4. Artigo

Assédio sexual e perícia de psicologia

Ben-Hur Silveira Claus[1]

"O mundo cotidiano do senso comum, do qual não se podem furtar nem o filósofo nem o cientista, conhece tanto o erro quanto a ilusão. E no entanto, nem a eliminação de erros, nem a dissipação de ilusões pode levar a uma região que esteja além da aparência."

Hannah Arendt

"A aparência pertence intimamente à justiça, tão intimamente que não é possível buscar a verdade para além da verossimilhança".

Antoine Garapon

Resumo: O presente artigo tem por objetivo compartilhar – e fundamentar - a experiência de determinar a realização de perícia de psicologia para instruir ações de indenização decorrentes de assédio sexual.

Palavras-chaves: Assédio sexual. Prova. Perícia de psicologia.

Sumário: Introdução. 1 Um antecedente produtivo. 2 Ônus da prova e discriminação. 3 Ônus da prova no assédio sexual. 4 A utilidade da perícia de psicologia nas ações de assédio sexual - a prova técnica traz mais elementos de convicção ao juízo do que se imagina. 5 A juridicidade da perícia de psicologia nas ações de assédio sexual. 6 A juridicidade da imposição de comparecimento das partes à perícia de psicologia, sob pena presunção de veracidade dos fatos alegados pela parte contrária. 7 O exame da objeção fundada no direito à intimidade. Conclusão. Referências bibliográficas.

Introdução

O presente artigo tem por objetivo compartilhar a experiência de determinar a realização de perícia de psicologia para instruir ações de indenização decorrentes de assédio sexual, perícia da qual participam tanto a alegada vítima quanto o suposto assediador. Visa, outrossim, fundamentar essa prática judicial.

Adotei a prática de determinar a realização de perícia de psicologia, pela primeira vez, quando, ao examinar os autos de processo para o prosseguimento da audiência que ocorreria naquele dia, deparei-me com ausência de prova documental e intuí a possibilidade de que não houvesse prova

[1] Mestre em Direito pela UNISINOS e juiz do trabalho da Vara do Trabalho de Carazinho – RS (4ª Região). Endereço postal: Rua João Wender, 785, Vila Suzana, Canela-RS, CEP 95.680-000. Endereço eletrônico: benhurclaus@terra.com.br

oral sobre a matéria, isso por que dificilmente há testemunhas do fato controvertido nessas ações, na medida em que o autor do assédio sexual age "a portas fechadas". Segui essa intuição. Foi então que pela primeira vez determinei a realização de perícia de psicologia de ofício (CLT, art. 765), designando nova data para o prosseguimento da audiência, data na qual houve acordo; acordo favorecido pelo produtivo resultado da perícia de psicologia realizada.

A primeira perícia de psicologia nessas ações foi designada em data de 20-10-2010. Desde então foram determinadas cinco (5) perícias de psicologia. Embora incipiente, a adoção dessa prática na Vara do Trabalho de Carazinho – RS (4ª. Região) alcançou resultados positivos, seja no que diz respeito à qualidade da instrução processual, seja no que diz respeito ao estímulo à celebração de acordos. O resultado foram quatro (4) acordos e uma (1) sentença de procedência. Desses acordos, três (3) foram realizados antes da realização da perícia, mas após a sua designação na audiência dita inaugural, e um (1) acordo foi celebrado após a realização de perícia de psicologia. O valor dos acordos foi, respectivamente, de R$ 20.000,00; R$ 6.000,00; R$ 4.000,00; R$ 30.000,00. A sentença, que não foi objeto de recurso, condenou a reclamada (microempresa) ao pagamento de indenização por dano moral decorrente de assédio sexual, no valor de R$ 10.000,00.[2]

1 Um antecedente produtivo

A produtiva experiência desenvolvida pelo Poder Judiciário na instrução de processos de indenização decorrente de acidente do trabalho me veio à consideração quando passei a adotar a prática de determinar a realização de perícia de psicologia para instruir processos de indenização decorrentes de assédio sexual. Se nas ações decorrentes de acidente do trabalho a perícia de segurança do trabalho, realizada por perito engenheiro do trabalho, permite investigar melhor a culpa das partes pela ocorrência do acidente do trabalho, a perícia de psicologia, realizada por perito psicólogo, permite investigar melhor os fatos que integram a litiscontestação nas ações de indenização decorrentes de assédio sexual.

Ao receber competência para julgar as ações de indenização decorrentes de acidente do trabalho movidas pelo empregado contra o empregador por meio da Emenda Constitucional nº 45/2000, a Justiça do Trabalho viu-se diante do desafio de capacitar-se para bem desincumbir-se dessa nova atribuição, até então confiada à Justiça Comum Estadual. Além do estudo dos temas relativos à responsabilidade civil, o desafio da nova competência inclui uma necessária preocupação com a adequada instrução de tais processos, para o que tem sido de grande utilidade a prática de designar-se a realização de perícia de segurança do trabalho. Isso por que a principal questão probatória nessas demandas radica na investigação de culpa pela ocorrência do acidente do trabalho. Da adequada instrução desses processos depende seu justo resultado. Ocorre que é complexa a instrução de tais processos, conforme observa *Sebastião Geraldo de Oliveira*:

> Na investigação da possível culpa do reclamado, relacionada com o acidente do trabalho ou doença ocupacional, o primeiro passo é verificar se houve descumprimento das normas legais ou regulamentares que estabelecem os deveres do empregador quanto à segurança, higiene e saúde ocupacional. A simples violação de alguma dessas normas, havendo dano e nexo causal, cria a presunção de culpa do

[2] Os respectivos processos podem ser consultados na Vara do Trabalho de Carazinho – RS (4ª Região)., cujo endereço eletrônico é: varacarazinho@trt4.jus.br.

> empregador pelo acidente ocorrido, uma vez que o descumprimento da conduta normativa prescrita já é confirmação da sua negligência, a ilicitude objetiva ou culpa contra a legalidade. Essa pesquisa, entretanto, não é tarefa fácil porque a estrutura normativa da proteção jurídica da segurança e saúde do trabalhador no Brasil deixa muito a desejar. As normas que tratam do assunto estão dispersas em vários diplomas legais, abrangendo diversos ramos do Direito, sem uma consolidação adequada, o que dificulta o seu conhecimento, consulta e aplicação (2011, p. 177).

Uma vez que nessas ações a culpa do empregador costuma caracterizar-se na modalidade de culpa contra a legalidade[3], em face do descumprimento pelo empregador das normas de segurança do trabalho (CLT, art. 157), a perícia de segurança do trabalho cumpre a importante tarefa de realizar a investigação técnica que se faz necessária em face de cada tipo de acidente, de função, de tarefa, de setor de trabalho, de ramo de atividade econômica, porquanto permite sindicar detalhadamente o cumprimento das técnicas de segurança do trabalho cuja observância é obrigatória em cada situação específica, de acordo com a minudente regulamentação normativa de regência da matéria de segurança do trabalho.[4] É o caráter técnico especializado das normas de segurança do trabalho que recomenda a realização da respectiva prova pericial (CPC, art. 420, parágrafo único, I).

Quando não se determina a realização de perícia de segurança do trabalho, o caráter técnico especializado da culpa contra a legalidade torna mais difícil a prospecção dos elementos necessários ao julgamento da ação. Em algumas situações, a ausência dessa prova técnica acaba por favorecer inadvertidamente a formação de juízo de improcedência da demanda - normalmente fundado em interpretação literal do art. 818 da CLT - , de modo a ter-se por não caracterizada a culpa do empregador quando se conclui não tenha o empregado logrado comprovar, por meio da prova oral, a veracidade da respectiva alegação de culpa do empregador deduzida na petição inicial. É bem verdade que muitos magistrados contornam a situação de dificuldade probatória da parte hipossuficiente, atribuindo ao empregador o ônus da prova de que cumpriu as normas de segurança do trabalho e de que não teve culpa pela ocorrência do acidente,[5] a qual então se presume com base na teoria do risco-proveito. Contudo, a produção da prova técnica de segurança do trabalho permite formar um juízo mais completo e mais seguro sobre as questões especializadas acerca da caracterização de culpa pela ocorrência do acidente do trabalho, inclusive a investigação dos elementos técnicos que instruem a apuração das recorrentes alegações de culpa exclusiva da vítima e de culpa concorrente da vítima.

---

[3] A culpa contra a legalidade caracteriza-se quando o acidente do trabalho tem como causa o descumprimento de normas de segurança do trabalho.

[4] Para o magistrado torna-se extremamente difícil conhecer todo o manancial de normas relativas a acidente do trabalho, seja em razão do grande número de normas, seja em face de que tais normas envolvem diversos aspectos técnico-especializados de segurança do trabalho.

[5] Importante corrente de pensamento na magistratura trabalhista sustenta a existência de responsabilidade objetiva do empregador pelo acidente do trabalho, a partir de uma hermenêutica haurida tanto na tutela dispensada pela Constituição à integridade física e mental dos trabalhadores (CF, art. 7º, XXII) quanto na potencialidade interpretativa recolhida na norma do art. 927, parágrafo único, do CC. Alguns juristas já extraíam do art. 2º, *caput*, da CLT fundamento jurídico suficiente para afirmar a responsabilidade objetiva do empregador em relação a acidentes do trabalho.

A perícia de psicologia pode aportar à instrução processual das ações de indenização por assédio sexual qualificação semelhante àquela que a perícia de segurança do trabalho tem aportado à instrução processual das ações de indenização decorrentes de acidente do trabalho.

2 Ônus da prova e discriminação

Alguns estudos alertam para o fato de que a aplicação literal do art. 818 da CLT pode conduzir - inadvertidamente - a juízo de improcedência quando o autor da demanda não comprova a alegação da petição inicial. No âmbito da instrução processual, essa compreensão literal do art. 818 da CLT pode acabar por anestesiar – na prática – a faculdade de iniciativa do juízo na determinação de produção de provas de ofício. O resultado dessa compreensão literal do art. 818 da CLT é especialmente problemático naquelas situações em que o autor não dispõe de meios para comprovar a sua alegação. É o que ordinariamente ocorre nas ações de assédio sexual.

Discorrendo sobre o tema do ônus da prova, *Estêvão Mallet* demonstra que a aplicação literal do art. 818 da CLT pode implicar discriminação contra a parte hipossuficiente, quando essa não tem condições de comprovar a alegação formulada. Após esclarecer que o art. 818 da CLT limita-se a dispensar às partes igualdade meramente formal, o jurista observa que o legislador deixou de lado qualquer consideração quanto à possibilidade concreta que tem cada litigante de provar suas alegações, restringindo-se a distribuir o ônus da prova de acordo com as alegações feitas, sem considerar a condição socioeconômica das partes litigantes e o tipo de matéria da causa. O jurista adverte, porém, para a circunstância jurídica de que o direito de defesa inclui o direito de produzir a respectiva prova, sob pena de resultar denegação da tutela jurídica devida:

> "Não se deve perder de vista, porém, que, para a tutela de seu direito, deve a parte poder não apenas apresentar suas alegações, como também ter oportunidade de prová-las adequadamente. O direito de produzir a prova – já ensinava Cunha Gonçalves – está compreendido no originário direito de defesa. Em consequência, permitir a alegação, mas impedir a prova do alegado 'é o mesmo que nem permitir alegar – equivale à denegação da justiça'. E, da mesma forma, condicionar a tutela do direito à apresentação de prova que, em decorrência de dificuldades materiais ou circunstanciais, a parte não é concretamente capaz de produzir significa, em termos práticos, impedir ou dificultar excessivamente o acesso à justiça, privando de tutela o direito" (MALLET, 2010, p. 203).

A perícia de psicologia facilita às partes o acesso à justiça em concreto, na medida atenua as naturais dificuldades que as partes costumam ter para produzir prova nessa peculiar espécie de demanda. Além disso, a perícia de psicologia capacita o magistrado a fazer uma cognição mais profunda da matéria objeto dessa complexa espécie de controvérsia. Assim sendo, a perícia contribui, outrossim, para reduzir o risco de a aplicação literal do art. 818 da CLT conduzir - inadvertidamente - a resultado que se limite a reproduzir no processo a desigualdade socioeconômica das partes.

3 Ônus da prova no assédio sexual

A ilicitude do assédio sexual é de intuitiva percepção geral. Embora o senso comum existente na sociedade seja no sentido do claro reconhecimento da ilicitude dessa espécie de conduta, não é demais relembrar que o assédio sexual tipifica diversos ilícitos na ordem jurídica. O assédio sexual

caracteriza ilícito penal (CP, art. 216-A), ilícito civil (CC, art. 186), ilícito trabalhista (CLT, art. 482, *b*), além de ser considerado causa de violência contra a mulher pela Convenção Interamericana de Belém do Pará/MRE (art. 2º, *b*), diploma legal ratificado pelo Brasil por meio do Decreto de Promulgação nº 1.973, de 01-08-1996.

Para facilitar a responsabilização pelo assédio sexual, a teoria jurídica tem adotado orientação dirigida a atenuar a natural dificuldade que a parte autora tem para desincumbir-se de seu encargo probatório (CLT, art. 818 e CPC, art. 333, I), isso a partir da consideração de que o assédio sexual é ato que, pela sua própria natureza, se pratica secretamente (*Luiz de Pinho Pedreira da Silva*), de modo que esse ilícito não permaneça relegado à impunidade pela falta de prova.

No que respeita à ação de indenização por assédio sexual, não parece razoável estabelecer inversão do ônus da prova,[6] pois isso equivaleria a atribuir ao empregador a produção da denominada prova diabólica.[7] O assédio sexual é fato constitutivo do direito postulado pela parte autora. Portanto, o ônus da prova incumbe à parte autora (CLT, art. 818; CPC, art. 333, I). Essa é a doutrina predominante (*Alice Monteiro de Barros, Francisco Antonio de Oliveira, Messias Pereira Donato*, *Mauro Schiavi*).

A solução está em perceber que nessa matéria não se pode exigir da vítima a chamada prova robusta, pois esse grau de certeza não se logra obter nesse tipo de demanda, já que o ato é praticado sem a presença de testemunhas (SCHIAVI, 2010, p. 164). Exigir prova robusta da vítima do assédio sexual quanto a fato que costuma ser praticado pelo assediador às escondidas implica deixar impune o ato ilícito respectivo, conforme se colhe da doutrina (DALLEGRAVE NETO, 2005, p. 243) e da jurisprudência: "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 Região, 10ª Turma, Acórdão nº 20010503530-2001, Relatora Vera Marta P. Dias, DOE SP, PJ, TRT 2ª, 31-08-2001).

Balizada pela atribuição do ônus da prova à parte autora e pela necessidade de atenuar a natural dificuldade que a parte autora enfrenta para se desincumbir da prova do assédio sexual, a teoria jurídica sobre a matéria tem equacionado esses dois fatores na perspectiva de romper com a impunidade diante desse tipo de ilícito clandestino.

Nesse sentido, a doutrina: a) confere valor especial ao depoimento pessoal da vítima; b) reconhece legalidade à gravação da conversação comprobatória do assédio, enquanto meio de prova;[8] c) admite a comprovação da alegação de assédio sexual por prova indireta, assim

---

[6] Guilherme Guimarães Feliciano admite a inversão do ônus da prova "quando a prova do assédio tornar-se excessivamente difícil para o autor", porém reputa recomendável que assim se proceda quando estiver presente algum indício de assédio (rigor evidente, queda involuntária de produção, tratamento diferenciado etc.). Cf. Distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho – critérios e casuística, *Revista LTr*, ano 72, v. 8, agosto/2008, São Paulo, p. 924. É semelhante a posição de Emília Simeão Albino Sako, na obra *A prova no processo do trabalho*. 2 ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 242. Na nota de rodapé nº 16, admite-se que a recusa do envolvido à participação na perícia de psicologia poderá ser vista como fator capaz de autorizar a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no caso concreto, para o efeito de inverter-se o ônus da prova, que incumbiria inicialmente à parte autora e passaria a incumbir então ao empregador.

[7] Daniel Mitidiero, no campo do processo civil, observa que "não se poderá, de modo algum, dinamizar o ônus da prova se a atribuição do encargo de provar acarretar uma *probatio diabolica* reversa, isto é, incumbir a parte contrária, a princípio desonerada, de uma prova diabólica." Cf. *Colaboração no processo civil*. São Paulo: RT, 2009. p. 129.

[8] Pesquisa realizada por José Affonso Dallegrave Neto revela que a jurisprudência do STJ admite a utilização de gravação como meio de prova no direito penal, sob o fundamento de que a preservação de direitos de hierarquia superior justifica preterir direitos de hierarquia inferior: "A gravação de conversa de um dos interlocutores não configura interceptação, sendo lícita como prova no processo penal, aplicando-se, nesse

considerada a existência de antecedentes do assediador acerca dessa espécie de fato; d) aceita a comprovação do assédio sexual por prova indiciária,[9] porquanto a prova direta do fato é praticamente impossível, em razão de que o assédio sexual é espécie de ilícito clandestino; e) estimula o juiz a utilizar-se das máximas da experiência (CLT, art. 852-D; CPC, art. 335); f) valoriza juízos fundados em indícios e presunções, amplificando a potencialidade produtiva ínsita à formação de convencimento por verossimilhança das alegações.

Portanto, trata-se de admitir - porque assim deve ser nos ilícitos clandestinos - a prova indiciária como suficiente à formação de juízo condenatório, para o que a perícia de psicologia pode contribuir significativamente, ao lado de outros elementos de prova indireta.

4 A utilidade da perícia de psicologia nas ações de assédio sexual - a prova técnica traz mais elementos de convicção ao juízo do que se imagina

A experiência tem revelado que a perícia de psicologia logra haurir mais elementos de convicção para o juízo do que se supõe inicialmente.

O atual estágio de desenvolvimento ciência da psicologia – merecem destaque especial, aqui, as técnicas psicológicas criteriosamente construídas ao longo de muitas décadas de estudos científicos e testes - proporciona uma considerável capacidade de investigação, pelo psicólogo, do perfil psicológico e da estrutura de personalidade dos sujeitos envolvidos no alegado assédio sexual, permitindo fazer aportar ao juízo uma série de informações técnicas específicas a esse tipo de fato comportamental.

Enquanto as entrevistas têm por objetivo dar a conhecer ao perito a estrutura psicológica dos sujeitos e os efeitos emocionais nela produzidos pelo fato, os testes psicológicos têm por objetivo investigar aspectos das respectivas personalidades e seus campos inter-relacionais, naquilo que diz respeito com o fato controvertido. São esses os elementos psicológicos básicos a partir dos quais o perito capacitar-se-á à elaboração do laudo pericial de psicologia que instruirá o processo judicial de assédio sexual.

A partir da prospecção destes elementos psicológicos básicos e do estabelecimento das respectivas conexões no âmbito do comportamento anterior e atual dos sujeitos, o perito poderá subsidiar diversas questões úteis à formação do convencimento do juízo para um melhor julgamento da causa (PAIVA e GUSMÃO, 2008, p. 193). [10]

O perito poderá subsidiar a formação do convencimento do juízo ao enfrentar questões como: a) se a narrativa da vítima na petição inicial é compatível (coerente) com seu comportamento durante as entrevistas e testes psicológicos administrados; b) se a narrativa da vítima na petição

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 nº 755/580) (DALLEGRAVE NETO, 2005, p. 242).

[9] É o caso do registro de ocorrência do assédio sexual levado a efeito pela vítima perante a autoridade policial. Ainda que se trate de registro unilateral da vítima, a comunicação de assédio sexual pela vítima à autoridade policial constitui um elemento indiciário a ser sopesado pelo juízo, porquanto acarreta uma considerável exposição da intimidade a que as pessoas não submetem ordinariamente (CPC, art. 335), senão em face de uma situação de real constrangimento.

[10] Os autores sustentam que [...] "a perícia psicológica é um meio pelo qual se pode constatar a ocorrência de dano moral nas relações de trabalho. Nesse caso, a perícia terá caráter de vistoria, uma vez que serão avaliados o nexo de causalidade (relações de determinação), as condições de trabalho e a real ocorrência e extensão do dano. Por meio da perícia psicológica, o profissional poderá evidenciar se a vítima sofreu, de forma súbita e inesperada, deteriorização de suas funções psicológicas, surgida após uma ação culposa ou deliberada do ofensor" (PAIVA e GUSMÃO, 2008, p. 193).

inicial é compatível (coerente) com o perfil psicológico do suposto assediador sexual; c) se os sujeitos apresentam estrutura de personalidade indicativa de comportamento psicológico autêntico ou indicativa de comportamento fantasioso; d) se os sujeitos mostram-se sinceros ou dissimulados quando abordados pelo perito sobre o fato e a forma pela qual verbalizam sobre a controvérsia; e) se a vítima apresenta sinais de trauma psicológico em face do alegado assédio e de que forma tais sinais manifestam-se; f) se os sujeitos apresentam indícios de alteração de comportamento após o fato; g) se os sujeitos apresentam indícios de sentimento de culpa após o fato (indício comum em casos de abusos); h) se os sujeitos apresentam sinais de atitude autopunitiva após o fato (indício de trauma psicológico); i) se as alegadas agressões sexuais acarretaram comportamento indicativo de deterioração do ego da vítima após o fato; j) se a vítima apresenta sintomas de trauma psicológico compatível com os sintomas ordinários à espécie de assédio sexual alegado; k) se a vítima apresenta necessidade de tratamento psicológico, qual o tipo de tratamento e se tal tratamento psicológico se faz necessário em razão do assédio sexual alegado; l) a existência de indícios de distúrbios sexuais dos sujeitos; m) se a vítima seria (in)capaz de fantasiar a existência do alegado assédio sexual em face dos elementos recolhidos pelo perito durante a investigação pericial.

O operador jurídico já deve ter percebido a importância de que se revestem quesitos periciais formulados sob o rigor da técnica da psicologia, de modo a fazer-se a prospecção mais completa possível acerca dos fatos objeto da controvérsia. Da mesma forma, a indicação de assistente técnico pode vir a aportar subsídios adicionais à investigação realizada do perito do juízo.

O argumento de que a prova pericial de psicologia limita-se a fornecer elementos de prova apenas indiciários acerca da controvérsia de fato encontra resposta na sua própria formulação, fazendo lembrar a fascinante descoberta, pela filosofia, do círculo hermenêutico existente entre pergunta e resposta: a prova possível nos atos ilícitos clandestinos é a indiciária (FELKER, 2006, p. 258).

5 A juridicidade da perícia de psicologia nas ações de assédio sexual

A determinação de realização da perícia tem amparo jurídico no art. 765 da CLT, no art. 3º da Lei nº 5.584/70 e no art. 440 do CPC. O primeiro preceito diz que os juízos do trabalho "terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas". O segundo preceito estabelece que "os exames periciais serão realizados por perito único, designado pelo Juiz, que fixará prazo para a entrega do laudo." Já o terceiro preceito confere ao magistrado a faculdade de "inspecionar pessoas ou coisas, a fim de se esclarecer sobre fato, que interesse à decisão da causa", podendo se valer de perito para tanto (CPC, art. 441).

A doutrina de *José Aparecido dos Santos* parece respaldar tal entendimento quando aborda o tema da inspeção judicial e afirma que a inspeção judicial e a perícia podem apresentar-se como meios de prova complementares:

> O fato de o juiz examinar diretamente pessoas ou coisas não impede que a inspeção seja cumulativa com a perícia, o que em alguns casos é até aconselhável, desde que haja semelhança ou coincidência de objetos. Por isso, o art. 441, CLT, prevê que durante a inspeção o juiz poderá ser assistido por um ou mais peritos" (2009, p. 601).

A necessidade de o juiz conhecer elementos de psicologia para o bom desempenho da função jurisdicional tem ganhado cada vez mais espaço na doutrina, fruto da consciência de que o direito é uma ciência de espectro interdisciplinar. A questão é objeto de diversas obras, ganhando destaque em determinadas situações concretas, como ocorre no caso do nexo interdisciplinar que se faz patente entre o Direito do Trabalho e a Psicologia no assédio sexual. Numa dessas obras, recolhe-se subsídio indireto à proposta de perícia de psicologia para a instrução de processos cuja causa de pedir é assédio sexual:

> No mérito do processo, deverá também o magistrado ser capaz de identificar os indícios de doença mental de qualquer das partes de modo a poder mandar realizar os exames e as avaliações que forem necessárias para o completo esclarecimento da realidade (TRINDADE, 2010, p. 103).

A juridicidade da proposta de realização de perícia de psicologia para instruir as ações de assédio sexual repousa - para além da amplitude dos poderes instrutórios conferidos ao magistrado pelo art. 765 da CLT - na substância da potencialidade científica que a Psicologia pode aportar ao Direito do Trabalho, com vistas à prospecção dessa espécie de comportamento humano.

6 A juridicidade da imposição de comparecimento das partes à perícia de psicologia, sob pena presunção de veracidade dos fatos alegados pela parte contrária

A fim de extrair da prova pericial de psicologia a maior eficácia possível para a instrução da causa, tenho determinado que tanto a suposta vítima quanto o indigitado assediador submetam-se à perícia de psicologia, o que inclui ambos participarem de entrevista individual reservada, protegida por sigilo profissional, sob pena de se extrair da recusa presunção relativa de veracidade das alegações da parte contrária.

O comparecimento da vítima e do assediador à perícia é uma obrigação jurídica e moral que as partes e interessados têm para com o Poder Judiciário,[11] por força do dever jurídico de colaboração, dever jurídico que a doutrina tem haurido dos arts. 14 e 339 do CPC, sempre com o objetivo da busca da verdade real na instrução da causa (CLT, art. 765; CPC, art. 130). Em sentido semelhante orienta-se o art. 359 do CPC. Embora se aplique ao incidente de exibição de documento comum às partes, o preceito do art. 359 do CPC autoriza – novamente está presente aqui a finalidade da busca da verdade real na instrução da causa - a cominação da pena de confissão à parte que deixa de exibir em juízo documento comum às partes. Por fim, vem à lembrança a presunção de paternidade do réu que se recusa a realizar o respectivo exame de DNA (Lei nº 8.560/92, art. 2º-A, parágrafo único),[12] também a reforçar a percepção do compromisso do processo contemporâneo para com a busca da verdade real na instrução da causa.

Pontes de Miranda, comentando o art. 339 do CPC, preleciona que o dever de verdade obriga a todos – partes *e interessados*; e sublinha que a importância da perícia como meio de prova útil à busca da verdade. Diz o autor:

---

[11] No Estado Social Democrático de Direito, a obrigação de comparecimento das partes à perícia é devida, na verdade, à Sociedade e não especificamente ao Poder Judiciário. Esse último apenas corporifica o Estado Social Democrático de Direito enquanto setor do Estado vinculado à finalidade de fazer respeitar a ordem constitucional na esfera jurisdicional.

[12] Lei nº 8.560/92, "Art. 2º-A. ...

Parágrafo único. A recusa do réu em se submeter ao exame de código genético - DNA gerará a presunção da paternidade, a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório" (Incluído pela Lei nº 12.004, de 200.

> O Estado prometeu a tutela jurídica e nada cumpriu o que prometeu sem o dever de verdade para todas as partes e interessados. Cada um alegue o que quiser, mas não falseie, não deforme. A relação jurídica processual é entre autor e Estado; angulariza-se, com as linhas autor-Estado, Estado-réu. Todos têm o dever de verdade. Onde se falta à verdade, há injustiça. O juiz tem de buscar a verdade, a despeito de cada parte ter o dever de dizer, veridicamente, o que conhece, e não o que desconhece. Daí a perícia, que é um meio que tem o juiz para decidir com justiça (PONTES DE MIRANDA, 1974, p. 263).

Tratando-se de ato ilícito que atinge o núcleo axiológico da Constituição – a dignidade da pessoa humana é o valor fundante do programa constitucional (CF, art. 1º, III) -, o assédio sexual confere maior densidade ética ao dever jurídico de colaboração, vinculando a todos, partes do processo, prepostos do empregador e todos demais cidadãos da República (CPC, arts. 14 e 339), sobretudo quando se examina a questão na perspectiva da concreção da garantia constitucional de acesso à jurisdição no caso de lesão a direito fundamental (CF, art. 5º, XXXV).

Ao empregador, no exercício de seu poder diretivo (CLT, art. 2º, *caput*), incumbe recomendar a participação de seu empregado acusado de assédio sexual à entrevista pericial, decorrência jurídica de sua obrigação patronal de proporcionar aos empregados ambiente de trabalho saudável, sob pena de submeter-se à conseqüência jurídica respectiva – presunção de veracidade das alegações da parte contrária - decorrente do não-comparecimento de seu empregado à perícia.[13] Essa conclusão resta corroborada quando se atenta para a circunstância jurídica de que o empregador tem direito regressivo contra o empregado assediador no caso de vir a sofrer condenação, para reembolsar-se do valor da respectiva indenização (CLT, art. 462, § 1º).[14] A faculdade jurídica de despedir o empregado assediador com justa causa (CLT, art. 482, *b*[15]) também corrobora o entendimento de que incumbe ao empregador recomendar a participação de seu empregado na entrevista pericial.[16]

8 O exame da objeção fundada no direito à intimidade

Poder-se-á objetar que o cumprimento do dever jurídico de colaboração das partes e interessados para com a descoberta da verdade pode implicar violação do direito à intimidade dos sujeitos envolvidos na perícia de psicologia.[17] Contudo, essa preocupação atenua-se - pelo menos, em certa medida - com a determinação de ofício de tramitação do processo em segredo de justiça,

---

13 O empregador tem direito regressivo contra o empregado autor do assédio sexual em relação à respectiva condenação (CLT, art. 462), posição jurídica que não lhe permite eximir-se da obrigação de exigir a participação de seu empregado na perícia mediante a mera alegação de recusa do empregado implicado.

14 Não resta dúvida de que o empregado autor de assédio sexual age de forma dolosa quando pratica assédio sexual, o que autoriza ao empregador invocar o § 1º do art. 462 da CLT, com vistas fundamentar a respectiva pretensão a obter o ressarcimento do dano causado pelo empregado assediador, no caso, a obter o ressarcimento da condenação que o empregador vier a sofrer no processo de indenização movido pela vítima do assédio sexual.

15 O assédio sexual tipifica a justa causa de incontinência de conduta, autorizando a resolução do contrato de trabalho.

16 A recusa de participação na perícia de psicologia poderá ser vista como fator capaz de autorizar a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no caso concreto, para o efeito de inverter-se o ônus da prova, que incumbiria inicialmente à parte autora e passaria a incumbir então ao empregador.

17 A vítima do assédio sexual não deverá opor tal objeção, já que tomou a iniciativa de invocar prestação jurisdicional diante do alegado assédio sexual. Tal objeção poderá ser oposta pelo indigitado assediador sexual.

de modo a prover certa proteção à intimidade das partes. Essa providência pode ser postulada, outrossim, por qualquer das partes. Depois, as partes contam com o dever de sigilo profissional do perito judicial, o que também mitiga o grau de violação à intimidade dos envolvidos na prova pericial. [18]

É certo que a imposição judiciária de comparecimento à perícia de psicologia implica um determinado nível de interferência estatal na esfera privada dos sujeitos envolvidos no assédio. Não se deve obscurecer esse fato: ainda que o deferimento de tramitação do processo em segredo de justiça e o dever de sigilo profissional do perito atenuem o grau da interferência estatal na esfera privada dos sujeitos envolvidos, não se pode negar que o direito à intimidade dos sujeitos envolvidos sofrerá um ponderável nível de restrição por força da imposição judiciária de comparecimento à perícia. Colocado em evidência o fato de que o direito à intimidade dos sujeitos envolvidos sofrerá um ponderável nível de restrição, a questão que então se apresenta é saber se a imposição judiciária de comparecimento à perícia justifica-se - revelando-se como exigência compatível à luz do princípio da proporcionalidade - pelo dever do Poder Judiciário de apuração da conduta ilícita em questão. É o que se tenta responder a seguir.

A situação configura colisão de direitos fundamentais. De um lado, está o direito fundamental da vítima à efetiva investigação da conduta ilícita atribuída ao suposto assediador. De outro lado, está o direito fundamental do indigitado assediador à intimidade. A solução desse conflito é obtida pela aplicação da técnica do juízo de ponderação. Sob a inspiração do princípio da proporcionalidade, examina-se à luz dos valores constitucionais da República qual dos direitos fundamentais em conflito deve preponderar e em que medida, de modo que a preferência de um direito fundamental implique no menor sacrifício do outro direito fundamental em cotejo. Havendo situação em que se imponha ao magistrado estabelecer restrição a direitos fundamentais das partes, é no princípio da proporcionalidade que o juiz irá haurir a referência hermenêutica pela qual modulará a solução do conflito caracterizado pela colisão de direitos fundamentais.

Tratando-se de ilícito de assédio sexual, o valor fundamental da dignidade da pessoa humana é o critério - constitucional - que preside a resolução do conflito de colisão de direitos fundamentais individuais caracterizado, conferindo ao direito fundamental da vítima à apuração do assédio sexual hierarquia axiológica superior àquela conferida ao direito fundamental do indigitado assediador à privacidade, isso por obra da aplicação do princípio da proporcionalidade enquanto referência hermenêutica capaz de mediar a resolução do conflito dos direitos fundamentais em cotejo. A técnica do juízo de ponderação foi construída pela teoria jurídica diante da constatação de que os direitos fundamentais "[...] não devem ser vistos como absolutos, ou como posições definitivas. Em decorrência, intervenções em direitos fundamentais são possíveis, e o seu exercício pode ser restringido ou limitado" (LEDUR, 2009, p. 49). O autor esclarece que "Essas intervenções não devem ser compreendidas como mecanismo redutor desses direitos, mas sim como meio voltado, de um lado, à própria garantia de seu exercício e, de outro, à proteção de bens constitucionais de toda a comunidade" (LEDUR, 2009, loc. cit.).

A objeção de violação à intimidade dos sujeitos envolvidos no assédio sexual não pode ser desprezada, mas também não deve ser superdimensionada, sendo indispensável ao operador jurídico um horizonte mais largo de contextualização da controvérsia jurídica subjacente em suas diversas dimensões ético-sócio-jurídicas, prudência com qual se previne a perigosa simplificação – em regra, deliberadamente induzida - de reduzir a complexidade do contexto multifacético da controvérsia acerca de assédio sexual pela artificiosa atribuição de caráter absoluto a determinado

[18] O perito judicial está sujeito ao crime de falsidade (CP, art. 342).

direito fundamental eleito pelo interesse da parte, com o objetivo oblíquo de embaraçar a atividade jurisdicional do Estado, mediante o abandono preordenado do dever jurídico de colaboração imposto às partes *e interessados*, a pretexto de proteger-se a intimidade.

Quando cotejado com o dever jurídico de colaboração das partes e interessados para com a descoberta da verdade no processo judicial, sobretudo quando o ato ilícito imputado é ato ilícito clandestino e caracterizador de violação direta à dignidade da pessoa humana, o direito à intimidade relativiza-se diante da prevalência do direito à jurisdição em caso de violação de direitos fundamentais de hierarquia axiológica superior. De modo que a resposta para a questão formulada anteriormente é obtida na construção do entendimento jurídico de que a imposição judiciária de comparecimento à perícia de psicologia constitui restrição estatal ao direito à intimidade que se afigura compatível – *rectius*, juridicamente proporcional – em face da supremacia que a ordem jurídica reconhece ao direito à jurisdição no caso de pretensão cuja causa de pedir é a prática de assédio sexual.

Poder-se-á redarguir com o preceito do art. 347 do CPC acerca do depoimento pessoal da parte, preceito segundo o qual a parte não é obrigada a depor sobre fatos criminosos ou torpes, que lhe forem imputados.[19] Para *Manoel Antonio Teixeira Filho*, contudo, tal preceito deve ser tomado com reserva no direito processual do trabalho, pois "[...] em certas situações, há necessidade absoluta de que a parte responda sobre tais fatos" (2009, p. 1046). O autor argumenta com a imputação de justa causa de improbidade. Ainda que se possa entender que a parte não esteja obrigada a depor, a parte deverá comparecer à audiência e poderá ser inquirida sobre os fatos pelo juízo. Se responderá ou se recusar-se-á a responder, cumpre à parte deliberar.[20] Eventual recusa a responder será registrada na ata de audiência. De fato, o art. 347 do CPC estabelece que

> [...] a parte não está obrigada a responder sobre fatos que possam ser enquadrados como delituosos, mas de qualquer modo é lícito que se façam perguntas a respeito e compete apenas à própria parte decidir se responde ou não, registrando-se eventual recusa (SANTOS, 2009, p. 585).

O mesmo raciocínio vale para a perícia de psicologia, e até com mais razão, pois que a entrevista na perícia é individual e reservada, enquanto que o depoimento pessoal é colhido em audiência. O fato do autor do assédio sexual não ser a pessoa física do empregador, mas ser um seu preposto, não altera substancialmente a questão. [21]

---

[19] Merece registro o fato de que a obrigação da parte de responder prevalece nas ações de filiação, de separação e de anulação de casamento (CPC, art. 347, parágrafo único), o que revela que a regra geral é relativizada pelo interesse social subjacente a espécie de demanda. Mais do que isso, *Pontes de Miranda* sustenta que as hipóteses do parágrafo único são meramente exemplificativas, podendo-se acrescentar que nas situações de indenização por ato ilícito - hipótese típica de assédio sexual - também se pode considerar inexistente a faculdade de recusa em depor. Diz o autor, nos comentários ao art. 347 do CPC: "Todavia, devemos interpretar o art. 347, como sendo o parágrafo único exemplificativo, pois, nas ações de indenização por atos ilícitos, em cuja ilicitude está inclusa a torpeza, ou o ato ilícito consistiu em ato profissional, como se o médico ofendeu a cliente" (PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo IV. Rio de Janeiro: Forense, 1974. p. 280).

[20] A situação não se altera substancialmente quando a autoria do assédio for atribuída a preposto e não à pessoa física do empregador.

[21] Nem sempre o assediador é a pessoa física do empregador. Muitas vezes, o autor do assédio é um empregado e colega de trabalho; em geral, superior hierárquico (assédio sexual vertical); mas não necessariamente (assédio sexual horizontal). Daí a necessidade de fazer-se distinção quanto a ser o autor assédio parte no processo ou apenas preposto. Essa distinção, conquanto importante, não chega a desautorizar

Em resumo, o direito fundamental do assediador à intimidade cede - o influxo do princípio da proporcionalidade produz essa racionalidade na solução do conflito entre direitos fundamentais - em favor do direito fundamental da vítima agredida moralmente à apuração do grave ilícito imputado. Além disso, o direito fundamental do assediador à privacidade cede, outrossim, quando confrontado com o direito-dever fundamental do Estado de assegurar respeito à ordem jurídica, de promover a eficaz apuração da violação de direitos e de assegurar a respectiva reparação (CF, art. 5º, XXXV), sobretudo quando está em questão ato ilícito que caracteriza direta violação à dignidade da pessoa humana.

Por fim, é necessário ter presente no exame dessa questão a relevante circunstância hermenêutica de que uma sociedade livre – objetivo fundamental da República (CF, art. 3º, I) – constitui-se em um bem jurídico superior da comunidade cuja ponderação se impõe então como exigência do senso comum; bem jurídico superior da comunidade que não se compatibiliza com situação em que cidadã tenha sua liberdade sexual submetida por força de relações assimétricas,[22] como são as relações de poder que se estabelecem na relação jurídica de emprego.

Conclusão

A perícia de psicologia qualifica a instrução processual das ações de indenização por assédio sexual, podendo ser determinada pelo magistrado de ofício, com fundamento no art. 765 da CLT.

Esse meio de prova atenua as naturais dificuldades que as partes costumam ter para produzir prova nessa peculiar espécie de demanda e capacita o magistrado a fazer uma cognição mais profunda da matéria objeto dessa complexa espécie de controvérsia.

Por força do dever jurídico de colaboração imposto às partes e interessados pelo ordenamento jurídico, tanto a suposta vítima quanto o indigitado assediador devem se submeter à perícia de psicologia, sob pena de se extrair da recusa presunção relativa de veracidade das alegações da parte contrária.

Ao empregador, no exercício de seu poder diretivo (CLT, art. 2º, *caput*), incumbe recomendar a participação do empregado acusado de assédio sexual à entrevista pericial, decorrência jurídica de sua obrigação patronal de proporcionar aos empregados ambiente de trabalho saudável, sob pena de submeter-se à consequência jurídica respectiva – presunção de veracidade das alegações da parte contrária - decorrente do não-comparecimento de seu empregado.

Tratando-se de ilícito de assédio sexual, o valor fundamental da dignidade da pessoa humana é o critério - constitucional - que preside a resolução do conflito de colisão de direitos fundamentais individuais caracterizado, conferindo ao direito fundamental da vítima à apuração do assédio sexual hierarquia axiológica superior àquela conferida ao direito fundamental do indigitado assediador à intimidade, isso por obra da aplicação do princípio da proporcionalidade enquanto referência hermenêutica capaz de mediar a resolução do conflito dos direitos fundamentais em cotejo.

---

a aplicabilidade da doutrina transcrita, conquanto por analogia no caso de preposto.

[22] O direito constitucional contemporâneo atribui ao empregador, enquanto sujeito subordinante na relação jurídica de emprego, a condição de força social e econômica de poder. Esse é o pressuposto socioeconômico da emergência da noção de eficácia irradiante dos direitos fundamentais sociais, condição de possibilidade para redefinir-se um equilíbrio mínimo entre os sujeitos da relação de emprego – relação jurídica cuja marca essencial é a assimetria. A eloquência de Calamandrei - a questão então era a presunção de coação do sujeito hipossuficiente na vigência do contrato de trabalho - é mais do que uma simples figura de retórica: "a escravidão da necessidade."

Referências bibliográficas

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Responsabilidade civil no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. Distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho – critérios e casuística. *Revista LTr*, São Paulo, v. 72, n. 8, p. 921-926, ago. 2008.

FELKER, Reginald. *O Dano moral, o assédio moral e o assédio sexual nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2006.

LEDUR, José Felipe. *Direitos fundamentais sociais: efetivação no âmbito da democracia participativa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho.* 8 ed. São Paulo: LTr, 2010.

MALLET, Estevão. Discriminação e Processo do Trabalho. In: RENAULT, Luiz Otávio Linhares (Coord.). *Discriminação*, 2 ed. São Paulo: LTr, 2010.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional*. 6 ed. São Paulo: LTr, 2011.

PAIVA, Rodrigo Cambará Arantes Garcia de; GUSMÃO, Xerxes. *A reparação do dano moral nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2008.

PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo IV. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

SAKO, Emília Simeão Albino. *A prova no processo do trabalho*. 2 ed. São Paulo: LTr, 2008.

SANTOS, José Aparecido dos. Teoria geral das provas e provas em espécie. In: CHAVES, Luciano Athayde (Org.). *Curso de Processo do Trabalho.* São Paulo: LTr, 2009.

SCHIAVI, Mauro. *Provas no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2010.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Curso de direito processual do trabalho*. v. 2. São Paulo: LTr, 2009.

TRINDADE, Jorge; TRINDADE, Elise Karam; MOLINARI, Fernanda. *Psicologia judiciária – para a carreira da magistratura*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.