

O ASSÉDIO SEXUAL NO ÂMBITO TRABALHISTA

SEXUAL HARASSMENT IN THE WORKPLACE

Samuel Davi Garcia Mendonça: Mestre em Gestão Social, Educação e Desenvolvimento Regional pela Faculdade Vale do Cricaré. samuel.mendonca@ivc.br

Resumo: Este trabalho buscou analisar esse fenômeno que é o assédio sexual, principalmente no âmbito das relações trabalhistas, onde tem sido frequente. O assédio sexual não é um fenômeno novo, é tão antigo quanto a relação de trabalho, tendo se destacado com o mercado de trabalho globalizado. Assim, este trabalho tem como objetivo caracterizar e identificar as formas de assédio sexual para que não seja confundido com outros comportamentos ilícitos ou apenas atos isolados. Nesse sentido, o assédio sexual é uma prática repetida e sistematizada de comportamento abusivo, vexatório e degradante ao longo do tempo. Neste trabalho, o assédio sexual foi analisado à luz dos princípios constitucionais, como o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, juntamente com os princípios que regem as relações de trabalho. Também foi apontado neste estudo que a vítima de assédio tem o direito de buscar judicialmente a reparação dos danos sofridos moral e/ou materialmente, para que ao menos possa ser mitigada. Por fim, concluiu-se que a prevenção é a melhor forma de mitigar e prevenir a ocorrência de assédio sexual no ambiente de trabalho.

Palavras-chave: Assédio Sexual. Relações Trabalhistas. Responsabilidade.

Abstract: This work sought to analyze this phenomenon, which is sexual harassment, especially in the context of labor relations, where it has been frequent. Sexual harassment is not a new phenomenon, it is as old as the employment relationship, having stood out in the globalized labor market. Thus, this work aims to characterize and identify forms of sexual harassment so that it is not confused with other illegal behaviors or just isolated acts. In this sense, sexual harassment is a repeated and systematic practice of abusive, vexatious and degrading behavior over time. In this work, sexual harassment was analyzed in the light of constitutional principles, such as the Principle of Human Dignity, together with the principles that govern labor relations. It was also pointed out in this study that the victim of harassment has the right to seek judicial compensation for damages suffered morally and/or materially, so that at least it can be mitigated. Finally, it was concluded that prevention is the best way to mitigate and prevent the occurrence of sexual harassment in the workplace.

Key-words: Sexual harassment. Working relationships. Responsibility.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por estudo a problemática do assédio sexual na seara trabalhista, haja vista que é um tema antigo, mas pouco debatido encontrando-se raras doutrinas a esse respeito.

Este tema foi escolhido através de estudos em sala de aula, o interesse foi despertado, pois é um tema atual que ocorre cotidianamente.

O tema do trabalho está sendo discutido no meio social, sendo tratado como segredo quando acontece na seara trabalhista sendo que muitas vezes o causador do assédio sai impune.

Devido a isso, abordar este tema que hoje é recorrente em muitas empresas, que contribuem de forma negativa.

Será feita uma abordagem sobre o assédio e sua vertente sexual na seara trabalhista, seguindo-se de uma conceituação de assédio sexual e sua caracterização, responsabilização, efeitos jurídicos do assédio sexual, prova, direito à rescisão indireta, meios de reparação, sujeitos do assédio sexual, responsabilidade civil e trabalhista e medidas de prevenção.

2 MÉTODOS

A metodologia utilizada no desenvolvimento do presente trabalho foi a da pesquisa essencialmente bibliográfica, buscando-se os posicionamentos doutrinários acerca de tal conduta, os arestos jurisprudenciais que tratam do tema, ultimando-se com um sopesamento dos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais coletados.

2 DO ASSÉDIO E SUA VERTENTE SEXUAL NA SEARA TRABALHISTA

Na história mundial o assédio sexual esteve sempre presente, quando se trata principalmente ao assédio realizado pelo homem contra a mulher. Antigamente o sexo feminino era inferior ao masculino, sendo comparada a um objeto, que não era capaz de se submeter às atividades masculinas, por um bom tempo foi tida como sexo frágil, servindo diretamente e somente aos trabalhos domésticos, de matriz reprodutora e de satisfazer as necessidades do homem¹.

Logo após a revolução industrial, a partir da década de 70 foi quando as mulheres começaram a ingressar no mercado de trabalho. Nas grandes indústrias começou a utilização das máquinas, com isso o condicionamento físico e a força física não faziam tanta diferença, facilitando o trabalho, o tornando menos cansativo e pesado, atingindo os que os homens alcançavamⁱⁱ.

Mostrando assim seus valores, conquistando cada dia mais seu espaço no mercado de trabalho, porém, existe ainda em alguns lugares a discriminação quanto aos sexos, mas ao passar do tempo e da equiparação junto aos sexos feita pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, I – Que versa sobre garantias e direitos fundamentais e invioláveis: “Art. 5º, I – Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta constituição.”

Mas mesmo assim surgindo então a exploração do trabalho, a mulher sendo considerada uma mão-de-obra extremamente barata, inovadora e mais dócil, que com isso às práticas de assédio sexual nas relações trabalhistas vieram a acontecer, na maioria das vezes sendo a mulher que sofre, e em poucos casos o homem se vê assediado, portanto, é considerada crime, com penalidades previstas e legislação específicaⁱⁱⁱ.

De acordo com Lima nos primórdios desta civilização, o ser humano com vigor físico subordinava os fracos para trabalharem por este, foi assim nas conquistas de territórios, em que os conquistados eram obrigados a trabalharem para os colonizadores, por troca de alimento e sobrevivência.

De acordo com Lima os colonizadores utilizavam de sua posição de superioridade para subjugar homens e mulheres aos seus libidos sexuais, conforme foi evoluindo a concepção de direitos os seres humanos passaram a não mais aceitar serem tratados como objetos.

Nesse sentido versa trecho da introdução do artigo “Os Direitos Humanos na Declaração Universal de 1948 e na Constituição Brasileira em Vigor”.

Vasconcelos (2004) ensina que o lema da revolução francesa (liberdade, igualdade, fraternidade), traduz a evolução dos direitos fundamentais que de acordo com a doutrina é dividido em gerações, conforme ensina Vasconcelos:

Direitos de Primeira Geração (liberdade): São os que afirmam liberdades de índole civil e política, conferindo poder aos cidadãos e limites ao Estado. Tiveram seu início no fim do século XVII, consagrando as liberdades públicas negativas (liberdades clássicas). Caberia, portanto, ao Estado a

proteção desses direitos, sem qualquer interferência arbitrária perante as relações sociais. (...) Direitos de Segunda Geração (igualdade): São os que compreendem os direitos sociais, econômicos e culturais. Surgiram como reflexo da Primeira Guerra Mundial, período que acarretou uma estagnação social e econômica, intensificando a desigualdade social. De tal evento eclodiu a necessidade da participação do Estado na diminuição dos problemas sociais, na busca incessante à igualdade. Ao contrário dos direitos de primeira geração, os de segunda geração trabalham com ideia de uma prestação positiva do Estado. Desse modo, surgiu a obrigação estatal de implantar políticas sociais de saúde, assistência e educação. Como corolário, os indivíduos poderiam exigir as prestações sociais caso o Estado fosse omissivo. (...) Direitos de Terceira Geração (fraternidade): Afirmam a necessidade de proteção a direitos que transcendem o indivíduo, visando salvaguardar a sociedade como um todo. Daí a necessidade da defesa do meio ambiente, do patrimônio público, do consumidor, do progresso da tecnologia, enfim (VASCONCELOS, 2004, p. 65/66).

Conforme o breve histórico da evolução dos direitos fundamentais, as primeiras gerações garantiram a liberdade, igualdade e fraternidade Vasconcelos (2004), surgiram outras questões como, por exemplo, a igualdade entre gêneros, as liberdades individuais, que são temas atuais e ainda em debate e está sendo acolhido em face do princípio da dignidade da pessoa humana, disposto no artigo art.1, III da Constituição da República Federativa do Brasil.

Segundo Lima o direito evoluiu isto é um fato, mas ainda encontra barreiras primitivas em relação a subjugar o fraco a vontade do forte, esta relação a vertente sexual na seara trabalhista, ocorre cotidianamente no mundo inteiro, mas não como antigamente, pois há normas que punem os infratores.

Nesse diapasão cabe citar o preceito de igualdade do filósofo Aristóteles de que deve-se tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade. Neste sentido:

Para Aristóteles, a igualdade consistia em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. Esse pensamento do celebre jus filósofo não quis disseminar o preconceito entre as diferenças, mas considera que já que essas diferenças existem que sejam tratadas como tais, com a finalidade de integrar a sociedade. AYRES, Deborah Maria. “**O direito à igualdade que discrimina**” *In: direitonet* <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3509/O-direito-a-igualdade-que-discrimina>> acesso em 04/01/19.

Nesse sentido a CLT traz em seu artigo 372 e seguintes o capítulo da proteção do trabalho da mulher:

Art. 372 - Os preceitos que regulam o trabalho masculino são aplicáveis ao trabalho feminino, naquilo em que não colidirem com a proteção especial instituída por este Capítulo.

Parágrafo único - Não é regido pelos dispositivos a que se refere este artigo o trabalho nas oficinas em que sirvam exclusivamente pessoas da família da mulher e esteja esta sob a direção do esposo, do pai, da mãe, do tutor ou do filho.

Parágrafo único - (Revogado). (Parágrafo revogado pela Lei n.º 13.467/2017 - DOU 14/07/2017 - entrará em vigor 120 dias após sua publicação)

Art. 373 - A duração normal de trabalho da mulher será de 8 (oito) horas diárias, exceto nos casos para os quais for fixada duração inferior.

Art. 373-A - Ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas, é vedado:

I - publicar ou fazer publicar anúncio de emprego no qual haja referência ao sexo, à idade, à cor ou situação familiar, salvo quando a natureza da atividade a ser exercida, pública e notoriamente, assim o exigir;

II - recusar emprego, promoção ou motivar a dispensa do trabalho em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez, salvo quando a natureza da atividade seja notória e publicamente incompatível;

III - considerar o sexo, a idade, a cor ou situação familiar como variável determinante para fins de remuneração, formação profissional e oportunidades de ascensão profissional;

IV - exigir atestado ou exame, de qualquer natureza, para comprovação de esterilidade ou gravidez, na admissão ou permanência no emprego;

V - impedir o acesso ou adotar critérios subjetivos para deferimento de inscrição ou aprovação em concursos, em empresas privadas, em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez;

VI - proceder o empregador ou preposto a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias.

Parágrafo único - O disposto neste artigo não obsta a adoção de medidas temporárias que visem ao estabelecimento das políticas de igualdade entre homens e mulheres, em particular as que se destinam a corrigir as distorções que afetam a formação profissional, o acesso ao emprego e as condições gerais de trabalho da mulher. (Artigo acrescentado pela Lei nº 9.799, de 26-5-99, DOU 27-05-99). (CLT Dinâmica, TRT2 <<http://www.trtsp.jus.br/clt-din>> acesso em 04/01/2019).

Nesse sentido segue o entendimento do professor Nascimento, a respeito da proteção ao local de trabalho da mulher;

Ao trabalho da mulher é dispensada, pelo direito, especial proteção, a exemplo do que ocorre com o trabalho do menor. Em todos os sistemas jurídicos, a mulher merece tratamento particular, asseguradas condições mínimas de trabalho, diferentes e mais vantajosas do que aquelas estabelecidas em relação aos homens. Por ocasião da Revolução Industrial do século XVIII, o trabalho feminino foi aproveitado em larga escala, a ponto de ser preterida a mão de obra masculina. Os menores salários pagos à mulher constituíam a causa maior que determinava essa preferência pelo elemento feminino. O Estado, não intervindo nas relações jurídicas de trabalho, permitia, com a sua omissão, toda sorte de explorações. Nenhuma limitação da jornada de trabalho, idênticas exigências dos empregadores quanto às mulheres e homens, indistintamente, insensibilidade diante da maternidade e dos problemas que pode acarretar à mulher, quer quanto às condições pessoais, quer quanto às responsabilidades de amamentação e cuidados dos filhos em idade de amamentação etc. O processo industrial criou um problema que não era conhecido quando a mulher, em épocas remotas, dedicava-se aos trabalhos de natureza familiar e de índole doméstica. A indústria tirou a mulher do lar por 14, 15 ou 16 horas diárias,

expondo-a a uma atividade profissional em ambientes insalubres e cumprindo obrigações muitas vezes superiores às suas possibilidades físicas. As primeiras leis trabalhistas voltaram-se para a proteção da mulher e do menor. Em 19 de agosto de 1842, a Inglaterra proibiu o trabalho das mulheres em subterrâneos. Em 1844, foi limitada a sua jornada de trabalho a 10 horas e meia, devendo, aos sábados, terminar antes das 16h30min. Na França, em 1848 surgiram leis de proteção ao trabalho feminino. Na Alemanha, o Código Industrial, de 1891, também se ocupou do problema, fixando algumas normas mínimas. Uma das mais expressivas regulamentações é o Tratado de Versailes, que estabelece o princípio da igualdade salarial entre homens e mulheres, inserido em algumas constituições, entre as quais a do Brasil, e destinado a impedir a exploração salarial da mulher” (NASCIMENTO, Amauri Mascaro 2014, p. 908/909).

A proteção do ambiente de trabalho não somente das mulheres, mas dos trabalhadores são necessárias, pois se não houver, como é uma relação entre pessoas está sujeita a exploração além dos limites legais.

À ofensa da dignidade da pessoa do empregado e sua intimidade e liberdade sexual, caracteriza o assédio sexual, nesse sentido o estado passou a intervir nas relações pessoais, mais recentemente com a criação da lei “Maria da Penha”, para proteção da mulher no seio familiar, assim como da proteção da mulher no ambiente de trabalho em relação a assédio sexual, conforme o art. 1º, § 2º, II, da lei 10778/03.

O advento da consolidação das leis do trabalho assegurou os direitos do empregado em face do empregador, ocorre que com o passar do tempo foram surgindo algumas leis esparsas que tratam de temas específicos, gerando regras adicionais, nesse interim também foi tipificado o crime de assédio sexual.

A criação do tipo penal supracitado foi necessária, pois quando as mulheres começaram a adentrar ao mercado de trabalho, seus empregadores além de diferenciar os salários de homens e mulheres, requisitavam favorecimento sexual, em razão do poder hierárquico em relação às funcionárias, o que não é mais tolerado nos dias atuais, mas infelizmente há muitos relatos de que esta prática continua.

4 EFEITOS JURÍDICOS DO ASSÉDIO SEXUAL

4.1 ELEMENTOS CARACTERIZADORES

O que se distingue o assédio sexual das relações amistosas, do flerte, é a expressa recusa do destinatário^{iv}.

A simples intenção sexual, o intuito de sedução do companheiro de trabalho superior ou inferior hierárquico, não constitui assédio. É o caso de um inofensivo galanteio, de um elogio, ou mesmo namoro entre colegas de serviço, desde que não haja utilização do posto ocupado, como instrumento de facilitação. Para a configuração de assédio, necessário haja sempre a intenção de negociar, de valer-se do posto funcional como um atrativo ou como meio de extorsão de privilégio ou vantagens indevidas (ROBORTELLA, 1997^v).

No direito brasileiro, já existe jurisprudência quanto aos requisitos típicos, como mostra o Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região:

EMENTA: ASSÉDIO SEXUAL. Trata-se de típico caso de assédio sexual, quando o assediador é superior hierárquico e usa de sua situação privilegiada para pressionar a empregada, inclusive com ameaças de demissão, como ocorreu no caso em pauta. Assim, no caso sub judice, estavam presentes, os elementos caracterizadores do assédio: agente (assediador) e a destinatária (assediada), a rejeição expressada pela segunda e a reiteração da conduta, ressaltada pela reafirmação de detenção de poder. Comprovada, por prova oral, a existência do dano, o nexos causal e a culpa da reclamada. Mantenho. Da redução do valor da indenização. Descabe a pretensão. A condenação visa não somente reparar o dano sofrido pela obreira, como também em finalidade pedagógica, para que a reclamada, por meio de seus prepostos, não volte a repetir a prática danosa. Mantenho. RECURSO ORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. Juíza Marta Casadei Momezzo. Data de Julgamento: 24/11/2009, Turma 10, Data de Publicação: 15/12/2009). ACÓRDÃO– TRT 2ª Região – Processo 20080484691.

Segundo Ernesto Lippmann^{vi} as piadas e comentários sexuais e visitas a sites eróticos na Internet, se feitos em grupos, também, não constituem assédio. Podem ser de mau gosto, mas não constituem fato juridicamente relevante para justificar o pagamento de uma indenização ou o rompimento do contrato de trabalho. Da mesma sorte, fotos de modelos seminuas, calendários e outros objetos de decoração predominantemente encontrado em ambiente tipicamente masculino não preconiza o assédio.

Também não se caracteriza como assédio o sexo forçado, utilizando violência física; pois, isto tipifica o abuso sexual, conduta muito mais grave, que conforme o caso poderá ser caracterizado como estupro ou atentado violento ao pudor (LIPPMANN, 2001).

Para Rodolfo Pamplona podemos vislumbrar os seguintes elementos caracterizadores básicos do assédio sexual: a) sujeitos: agente (assediador) e

destinatário (assediado); b) conduta de natureza sexual: c) rejeição à conduta do agente, e d) reiteração da conduta^{vii}.

Não deixa de configurar crime a mulher sendo a assediadora e o homem sendo o assediado, contudo, também não se pode deixar de mencionar a possibilidade de agente e vítima serem do mesmo sexo, causando conseqüentemente, uma relação de assédio sexual homossexual.

A recusa deve ser clara, inequívoca, a palavra que expressa poder, funcional é “pare”.

Se a conduta é desagradável, ofensiva e humilhante, deve a vítima deixar claro ao agente que o rechaça; persistindo o tratamento ou sendo de natureza grave, está caracterizado o assédio sexual, quando, então, deve ser denunciado.

4.2 SUJEITOS DO ASSÉDIO SEXUAL

O assédio sexual é a forma de violência laboral que compreende a participação de duas ou mais pessoas. A pluralidade pode ser ativa ou passiva. Ativa quando praticada por mais de uma pessoa contra uma vítima e passiva quando provier de um agente contra várias vítimas (LEIRIA, 2008)

4.3 RESPONSABILIDADE CIVIL E TRABALHISTA

Cedição é que a responsabilidade do empregador é subjetiva, por dolo ou culpa, mas com culpa presumida, de modo que se inverte o ônus da prova, ou seja, o empregador deve provar que não agiu culposamente, nos termos do que preceitua o artigo 932, inciso III do Código Civil.

O Supremo Tribunal Federal tem súmulas quanto ao fato de responsabilização do empregador, como a Súmula nº 341 que pontifica que “é presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto”.

Já a responsabilidade trabalhista dispõe no artigo 462 da Consolidação das Leis do Trabalho, junto com o parágrafo primeiro:

Art. 462 – Ao empregador é vedado efetuar qualquer desconto nos salários do empregado, salvo quando este resultar de adiantamentos, de dispositivos de lei ou de contrato coletivo.

§ 1º – Em caso de dano causado pelo empregado, o desconto será lícito, desde de que esta possibilidade tenha sido acordada ou na ocorrência de dolo do empregado.

4.4 MEDIDAS DE PREVENÇÃO

O que a empresa deve sempre prezar é por manter um ambiente agradável no trabalho, respeitando a todos, sem distinção de sexo, religiosidade, cor, intelectualidade, diversidade sexual, tentando políticas de convívio em harmonia, e deixando sempre o ambiente laboral com uma seriedade, evitando piadinhas fora de hora, evitando também expressões de baixo calão em momentos inoportunos, principalmente, deve deixar claro que o computador é de uso exclusivo do trabalho, sem dar cabimento ao uso de ferramentas pessoais no computador da empresa, seja com e-mails pessoais ou de outro tipo, se necessário for, colocar ferramentas de bloqueio de determinados sites inapropriados.

Ter um código de ética na empresa forte, e de fácil acesso para os empregados, com recomendações do que não se deve fazer no convívio diário com os colegas de trabalho, a empresa deve prestar mais atenção nos seus funcionários, e nos problemas corriqueiros que possam estar tendo, ter de preferência uma ouvidoria, para que possa ser delatado assédio moral, assédio sexual, uma conduta adversa do normal que um colega teve com outro, coisas do tipo. Sugerir treinamentos em conjunto, sempre estabelecendo diretrizes contra qualquer tipo de assédio ou discriminação. Que tenha uma fiscalização quanto aos superiores hierárquicos, sobre como estão agindo normalmente com os subordinados. Se por acaso vier a acontecer um ato de assédio seja ele qual for, tratar de confortar o colega de trabalho, e não dar apoio ao assediador para que cometa a reincidência.

4.5 DA PROVA DO ASSÉDIO SEXUAL

Quando se fala em produção de prova em juízo, está se dizendo da formação do convencimento por parte do juiz acerca da existência de fatos relevantes do processo. A prova é sempre dos fatos e não do direito, até porque o direito cabe ao juiz conhecer (*iura novit curia*). Com base no regramento processual e na melhor

doutrina sobre o tema, é possível apontar três classes de fatos sujeitos a prova judicial. (CHIOVENDA, 2002).

A prova em juízo deve incidir sobre fatos controvertidos, aqueles afirmados por uma parte e contestados de forma específica pela outra (art. 302 e 334 do CPC); fatos relevantes ao deslinde dos pedidos e desde que não notórios (art. 334, CPC) e, finalmente, sobre fatos relativos à *litiscontestatio*:

Limites da *litiscontestatio*. Obediência. Estabelecida a lide, é defeso às partes procederem qualquer alteração no pedido inicial ou na impugnação deste, sob pena de se admitir inovação, prática vedada pelo ordenamento jurídico vigente CPC, interpretação sistemática dos arts. 183, 293, 321 e 517. Afastando-se desta esfera, implicará em julgamento *extra* ou *ultra petita*, *ex vi* dos arts. 128 e 460 do CPC, além deferir, frontalmente, o princípio da ampla defesa e do contraditório, como contemplado pela Carta Suprema, art. 5º, LV. (TRT-PR-AR-00291-2001– Ac.11858-2002 – Rel. Rosemarie D. Pimpão, DJPR:03-06-2002).

O sistema processual pátrio, em matéria de prova, acata o princípio do livre convencimento motivado nos autos, também chamado de princípio da persuasão racional. Com espeque no art. 131 do Código de Processo Civil, ao magistrado cabe formar o seu convencimento, de forma livre e pessoal, mas desde que com fundamento nos elementos que constam nos autos.

É muito importante invocar sobre o tema a parêmia *quod non est in actis nos est in mundo*, vale dizer: o que não consta nos autos, não consta no mundo e a este princípio some-se o princípio do dispositivo que pugna pela imposição à parte interessada o ônus de provar os fatos alegados. Ao autor cabe revelar os fatos constitutivos do seu direito e ao réu os fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito em disputa (art. 818 da Consolidação das Leis do Trabalho combinado com o art. 333 do Código de Processo Civil) (DALLEGRAVE NETO, 2009, p. 472).

É possível dizer que o ônus da prova é sempre um ‘ônus processual imperfeito’, tendo em vista a possibilidade dele se desincumbir com a prova gerada pela parte *ex adversa*.

Com o intuito de distinguir o conceito de ‘ônus imperfeito’ de ‘ônus perfeito’, registre que neste (ao contrário daquele) exige-se da própria parte a iniciativa para se desincumbir do respectivo ônus, a exemplo do que acontece com o ônus de recorrer sempre que ela pretenda a reforma do julgado *a quo*, não podendo se beneficiar do recurso da parte *ex adversa* para se alcançar a revisão da sentença, vez que ao tribunal não cabe a reforma em prejuízo do próprio recorrente (*non reformatio in pejus*).

Em que pese a força destes argumentos que consagraram a teoria da distribuição rígida do ônus da prova (art. 333, CPC), a moderna concepção de processo atribui poderes mais amplos para o julgador, mormente para prestigiar a efetividade dos direitos em disputa.

A distribuição do *onus probandi* deixa de ser rígida e generalizada e torna-se dinâmica e concreta, movendo-se e invertendo-se a partir da presença de alguns elementos, tais como, por exemplo: a identificação de um sujeito hipossuficiente ou contratualmente vulnerável; a verossimilhança das alegações; a natureza jurídica do direito postulado como proeminente e fundamental; as presunções *hominis* e a aptidão da parte para a produção de determinada prova documental.

Com base nesses critérios objetivos, vistos separados ou em conjunto, o julgador pode (e deve) inverter o ônus da prova sempre como escopo de tutelar a efetividade do processo e os direitos fundamentais da vítima postulante.

O processo do trabalho é terreno fértil para esta nova tendência de efetividade, seja porque os direitos trabalhistas *sub judice* são enquadrados como direitos sociais, espécie do gênero direitos fundamentais, seja pela ampla liberdade que o legislador conferiu ao magistrado ao editar art. 765 da CLT.

Schiavi (2008, p. 473) diz que:

Com efeito, há muito o juiz deixou de ser um convidado de pedra na relação jurídica processual. Na moderna teoria geral do processo, ao juiz cabe zelar pela dignidade do processo, pela busca da verdade real e por uma ordem jurídica justa. Isso não significa dizer que o juiz está desconsiderando o princípio do dispositivo, ou as regras do ônus da prova previstas nos arts. 818, da Consolidação das Leis do Trabalho e 333, do Código de Processo Civil, ou ao princípio de igualdade de tratamento às partes (art. 125 do CPC), está apenas garantindo a dignidade da justiça, da aplicação justa e equânime da lei e uma ordem jurídica justa.

O entendimento acima ganha corpo no Direito Processual do Trabalho que tem o princípio do inquisitivo no que diz respeito à iniciativa probatória do juiz (art. 765, da CLT). Essa amplitude do poder probatório do magistrado trabalhista ganha relevo quando se está frente a uma ação indenizatória por dano moral derivado de assédio ou qualquer ofensa a um direito de personalidade.

Entende-se que nessas demandas, estão em jogo dois elementos cardeais. Um de ordem material, qual seja a efetividade de um direito fundamental (art. 5º, X,

da CF), e outro de ordem processual, a previsão de arbitramento por parte do julgador (art. 475-C, II, do CPC).

A prova em juízo da prática do assédio sexual e moral é de extrema dificuldade para a vítima, posto que, na maioria das vezes, o assediante, em manifesta conduta pusilânime, “age a portas fechadas”. Por meio dessa situação, o meio eficiente, disponível à vítima, geralmente é agravação das conversas abusivas, devendo o julgador admiti-la sem maiores receios. E nem se cogite da invalidade dessa prova supostamente obtida “por meios ilícitos” (art. 5o. LVI, CF), sob pena de beneficiar o réu em detrimento da vítima assediada.

O Superior Tribunal de Justiça apresenta o seguinte entendimento:

A gravação da conversa de um dos interlocutores não configura interceptação, sendo lícita como prova no processo penal, aplicando-se, nesse caso, o princípio da proporcionalidade, que permite o detrimento de alguns direitos para que prevaleçam outros de maior valor. (STJ –RHC – 7216/SP – 5ª T. – RT 755/580).

Em igual sentido se posicionou a SDI do Tribunal Superior do Trabalho:

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, Ac. n.: 1564 – ROMS n. 11134 – Rel. Ministro Ermes Pedro Pedrassani, DJ:27.09.1991, p. 13.394).

Ainda sobre o tema, a regra do art. 383 do Código de Processo Civil dispõe que qualquer reprodução mecânica faz prova dos fatos representados, se aqueles contra quem foi produzida lhe admitir a conformidade. Havendo impugnação acerca da autenticidade da reprodução, o juiz ordenará a realização de exame pericial, nos termos do parágrafo único do supracitado dispositivo legal.

O julgador deve ser sensível no momento de coligir a prova do assédio, seja para não cometer injustiça diante de uma suposta acusação leviana e infundada, mas, sobretudo, para fazer justiça à vítima que, além de sofrer grave dano moral, se vê prejudicada na produção de tão difícil prova, máxime pela argúcia do assediador que geralmente tenta agir sem deixar indícios, assim, nessa direção vem se posicionando a jurisprudência:

Dano Moral, Assédio sexual. Prova. O assédio sexual é um ato que, pela sua própria natureza, se pratica secretamente (Luiz de Pinho Pedreira da Silva), portanto, a prova direta dificilmente existirá, por conseguinte, os Tribunais têm levado em conta a conduta similar do agente, como forma de prova indireta. Comprovado que o agente agiu da mesma maneira em relação a outras possíveis vítimas, demonstrando um comportamento desvirtuado da normalidade, o assédio sexual restará admitido. No caso dos autos, entretanto, a conduta reiterada do agente, não restou comprovada. Não há qualquer elemento de prova, mesmo a indireta que corrobore as assertivas da reclamante razão pela qual se pode atribuir ao empregador a responsabilidade que a autora pretende lhe imputar, Recurso ordinário a que se nega provimento. (TRT – 3ª. Reg., 3ª. T., RO 8051/98, Rel. Luiz Otávio Linhares Renault, DJMG; 26.06.99, pág. 08).

Requerer prova robusta e inconcussa da vítima de assédio é o mesmo que recusar sua pretensão de reparação de dano moral:

Exigir 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 – 2ª Reg. – 10ª.T. – Ac. N. 20010503530-2001 – Rel. Vera Marta P. Dias – DOE SP– PJ – TRT 2ª. 31.08.2001).

4.6 DO DIREITO À RESCISÃO INDIRETA

As penalidades aplicadas ao assediante estão fundamentadas nos diplomas Trabalhista, Penal e Civil. Em âmbito laboral, a punição pode variar de uma simples advertência até à dispensa com justa causa, conforme a gravidade do ato (CORREA; DISSENHA, 2013, p. 25).

O fundamento para a rescisão contratual está no art. 482, alínea “b” da CLT, que trata da incontinência de conduta, mas, pode ser aplicada, também, a alínea “j”, conforme o caso concreto, como explica Dal Bosco (2001):

A prática de assédio sexual contra os empregados ou empregadas da empresa, por parte de outro trabalhador, que exerce função superior à do assediado, e, por isto mesmo, encontra-se na condição de preposto do empregador, pode ser justa causa para a rescisão do contrato de trabalho. É assim que a doutrina e a jurisprudência nacionais têm entendido, com base no texto do artigo 482, alíneas *b* e *j*, da CLT, enquadrando o assédio como incontinência de conduta ou mau procedimento (*b*), ou ainda, como ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em caso de legítima defesa própria ou de outrem (*j*). A tipificação mais adequada mesmo, no campo das relações de trabalho, parece ser a do assédio sexual como ato de incontinência de conduta, previsto na alínea *b* do artigo 482 da CLT.

A Constituição Federal de 1988 sofreu, em 2004, uma importante modificação, quando a Emenda Constitucional 45 trouxe relevante alteração em seu artigo 114 que trata da competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar as ações de indenização por dano moral ou patrimonial. O legislador ampliou significativamente a ideia já consolidada pela jurisprudência e pela doutrina, no sentido de que as ações de dano moral ou patrimonial derivadas de contrato de trabalho são da Justiça do Trabalho.

A afirmação Orcaio (2008, p. 357) em relação à referida Emenda é de que, na verdade, ela “tem o condão de confirmar o entendimento manso e pacífico esposado pela moderna jurisprudência trabalhista”. Outro argumento quanto à competência da Justiça do Trabalho pode ser encontrado na Consolidação das Leis do Trabalho, em seu art. 483. Ainda sobre o referido artigo da CLT, Jorge Neto e Cavalcante (2007, p. 236) sustentam que:

A Consolidação das Leis do Trabalho) não é omissa quanto a proteção, honra e boa fama do trabalhador, pois, o artigo 483 prevê a rescisão indireta do contrato de trabalho e a possibilidade de pleito de uma indenização quando houver ato lesivo contra ele (empregado) ou pessoa de sua família.

Resta pacificada a questão sobre a competência da Justiça do Trabalho em processar, julgar e aplicar as sanções cabíveis frente a condenação por assédio sexual no ambiente de trabalho, sendo que um dado importante a ser destacado é a probatória do assédio, pois, tais práticas ocorrem em ambiente restrito, havendo dificuldade em comprovar a ocorrência do ato, assim, Dal Bosco (2001) diz que:

A indenização ao empregado por assédio sexual pode ser pleiteada na Justiça do Trabalho e esse é um parecer pacífico entre a maioria dos doutrinadores e os tribunais brasileiros, já que o litígio deriva de relação trabalhista e, atende, assim, à previsão constitucional (art. 114, *caput*). A prova do delito costuma ser a parte mais complicada do procedimento e talvez aí resida o motivo de número tão mínimo de pedidos desta natureza nos tribunais brasileiros. Pode ser realizada por meio de documentos, testemunhas, roupas danificadas, fitas gravadas, perícias em filmes, fitas ou mesmo roupas e até por meio de restos de secreções, além de uma confissão do assediador. Como documento podem ser considerados meros bilhetes em que se possa deduzir o convite libidinoso ou uma manifestação indecorosa voltada a insinuar desejo sexual.

Sob o prisma criminal, por meio da Lei n. 10.224/01, foi inserido o art. 216-A ao Código Penal, que tipificou como crime o assédio sexual nas relações laborais,

com pena de detenção que varia de um a dois anos. Na realidade, denota-se a intervenção do Estado no sentido de proteção, retirando do convívio social aqueles que atentam contra os direitos da personalidade.

Alves (2008, p. 67) faz o seguinte comentário sobre a tipificação do crime de assédio sexual e a eficácia da legislação trabalhista, destacando a importância dos tribunais no combate à prática delituosa:

A promulgação da Lei n. 10.224/01, considera-se crime a prática de assédio sexual, suprindo-se uma escassez legislativa que o Direito brasileiro tinha nesse assunto, porém, na área trabalhista, a legislação pertinente em vigor, por vetusta que está, nada regula ou tutela de forma específica, deixando a questão ao alvedrio de legislações supervenientes, que primam por certas adaptações ou soluções parciais. Cabe à jurisprudência trabalhista conformar as suscitações dos casos práticos, tornando-se a principal forma de tutela ao assédio sexual realizado na relação de emprego.

A área cível reserva à prática de assédio sexual a punição de cunho patrimonial, cabendo a responsabilidade pela reparação civil ao empregador, quer seja por seus próprios atos, quer de empregados ou ainda de prepostos.

De acordo com Scavone Júnior (2001, p. 73):

Há de se falar, ainda, em responsabilidade extracontratual, uma vez que o assédio sexual é conduta ilícita que se enquadra na definição do art. 159, do Código Civil, gerando-se danos e constituindo fonte de responsabilidade civil.

Todas as previsões legais acima só revelam a importância do tema e a dedicação do legislador para que a conduta do assédio sexual seja punida de forma pedagógica, fazendo com que a vítima seja ressarcida de seus danos, o assediador tenha na justa medida uma resposta de desaprovação da sociedade ao seu ato e os empregadores passem a enfrentar o tema com a seriedade que ele merece, implementando meios de prevenção adequados (CORREA; DISSENHA, 2013, p. 29).

4.7 MEIOS DE REPARAÇÃO

A indenização do dano derivado da prática de assédio moral e sexual – porque diretamente imbricado à dignidade do homem – há que ter função não apenas compensatória em relação à presumida dor moral da vítima, mas também

uma função pedagógica, acoimando o assediante em valor que o desestimule a reincidência do ato ilícito.

Dallegre Neto (2009, p. 468), cita decisão:

Em matéria de dano moral, o valor da indenização há de ser suficiente tanto para facilitar a que o ofendido obtenha lenitivos para sua dor, não pela quantificação em termos materiais, como também, porque, mercê da indenização respectiva, poderá cercar-se de condições de sobrevivência mais compatíveis com sua dignidade de pessoa humana, tornando-a mais apta ao enfrentamento diuturno de sua deficiência. Tal condenação tem o efeito pedagógico, no sentido de tornar a sociedade efetivamente mais humana, colocando-a sob a égide dos princípios éticos impeditivos e dissuasivos de condutas quais a que teve a ré. (TAMG – 1ª. Câ. Civil – Ap. Civil 213.381-9 – j. em 11.06.1996).

A relevância desse assunto inspirou o legislador do novel Código Civil a introduzir o capítulo II de sua Parte Geral, intitulado dos direitos da personalidade. Em seus arts. 11 a 21, o Código amplia o rol do art. 5º, X, da Constituição Federal de 1988, protegendo a integridade psicofísica, o nome e a palavra, além de prever expressamente a tutela inibitória para impedir ou fazer cessar ato contrário à vida privada da pessoa física. Não há dúvida de que tal regramento se aplica ao direito do trabalho por força da regra estampada no § único do art. 8º da CLT (GUNTHER; ZORNING, 2003, p. 124).

5 CONCLUSÃO

O assédio sexual é uma das formas mais vis de desrespeito aos direitos da personalidade, pois, fere a liberdade sexual e desrespeita a dignidade do trabalhador, em última análise, direito por excelência de todos. A legislação não é branda; o legislador agiu com dureza para que a prática do assédio sexual tivesse uma resposta adequada da sociedade que não admite tal exposição e abuso. Considerando-se o conceito de gênero, pode-se entender por que na compreensão do assédio sexual passa-se gradualmente da ideia predominante de naturalidade da agressividade sexual masculina, cabendo à mulher, nesta perspectiva, a responsabilidade de não provocar os desejos dos homens, à concepção de que

todos os indivíduos devem ter o direito de dispor de si mesmas, de conduzir livremente sua vida privada e sua liberdade sexual.

Entende-se que é correto que a intervenção do Estado nestas questões, seja através de legislação, seja da atuação do Ministério Público, seja pelas decisões judiciais, retira-se a espontaneidade e da riqueza da diversidade nas relações interpessoais e entre gêneros, obrigando-se a cautelas e condutas mais padronizadas, porém, no âmbito das relações de trabalho elas se tornaram essenciais.

Se, sob o capitalismo, sistema pelo qual a Constituição Federal de 1988 faz opção, o trabalhador precisa trocar trabalho por remuneração, como sendo uma forma de garantia da subsistência própria e da família, é preciso se afiançar por meios legais e judiciais que ele possa fazer isso em um ambiente de trabalho saudável e isento de assédio. Tanto na esfera trabalhista, quanto nas esferas criminal e cível, o assédio sexual é combatido com vigor, punido o assediador, reparando a vítima e exigindo uma conduta mais vigilante dos empregadores.

A relação laboral é elemento essencial ao desenvolvimento econômico e social de qualquer país. Quando essa relação é desestabilizada por práticas como o assédio sexual, não é apenas o trabalhador quem sofre suas consequências e, sim, toda a sociedade, que através da lei impõe sua desaprovação. A lei, contudo, depende da eficiência dos tribunais para ser aplicada, depende da atuação incisiva do Ministério Público para fiscalizar e depende, sobretudo, de uma atitude de esclarecimento de empregados e empregadores para prevenir práticas repugnantes como o assédio sexual.

A questão do bem jurídico tutelado não foi bem apreciada pelo legislador, pois, houvesse ele avaliado com cuidado, interpretando o Direito Penal sistematicamente e de acordo com seus princípios, sobretudo, o da intervenção mínima, teria chegado à conclusão de que a conduta descrita não atinge a liberdade sexual da vítima, ao menos não suficientemente para ratificar a ingerência do Direito Penal, já que seria totalmente possível e recomendável, o uso dos outros ramos do Direito para a prevenção da lamentável conduta. Considerando-se que o tipo acabou por prever como conduta criminosa uma ameaça não grave (se for ameaça grave, o tipo será outro), conclui-se que a pena cominada foi excessiva, muito embora esteja, agora, abrangida pelos Juizados Especiais Criminais. A presença do art. 216-A no

Código Penal, somente contribui para a hipertrofia do Direito Penal e seu consequente descrédito como braço forte do Estado na busca por Justiça.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Gabriel Alexandrino. **Assédio sexual: um novo paradigma para o direito do trabalho**. São Paulo: LTr. 2008.
- AYRES, Deborah Maria. “O direito à igualdade que discrimina”. In: direito net <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3509/O-direito-a-igualdade-que-discrimina>>
- AZEVEDO, André Boiani. **Assédio sexual: aspectos penais**. Curitiba: Juruá, 2005.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acessado em 1º/11/2021.
- BRASIL. **Decreto Lei 5452**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De15452.htm. Acessado em 1º/11/2021.
- BRASIL. **Lei 10.778/2003**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.778.htm>. Acessado em 1º/11/2021.
- BRASIL. **Lei 10224/2001**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10224.htm>. Acessado em 1º/11/2021.
- CARRION, Valentin. **Comentários à consolidação das leis do trabalho**. 27. Ed. atual e ampl. São Paulo: Saraiva. 2002.
- CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. 3. Ed. Campinas: Bookseller, 2002. V. 3.
- CLT Dinâmica, TRT2. **Responsabilidade civil no Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 3.ed. 2008. Disponível em: < <http://www.trtsp.jus.br/ct-din>>.
- CORREA, Célio Roberto Correa; DISSENHA, Leila Andressa Dissenha. Assédio Sexual na Relação de Emprego: prática atentatória aos direitos da personalidade do trabalhador. In: VILLATORE, Marco Antônio César; ALMEIDA, Ronald Silka de (Coords). **As Aplicações do Direito de Personalidade ao Direito do Trabalho: questões polêmicas e soluções práticas**. Curitiba: Juruá, 2013.
- COUTINHO, Maria Luiza Pinheiro. **Discriminação no Trabalho: Mecanismos de Combate à Discriminação e Promoção de Igualdade de Oportunidades**. Disponível em

http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/discrimination/pub/oit_igualdade_racial_05_234.pdf.

DAL BOSCO, Maria Goretti. **Assédio sexual nas relações de trabalho**. Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 52, 01.12.2001. Disponível em:
<<http://jus.uol.com.br/revista/texto/2430>>.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. O assédio sexual e moral e a sua prova na Justiça do Trabalho. In: GUNTHER, Luiz Eduardo; SANTOS, Willians Franklin Lira dos. **Tutela dos Direitos da Personalidade na Atividade Empresarial**. Curitiba: Juruá, 2009. V.2.

DE JESUS, Damásio Evangelista, GOMES, Luiz Flavio. **Assédio Sexual**, São Paulo, Saraiva. 2002.

ESCOLA DE GOVERNO. **Os direitos humanos na Declaração Universal de 1948 e na Constituição Brasileira em Vigor**. Disponível em
<http://www.escoladegoverno.org.br/artigos/115-direitos-humanos-declaracao-1948>.

FLORINDO, Valdir. **Dano moral e o direito do trabalho**. 4.ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2002.

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

GUNTHER, Luiz Eduardo; ZORNING, Cristina Maria Navarro. O direito da personalidade do novo código civil e o direito do trabalho. In: **O impacto do novo código civil no direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2003, p. 124 a 135

JORGE NETO, Francisco Ferreira. CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Direito processual do trabalho**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

LIMA, Kewri Rebeschini. “Assédio sexual no trabalho”. In: **Revista Eletronica do Tribunal Regional do Trabalho 23ª Região**, disponível em <<http://www4.trt23.jus.br/revista/content/ass%C3%A9dio-sexual-no-trabalho>>.

LIPPMANN, Ernesto. **Assédio sexual nas relações de trabalho: danos morais e materiais nos tribunais após a lei 10.224**. São Paulo: LTr, 2001.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Direito do trabalho**. 11. Ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MELO, Nehemias Domingos. **Dano moral trabalhista**. São Paulo: Atlas, 2007.

MOREIRA, Marilda Maria da Silva. **Assédio sexual feminino no mundo do trabalho: algumas considerações para reflexão**. Disponível em
http://www.uel.br/revistas/ssrevista/c_v4n2_marilda.htm.

NARVAZ, Martha. **Assédio moral e sexual no trabalho**. SIPAT, 2013. Porto Alegre, 03 de Julho de 2013, auditório da FDRH. Disponível on-line em power-point.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 29ª edição, São Paulo, Saraiva, 2014.

ORCAIO, Ivan. **Direito do trabalho aplicado e processo do trabalho**. São Paulo: Primeira Impressão, 2008.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **O assédio sexual na relação de emprego**. São Paulo: LTr, 2001.

SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antonio. **Assédio sexual: responsabilidade civil**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual do trabalho**. São Paulo: LTr, 2008.

VASCONCELOS, Clever. **Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva v. 1, 2011.

COPYRIGHT

Direitos autorais: Os autores são os únicos responsáveis pelo material incluído no artigo.

Submetido em: 29/11/2021.

Aprovado em: 13/12/2021.

1

ⁱ GARCIA, Maria. Limites da ciência: a dignidade da pessoa humana: a ética da responsabilidade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

ⁱⁱ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 4ª ed. São Paulo: LTR, 2008.

ⁱⁱⁱ BARROS, Alice Monteiro de. Proteção à Intimidade do Empregado. São Paulo: LTR, 1997.

^{iv} LEIRIA, Maria Lurdes. Assédio sexual laboral, agente causador de doenças do trabalho: reflexos na saúde do trabalhador- São Paulo: LTr, 2012.

^v ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. Assédio Sexual e Dano Moral nas Relações de Trabalho. III Ciclo de Estudos de Direito do Trabalho, IBCB, 1997.

^{vi} LIPPMANN, Ernesto. Assédio sexual nas relações de trabalho: danos morais e materiais nos Tribunais após a Lei 10.224. São Paulo. Editora LTr, 2001.

^{vii} PAMPLONA Filho, Rodolfo. Assédio Sexual na Relação de emprego. São Paulo: LTr, 2001.

1