédio

Em que pese a maioria da doutrina e jurisprudência entenderem pela dispensa da prova do dano moral, é pacífico o entendimento no sentido de exigir-se forte comprovação de seu fato causador, com o fito de evitar pleitos movidos por pura vingança, o que ensejaria condenações injustas e enriquecimento ilícito dos supostos ofendidos.

Nesse sentido direciona-se a jurisprudência pátria:

DANO MORAL. Se a ofensa é grave e de repercussão, por si só justifica a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao lesado. Tal prova decorre inexoravelmente da gravidade do próprio fato ofensivo, de sorte que, provado o fato, provado está o dano moral. (TRT-1 700200232201000 RJ 00700-2002-322-01-00-0, Relator: DESEMBARGADORA NÍDIA DE ASSUNÇÃO AGUIAR, Data de Julgamento: 16/06/2004, TURMA 5, Data de Publicação: DORJ DE 07/07/2004, P. III, S. II, FEDERAL).

A prova do fato ensejador do dano moral, como visto, deve ser robusta, podendo o requerente valer-se de inúmeros meios de prova, conforme determinações contidas no artigo 332 do CPC. Assim, o magistrado trabalhista deverá analisar o conjunto probatório atinente ao caso, considerando todas as provas produzidas, sejam testemunhais, documentais, periciais, dentre outras.

Em comentário acerca da importância da prova envolvendo testemunhas para configurar o dano moral, Jorge Luiz Oliveira da Silva assim se posiciona:

A prova testemunhal retrata, em geral, a percepção daqueles que observaram de perto todo o processo. Portanto, é de grande valia, pois possibilita ao juiz visualizar as situações vivenciadas pela vítima, pelas considerações das testemunhas. Em que pese a necessidade de cautela na aferição da prova testemunhal, o juiz certamente saberá sopesar todas as nuances que envolvem esse tipo de prova, chegando à conclusão mais justa (SILVA, 2012, p. 286).

As provas do tipo documental, quando existentes, devem ser cuidadosamente colecionadas pelo ofendido e abarcam diversas espécies, tais como memorandos, bilhetes, receituários médicos, mensagens eletrônicas (*e-mails*) e postagens em redes sociais, sendo que estas últimas, na atual era da Informática, aparecem com destaque.

O julgado a seguir ilustra tal situação de forma concreta:

TRT-PR-18-09-2009 DANO MORAL. ACUSAÇÃO DE FURTO. DIVULGAÇÃO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. A divulgação, por e-mail, pelo preposto da empresa tomadora de serviços a outros empregados desta, bem como da prestadora de

serviços, de que o autor foi demitido de terceira empresa por ter furtado notebooks, envolve fato lesivo à dignidade, imagem e autoestima do autor, configurando dano moral, que deve ser reparado mediante indenização, de forma a restabelecer o respeito e a dignidade do trabalhador e minimizar o seu sofrimento (TRT-9 62572006892903 PR 6257-2006-892-9-0-3, Relator: RUBENS EDGARD TIEMANN, 5ª TURMA, Data de Publicação: 18/09/2009).

O doutrinador Jorge Luiz Oliveira da Silva (2012) ressalta que a confissão como meio de prova para configurar o fato causador do dano moral deve ser aferida pelo juiz em consonância com o restante das provas produzidas, sendo vedada em relação a direitos indisponíveis. Da mesma forma, as declarações da vítima, enquanto meios de prova, devem ser encaradas pelo juiz com extrema cautela, não servindo, por si só, para demarcar qualquer tipo de direito pleiteado.

Nesse contexto, é cediço que o citado artigo 332 do CPC limita a produção probatória, na medida em que somente considera os meios legais e moralmente legítimos para provar a verdade dos fatos, conceito extraído da própria Constituição Federal em seu artigo 5º, LVI: “São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

Entretanto, algumas vertentes da doutrina e jurisprudência já admitem a obtenção da prova pelos meios ditos ilícitos, defendendo que a efetividade da prova e a busca pela verdade real seriam fins que justificariam tal situação. Essa possibilidade será especificamente abordada no capítulo seguinte, levando-se em consideração os aspectos particulares ao contexto ora discutido.

4.3 O ônus da prova no dano moral por assédio

As demandas que envolvem pedido de dano moral, para obterem êxito, deverão ter as práticas assediadoras devidamente provadas na fase de instrução processual, a fim de fornecer subsídios para o magistrado trabalhista. O julgador, a partir das provas constantes nos autos, deverá certificar-se da continuidade, sistematização e caracterização das condutas, evitando, com isso, que situações meramente casuais e esporádicas venham a gerar uma indevida indenização.

Nesse sentido, tem-se que os fatos que ensejam pedido de dano moral são constitutivos do direito do autor, devendo, *a priori*, por ele serem provados. Assim, ao considerar a teoria clássica (estática) do ônus probatório presente no atual CPC, é unicamente

o ofendido que deverá provar os fatos ensejadores do dano moral, sob pena de sua demanda ser julgada improcedente nesse aspecto em particular.

Entretanto, é pacífico o entendimento de que as questões que envolvem dano moral, especificamente na Justiça do Trabalho, são de difícil prova por parte do que sofre a ofensa, uma vez que na maioria das vezes sua ocorrência se dá de forma obscura, camuflada e sem presença de terceiros, que poderiam eventualmente servir como testemunhas. Assim, é indiscutível a dificuldade de o trabalhador provar, de forma inequívoca, que fora vítima de assédio, seja moral ou sexual, passíveis de causar-lhe dano. Em sendo assim, tem-se que a doutrina e jurisprudência estão mitigando essa exigência. O julgado a seguir ilustra tal observação:

Assédio Sexual - Prova - Exigir-se prova cabal e ocular para vislumbrar o assédio sexual é simplesmente impossibilitar a prova em Juízo, e assim contribuir para que ilicitude de tanta gravidade continue ocorrendo (TRT-2 - RO: 20000383150 SP 20000383150, Relator: VERA MARTA PUBLIO DIAS, Data de Julgamento: 14/08/2001, 10ª TURMA, Data de Publicação: 31/08/2001).

Com base nesses aspectos e sempre visando a busca pela verdade real, vislumbra-se a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus probatório, com a distribuição do encargo àquele com maiores condições de produzir a prova no caso concreto, bem como a possibilidade de inversão do ônus probatório nas demandas em que há pedido de indenização por dano moral.

Nesse ponto, vale a ressalva de que a legislação atual prevê a possibilidade de o magistrado redistribuir o ônus da prova nas causas que envolvem relação consumerista, quando o consumidor apresentar-se hipossuficiente ou, em sendo verossímil sua alegação, segundo as regras ordinárias de experiência, objetivando, com isso, facilitar sua defesa em Juízo. Assim, estar-se-ia permitindo o equilíbrio entre partes que originariamente encontravam-se em posição desigual na demanda⁷.

Todavia, cumpre esclarecer que tal hipótese é excepcional, não devendo ser adotada sem a observância criteriosa dos requisitos necessários à medida:

[...] Se a inversão do ônus da prova é medida excepcional que altera a conduta das partes a ser desenvolvida no processo, como tal deve ser tratada, possibilitando aos litigantes desincumbirem-se de seu novo ônus probatório, em estrita obediência ao princípio do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal e da isonomia processual (ZANETI, 2011, p. 161).

⁷ Art. 6º. São direitos básicos do consumidor: “VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências”.

Por outro lado, sabe-se que o direito do trabalho e o direito do consumidor têm em comum o fato de ambos apresentarem sujeito hipossuficiente em um dos polos da relação jurídica, o que justificaria a possibilidade de aplicação da teoria de inversão do ônus probatório também na seara do direito do trabalho.

Juliana Resun Pierin admite a possibilidade de inversão do ônus probatório nos casos que envolvem pedido de dano moral por assédio, posicionando-se da seguinte forma:

[...] transportando o princípio em apreço para o assédio moral, numa reclamação trabalhista, na qual o demandante se encontre em dificuldade de produzir a prova dos atos lesivos, seja porque os atos tidos como ofensivos à sua dignidade se deram às portas fechadas ou porque suas testemunhas estejam sofrendo represálias, pode o magistrado inverter o ônus para a empresa, para que esta prove que em seu ambiente laboral não há condutas que caracterizem o assédio moral (PIERIN, 2011, p. 17).

Seguindo a mesma linha de intelecção, demonstra-se o entendimento de José Affonso Dallegrave Neto:

Ao magistrado será possível a utilização das máximas de experiência para a apreciação jurídica (subsunção) dos fatos, nomeadamente quando a aplicação do direito depender de juízos de valor, como são os casos de assédio sexual. Da mesma forma, nestas hipóteses, considerando o caráter contratualmente vulnerável da vítima, a sua hipossuficiência e a dificuldade de produzir prova sobre fatos que se cometem longe do olhar das testemunhas (*qui clam comittit solent*), ao juiz será recomendável que inverta o ônus da prova, determinando que ao agente recaia o encargo de comprovar a inexistência de qualquer prática de assédio no ambiente de trabalho (DALLEGRAVE NETO, 2013, p. 14).

A Jurisprudência também coleciona julgados acolhendo a possibilidade de dinamização nas regras clássicas de distribuição do ônus probatório em situações nas quais se pleiteia indenização por dano moral:

INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. ÔNUS DA PROVA. Existindo prova dividida quanto ao uso correto ou não do equipamento de proteção individual que poderia elidir a responsabilidade da ré e configurar culpa exclusiva do recorrente no infortúnio, inverte-se o ônus da prova, que passa a ser da reclamada. A gravidade do acidente de trabalho típico que atingiu o olho do reclamante (inclusive nervo ótico e visão) por meio do atrito ou abrasão por corpo estranho, tendo-o afastado de suas atividades laborais, configura dano moral, passível de indenização. Recurso Ordinário conhecido e provido (TRT-16 1441200901316004 MA 01441-2009-013-16-00-4, Relator: LUIZ COSMO DA SILVA JÚNIOR, Data de Julgamento: 21/07/2010, Data de Publicação: 03/08/2010).

Em recente julgado, o TRT 4ª Região firmou entendimento no sentido de inverter o ônus da prova em caso de assédio moral, conferindo à reclamada a prova de sua inexistência. Segue abaixo trecho da certidão de julgamento que registra tal opinião:

RECURSO DA RECLAMANTE. 1. "RESCISÃO INDIRETA". ASSÉDIO MORAL. ART. 483, LETRA "D", DA CLT. A reclamante insiste ter a ruptura do contrato sido resultante de falta grave imputada à empregadora, em virtude de constante assédio moral. Embora a dificuldade de prova, aduz, os depoimentos das testemunhas revelam a cobrança para execução das tarefas que lhe eram dispensadas em excesso, em relação às demais colegas. Ademais, também restou demonstrada a prática de assédio moral pela supervisora, mediante frequente ridicularização da autora para a desestabilizar emocionalmente, já que passara por tratamento de depressão. Por fim, por aplicação supletiva do art. 6º, inciso VIII, do CDC, diante da verossimilhança do alegado, entende deveria ter sido feita a inversão do ônus da prova. Análise. Efetivamente, é de difícil comprovação o assédio moral, em alguns casos. [...] No caso em tela, entendo comprovado objetivamente o assédio, levando em conta, ainda, a dificuldade da sua prova em juízo. [...] A testemunha trazida pela reclamada não presenciou tais situações. Entendo, ademais, que, ante os fatos acima narrados, competia à reclamada a prova da inexistência do assédio (TRT-04 RO 0000208-92.2012.5.04.0303 Desembargador: Alexandre Corrêa da Cruz, Data de Julgamento: 07/02/2013).

Nesse ponto, vale o destaque acerca da majoração dos poderes do juiz no direcionamento do processo, o que jamais poderá ser confundido com arbítrio, devendo o magistrado justificar tal flexibilização com argumentos jurídicos no caso concreto e sempre observando o contraditório. Não se trata, pois, de alterar as regras clássicas de distribuição do ônus da prova sempre que existir pedido envolvendo dano moral, mas tão somente, quando houver grande dificuldade para o trabalhador em provar o seu direito.

Demais disso, em sendo o processo um instrumento para a consecução da justiça, só será considerado efetivo a partir do momento em que propicia o reconhecimento do direito material a quem o detenha, devendo o magistrado utilizar-se de todos os mecanismos possíveis para atingir tal mister.

Dissertando sobre o tema, Paulo Rogério Zaneti, de forma pertinente, assim se manifesta:

Deve o juiz utilizar-se de seus poderes instrutórios ou de todos os mecanismos possíveis que lhe permitem aproximar-se da verdade real dos fatos para prestar a tutela jurisdicional perseguida e almejada pelas partes. Se um desses mecanismos para buscar a verdade corresponder à distribuição dinâmica do ônus probatório em determinado caso específico, deve o magistrado adotá-la, valendo-se, nesse caso, de seus poderes instrutórios para garantir a estrita observância do princípio da isonomia e do equilíbrio processual entre as partes (ZANETI, 2011, p. 149).

Saliente-se que a decisão justa, ou seja, em conformidade com os valores constitucionais do Estado de Direito, provoca sensação de confiança e tranquilidade não

apenas entre as partes que compõem a lide, mas, sobretudo, reflete em toda a sociedade, que passa acreditar na consecução da justiça social. Nas palavras de Higino Neto (2010, p. 119) “o juiz-cidadão deve ter em mente que ao resolver aquele pequeno conflito individual estará semeando na sociedade o germe da pacificação”.

Outro aspecto de importante abordagem e discutido tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, haja vista essa questão não ser disciplinada em lei, é o que envolve o momento da modificação do ônus da prova pelo juiz. A maioria dos posicionamentos, entretanto, defende que tal momento deve ocorrer antes da audiência de instrução. “A inversão do ônus da prova deve ser levada a efeito pelo juiz do trabalho antes do início da audiência de instrução em decisão fundamentada (art. 93, IX, CF), para que a parte contra a qual o ônus da prova foi invertido não seja pega de surpresa” (SCHIAVI, 2011, p. 63).

O autor em comento, todavia, ao considerar que a regra atinente ao ônus da prova é de julgamento, destaca a possibilidade de ocorrer a inversão na própria sentença, ou até mesmo em sede de recurso no Tribunal, desde que em decisão devidamente fundamentada. O aludido doutrinador conclui que, embora a inversão do ônus da prova deva ser realizada, preferencialmente, antes da audiência de instrução e julgamento, nada obsta a que possa ocorrer no momento da sentença.

Cumprir também destacar o pensamento de Arthur Carpes, esclarecedor no tema em particular:

Nada obstante, caso a necessidade de dinamização seja vislumbrada pelo órgão judicial apenas posteriormente ao encerramento da instrução, nada obsta que assim proceda, desde que possibilite à parte que recebeu o ônus a oportunidade de produzir a prova destinada a cumprir com sua tarefa. Mesmo quando o processo já se encontra em segundo grau de jurisdição, caso se observe a necessidade de dinamizar os ônus probatórios, nada obsta que o tribunal assim determine, desde que permita às partes, a partir da reestruturação da atividade probatória, desincumbir-se de seus ônus e, assim, participar adequada e efetivamente da construção da decisão judicial (CARPES, 2010, p. 140).

4.4 A prova “diabólica” no Processo Trabalhista

Outro conceito a ser estudado no presente trabalho, por possuir relação com a produção probatória nos casos que envolvem pedido de dano moral é o relativo à “prova diabólica”. Esse conceito, na concepção de Ribeiro Júnior (2010, p. 01) “ocorre quando a prova mostra ser impossível ou excessivamente difícil de ser produzida, com ênfase para a prova de fato negativo”.

Didier Júnior, Braga e Oliveira (2009, p. 89) ainda acrescentam que “é expressão que se encontra na doutrina para fazer referência àqueles casos em que a prova da veracidade da alegação a respeito de um fato é extremamente difícil, nenhum meio de prova sendo capaz de permitir tal demonstração”.

Os autores em comento, ao dissertar sobre a expressão “prova diabólica”, fazem importante consideração a fim de esclarecer que, embora a jurisprudência faça uso desse termo com frequência para designar a prova de algo que não ocorreu (prova de fato negativo), isso não é obrigatório. Em síntese sobre o tema, assim se posicionam:

Nem toda prova diabólica se refere a fato negativo – basta pensar, por exemplo, que nem sempre o autor terá acesso à documentação que corrobora a existência de um vínculo contratual (fato positivo), em sede de uma ação revisional. E nem todo fato negativo é impossível de ser provado, demandando prova diabólica – afinal, os fatos relativamente negativos são perfeitamente susceptíveis de serem provados, bem como os fatos absolutamente negativos, em alguns casos, também são (ex. certidões negativas emitidas por autoridade fiscal) (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2009, p. 90).

Analisando esses conceitos, percebe-se que, ao se deparar com uma prova do tipo diabólica, ou seja, em que a parte que deveria por lei produzi-la tenha extrema dificuldade ou mesmo total impossibilidade de fazê-lo, deverá o ônus probatório ser distribuído dinamicamente, em cada caso concreto. Assim, em sendo unilateralmente diabólica, passa o encargo de provar a ser da parte que apresente viabilidade para tal fim.

Tais digressões vêm a corroborar com a defesa pela não distribuição rígida do ônus da prova, vez que tal inflexibilidade pode conduzir a julgamentos injustos, já que insuficiente para abarcar a solução de todos os casos práticos que porventura venham a surgir.

Especificamente no que pertine à prova do assédio passível de gerar indenização por dano moral, entende-se a teoria como perfeitamente cabível, pois conforme demonstrado, trata-se de prova por vezes impossível de ser produzida pela parte que está a sofrer o prejuízo. Não se trata, frise-se, de banalizar as questões que envolvam dano moral, mas permitir que o juiz, em casos excepcionais, pautar-se em critérios dinâmicos e abertos para verificar quem possui maior capacidade de prova, impondo-lhe o ônus probatório.

05 CAPÍTULO 04 A ADMISSÃO DA PROVA OBTIDA ILICITAMENTE NO CONTEXTO DA PONDERAÇÃO DE VALORES

O tema que envolve a prova ilícita não é matéria abordada pela legislação trabalhista. Em sendo omissa a CLT, o assunto passa a ser tratado com base em outras fontes, como a Constituição Federal⁸ e o CPC⁹, ambos com vedação a essa espécie de prova. É, sem dúvida, matéria de difícil condução para os que participam do processo, pois, se de um lado abarca condutas não autorizadas pelo Direito, por outro, não pode desprezar elementos que contribuam para a busca pela verdade e consequente obtenção da justiça, finalidade precípua de qualquer ramo do processo. Tais observações são fundamentais, especialmente quando envolvem fatos com notória dificuldade de produção probatória, como os relacionados aos casos de assédio moral e sexual na Justiça do Trabalho.

5.1 Teorias sobre a possibilidade de admissão da prova ilícita no Processo do Trabalho

É indiscutível a divergência na doutrina e jurisprudência acerca da possibilidade de aceitação das provas obtidas de forma ilícita. Sendo assim, atualmente há três correntes sobre o tema, às quais Schiavi (2011) se refere.

Na primeira, ocorre a vedação total da prova ilícita, em que as provas obtidas por esse meio não possuem aceitação, haja vista confrontarem com os artigos 5º XII e LVI da CF e 332 do CPC. Em conformidade com a aludida teoria, está a ementa abaixo:

Gravação de comunicação telefônica – Meio inidôneo e inadmissível de prova no processo do trabalho. Considerando os exatos termos dos incisos XII e LVI do artigo 5º da Constituição Federal, não deve ser admitido como meio de prova para efeitos de processo do trabalho a gravação de comunicação telefônica (TRT – 12a R – 1a T – Ac. no 2659/99 – Rel. Juiz Roberto L. Guglielmetto – DJSC 07.04.99 – pág. 150).

A segunda corrente, conhecida como permissiva, entende que as provas obtidas por meio ilícito poderão ser sempre utilizadas no processo, contanto que o seu conteúdo seja lícito. O doutrinador em comento explica que essa vertente de interpretação vem a prestigiar o caráter publicista do processo, o acesso à justiça e a busca da verdade real, fazendo com que

⁸ Art. 5º, LVI, CF: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

⁹ Art. 332, CPC: “todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa”.

os fins justifiquem os meios, ou seja, a efetividade da prova e a busca pela verdade real seriam os fins justificáveis pelo meio ilícito de obtenção da prova.

Por fim, o referido autor cita a teoria da proporcionalidade (regra de ponderação), na qual os interesses e direitos no caso concreto devem ser sopesados, de modo a obter-se uma solução mais justa.

Em defesa da aplicação da teoria da proporcionalidade na admissão da prova ilícita, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira manifestam-se da seguinte forma:

[...] a aplicação do princípio da proporcionalidade para a solução do conflito é a posição que prevalece e, sem dúvida, parece-nos a mais correta. [...] Os que admitem sempre a prova ilícita, ou não a admitem nunca, pecam por considerar de modo absoluto e apriorístico os direitos fundamentais em jogo. Aqueles que entendem que a prova ilícita somente é admissível excepcionalmente, e apenas no processo penal, pecam por dois motivos: primeiro, por entender que sempre, no processo penal, há discussão em torno do direito à liberdade, o que é falso, pois nem todas as penas envolvem privação da liberdade; segundo, por entender que nenhum outro direito fundamental, a não ser o direito à liberdade, pode ser mais relevante que o direito fundamental à vedação da prova ilícita, o que também é indefensável à luz da teoria dos direitos fundamentais (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2009, p. 33).

Destarte, essa última teoria é de suma importância na análise da admissão de provas obtidas ilicitamente na configuração do dano moral na justiça do trabalho, pois permite a valoração dos interesses envolvidos, valendo-se dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, assunto abordado no último tópico desse capítulo.

5.2 Distinção entre os conceitos de escuta ambiental (gravação) e interceptação telefônica

Embora sejam muitas as peculiaridades que envolvem as questões atinentes à prova ilícita, restringir-se-á o tema de forma a possibilitar uma melhor compreensão dos aspectos que se relacionam com a configuração do dano moral por assédio no Processo do Trabalho, no tocante à utilização da prova obtida de forma ilícita pelo empregado, a fim de configurar dano moral a seu favor. Nessa esteira, tem-se que é fundamental a descrição dos conceitos em tela, na medida em que são imprescindíveis para o objeto desse estudo. Em sendo assim, mister se faz estabelecer a diferença entre eles, já que doutrina e, sobretudo, a jurisprudência, posicionam-se de maneira diferente ao considerar cada um.

Sobre o tema em particular é esclarecedora a lição de Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira:

[...] há uma questão bastante interessante e corriqueira, que é aquela que se relaciona ao sigilo das comunicações telefônicas. Há, basicamente, duas situações bastante expressivas: (i) quando a conversa entre duas pessoas é interceptada/gravada por uma delas, sem o conhecimento/consentimento da outra, caso em que se está diante da chamada escuta telefônica; (ii) quando a conversa entre duas pessoas é interceptada/gravada por um terceiro, sem o conhecimento/consentimento dos interlocutores, caso em que se está diante da chamada interceptação telefônica. No primeiro caso, da escuta telefônica, tem-se admitido a prova como lícita, sobretudo nos casos em que a divulgação do seu conteúdo ocorrer por motivo justificado (como, por exemplo, a defesa de legítimos interesses em juízo). No segundo caso, da interceptação telefônica, tem-se entendido que a prova é ilícita, salvo se tiver sido precedida de autorização judicial (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2009, p. 35).

Destarte, embora haja opiniões divergentes, admite-se a gravação ambiental como prova válida para configurar o assédio, desde que a gravação seja realizada por um dos interlocutores.

Barros (2013) corrobora com essa linha de pensamento, explicando que a escuta ambiental (gravação) de conversa própria com alguém não se confunde com a interceptação telefônica a que se refere o art. 5º, XII da Carta Magna¹⁰, ainda que se realize sem o conhecimento de um dos interlocutores.

O TST, seguindo essa linha de raciocínio, tem admitido a gravação de conversa telefônica realizada por uma das partes, como prova válida no processo trabalhista, conforme se verifica na decisão que segue:

EMENTA. GRAVAÇÃO TELEFÔNICA. A aceitação no processo Judiciário do Trabalho, de gravação de diálogo telefônico mantido pelas partes e oferecida por uma delas, como prova para elucidação de fatos controvertidos em juízo, não afronta suposto direito líquido e certo da outra parte, a inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas, porque essa garantia se dá em relação a terceiros e não aos interlocutores. Recurso Ordinário a que se nega provimento, para ser confirmado o acórdão regional, que negou a segurança requerida. (TST-SDI-I ROMS n 11134/90, Relator: MINISTRO ERMES PEDRO PEDRASSANI, decidido em 17.09.1991, publicado no DJ de 27.09.1991, PG 13394).

Por outro lado, como já exposto, as gravações que consistem na captação de conversa entre terceiros, não são aceitas pela maioria dos tribunais, por entenderem que tal espécie de prova importa em afronta ao artigo 5º, LVI, da CF e artigo 332, CPC. Além disso, os julgamentos levam em consideração o fato de tais provas apresentarem-se como excepcionais, não sendo válidas quando puderem ser obtidas por outros meios.

O julgado a seguir demonstra essa situação:

¹⁰ Art. 5º, XII, CF: “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

GRAVAÇÃO TELEFÔNICA. PROVA ILÍCITA. INADMISSIBILIDADE. No caso em exame, o autor encartou aos autos um CD-ROM que contém conversa gravada entre o preposto da ré e o proprietário de empresa no ramo de transporte que, a seu pedido, simulando estar interessado em sua contratação, indagou acerca das suas referências. Contudo, referida gravação telefônica, consistente na captação de conversa com terceiros, da qual não participou, não pode ser usada contra a ré, porque envolve a quebra da privacidade, direito constitucionalmente, tido como inviolável (art. 5º, X CF). Entendimento contrário importaria em violação ao artigo 5º, LVI da Constituição Federal e artigo 332 do CPC, que impõem limitação à produção da prova. Ademais, o próprio autor admite que o conteúdo da referida gravação foi corroborada pela sua testemunha, indicativo de que detinha condições de obter prova por outros meios legítimos. Assim, a gravação telefônica, obtida de modo ilícito, não pode ser admitida como meio de prova. Apelo do autor ao qual se nega provimento (TRT-23 - RO: 1301200902123002 MT 01301.2009.021.23.00-2, Relator: DESEMBARGADORA BEATRIZ THEODORO, Data de Julgamento: 29/09/2010, 2ª Turma, Data de Publicação: 30/09/2010).

Dissertando sobre os conceitos que envolvem a gravação telefônica, Jorge Neto e Cavalcante (2013) esclarecem que essa espécie de prova pode ser consentida ou clandestina. Na gravação consentida todos têm a plena ciência de sua ocorrência, sendo lícita. De outra banda, na gravação clandestina, um dos interlocutores não tem ciência da sua realização. Essa última pode ser realizada por aparelho eletrônico ou telefônico (gravação clandestina propriamente dita) ou no próprio ambiente de conversação (gravação ambiental). Para esses autores, via de regra, a gravação clandestina é ilícita, podendo ser admitida em alguns casos como meio de prova, especialmente quando o interesse público deva permanecer sobre a proteção da intimidade e da privacidade do interlocutor que desconhecia sua realização.

5.3 O princípio da proporcionalidade e a ponderação de valores na admissibilidade da prova ilícita para configurar o dano moral trabalhista

A problemática da colisão entre princípios fundamentais foi o alvo da teoria de Robert Alexy *apud* MÔNICA PIMENTA JÚDICE (2007). A máxima de Alexy procura explicar racionalmente o grau de importância das consequências jurídicas dos princípios em colisão, colocando-as numa balança (metáfora do peso), a fim de precisar qual delas é racionalmente mais importante naquele caso concreto.

Especificamente no que atine à admissão da prova obtida ilicitamente, tem-se que o conflito de normas fundamentais relaciona-se ao direito à prova *versus* o direito à vedação da prova ilícita. São situações complexas e que devem ser interpretadas casuisticamente, devendo o juiz valorar, através de critérios axiológicos, o que deverá prevalecer e o que deverá sacrificar-se, tudo para se perseguir a justiça e vislumbrar um efetivo processo. Ou

seja, o direito tutelado pela prova ilícita deve se apresentar, no caso concreto em questão, mais digno de ser protegido que àquele referente ao que foi violado pela ilicitude da prova.

Sobre o tema, Greco Filho *apud* NERY JUNIOR (2009) esclarece que, embora a redação do texto constitucional pareça não admitir qualquer prova cuja obtenção seja ilícita, essa regra não é absoluta, uma vez que nenhuma regra constitucional é absoluta, haja vista conviver com outras regras ou princípios também constitucionais. Assim, faz-se necessário o confronto ou peso entre os bens jurídicos, desde que constitucionalmente garantidos, a fim de se admitir, ou não, a prova obtida por meio ilícito. [...] A ilicitude do meio de obtenção da prova seria afastada quando, por exemplo, houver justificativa para a ofensa a outro direito por aquele que colhe a prova ilícita.

Uma parcela da doutrina promove críticas a teoria em comento, questionando quanto à sua parcela de subjetividade, pois entendem que o critério por ela utilizado seria excessivamente vago e, portanto, perigoso. Sobre a matéria, Marcelo Júnior (2012) esclarece que, no princípio da proporcionalidade, embora seja evidente a existência de um subjetivismo inerente, haja vista não se ter limites precisamente fixados, é clara a presença de certa parcela de subjetivismo em diversas outras situações, pois a própria norma jurídica faz uso, muitas vezes, de expressões vagas, cabendo ao juiz interpretá-las. O autor cita, ainda, outro argumento contrário à admissão do princípio da proporcionalidade, qual seja, a relativização dos direitos fundamentais, cuja preservação estaria dependente da vontade do julgador incumbido de protegê-los. Em mais uma posição de defesa à referida teoria, explica que a relativização dessa espécie de direitos consiste em exigência do sistema jurídico, já que existe a possibilidade de colisão entre direitos igualmente amparados. Segundo o autor, devido a essa colisão, caso não houvesse o acolhimento da teoria da proporcionalidade, seria indispensável a hierarquização legal dos princípios, podendo, assim, resultar num aniquilamento de interesses que, por preferência do legislador, se situassem em patamar hierárquico menor.

Nesse sentido, tem-se que o princípio da proporcionalidade vem se mostrando como um instrumento de suma importância para impedir que ocorram injustiças quando há conflito de interesses igualmente tutelados. De outra banda, sabe-se que os direitos da personalidade do empregado, como o direito à honra, possuem proteção constitucional, assim como o direito à vedação à prova ilícita. Destarte, em caso de colisão entre essas espécies de direitos caberia, portanto, a aplicação *in casu* do princípio da proporcionalidade e razoabilidade pelo julgador, com o fito de se resolverem possíveis divergências entre interesses com igual nível de proteção.

O princípio da proporcionalidade, além de amplamente citado pela doutrina, já é bem aceito na jurisprudência. As decisões judiciais, no entanto, chamam atenção para o caráter excepcional da aceitação de provas obtidas de forma ilícita no processo, salientando que sua ocorrência só é admitida quando a análise do caso concreto põe em risco valores fundamentais, com *status* de proteção constitucional.

A ementa a seguir, em decisão proferida pelo TRT da 2ª Região, é bastante elucidativa nesse aspecto, demonstrando a preocupação do julgador com a proteção constitucional da dignidade do trabalhador, mas sem esquecer o fato de tratar-se de medida extrema e que deve ser aplicada com imensa cautela.

PROVA ILÍCITA. Valoração. Prova obtida a partir da gravação clandestina de conversa telefônica. É certo que o ordenamento constitucional brasileiro, em princípio, repudia a aceitação das provas obtidas ilicitamente (art. 5º, LVI da Constituição Federal). Não menos certo é que doutrina e jurisprudência não se mostram convergentes quanto à invalidade e imprestabilidade da prova ilícita e procuram mitigar o rigor dessa inadmissibilidade absoluta, encampando uma tese intermediária fundada nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Assim, hodiernamente, propugna-se a ideia de que, em caso extremamente graves e excepcionais, quando estiverem em risco valores fundamentais, também assegurados constitucionalmente, cabe ao julgador admitir e valorar a prova tida por ilícita. Significa dizer que, no caso concreto, deve haver uma análise de proporcionalidade dos bens jurídicos protegidos e quando ocorrer uma lesão a um direito fundamental de maior relevância, a prova deve ser validamente admitida. *In casu*, cotejando os princípios das garantias constitucionais à inviolabilidade da intimidade e da privacidade (art. 5º, X da Constituição Federal), com os princípios da dignidade da pessoa humana, do valor social do trabalho, do acesso à informação inerente ao exercício profissional e da ampla defesa (art. 1º, incisos III e IV e art. 5º, incisos XIV e LV da Constituição Federal), resta irrefutável a prevalência da prova obtida a partir da gravação clandestina de conversa telefônica efetivada sem o conhecimento de um dos interlocutores do diálogo, reproduzida em laudo de gravação por perito judicial, mormente se considerada a primazia da realidade dos fatos (TRT/SP, 10ª Turma, Processo n. 01559200506102009, Ac. 20090633282, Relª Desª Lilian Gonçalves. DOE/SP: 1º. 9.2009).

A preocupação com o tema fez com que, além de doutrina e jurisprudência, também o legislador dispensasse sua atenção a essa matéria. Assim, é de importante observação, nesse ponto, o fato de que o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil previu a regra da proporcionalidade como critério para aprovação da prova ilícita no Processo civil, conforme seu artigo 257 e parágrafo único¹¹, *in verbis*:

As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar fatos em que se funda a ação ou a defesa e influir eficazmente na livre convicção do juiz. Parágrafo único. A inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito será apreciada pelo juiz à luz da ponderação dos princípios e dos direitos fundamentais envolvidos.

¹¹ PL nº 166, versão do novo Código de Processo Civil em 2010.

A análise do dispositivo em questão deixa entrever a possibilidade de admissão de provas obtidas ilicitamente no Processo Civil, à luz dos princípios e direitos fundamentais envolvidos no caso, nada obstando a que também fosse aplicado no Processo do Trabalho, face a omissão de normas que tratam dessa matéria nos diplomas trabalhistas.

Todavia, vale ressaltar que as alterações sofridas pelo texto do anteprojeto de lei em questão, terminaram por suprimir essa possibilidade, retirando do diploma legal o parágrafo único do artigo em comento, ou seja, justamente a parte que tratava do princípio da proporcionalidade como fundamento para admissão de provas ilícitas no Processo Civil. Assim, a última versão do artigo que trata sobre esse assunto apresenta-se com a seguinte redação: “As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção motivada do juiz¹²”.

Percebe-se, entretanto, que não obstante a mudança de entendimento do legislador, houve a clara preocupação em normatizar o princípio da proporcionalidade no Processo Civil. Os conceitos antes abarcados apenas pela jurisprudência e doutrina passariam a constar na legislação, fato que não se concretizou, talvez pelo receio de que houvesse dificuldade na interpretação e aplicação da norma legal em questão.

Apesar disso, a versão do Anteprojeto de Lei que continha o parágrafo único tornou mais visível a aplicação teoria da proporcionalidade para admissão de provas ilícitas no Processo Civil, possibilitando a ocorrência de maior quantidade de posicionamentos favoráveis da doutrina, além de decisões que contemplam com maior evidência tal possibilidade.

Com efeito, é inegável que, a depender do interesse que esteja sendo tutelado no processo, tem-se que a ponderação e o sopesamento de valores envolvidos são justamente a alternativa que visa garantir os direitos fundamentais previstos na Constituição.

Tal posicionamento é corroborado por Roque (2010), que defende, ainda, a existência de um “estado de necessidade processual”, que seria uma espécie de excludente de ilicitude com específicas consequências processuais. Assim, a prova produzida de forma (aparentemente) ilícita deveria ser admitida no processo, eis que a ela seria inaplicável a vedação contida no texto constitucional. O autor, entretanto, relata que tal hipótese apenas se configuraria excepcionalmente e estabelece, na ocasião, os requisitos específicos para sua

¹² Projeto em trâmite no Congresso Nacional, utilizando-se como parâmetro o acesso em 20/10/2013.

ocorrência, quais sejam: a) possibilidade real e efetiva de formação de convencimento judicial contrário à parte interessada na admissão da prova; b) existência de uma prova obtida mediante violação a normas jurídicas, cujo conteúdo seja decisivo para o processo; c) sopesamento de bens jurídicos em jogo cujo resultado final seja favorável à admissão da prova obtida por violação a normas jurídicas; d) inexistência de conduta da parte interessada que tenha impossibilitado a produção de outras provas lícitas e decisivas em seu favor.

A partir dos aspectos ora discutidos, tem-se que no Processo do Trabalho é perfeitamente aceitável a admissão de provas obtidas ilicitamente para configurar o dano moral sofrido pelo trabalhador, embora tal possibilidade deva ocorrer apenas em hipóteses restritas e de forma bastante cautelosa.

É o que defende o doutrinador Carlos Henrique Bezerra Leite:

O princípio da proibição da prova ilícita vem sendo mitigado, em casos concretos, com base nos princípios da proporcionalidade (ou da razoabilidade) segundo o qual não se deve chegar ao extremo de negar validade a toda e qualquer prova obtida por meios ilícitos, como, por exemplo, uma gravação sub-reptícia utilizada por empregada que deseja fazer prova de que fora vítima de assédio sexual pelo seu empregador ou superior hierárquico, sem o conhecimento deste (LEITE, 2010, p. 593).

Em sendo assim, é imprescindível que o juiz do trabalho, ao se comprometer com o ideal de justiça, esteja atento às questões que norteiam a produção de provas pelo trabalhador no que diz respeito ao assédio moral e sexual, evitando tratar o princípio da vedação à prova ilícita de uma forma absoluta e sem exceções. Condutas desse tipo, que violam a dignidade da pessoa humana, devem ser devidamente combatidas, já que constituem interesse não apenas das partes de um processo, mas também de toda a sociedade.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo de quatro capítulos, a presente monografia procurou discutir acerca das dificuldades que norteiam a produção de provas pelo trabalhador, quando se busca configurar o dano moral, processo altamente vitimizador, com consequências que excedem os limites éticos e aceitáveis numa sociedade comprometida com o ideal de justiça.

É papel do juiz do trabalho atentar para essas dificuldades, pois condutas que vão de encontro a princípios constitucionais, como o da dignidade da pessoa humana são intoleráveis, devendo ser combatidas, já que atingem não apenas as partes que compõem determinada lide, mas atentam contra a sociedade de forma geral. Por outro lado, o magistrado trabalhista deve ponderar no caso concreto, evitando banalizar as questões que envolvem dano moral por assédio, o que poderia gerar demandas inaceitáveis e repetitivas, sem o fundamento necessário para que se justifiquem.

Desse modo, após a extensa análise legal, doutrinária e jurisprudencial vista nessa monografia, defende-se a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus probatório e a possibilidade de admitirem-se provas obtidas ilicitamente na configuração do dano moral por assédio sofrido pelo trabalhador, desde que, na situação concreta, haja extrema dificuldade, ou mesmo impossibilidade de o empregado produzir prova a seu favor, e, conseqüentemente, de demonstrar os fatos que levaram à violação de sua integridade psíquica.

A luta contra o assédio moral e sexual no ambiente de trabalho traduz-se em verdadeira preservação dos direitos humanos, abrindo caminho contra impunidades. É bem verdade que o sucesso desse intento depende, sobremaneira, da conduta da vítima, que deve reagir às condutas humilhantes, sem jamais aceitá-las de forma passiva, temendo represálias. Para isso, é necessário que a Justiça do Trabalho cumpra com o mister para o qual foi criada, proporcionando as condições necessárias a fim de que seja feita a tão almejada justiça social.

Embora se perceba, com clareza, a dificuldade de se erradicar o mal que cerca os casos de assédio sexual e moral, próprio de uma sociedade competitiva e discriminadora, entende-se que ele pode sim ser contido, na medida em que devidamente penalizado, possibilitando à vítima uma justa reparação do mal que estivera a sofrer.

É nesse contexto que a presente monografia busca, através da defesa das situações de assédio moral e sexual sofridas pelo trabalhador, colaborar para a obtenção de um ambiente de trabalho mais adequado. Que ela possa servir de parâmetro para concretizar o

singleto pensamento de Mégara¹³: “todas as virtudes estão compreendidas na justiça; se és justo, és um homem de bem”.

¹³ MÉGARA, Téognis. Disponível em: <http://pensamentos.com.sapo.pt/justica.htm>

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Carlos Eduardo Rios do. **Da Igualdade Substancial e Ônus da Prova no Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4528>. Acesso em: 10 de setembro de 2013.
- ANDRADE, Fernando Teixeira de. **Abandonar as velhas roupas usadas**. Disponível em: <http://pensador.uol.com.br/abandonar_as_velhas_roupas_usadas/>. Acesso em 11 de novembro de 2013.
- BALESTERO, Gabriela Soares. **A inversão do ônus da prova no novo Código de Processo Civil e a discricionariedade judicial**. Disponível em: <<http://periodicos.uniformg.edu.br:21011/periodicos/index.php/cursodireitouniformg/article/view/135>>. Acesso em: 05 de setembro de 2013.
- BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 9.ed. São Paulo: LTr, 2013.
- BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**: Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em 09 de outubro de 2013.
- _____. **Código de Processo Civil** (1973). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm>. Acesso em: 24 de setembro de 2013.
- _____. **Consolidação das Leis do Trabalho**.(1943) Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 18 de setembro de 2013.
- _____. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 18 de setembro de 2013.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Súmula vinculante nº 22. **Pesquisa de Jurisprudência do STF**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=22.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>>. Acesso em: 22 de setembro de 2013.
- _____. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. **Acórdão 20090633282**. Relator: Lilian Gonçalves. 01 de setembro de 2009. Disponível em <<http://jurisprudenciabrasil.blogspot.com.br/2009/10/jurid-prova-ilicita-valoracao-131009.html>>. Acesso em 20 de outubro de 2013.
- _____. Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. **Acórdão 2659/99**. Relator: Roberto L. Guglielmetto. 07 de abril de 1999. Disponível em <<http://www.lacier.com.br/artigos/periodicos/A%20prova%20do%20dano%20moral%20no%20Processo%20do%20Trabalho.pdf>>. Acesso em 15 de outubro de 2013.
- _____. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. **Recurso Ordinário** 00700-2002-322-01-00-0. Relator: Nídia de Assunção Aguiar, 07 de julho de 2004. Disponível em <<http://trt->

1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19081731/700200232201000-rj-00700-2002-322-01-00-0-trt-1>. Acesso em 07 de outubro de 2013.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. **Recurso Ordinário** 20000383150. Relator Vera Marta Publio Dias, 31 de agosto de 2001. Disponível em <<http://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15871638/recurso-ordinario-ro-20000383150-sp-20000383150>>. Acesso em 13 de outubro de 2013.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **Recurso Ordinário** 0000208-92.2012.5.04.0303. Desembargador Alexandre Corrêa da Cruz. Disponível em <<http://s.conjur.com.br/dl/acordao-trt-rs-concede-dano-moral1.pdf>>. Acesso em 13 de outubro de 2013.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **Recurso Ordinário** 0028300-15.2007.5.04.0252. Relator: Emílio Papaléo Zin. 14 de abril de 2011. Disponível em: <<http://trt-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19359789/recurso-ordinario-trabalhista-ro-283001520075040252-rs-0028300-1520075040252>>. Acesso em: 17 de setembro de 2013.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região. **Recurso Ordinário** 0116900-19.2007.5.05.0661. Relator: Nélia Neves. 02 de março de 2010. Disponível em: <<http://trt-5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7835340/recurso-ordinario-ro-1169001920075050661-ba-0116900-1920075050661>>. Acesso em: 10 de setembro de 2013.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região. **Recurso Ordinário** 0000008-32.2010.5.06.0002. Relator: Aline Pimentel Gonçalves. 18 de janeiro de 2011. Disponível em: <<http://trt-6.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17954667/recurso-ordinario-trabalhista-ro-8322010506-pe-0000008-3220105060002>>. Acesso em: 10 de setembro de 2013.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. **Recurso Ordinário** 10543-2006-652-9-0-8. Relator: Ubirajara Carlos Mendes. 18 de janeiro de 2008. Disponível em: <<http://trt-9.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18970158/105432006652908-pr-10543-2006-652-9-0-8-trt-9>>. Acesso em: 12 de setembro de 2013.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. **Recurso Ordinário** 1502-2006-1-9-0-9. Relator: Luiz Celso Napp. 12 de setembro de 2008. Disponível em: <<http://trt-9.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18959343/150220061909-pr-1502-2006-1-9-0-9-trt-9>>. Acesso em: 10 de setembro de 2013.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. **Recurso Ordinário** 32934-2007-9-9-0-3. Relator: Rosalie Michaela Bacila Batista. 23 de julho de 2010. Disponível em: <<http://trt-9.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18897305/3293420079903-pr-32934-2007-9-9-0-3-trt-9>>. Acesso em: 19 de setembro de 2013.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. **Recurso Ordinário** 6257-2006-892-9-0-3. Relator Rubens Edgard Tiemann. 18 de setembro de 2009. Disponível em <<http://trt-9.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18920416/62572006892903-pr-6257-2006-892-9-0-3-trt-9>>. Acesso em 07 de outubro de 2013.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região. **Recurso Ordinário** 0014400. Desembargador: Carlos Augusto Gomes Lôbo. 14 de dezembro de 2009. Disponível em: <<http://trt-14.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8790861/recurso-ordinario-ro-14400-ro-0014400>>. Acesso em: 19 de setembro de 2013.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região. **Recurso Ordinário** 0000416. Relator: Arlene Regina do Couto Ramos, 03 de novembro de 2010. Disponível em: <<http://trt-14.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18943400/recurso-ordinario-trabalhista-ro-416-ro-0000416>>. Acesso em: 18 de setembro de 2013.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região. **Recurso Ordinário** 00426-2009-009-16-000. Relator: James Magno Araújo Farias. 05 de maio de 2011. Disponível em: <<http://trt-16.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19580786/426200900916000-ma-00426-2009-009-16-00-0>>. Acesso em: 16 de setembro de 2013.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região. **Recurso Ordinário** 01441-2009-013-16-00-4. Relator Luiz Cosmo da Silva Júnior. 03 de agosto de 2010. Disponível em <<http://trt-16.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15419641/1441200901316004-ma-01441-2009-013-16-00-4>>. Acesso em 09 de outubro de 2013.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 23ª Região. **Recurso Ordinário** 01301.2009.021.23.00-2. Relator: Beatriz Theodoro. 30 de setembro de 2010. Disponível em <<http://trt-23.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19144879/recurso-ordinario-trabalhista-ro-1301200902123002-mt-0130120090212300-2>>. Acesso em 14 de outubro de 2013.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 23ª Região. **Recurso Ordinário** 00313.2009.026.23.00-1. Desembargador: Edson Bueno. 07 de julho de 2011. Disponível em: <<http://trt-23.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20027080/recurso-ordinario-trabalhista-ro-313200902623001-mt-0031320090262300-1>>. Acesso em: 17 de setembro de 2013.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 23ª Região. **Recurso Ordinário** 00774.2011.007.23.00-0. Desembargador: Edson Bueno. 27 de abril de 2012. Disponível em: <<http://trt-23.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21587705/recurso-ordinario-trabalhista-ro-774201100723000-mt-0077420110072300-0-trt-23>>. Acesso em: 17 de setembro de 2013.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista** 1631-60.2011.5.03.0009. Relator: Alexandre de Souza Agra Belmonte. 26 de junho de 2013. Disponível em: <<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23550690/agravo-de-instrumento-em-recurso-de-revista-airr-16316020115030009-1631-6020115030009-tst>>. Acesso em: 18 de setembro de 2013.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista** 166040-26.2003.5.03.0044. Relator: Guilherme Augusto Caputo Bastos. 05 de maio de 2006. Disponível em: <<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1210536/agravo-de-instrumento-em-recurso-de-revista-airr-1660402620035030044-166040-2620035030044>>. Acesso em: 10 de setembro de 2013.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista** 17300-52.2009.5.05.0015. Relator: Maria de Assis Calsing. 17 de maio de 2013. Disponível em: <<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23299636/agravo-de-instrumento-em-recurso-de-revista-airr-173005220095050015-17300-5220095050015-tst>>. Acesso em: 15 de setembro de 2013.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista** 86440-93.2007.5.01.0068. Relator: Pedro Paulo Manus. 27 de março de 2009. Disponível em: <<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3635716/agravo-de-instrumento-em-recurso>>

[de-revista-airr-864409320075010068-86440-9320075010068](#)>. Acesso em: 09 de setembro de 2013.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista** 72100-48.2007.5.15.0071. Relator: Kátia Magalhães Arruda, 03 de junho de 2011. Disponível em: <<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19263559/agravo-de-instrumento-em-recurso-de-revista-airr-721004820075150071-72100-4820075150071>>. Acesso em: 18 de setembro de 2013.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista** 137100-47.2006.5.09.0022. Relator: Rosa Maria Weber, 31 de agosto de 2011. Disponível em: <<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20384962/recurso-de-revista-rr-1371004720065090022-137100-4720065090022>>. Acesso em: 19 de setembro de 2013.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista** 54200-56.2007.5.04.0201. Relator Guilherme Augusto Caputo Bastos, 15 de agosto de 2012. Disponível em: <<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22269460/recurso-de-revista-rr-426404320065020255-42640-4320065020255-tst>>. Acesso em: 05 de setembro de 2013.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista** 9956500-42.2006.5.09.0091. Relator: Ives Gandra Martins Filho, 28 de novembro de 2008. Disponível em <<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2146302/recurso-de-revista-rr-9956500422006509-9956500-4220065090091>>. Acesso em 23 de setembro de 2013.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança**. n. 11134. Relator: Ermes Pedro Pedrassani. 27 de setembro de 1991. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/45080023/trt-3-14-10-2009-pg-149>>. Acesso em: 14 de outubro de 2013.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 06. **Livro de Jurisprudência do TST**. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_1_50.html#SUM-6>. Acesso em: 22 de setembro de 2013.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 392. **Livro de Jurisprudência do TST**. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html#SUM-392>. Acesso em: 22 de setembro de 2013.

BRITO, Eurípedes. **Dano moral não se prova**. Disponível em <<http://www.britocunha.com.br/v3/wp-content/uploads/2012/05/DANO-MORAL-N%C3%83O-SE-PROVA.pdf>>. Acesso em 10 de outubro de 2013.

CARPES, Arthur. **Ônus dinâmico da prova**. 1.ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010.

CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **O assédio sexual e moral e a sua prova na Justiça do Trabalho**. Disponível em <<http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima5-Seleto-Externa/Jose-Affonso-Dallegrave-Neto.pdf>>. Acesso em 13 de outubro de 2013.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. 4. ed. v. 2. Salvador: Jus Podivm, 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, v.3, 2010.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. 21 ed. São Paulo: Saraiva, v.1, 2009.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Direito Processual do Trabalho**. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

JÚDICE, Mônica Pimenta. **Robert Alexy e a sua teoria sobre princípios e regras**. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2007-mar-02/robert_alexey_teorias_principios_regras?pagina=3>. Acesso em 20 de novembro de 2013.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2012.

MARCELO JÚNIOR, José Hélio. **Estudo das provas ilícitas e o critério da proporcionalidade no processo penal**. Disponível em <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo_estudo_das_provas_ilicitas_e_o_criterio_da_proporcionalidade_no_processo_penal,36894.html>. Acesso em 19 de outubro de 2013.

MACHADO JUNIOR, Arnaldo de Aguiar; RODRIGUES, Adriana Bonfim. **A teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova adotada no novo Código de Processo Civil: O modelo pautado na Justiça Processual**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/18880/a-teoria-da-distribuicao-dinamica-do-onus-da-prova-adotada-no-novo-codigo-de-processo-civil/2>>. Acesso em: 10 de setembro de 2013.

MACHADO, Leandro Campos. **O dano moral na relação de trabalho: uma abordagem jurisprudencial**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9393>. Acesso em: 16 de setembro de 2013.

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

MARTINS, Sérgio Pinto. **Comentários à CLT**. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. Sérgio Pinto. **Dano Moral Decorrente do Contrato de Trabalho**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MÉGARA, Téognis. **Justiça: frases e pensamentos**. Disponível em: <<http://pensamentos.com.sapo.pt/justica.htm>>. Acesso em: 11 de novembro de 2013.

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

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**. 9.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Assédio sexual: questões conceituais**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/6826/assedio-sexual>>. Acesso em: 06 de setembro de 2013.

PANTALEÃO, Sérgio Ferreira. **Monitoramento dos Empregados por Imagens Eletrônicas-Cuidado com o Abuso!** Disponível em: <http://www.guiatrabalhista.com.br/tematicas/monitoramento_empregados.htm>. Acesso em: 06 de setembro de 2013.

PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. **Assédio Moral**. In: Revista do TST. Disponível em: <<http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/2303/73-2.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 01 de outubro de 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PIERIN, Juliana Resun. **O Assédio moral nas relações de trabalho e sua prova em Juízo**. Disponível em: <http://www.calvo.pro.br/media/file/colaboradores/juliana_resun_pierin/juliana_resun_pierin_o_assedio_moral.pdf>. Acesso em: 09 de outubro de 2013.

PRATA, Marcelo Rodrigues. **Anatomia do Assédio Moral no Trabalho: uma abordagem transdisciplinar**. São Paulo: LTr. 2008.

RIBEIRO JUNIOR, Eurípedes Clementino. **O Direito probatório com destaque para a prova diabólica**. Disponível em: <http://conteudojuridico.com.br/?colunas&colunista=9919_Euripedes_Junior&ver=521>. Acesso em: 10 de outubro de 2013.

ROQUE, André Vasconcelos. **As provas ilícitas no projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro: primeiras reflexões**. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual/volume-vi/as-provas-ilicitas-no-projeto-do-novo-codigo-de-processo-civil-brasileiro-primeiras-reflexoes>>. Acesso em: 20 de outubro de 2013.

SARAIVA, Renato. **Direito do Trabalho**. 4.ed. São Paulo: Método, 2011.

SCHIAVI, Mauro. **Provas no Processo do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2011.

SILVA, Jorge Luiz de Oliveira. **Assédio Moral no Ambiente de Trabalho**. 2.ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2012.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil-Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil**. 3. ed. São Paulo: Método, v.2, 2008.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **A Prova no Processo do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010.

ZANETI, Paulo Rogério. **Flexibilização das regras sobre o ônus da prova**. 1.ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

