Adriana Manta: Assédio sexual e inversão do ônus da prova

O assédio e a violência no mundo do trabalho, além de incompatíveis com o trabalho digno e decente, afeta a saúde física e mental das pessoas trabalhadoras. Há no Direito do Trabalho omissão legislativa cabendo à doutrina e jurisprudência desenvolverem a temática.

O assédio sexual é tipificado no Código Penal, artigo 216-A [1], em definição que não considera que a prática assediadora frequentemente não visa a obtenção de favorecimento sexual e nem sempre é cometida por superior hierárquico, podendo o agressor ter intenção puramente discriminatória, intenção de subjugar a mulher demonstrando a sua misoginia, ou de simples exercício de poder do homem sobre o corpo da mulher, presumido disponível por ocupar o espaço público ao ingressar no mercado de trabalho (FERRITO, 2021) [2].

A definição de assédio sexual no Direito do Trabalho tende a ser mais ampla, em comparação ao Direito Penal. O MPT e a OIT conceituam o assédio sexual no ambiente de trabalho como *"conduta de natureza sexual, manifestada fisicamente, por palavras, gestos ou outros meios, propostas ou impostas a pessoas contra a sua vontade, causando-lhe constrangimento e violando sua liberdade sexual"* [3]. Distinguem-se, em doutrina, dois tipos de assédio sexual: assédio por chantagem e por assédio por intimidação. Assédio sexual por chantagem é o que ocorre quando há a exigência de uma conduta sexual, em troca benefícios ou para evitar prejuízos na relação de trabalho. Assédio sexual por intimidação ou ambiental é o que ocorre quando há provocações sexuais inoportunas no ambiente de trabalho, com o efeito de prejudicar a atuação de uma pessoa ou de criar uma situação ofensiva, de intimidação ou humilhação.

Recente pesquisa da Organização Think Eva [4] (2020) apontou que 47,12% das mulheres afirmavam ter sofrido assédio sexual no trabalho, através de práticas como solicitação de favores sexuais (92%), contato físico não solicitado (91%) ou abuso sexual (60%). As assimetrias transformam tais práticas assediadoras em clara violência de gênero, facilmente constatada a partir da análise dos números no que tange à sua incidência em relação ao gênero: a) homens assediando mulheres — 90%; b) homens assediando homens — 9%; c) mulheres assediando homens — 1% (KAY, 2002) [5].

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Em total dissonância às pesquisas anteriormente citadas, após a entrada em vigor da reforma trabalhista (Lei n.º 13.467/2017), observou-se drástica redução no quantitativo de ações ajuizadas na Justiça do Trabalho mencionam a ocorrência de assédio sexual no ambiente de trabalho, conforme dados divulgados pelo TST [6]. De acordo com o levantamento, em 2015 foram propostas 7.648 reclamações trabalhistas relatando a ocorrência de assédio sexual, enquanto em 2019 constatou-se apenas 2.805 ações versando sobre a temática. Dentre os principais motivos para a redução das demandas após a reforma trabalhista, se encontra a dificuldade em produzir prova acerca da violência ou assédio sexual sofridos, já que a conduta assediadora por vezes ocorre longe dos olhares de outras pessoas.

A resposta hostil à participação feminina no mundo do trabalho leva a refletir sobre a urgente e necessária ratificação do Brasil à Convenção 190 da OIT (2019), complementada pela recomendação nº 206. A Convenção 190 da OIT, objetiva a eliminação da violência e do assédio no mundo do trabalho, dando uma abordagem bastante completa ao tema, incluindo violência e assédio baseado em gênero, em especial, no item "b" do artigo 1°, o qual faz especial menção à violência de gênero. A Recomendação nº 206, que complementa a Convenção n.º 190, estabelece a abordagem *"inclusiva, integrada e sensível ao gênero"* e traz expressamente em seu texto previsão de inversão do ônus da prova, em processos que envolvam violência e assédio baseado em gênero (item 16, e).

Sob essa perspectiva, a Recomendação Geral nº 33 sobre o acesso das mulheres à justiça do Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres (Cedaw) [7] tem por objetivo *"a proteção dos direitos das mulheres contra todas as formas de discriminação com vistas a empoderá-las como indivíduos e titulares de direitos"*, apontando que *"o efetivo acesso à justiça otimiza o potencial emancipatório e transformador do direito"*.

A Recomendação aponta seis componentes essenciais para garantir o acesso à justiça, dentre eles a justiciabilidade, através do qual é possível identificar as premissas básicas da atuação judicial com perspectiva de gênero, dentre elas a determinação de que os Estados ampliem o acesso irrestrito das mulheres aos sistemas de justiça; assegurem que os profissionais dos sistemas de justiça lidem com os casos de uma forma sensível a gênero; adotem medidas para garantir que as mulheres estejam igualmente representadas no judiciário; revisem as regras sobre o ônus da prova, a fim de assegurar a igualdade entre as partes.

Diante da Recomendação nº 128 do CNJ [8], que recomenda aos órgãos do Poder Judiciário a adoção do Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero [9], lançado em 19 de outubro de 2021, relevante instrumento jurídico que abarca considerações teóricas sobre gênero, discriminação e igualdade, à luz do qual as demandas que envolvam assédio e violência contra mulheres no ambiente de trabalho devem ser analisadas.

Nesse sentido, em face do compromisso internacional do Estado Brasileiro no que tange à promoção e proteção dos direitos humanos, devem as (os) magistradas (os) respeitar e aplicar as normas e a jurisprudência que integram os sistemas internacionais de proteção. O Brasil, como signatário do Tratado de Viena (1969), tem dever de cumprimento dos tratados e Convenções internacionais por ele firmados de boa-fé, ainda que não ratificados.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

A redação conferida ao artigo 818 da CLT, pela Lei n.º 13.467/17 [10], embora mantenha a distribuição do ônus da prova fundada em fato controverso, permite a sua distribuição dinâmica, diante *"de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos deste artigo"*, contemplando, portanto as hipóteses ações envolvendo assédio sexual no ambiente de trabalho.

A análise e aplicação combinada dos dispositivos anteriormente citados, com a inversão do ônus da prova, resulta em garantia de amplo acesso ao Poder Judiciário trabalhista às mulheres vítimas de violência e assédio sexual no mundo do trabalho.

[1] **Art. 216**-A. Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função.
Pena – detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos.

[2] FERRITO, Bárbara. **Direito e desigualdade: uma análise da discriminação das mulheres no mercado de trabalho a partir dos usos dos tempos**. São Paulo: Ltr, 2021.

[3] MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO; OIT. Assédio Sexual no Trabalho – Perguntas e Respostas. Brasília, 2017. p. 9. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/—americas/—ro-lima/—ilo-brasilia/documents/publication/wcms_559572.pdf. Acesso em 8/3/2022.

[4] Disponível: https://thinkeva.com.br/pesquisas/assedio-no-contexto-do-mundo-corporativo/ Acesso: 4/8/2021.

[5] KAY, Herma Hill; WEST, Martha S. **Sex-based Discrimination:** text, case and materials. Saint Paul: West Group, 2002.

[6] Disponível em: https://www.conjur.com.brhttps://www.conjur.com.br/wp-content/uploads/2023/09/reforma-trabalhista-acoes-assedio.pdf. Acesso em 14/8/2021.

[7] https://assets-compromissoeatitude-ipg.sfo2.digitaloceanspaces.com/2016/02/Recomendacao-Geral-n33-Comite-CEDAW.pdf

[8] https://atos.cnj.jus.br/files/original18063720220217620e8ead8fae2.pdf. Acesso em 14/3/2022.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

[9] https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-18-10-2021-final.pdf. Acesso em 14/3/2022.

[10] **Art. 818.** O ônus da prova incumbe:
I – ao reclamante, quanto ao fato constitutivo de seu direito;
II – ao reclamado, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do reclamante.
§ 1º. Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos deste artigo ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juízo atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.
§ 2º. A decisão referida no § 1º deste artigo deverá ser proferida antes da abertura da instrução e, a requerimento da parte, implicará o adiamento da audiência e possibilitará provar os fatos por qualquer meio em direito admitido.
§ 3º. A decisão referida no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

Date Created
10/05/2022

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.