

Notas sobre o ónus da prova e danos morais no assédio: caminhos a desbravar¹

Ana Cristina Ribeiro Costa²

1) Introdução

Os temas em apreço beneficiam já de amplíssima apreciação no panorama doutrinal e jurisprudencial nacional, o que adivinharia, à partida, uma especial dificuldade em analisá-los sob novas vestes.

Ainda assim, quando nos propusemos iniciar este labor, depressa concluímos poderem ainda ser desbravados (novos) trilhos.

Com efeito, sem prejuízo da análise do regime jurídico nacional e da sempre pertinente comparação com outros ordenamentos a fim de percebermos se, afinal, há assim tanto *que nos separe*, entendemos dever ainda visitar alguns instrumentos legislativos internacionais para cuidar de apurar da conformidade da nossa legislação e das nossas práticas aos mesmos.

A título conclusivo, apresentaremos e problematizaremos algumas questões, procurando responder a velhos desafios percorrendo esquecidos caminhos.

2) Ónus da prova

2.1. Análise do regime jurídico nacional: *statu quo* e entendimentos doutrinários

¹ O presente texto corresponde a uma súmula do estudo que foi apresentado no âmbito do IX Colóquio sobre o Direito do Trabalho, subordinado ao tema «Assédio na relação laboral», organizado pelo Supremo Tribunal de Justiça (doravante apenas STJ) e pela APODIT. Agradecemos o convite que nos foi endereçado pelas duas instituições para fazer parte deste Colóquio, sendo certo que foi uma honra estar entre tão ilustres oradores e convidados. Na apresentação que fizemos, em 18-10-2017, procurámos visitar, em particular, alguma doutrina sobre o tema, apreciando alguns problemas atuais, tendo tentado conciliar os conhecimentos adquiridos por via da nossa investigação na academia, com aqueles que recebemos pela via profissional, no exercício da atividade enquanto advogada.

O texto agora apresentado cuida de transferir para o papel o estudo que serviu de suporte a tal apresentação, sem preocupações demasiado exigentes quanto à forma, atenta a “informalidade” da publicação. Ter-se-á em consideração a legislação, doutrina e jurisprudência publicadas até 17-10-2017.

As decisões dos tribunais nacionais mencionadas ao longo do texto poderão ser consultadas em www.dgsi.pt, a menos que seja indicada expressamente fonte diferente.

Todas as conclusões do Comité Europeu de Direitos Sociais (doravante apenas Comité) no âmbito do mecanismo de relatórios que se irão referir ao longo do texto poderão ser consultadas em <http://hudoc.esc.coe.int/eng/#>.

² A autora é doutoranda e assistente convidada da Escola de Direito do Porto da Universidade Católica Portuguesa, advogada na sociedade Gama Lobo Xavier, Luis Teixeira e Melo e associados (Guimarães), e Membro da *Academic Network on the European Social Charter and Social Rights*.

A primeira questão a ponderar é a razão pela qual a matéria do ónus da prova na hipótese de assédio merecerá uma análise diferenciada. Na verdade, porque se defendem e são criados mecanismos de prova mais facilitados para o assediado?

Entre as vantagens de criação de tais mecanismos encontra-se a facilitação da prova para um elemento que em regra mais dificilmente tem acesso a ela e está em situação de maior fragilidade. Ademais, a conduta do assediador é muitas vezes aparentemente lícita (em particular, quando isoladamente apreciada), correspondendo não raramente a uma (suposta) natural concretização do poder diretivo³. Acresce a dificuldade decorrente de a prova se alicerçar, em regra, em testemunhas, sendo que estas ainda trabalham para o mesmo empregador ou têm com ele interesses comuns^{4/5}. Ademais, assinalava justamente JÚLIO GOMES que “(...) *em múltiplas situações será difícil encontrar quem esteja disposto a testemunhar em favor da vítima de mobbing e isto por muitas razões: ou porque muitos trabalhadores não se perceberam da real gravidade dos factos, ou porque a estigmatização a que a vítima de mobbing é sujeita os persuadiu de que é ela a pessoa verdadeiramente responsável pelo conflito, ou porque tomaram parte activa no mesmo ou foram, pelo menos, cúmplices com o seu silêncio no agravamento da situação ou ainda porque o mobbing provém do empregador ou de um superior hierárquico e há um justo receio de represálias (...)*”⁶.

Asseveram ainda autores argentinos que a razão pela qual é difícil ter elementos probatórios é porque o exercício da violência é subtil, porque todo o processo violento é negado mediante o engano e porque pretende encobrir uma fraude⁷. A doutrina argentina assinala ainda que a especial dificuldade de prova se acentua porque a própria vítima de assédio não conhece o direito de que é titular perante aquilo a que esteve exposta⁸. Acrescentaríamos nós que a vítima

³ Quando o assediador coincide na pessoa da entidade empregadora ou seu representante.

⁴ PEDRO FREITAS PINTO, «O Assédio Moral na Jurisprudência Nacional», in *Direito do Trabalho + Crise = Crise do Direito do Trabalho? Actas do Congresso de Direito do Trabalho*, coord. Catarina de Oliveira Carvalho e Júlio Vieira Gomes, Coimbra Editora, março 2011, p. 445.

⁵ Autores brasileiros adiantam que “*tratando-se de testemunhas arroladas pela parte-ré com contrato de trabalho vigente quando do depoimento não se pode olvidar que estas estão comprometidas com o empregador e, certamente, amenizarão os factos ocorridos em favor da reclamada*”. RODRIGO WASEM GALIA; LUIS LEANDRO GOMES RAMOS; *Assédio moral no trabalho. O abuso do poder diretivo do empregador e a responsabilidade civil pelos danos causados ao empregado – atuação do Ministério Público do Trabalho*, 2ª ed. revista e ampliada, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2013, p. 125.

⁶ JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, «Algumas observações sobre o *mobbing* nas relações de trabalho subordinado», Estudos Jurídicos em Homenagem ao Professor Doutor António Motta Veiga, Coimbra, Almedina, pp. 165-184.

⁷ MARINÉS DOLORES BABUGIA, *La prueba en el acoso laboral*, Julio César Faira – Editor, 2015, Buenos Aires, p. 131.

⁸ *Ibidem*, pp. 30 a 32.

frequentemente não se prepara para o que aí vem, ou seja, não tem ela própria, desde o início do processo persecutório ou assediante, um *animus* probatório, não imaginando porventura que a situação possa chegar àquele limite.

Apreciando as desvantagens ou riscos da criação destes mecanismos probatórios, PEDRO BARRAMBANA SANTOS indica os efeitos adversos que podem advir de uma dilatação desmedida da figura, com enfraquecimento dos pressupostos legalmente exigidos e expansão da inversão do ónus da prova, que poderão conduzir a uma degeneração da figura, transformando o assediado em assediador, tornando este mecanismo uma forma de pressão ao invés de protetor da dignidade⁹.

No mesmo sentido, JÚLIO GOMES alertava para o “(...) *risco de uma vingança contra um superior hierárquico ou um colega assumir a forma de uma denúncia falsa da existência de um mobbing, como também existe o perigo de uma desobediência ilícita ser camuflada deste modo*”¹⁰.

Por fim, REGINA REDINHA afirmava, ainda antes da criação do instituto legal, que a “*inversão do ónus da prova de inexistência de prática persecutória nas acções intentadas pelo trabalhador*” seria “*solução não imune ao risco de proliferação de falsas invocações de assédio, mas que, realisticamente, é a única alternativa para efectivação da prova de mobbing (...)*”, advertindo ainda a autora para o facto de que, de qualquer modo, “*o instrumento processual da condenação por litigância de má fé, e, eventualmente, no plano do direito substantivo a responsabilidade civil do trabalhador por ofensa do crédito ou do bom nome do empregador – art. 484.º do Código Civil*” sempre poderão limitar os potenciais efeitos adversos de tal solução¹¹.

RITA GARCIA PEREIRA asseverava que, na verdade, a questão do ónus da prova só é preocupante quando é o trabalhador quem invoca assédio, já que quando é a entidade empregadora que despede o trabalhador por prática de assédio, então aqui a empregadora terá que fazer prova nos moldes habituais, o que se justifica atenta assimetria de poderes, e sendo certo que a empregadora para despedir teve que fazer prova no âmbito do procedimento disciplinar¹².

⁹ PEDRO BARRAMBANA SANTOS, *Do assédio laboral. Pelo reenquadramento do assédio moral no ordenamento jurídico português*, Almedina, Coimbra, 2017, p. 303.

¹⁰ JÚLIO GOMES, «Algumas observações ...», *op. cit.*, pp. 165-184.

¹¹ MARIA REGINA GOMES REDINHA, «Assédio Moral ou *Mobbing* no Trabalho», in AAVV, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura*, vol. II, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, 833-847.

¹² Caso contrário, permitir-se-iam despedimentos sumários, bastando que o empregador alegasse que o trabalhador assediou um colega, sem ter que demonstrar justa causa no plano factual. RITA

Entre nós, a consagração do assédio moral no Código de Trabalho (CT) de 2003¹³ viria a cingir reparação à vertente discriminatória do mesmo, sendo que o assédio não associado a fatores discriminatórios seria tutelado através da articulação do art. 18º (tutela da integridade física e moral) com o art. 24º (assédio), de acordo com alguma doutrina¹⁴.

No art. 23º n.º 3 do CT de 2003 previa-se, para PEDRO BARRAMBANA SANTOS, uma verdadeira inversão do ónus da prova, sendo que ao trabalhador assediado (desde que assente em fator discriminatório) recaia a obrigação de demonstrar a existência da pretensa situação discriminatória, cabendo ao sujeito ativo demonstrar que tal comportamento não era assediante porquanto não se encontrariam preenchidos seus requisitos, sendo a situação legítima e objetivamente justificada¹⁵. Quanto a manifestações não discriminatórias, inexistindo regime probatório especial, as mesmas ficariam sujeitas à regra probatória geral^{16/17}.

MAGO GRACIANO entendia então que no assédio não vigorava o regime da discriminação, necessitando aquele de um regime próprio de inversão do ónus da prova¹⁸. No mesmo sentido, ISABEL RIBEIRO PARREIRA defendia a criação de presunções de culpa e inversões do ónus da prova, tal como REGINA REDINHA¹⁹.

Com o CT de 2009²⁰ foi consagrada uma alteração sistemática, passando o assédio a fazer parte da divisão “proibição do assédio” (divisão autónoma) e já não da “não discriminação”, embora ainda dentro da subsecção igualdade e não

GARCIA PEREIRA, *Mobbing ou Assédio Moral no Trabalho. Contributo para a sua Conceptualização*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 169, nota 327.

¹³ Lei n.º 99/2003, de 27-08.

¹⁴ Neste sentido, GUILHERME DRAY («Igualdade e não discriminação», in *Código do Trabalho. A Revisão de 2009*, coord. Paulo Morgado de Carvalho, Coimbra Editora, Coimbra, abril 2011, p. 131), JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES (*Direito do Trabalho. Volume I. Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 442), ROSÁRIO PALMA RAMALHO (*Tratado de Direito do Trabalho. Parte II. Situações Laborais Individuais*, 4ª ed. revista e atualizada, Almedina, Coimbra, dezembro 2012, p. 162).

¹⁵ PEDRO BARRAMBANA SANTOS, *op. cit.*, p. 304.

¹⁶ *Ibidem*. Seria necessário demonstrar-se existência de um conjunto de atos pluriativos e lesivos dos direitos do assediado, nomeadamente do direito à integridade física e mental, e nexos entre esses factos que permitisse integrá-los sob uma lógica unitária. *Ibidem*, p. 205.

¹⁷ Também a jurisprudência veio entendendo que as situações de assédio moral não discriminatórias não beneficiavam do regime de prova do art. 23º n.º 3, cabendo portanto ao putativo lesado fazer prova dos factos constitutivos do direito que se arroga – acórdão do STJ de 21-04-2010, relatado por Vasques Dinis e do mesmo Tribunal Superior, de 23-22-2011 relatado por Fernandes da Silva.

¹⁸ MAGO GRACIANO DE ROCHA PACHECO, *O Assédio Moral em Portugal. “O Elo mais Fraco”*, Almedina, Coimbra, 2007, p.219.

¹⁹ PEDRO BARRAMBANA SANTOS, *op. cit.*, p. 303.

²⁰ Lei n.º 7/2009, de 12-02.

discriminação. Esta modificação foi percecionada por alguma doutrina como favorecendo um elemento interpretativo²¹.

Ora, não subsistem dúvidas que se expurgou do conceito de assédio o fator discriminatório, que passou a ser facultativo²². Todavia, dúvidas persistiram quanto ao regime de prova aplicável ao assédio, questionando-se se o novo enquadramento sistemático permite a convocação do regime probatório do art. 25º n.º 5 do CT de 2009, ou se este apenas se aplica ao assédio discriminatório²³.

Na senda da primeira solução, REGINA REDINHA é da opinião que com o CT de 2009 o regime da tutela da igualdade e não discriminação, onde o assédio se alberga, é aplicável integralmente ao assédio, ou seja, incluindo na parte referente à repartição do ónus da prova (aludido art. 25º n.º 5 do CT). A autora defende, portanto, uma interpretação extensiva destas normas, aplicando-o a qualquer tipo de assédio, o que resultaria da exigência metodológica da *ratio* normativa, da sistematização legal, e por se tratar de imposição lógica e substantiva, sendo que não faria sentido arredar o assédio discriminatório do regime do art. 25º, em incumprimento das regras de ónus da prova previstas pela legislação comunitária²⁴.

Entendimento próximo parece sufragar GUILHERME DRAY, quando afirma que a nova redação do art. 29º “*parece (...) admitir face à utilizada da locução nomeadamente, que o assédio moral não discriminatório também pode ser subsumido no preceito sob anotação (...) circunstância que pode ter relevância nomeadamente para efeitos de invocação e aplicação do regime de inversão do ónus da prova*”²⁵.

Pelo contrário, para a que cremos ser a maioria da doutrina, apenas nas hipóteses em que o assédio é discriminatório ocorre a repartição do ónus da prova ao abrigo do n.º 5 do art. 25º do CT²⁶, pelo que da qualificação do assédio como

²¹ PEDRO BARRAMBANA SANTOS, *op. cit.*, p. 207.

²² *Ibidem*, p. 209.

²³ *Ibidem*, p. 208.

²⁴ Já na Administração Pública, a autora entende que, em face da redação do Regime do Contrato de Trabalho em Funções Públicas, o regime do assédio discriminatório é distinto do não discriminatório, não beneficiando este de regime probatório mais favorável, o que em si configura tratamento discriminatório e iníquo e entorse do princípio da igualdade (13º CRP). MARIA REGINA GOMES REDINHA, «Assédio – uma Noção Binária?», in *Direito do Trabalho + Crise = Crise do Direito do Trabalho? Actas do Congresso de Direito do Trabalho*, coord. Catarina de Oliveira Carvalho e Júlio Vieira Gomes, Coimbra Editora, março 2011, p. 271.

²⁵ GUILHERME DRAY, *op. cit.*, p. 131.

²⁶ Para RITA GARCIA PEREIRA trata-se de uma presunção de discriminação, presunção esta ilidível, não correspondendo portanto a total inversão do ónus da prova. Lição ministrada no curso de Pós-Graduação em Direito do Trabalho e da Segurança Social, 3º ed., lecionada na Escola de Direito do Porto da Universidade Católica Portuguesa em 6-10-2017.

discriminatório decorre vantagem para o lesado²⁷. Neste sentido, vejamos, a título de exemplo, MONTEIRO FERNANDES²⁸ e SÓNIA KIETZMANN LOPES²⁹.

ROSÁRIO PALMA RAMALHO criticou, ademais, a opção de autonomização do assédio discriminatório em relação ao não discriminatório, atentas as dúvidas que se geraram sobre a aplicação de regras procedimentais: “*a questão que se coloca concretamente é a de saber se esta regra é aplicável às situações de assédio, uma vez que tais situações não são agora formalmente qualificadas como discriminação, ao contrário do que sucedia anteriormente*”, sustentando que “*(...) ao menos nas situações em que assédio tenha um fundamento discriminatório, esta regra deve continuar a ser aplicada, porque estamos de facto perante uma discriminação, sendo que tal qualificação é além disso um imperativo comunitário (Art. 2º n.º 2 a) diretiva 2006/54 de 5-0-7)*”³⁰.

Da aplicação da regra do art. 25º n.º 5 ao assédio assente em fator discriminatório resulta que, não havendo discriminação, serão aplicáveis, como se viu, as normas gerais em termos de distribuição do ónus da prova, ou seja, o art. 342º do Código Civil (CC), o que aliás terá sido sufragado pela jurisprudência³¹.

A este respeito, importa referir brevemente a questão da prova atinente à natureza contratual ou extracontratual da responsabilidade emergente de assédio. Note-se que, no que respeita à responsabilidade por assédio moral, a jurisprudência nacional não encontra ainda consenso nesta matéria, sendo que o Tribunal da

²⁷ PEDRO BARRAMBANA SANTOS, *Do assédio laboral. Pelo reenquadramento do assédio moral no ordenamento jurídico português*, Almedina, Coimbra, 2017, p. 305.

²⁸ Opinião manifestada na conferência apresentada no XX Congresso de Direito do Trabalho, em 2016, organizado pela Almedina e com coordenação científica do Professor António Moreira.

²⁹ Que afirma que “*Já no que tange aos demais casos de mobbing, o ónus probatório quanto aos requisitos enunciados no artigo 29.º continua a impender sobre a vítima.*” SÓNIA KIETZMANN LOPES, «O Assédio Moral no Trabalho», publicado inicialmente em *Prontuário de Direito do Trabalho*, Centro de Estudos Judiciários, nº 82 (Jan-Abr. 2009), pp. 253-269 e atualizado pela Autora para Cadernos do CEJ, *O Assédio no Trabalho*, Coleção de Formação Inicial, setembro de 2014, p. 164, disponível (disp.) em http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/trabalho/o_assedio_trabalho.pdf?id=9&username=guest.

³⁰ Parte II, 3ª ed, pp. 178 e 179.

³¹ PEDRO BARRAMBANA SANTOS, *op. cit.*, p. 306.

Na jurisprudência, veja-se o aresto do STJ de 23-11-2011 reportado por Fernandes da Silva: “*Não tendo a autora alegado factologia susceptível de afrontar, directa ou indirectamente, o princípio da igual dignidade sócio-laboral, subjacente a qualquer um dos factores característicos da discriminação, o assédio moral por parte da ré, por ela invocado, tem de ser apreciado à luz das garantias consignadas no art. 18.º do CT, segundo o qual o empregador, incluindo as pessoas singulares que o representam, e o trabalhador gozam do direito à respectiva integridade física e moral, aplicando-se o regime geral de repartição do ónus da prova estabelecido no art. 342.º do Cód. Civil.*”

Já no Acórdão do TRL da mesma data relatado por Isabel Tapadinhas diz-se ainda que “*É que, fora do domínio da protecção contra a discriminação, e no âmbito da tutela dos direitos de personalidade, não se encontra norma que estatua presunção de causalidade idêntica à que se referiu, daí que o denunciante de uma situação de assédio moral não discriminatório deva, nos termos do art. 342.º, nº 1, do Cód. Civil, suportar o ónus de alegar e provar todos os factos que, concretamente, integram a violação do direito à integridade moral a que se refere o art. 18.º.*”

Relação de Lisboa, em decisão de 15-02-2012, da relatora Filomena Carvalho, afirmou que “a qualificação como assédio moral traduz um ilícito contratual dado que foi violado o dever de respeito e a integridade física e moral do trabalhador”³², enquanto o mesmo Tribunal, em aresto de 21-03-2012, relatado por Ramalho Pinto, assumia a “legitimidade passiva dos superiores hierárquicos e dos colegas de trabalhadora numa ação também intentada contra empregador por assédio moral perpetrado por superiores hierárquicos e colegas quando pedido indemnizatório se fundamenta em responsabilidade civil por violação de direitos de personalidade”. Não são exclusivas do ordenamento nacional as consequências de tal escolha a nível de ónus da prova, de prazos prescricionais, de relação com o processo-crime, entre outras³³.

De todo o modo, a escolha a fazer não influi, a nosso ver, na repartição do ónus da prova, já que ainda que a responsabilidade seja contratual, o que ocorrerá será apenas a aplicação da norma do art. 799º do CC, ou seja, uma presunção de culpa do assediador, competindo a este demonstrar alternativamente que o incumprimento não procede de culpa sua. Assim, não há qualquer inversão do ónus da prova mas uma presunção de culpa do devedor, demonstrado que seja o incumprimento da obrigação. Logo, a vítima terá sempre que demonstrar o incumprimento de parte do assediador, sem prejuízo de, provado esse incumprimento, beneficiar de uma presunção de que o mesmo foi culposos.

2.2. Apreciação da matéria noutros ordenamentos

Em Espanha, por força da imposição comunitária, prevê-se também distinta repartição do ónus da prova nas ações onde autor invoque ter sido alvo de ações discriminatórias, cabendo ao demandado fazer prova da proporcionalidade das mesmas ou do seu caráter não discriminatório³⁴. Quanto aos demais atos, cabe ao assediado fazer prova, nos termos gerais, dos factos constitutivos do direito que se arroga³⁵.

Ainda assim, a ordem jurisdicional social aplica um regime probatório singular para os casos de assédio, em que o ónus da prova do demandante se mantém, mas de forma aliviada (*debilitamiento de la carga de prueba*), apesar de a

³² No mesmo sentido ver o aresto do STJ de 12-3-2014, relatado por Mário Belo Morgado.

³³ Sobre o assunto, veja-se RITA JORGE PINHEIRO, «A responsabilidade civil dos agentes perante a vítima de assédio moral», *Questões Laborais*, n.º 42 - número especial comemorativo dos 20 anos da Revista, janeiro 2014, pp. 427 e ss’.

³⁴ PEDRO BARRAMBANA SANTOS, *op. cit.*, p. 164.

³⁵ *Ibidem*, p. 168.

jurisprudência do Tribunal Constitucional se mostrar rigorosa na consideração dos indícios³⁶, exigindo que o demandante aporte uma suspeita razoável, um indício consistente, objetivo e razoável da violação alegada³⁷, e por vezes acabar por negar os dados demonstrados como indício de prova³⁸.

No ordenamento belga, consagrou-se na legislação uma inversão ónus da prova – o demandado tem que provar que não assediou nem atuou com violência³⁹. Em particular, quando a vítima demonstra um interesse em estabelecer perante a jurisdição competente os factos que pressupõem a existência de violência ou assédio psicológico ou sexual no trabalho, o ónus de demonstrar que não houve tal violência ou assédio é da responsabilidade do demandado. O legislador acrescentou ainda uma outra disposição que diz respeito ao ónus da prova do empregador em caso de despedimento ou modificação unilateral das condições de trabalho, quando estes ocorram nos 12 meses posteriores ao trabalhador apresentar queixa ou ser testemunha. Também será do empregador o ónus da prova quando tal despedimento ou modificação ocorrer após a instauração de ação judicial ou até 3 meses após sentença com trânsito em julgado⁴⁰.

Em França, o regime atualmente vigente consta do art. L1154-1 do *Code du Travail*, que prevê que o trabalhador apresenta os elementos que fazem supor a existência de assédio, cabendo à contraparte defender-se demonstrando que estes elementos não constituem assédio e que a sua decisão foi justificada por elementos objetivos que não configuram assédio. Portanto a prova do demandado poderá ser, por exemplo, no sentido de que as medidas tomadas são justificadas pela organização empresarial⁴¹. O juiz formará a sua convicção depois de ordenar, caso necessite, todas as medidas de instrução que considere úteis.

A disposição seguinte (L-1154-2) afirma ainda que organização sindical poderá substituir o trabalhador numa ação contra o empregador, desde que tenha

³⁶ A propósito desta jurisprudência veja-se JOSÉ FERNANDO LOUSADA AROCHENA, «La prueba de la discriminación, la lesión de derechos fundamentales y el acoso sexual y moral en el proceso laboral español», Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos : recursos humanos, 2016, n.º 400, pp. 22 e ss'.

³⁷ ASUNCIÓN GÓMEZ MARTÍN, «Aspectos procesales en relación con el tratamiento del *mobbing*», *Diario la Ley*, n.º 7612, Sección Tribuna, 15-04-2011, ano XXXII, ref. D-170, Editorial La Ley, 5896/2011.

³⁸ M.^a DOLORES CASAS PLANES, *op. cit.*, pp. 142 a 145.

³⁹ MAGO PACHECO, *op. cit.*, p. 184.

⁴⁰ Artigos 32undecies e 32tredecies da Lei de 11-06-2002, relativa à proteção contra a violência e o assédio moral ou sexual.

⁴¹ SANDRINE LAVIOLETTE, «Violence harcèlement et management: quelle prise en compte juridique en termes de risques psychosociaux au travail en France?», in AAVV, Risques psychosociaux en Droit Social. Approche juridique comparée France/Europe/Canada/Japan, dir. Loic Lerouge, Dalloz, 2014, p. 158.

consentimento escrito do trabalhador, podendo este no entanto pôr termo à ação a qualquer momento⁴².

Já no ordenamento italiano, inexistente um regime jurídico próprio para o assédio, aplicando-se o art. 2087 do *Codice Civile*, o art. 4º n.º 4 do Decreto legislativo de 09-07-2003, n.º 216, e o art. 28º, n.º 4 do Decreto legislativo de 01-09-2011, n.º 150, que estabelecem a inversão do ónus da prova para as hipóteses de discriminação. A jurisprudência evidencia que a vítima não tem que demonstrar a culpa do empregador, mas deve fornecer prova dos elementos constitutivos da conduta assediante. Sendo a ação de tipo contratual, o regime probatório é, portanto, mitigado, não tendo o trabalhador que demonstrar o elemento doloso ou culposo⁴³. Acresce que, quando o requerente fornecer provas factuais, também extraídas de dados estatísticos, a partir dos quais se possa presumir a existência de atos ou práticas discriminatórias, incumbe ao demandado provar que não há discriminação.

Na Alemanha inexistente qualquer especificidade a este nível, sendo encargo do assediado a prova dos atos constitutivos de assédio e do nexo entre tais atos e prejuízo sofrido por si. Excecionam-se deste regime as situações que configurem discriminação, sendo que nestas cabe ao empregador demonstrar que as condutas não logram gerar uma situação juridicamente infundada de discriminação⁴⁴.

JÚLIO GOMES assinalava que na Alemanha alguma jurisprudência tentava “*aligeirar a tarefa do lesado (...) [considerando] que certas doenças ou perturbações típicas do mobbing são indícios importantes da verdade das acusações: assim, face a uma tentativa de suicídio ou a um diagnóstico médico que aponta a existência de perturbações físicas ou psíquicas frequentes nos casos de mobbing poder-se-ia retirar uma presunção da existência de um genuíno mobbing e mesmo, na presença*

⁴² Este regime poderá considerar-se existente entre nós, por força da legitimidade processual que é atribuída pelo 5º n.º 4 do Código de Processo do Trabalho (CPT), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 480/99, de 9-11. Com efeito, as limitações impostas pelo art. 5º do CPT configuram, para ALBERTINA PEREIRA e JOÃO CORREIA, violação do art. 56º CRP, sendo que, perante a redação do art. 443º CT, os autores entendem que há revogação de todas as normas do 5º que sejam mais rigorosas, designadamente, que o art. 443º, n.º 1, al. d) CT, que prevê expressamente o direito de as associações sindicais iniciarem e intervirem em processos judiciais e em processos administrativos quanto a interesses dos seus associados, nos termos da lei. Logo o art. 5º deve entender-se revogado tacitamente, admitindo-se tal intervenção mais ampla das associações sindicais. Cfr. JOÃO CORREIA; ALBERTINA PEREIRA, *Código de Processo do Trabalho. Anotado à luz da reforma do processo civil*, 2015, Almedina, p. 47.

Ainda assim, é nosso entendimento que entre nós não seria possível a desistência da ação pelo trabalhador, já que este processualmente figuraria apenas como assistente (art. 5º, n.º 4 CPT). ALCIDES MARTINS, *Direito do Processo Laboral. Uma síntese e algumas questões*, Almedina, 2014, pp. 71 a 73.

⁴³ ISABELLA DE ASMUNDIS, *Il mobbing: il problema della responsabilità civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2013, p. 242.

⁴⁴ CAROLINA AMANTE, *A prova no assédio moral*, Nova Causa Edições Jurídicas, julho 2016, p. 39.

de certas condutas de uma presunção de causalidade destas”. O Juiz Conselheiro apontava, todavia que, esta solução era criticada porquanto faz presumir não apenas a conduta danosa mas também a causalidade desta a partir da doença, confundindo o dano com a ilicitude e a culpa.

Outra jurisprudência ainda recorria a tal presunção quando entre o evento e o dano/doença houvesse grande proximidade temporal. Mas o próprio Tribunal Federal veio rejeitar que se justifiquem regimes especiais de prova para o assédio⁴⁵, na esteira de alguma doutrina como MARTINA BENECKE, que assevera que “*o mobbing não é uma conduta tão excepcional e tão diversa de outras condutas danosas que se justifiquem regras especiais em matéria de ónus da prova. Bastaria apenas aplicar as regras gerais com uma sensibilidade acrescida para o concreto funcionamento do procedimento do mobbing.*”⁴⁶.

Observando alguns países da América do Sul, constatámos que no Brasil a prova terá por objeto os factos da causa, visando a formação da convicção do juiz, prevalecendo todavia o *livre convencimento do magistrado na apreciação das provas* ou princípio da livre apreciação do juiz, princípio do processo civil aplicável ao processo do trabalho. Ainda assim, alguma doutrina entende que o juiz, valendo-se da sua persuasão racional e da presunção como meio de prova, poderá determinar a inversão do ónus da prova, recaindo sobre agressor o ónus de prova a inexistência de conduta assediante e da possibilidade de existência do nexo causal⁴⁷.

No Urugua foi recentemente aprovada legislação a propósito do assédio sexual (*Reglamentacion de la Ley n.º 18561 de 11-08-2017*), em que se prevê no art.15º, sob a epígrafe “prova”, que para efeitos probatórios há determinadas condutas que poderão ser consideradas como indícios de assédio sexual (como a conduta do denunciado com outros colegas, a existência de denúncias similares anteriores, a posição das partes na empresa, a afetação emocional e psicológica do denunciante, entre outros)⁴⁸.

⁴⁵ PHILIPP S. FISCHINGER, «“Mobbing”: the German Law of Bullying», *Comparative Labor Law & Policy Journal*, vol. 32, n.º 1, 2010, p. 181.

⁴⁶ *Apud* JÚLIO GOMES, *Direito do Trabalho...*, *cit.*, p. 441. JÚLIO GOMES, «Algumas observações...», *op. cit.*, pp. 165-184.

⁴⁷ RODRIGO WASEM GALIA; LUIS LEANDRO GOMES RAMOS; *op. cit.*, p. 121.

⁴⁸ Acresce que no art. 21º se prevê que a investigação no âmbito da Inspeção Geral do Trabalho e Segurança Social permitirá a apresentação de testemunhas com ou sem reserva, sendo que as primeiras testemunham sem presença dos representantes do denunciante e do denunciado, não havendo identificação dos seus dados pessoais, ficando esses dados em segredo a cargo da inspeção, por prazo de 5 anos, caso sejam solicitados por tribunal judicial. As testemunhas sem reserva terão a proteção contra represálias do art. 12º da *Ley n.º 18561 de 11-9-2009*, que prevê que não poderão ser alvo de despedimento ou sanções disciplinares por parte do empregador ou superior hierárquico,

Já na Argentina, país em que a matéria processual laboral nos parece ser especialmente bem tratada, alguma jurisprudência vem dizendo que, demonstrada a situação de assédio, impende sobre a empregadora a invocação de causas excludentes válidas e a demonstração que tomou condutas preventivas (no caso de assédio levado a cabo por colegas). Mas a doutrina também introduziu a ideia de solidariedade e colaboração das partes na etapa probatória, salientando que da *teoría de las pruebas leviores* (ou provas *prima facie*), aplicável aos assuntos em que resulta difícil cumprir a carga probatória por circunstâncias alheias ao titular, resulta a essencialidade do trabalho do julgador em interrelacionar as provas da causa e apelar aos princípios do Direito do trabalho (primazia da realidade, igualdade, razoabilidade, tendo em conta diferença de papéis e forças entre as partes)⁴⁹. Nesta senda, a jurisprudência do caso Rainhold marca a matéria da interpretação das provas em matéria de assédio, valorando a prova tendo em conta os princípios do direito laboral, tendo os indícios papel preponderante, afirmando-se ademais que “*a prova por presunções é aceite quando existe uma conexão tao estreita com o facto que impede chegar a conclusão distinta*”. Para MARINES DOLORES BABUGIA a aplicação de tais princípios processuais laborais será um verdadeiro dever, nas hipóteses como o assédio, sendo que a autora assinala ainda que em matéria laboral há muitas presunções *iuris tantum* (caso da presunção de despedimento de trabalhadora grávida, entre outros)⁵⁰. MARINES DOLORES BABUGIA apela ainda ao pensamento de JORGE PEYRANO, que defendia que, em determinados casos, o ónus da prova deve recair sob ambas as partes, em especial sobre aquela que se encontra em melhores condições para a produzir, o que será o caso do mobbing (teoria das cargas dinâmicas probatórias.) A autora conclui que a inversão do ónus da prova e a aplicação do ónus probatório dinâmico foi utilizado em muito poucos casos, embora entenda que o precedente de alguns casos jurisprudenciais relacionados com discriminação poderá ser usado para o assédio⁵¹.

2.3. Análise do cumprimento da legislação internacional: em particular, a Carta Social Europeia e sua interpretação pelo Comité Europeu dos direitos sociais

Resulta das notas acima expostas que o ordenamento nacional logrou respeitar os desígnios do Direito da União Europeia (UE) em matéria de igualdade

presumindo-se que houve represália quando ocorram dentro dos 180 dias seguintes à apresentação de denúncia administrativa ou judicial, sendo o despedimento considerado abusivo.

⁴⁹ MARINÉS DOLORES BABUGIA, *op. cit.*, pp. 30 a 32.

⁵⁰ *Ibidem*, pp. 146-149.

⁵¹ *Ibidem*, pp. 150-152.

e não discriminação, designadamente, estabelecendo um mecanismo probatório cumpridor da Diretiva n.º 2006/54, que insta os Estados à implementação de um sistema mitigado de ónus da prova mediante o estabelecimento de uma presunção de discriminação (cuja atuação depende da demonstração pelo lesado dos factos constitutivos dessa ilação), pertencendo ao presuntivo autor do ato o ónus de provar a conformidade da atuação com o princípio da igualdade⁵². Não impõe, todavia, o Direito da UE, qualquer mecanismo probatório de natureza idêntica para as hipóteses de assédio.

Já no âmbito do Conselho da Europa, o Estado Português encontra-se vinculado à Carta Social Europeia (CSE) e aos mecanismos de interpretação e controlo da sua aplicação por parte do Comité dos Direitos Sociais, designadamente, a emissão de conclusões na sequência dos relatórios apresentados pelos Estados signatários da Carta, e as decisões proferidas no âmbito do procedimento de reclamações coletivas.

A este respeito, cumpre referir que o Comité já analisou a conformidade das legislações e práticas de alguns Estados ao art. 26º da CSE que, sob o manto do *direito à dignidade no trabalho*, tutela os direitos dos trabalhadores em matéria de assédio sexual e moral⁵³.

A este propósito, o Comité assumiu que não há necessidade de referência expressa ao assédio se a legislação permitir uma proteção efetiva contra várias formas de discriminação^{54/55}. Aquele órgão tem revelado preocupação com a tutela de todos os trabalhadores ao serviço da entidade empregadora, independentemente da natureza do respetivo vínculo, bem como a necessidade de a legislação prever a faculdade de os trabalhadores reclamarem da violação dos seus direitos, solicitarem compensação por tal violação e o direito a não serem discriminados por terem perseguido o respeito destes direitos⁵⁶.

Processualmente, uma proteção eficaz do trabalhador pode impor algum tipo de inversão do ónus da prova, permitindo ao juiz que se pronuncie favoravelmente à vítima com base em elementos presuntivos suficientes e na sua íntima convicção. Esta posição viria a ser assumida pelo Comité nas conclusões de 2003 referentes à

⁵² PEDRO BARRAMBANA SANTOS, *op. cit.*, p. 126.

⁵³ A este respeito veja-se o nosso «O arrojo do Comité Europeu dos Direitos Sociais na tutela da segurança e saúde no trabalho», *Lex Social*, n.º monográfico, vol. 7, 2017, 244-265.

⁵⁴ Nas conclusões de 2005, Declaração de Interpretação do art. 26º n.º 1, o Comité asseverou que o assédio sexual é uma violação da igualdade de tratamento.

⁵⁵ MICHEL BLATMAN, SYLVIE BOURGEOT, PIERRES-YVES VERKINDT; *L'état de santé du salarié. De la préservation de la santé à la protection de l'emploi*, Liaisons, Paris, 2014, p. 327.

⁵⁶ Conclusões 2003 Eslovénia.

Eslovénia, sendo que nas conclusões de 2010 referentes a Portugal, o Comité solicitou informação sobre esta matéria. Tendo-lhe sido respondido pelas autoridades nacionais que a inversão do ónus da prova apenas existe quando o assédio for discriminatório, o Comité solicitou, nas conclusões de 2014, esclarecimentos sobre se, à luz da jurisprudência, na prática, o assédio é mais frequentemente considerado no enquadramento da discriminação ou não.

Já nas conclusões referentes a Itália (2014), quando informado de que, nas hipóteses de discriminação, há inversão do ónus da prova e a possibilidade de o juiz decidir com base em prova *prima facie* e na sua convicção pessoal (art. 2729 do *Codice Civile*), o Comité questionou o Estado italiano sobre se tal solução se aplica às hipóteses de assédio.

Inexistindo, entre nós, qualquer mecanismo que corresponda a uma repartição do ónus da prova mais favorável ao lesado, quando a conduta de que foi vítima não esteja assente em fator discriminatório, então poderá colocar-se eventualmente em crise o estrito cumprimento da norma e da respetiva interpretação imposta pelo Comité por parte do nosso país. As próximas conclusões apresentadas pelo Comité em relação ao relatório a apresentar pelo nosso país, bem como pelo Estado Italiano, serão, pois, essenciais para a compreensão do que efetivamente impõe o Comité nesta matéria.

Veremos, portanto, se há alguma argumentação que o nosso país possa utilizar no sentido de justificar a conformidade da nossa legislação e práticas à CSE.

2.4. Proposta em matéria de prova: criatividade

Cumpre referir que alguma doutrina defendeu que uma das formas de ultrapassar as dificuldades probatórias em situações de assédio seria permitir a prova por presunções, valorando-se um feixe de indícios como o comportamento da vítima, o carácter reiterado das acusações, as confidências feitas a colegas, as consequências na vítima, entre outras⁵⁷. Neste sentido, PEDRO BARRAMBANA SANTOS sugeriu uma intervenção legislativa no plano probatório “*elencando situações típicas mediante valoração indiciária, da existência de uma situação de assédio moral, transportando o ónus para a esfera do pretense assediador se efetivamente ficar demonstrada situação de dependência jurídica, económica ou subordinação jurídica ou de facto*”, propondo ainda a valoração efetiva da prova

⁵⁷ RITA GARCIA PEREIRA, *op. cit.*, p. 169, nota 327.

pericial demonstrativa dos danos infringidos na vítima⁵⁸. RITA JORGE PINHEIRO defendeu, por seu turno, que o assédio não assente em fator discriminatório deveria beneficiar do mesmo regime probatório que acolhe o assédio discriminatório⁵⁹.

Neste sentido, alguns projetos legislativos anteriores chegaram a prever a inclusão de medidas quanto à prova: no Projeto de Lei n.º 334/VIII do Partido Comunista previa-se no art. 9º a valoração de um elenco indiciário de assédio (elencado no art. 2º n.º 2 do diploma), sendo que ao trabalhador cabia o ónus de demonstrar os indícios e ao assediador que os atos não tinham tido intenção de exercer violência psicológica sobre o trabalhador. O texto não chegaria a ser aprovado, apesar de a UGT ter também apresentado um parecer, em apreciação do contemporâneo Projeto de Lei n.º 252/VIII do Partido Socialista, sustentando que se deveria consagrar a inversão do ónus da prova nos casos mais graves (embora sem definição deste conceito).

Mais recentemente, o mesmo Partido comunista viria a apresentar o Projeto de Lei n.º 375/XIII que previa a introdução no art. 29º de dois dispositivos que consagrariam que ao trabalhador caberia alegar factos que constituem assédio e ao empregador competiria a prova da inexistência da prática de tal fenómeno. Tal proposta não viria, todavia, a ter respaldo na redação final da Lei n.º 73/2017, de 16-08, que veio reforçar o quadro legislativo para a prevenção da prática de assédio, procedendo à alteração de diversos diplomas legais, e que veio a aproximar-se de forma muito mais significativa ao texto do Projeto de Lei n.º 371/XIII apresentado pelo PS nesta matéria.

Mas será que o nosso ordenamento não tem, de facto, quaisquer respostas que permitam obviar às dificuldades probatórias vividas pela vítima de assédio? Estarão as vítimas de assédio não assente em fator discriminatório “condenadas” a carrear para os autos elementos probatórios que corroborem integralmente a sua tese? Ou poderão as dificuldades acima identificadas ser afastadas ou minorizadas através de mecanismos já existentes na nossa lei?

Antes de mais, refira-se que na recente Lei n.º 73/2017, acima identificada, apesar de não se ter aprovado qualquer medida em matéria de repartição do ónus

⁵⁸ PEDRO BARRAMBANA SANTOS, *op. cit.*, pp. 316 e 317.

⁵⁹ Acrescenta a autora que “a consagração de um regime de prova uniforme, em que a prova a cargo da vítima é suavizada, resolve, à partida, as questões que se têm levantado em termos jurisprudenciais no ordenamento nacional. Não faz a balança pender excessivamente a favor do trabalhador: na verdade, reequilibra a situação.” RITA JORGE PINHEIRO, *op. cit.*, pp. 434 e 435.

prova, estabeleceram-se soluções que permitem atenuar a dificuldade probatória, através de pontuais alterações ao CT e ao CPT⁶⁰.

Entre elas encontram-se, desde logo, a salvaguarda para o denunciante e testemunhas de que não podem ser punidas disciplinarmente por terem contribuído para o processo (art. 29º n.º 6 CT); a criação da obrigação de celebração de Códigos de conduta, que certamente irão conter procedimentos a seguir pela vítima de assédio e pelos trabalhadores a quem o mesmo seja denunciado, permitindo que exista um “rastros” escrito que auxilie na reconstituição da história (art. 127º, n.º 1, al. k) do CT); a previsão de uma (alegada) obrigação de instauração de “*procedimento disciplinar sempre que tiver conhecimento de alegadas situações de assédio no trabalho*” (alínea l) do n.º 1 do 127º do CT), que também trará algum respaldo em suporte físico quer à denúncia realizada, quer à prova testemunhal (e outra) que venha a ser produzida; a previsão de que os “*danos emergentes de doenças profissionais resultantes da prática de assédio*” são da responsabilidade do empregador, embora pagos pela Segurança Social (nos termos dos n.ºs 8 e 9 do art. 283º do CT)⁶¹, o que potenciará que os trabalhadores vítimas de tais danos na sua saúde procurem o reconhecimento como contingência profissional junto da Segurança Social, apoiados em relatórios médicos e outros elementos com alcance probatório; a previsão de que a resolução com justa causa fundada em hipótese de assédio deva ser precedida de denúncia ao serviço da Autoridade para as Condições

⁶⁰ RITA GARCIA PEREIRA, lição ministrada no curso de Pós-Graduação em Direito do Trabalho e da Segurança Social, 3º ed., lecionada na Escola de Direito do Porto da Universidade Católica Portuguesa em 6-10-2017.

⁶¹ A propósito desta matéria das doenças profissionais falta ainda a respetiva regulamentação, prometida pelo art. 6º da aludida Lei n.º 73/2017 e ainda inexistente à data, apesar do prazo anunciado ter já decorrido. Não compreendemos a menção neste preceito à intenção de regulamentar os termos da aplicação da lei relativamente aos “acidentes de trabalho”, quando as normas anteriores apenas haviam referido a reparação a título de doença profissional e não de acidente de trabalho. Também é incompreensível para nós como será a entidade empregadora responsável, aparentemente, em qualquer caso de assédio, independentemente da respetiva autoria, ou seja, incluindo-se aparentemente os casos de assédio por terceiro e não obstante a entidade empregadora poder ter atuado corretamente, designadamente, instaurando o agora devido processo disciplinar e eventualmente aplicando a sanção correspondente. Temos, assim, dúvidas quanto ao funcionamento dos mecanismos dos arts. 17º e 18º da Lei n.º 98/2009, de 04-09 (que regulamenta o regime de reparação de acidentes de trabalho e doenças profissionais - LAT), aplicáveis às doenças profissionais por força do art. 1º n.º 2 do diploma. Finalmente, temos curiosidade para perceber como se resolverá o problema do acionamento da reparação pela Segurança Social: dependerá o mesmo da constatação de que houve assédio por sentença transitada em julgado – como parece exigir RITA GARCIA PEREIRA, de acordo com lição ministrada no curso de Pós-Graduação em Direito do Trabalho e da Segurança Social, 3º ed., lecionada na Escola de Direito do Porto da Universidade Católica Portuguesa em 6-10-2017. A reparação do trabalhador a este título não importará uma atuação mais célere por parte da Segurança Social, contemporânea ao tratamento do dano, pelo menos no que respeita a prestações em espécie (art. 104º da LAT)? Como impugnar a decisão da segurança social que tenha indeferido o pedido, quando o assédio não tenha sido debatido judicialmente, eventualmente até por se ter resolvido extrajudicialmente?

do Trabalho (ACT), o que constituirá mais um meio de prova⁶² (art. 394º n.º 2 f) CT)⁶³; e, finalmente, o aditamento do n.º 2 ao art. 66º do CPT, prevendo que as testemunhas sejam notificadas pelo tribunal em processos em que a causa de pedir a prática de assédio.

Assim, é evidente para nós que a legislação agora publicada introduz subtis mas extremamente relevantes medidas que permitem atenuar a dificuldade probatória que assiste à vítima de assédio.

Mas para além destas novas medidas, cremos que há (velhos) mecanismos a que os agentes judiciais (advogados e magistrados) podem recorrer e que, sendo utilizados com parcimónia, serão suficientes para cumprir os desideratos acima identificados e responder satisfatoriamente às exigências internacionais nesta matéria.

Senão vejamos: o nosso CC prevê a possibilidade de em determinados casos, se inverter o ónus da prova. Com efeito, o art. 344º deste diploma consagra que para além dos casos legalmente previstos, “*há também inversão do ónus da prova, quando a parte contrária tiver culposamente tornado impossível a prova ao onerado, sem prejuízo das sanções que a lei de processo mande especialmente aplicar à desobediência ou às falsas declarações*”, permitindo-se, assim, que se o onerado demonstrar que a contraparte impediu culposamente o acesso a determinados meios de prova (por exemplo não dando acesso documentos na posse daquele, ou omitindo a identificação de outros trabalhadores ou terceiros que o trabalhador desejasse arrolar como testemunhas), possa inverter-se o ónus da prova.

A propósito da apreciação da prova pelo julgador, recorde-se ainda o art. 396º do mesmo Código, que determina que a prova testemunhal seja apreciada livremente pelo tribunal.

Já no Código de Processo Civil (CPC), aplicável subsidiariamente ao processo do trabalho *ex vi* do n.º 2 do art. 1º do CPT⁶⁴, há mecanismos e meios de prova disponíveis que permitem resolver alguns impasses em matéria probatória.

⁶² Embora seja a nosso ver discutível que tal denúncia deva preexistir para que a resolução ao abrigo desta alínea possa ser lícita. Aliás, parece que se incentivam “corridas” à ACT e poderá até funcionar em sentido algo perverso, levando alguns trabalhadores a apresentar queixa junto daquela Autoridade apenas para ter um documento “oficial” que ateste a sua versão dos factos.

⁶³ RITA GARCIA PEREIRA, lição ministrada no curso de Pós-Graduação em Direito do Trabalho e da Segurança Social, 3º ed., lecionada na Escola de Direito do Porto da Universidade Católica Portuguesa em 6-10-2017.

⁶⁴ A propósito desta subsidiariedade veja-se, a título de exemplo, ALBERTINA AVEIRO PEREIRA, «O impacto do Código de Processo Civil no Código do Processo do Trabalho (alguns aspectos)», in Cadernos do CEJ, Caderno IV, *O novo Processo Civil. Impactos do novo CPC no processo do trabalho*,

Desde logo, o art. 7º, n.º 4 do CPC, a propósito do princípio da cooperação, dispõe que “*sempre que alguma das partes alegue justificadamente dificuldade séria em obter documento ou informação que condicione o eficaz exercício da faculdade ou cumprimento do ónus ou dever processual, deve o juiz sempre que possível providenciar pela remoção do obstáculo*”, atribuindo portanto ao julgador a faculdade de oficiosamente tentar promover a diligência probatória requerida. Acresce que, nos termos do art. 430º do CPC, se o notificado não apresentar o documento solicitado, aplica-se o n.º 2 do art. 417º do mesmo diploma, pelo que, se o recusante for parte, o Tribunal aprecia livremente o valor da recusa para efeitos probatórios, sem prejuízo da inversão do ónus da prova (permitida, aliás, como se viu, pelo n.º 2 do art. 344º do CC).

Acresce que, no momento da elaboração da sentença, o juiz apreciará livremente as provas segundo a sua prudente convicção acerca de cada facto (art. 607º, n.º 5 do CPC)⁶⁵.

A respeito dos meios probatórios disponíveis, para além dos tradicionais mecanismos, permitimo-nos recordar a faculdade de utilização do mecanismo da antecipação probatória, medida cautelar que pode ser admitida quando o trabalhador demonstre a verosimilhança do direito que invoca e o perigo na demora⁶⁶. Entre nós é possível ao abrigo do art. 419º do CPC, que esclarece que “*havendo justo receio de vir a tornar-se impossível ou muito difícil o depoimento de certas pessoas ou a verificação de certos factos por meio de perícia ou inspeção, pode o depoimento, a perícia ou a inspeção realizar-se antecipadamente e até antes de ser proposta a ação*”. Poderá justificar-se, a nosso ver, por exemplo, a prova por perícia, para recolha de mensagens de correio eletrónico constantes do servidor da empresa antes de serem apagados, para recolha de imagens vídeo de circuito interno da empresa antes de serem eliminadas, ou até a audição “surpresa” de testemunhas, antes que sejam alcançadas ou “preparadas” pelo assediador e possam ser influenciadas por eventuais ameaças por este perpetradas, e num momento em que a recordação dos factos vivenciados se encontra mais presente na memória.

^{2ª} ed., junho de 2014, dispon. em http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebook_trabalho.php, consultado (consult.) em 04-04-2015, p. 32, e ALCIDES MARTINS, *Direito do Processo Laboral. Uma síntese e algumas questões*, Almedina, 2014, p. 39.

⁶⁵ Correspondendo-se, assim, ao apelo de MAGO PACHECO, no sentido de que o juiz deverá fazer uma análise casuística, apurando todos os atos e apreciando o valor global de todas as condutas. *Op. cit.*, p. 220.

⁶⁶ MARINÉS DOLORES BABUGIA, *op. cit.*, pp. 128 e 129.

Finalmente, cumpre salientar o protagonismo que os princípios próprios do direito processual laboral devem assumir nesta sede. Já SÓNIA KIETZMANN LOPES afirmava que “(...) *dúvidas não restam de que sobre o julgador nos tribunais do trabalho impende um especial dever de apuramento da verdade material, traduzido no amplo poder inquisitório previsto no Código de Processo do Trabalho, detendo o juiz também as faculdades previstas na lei processual civil com vista a criar condições para que as testemunhas deponham de forma livre (v.g. chamando a depor quem a parte não arrolou ou criando condições propícias a que, em audiência, as testemunhas não se sintam constrangidas)*”⁶⁷.

Com efeito, o direito processual laboral é detentor de um conjunto de princípios que foram precisamente a causa da sua autonomização em relação ao processo civil⁶⁸. Entre eles, e sem prejuízo das distintas posições assumidas na doutrina, encontra-se a garantia da igualdade real das partes⁶⁹, a prevalência da justiça material sobre a formal ou da igualdade real das partes sobre a jurídica⁷⁰, e o princípio da prevalência do inquisitório sobre o dispositivo^{71/72}.

Neste sentido, veja-se a jurisprudência dos nossos tribunais, entre a qual o aresto do Tribunal da Relação de Lisboa, 02-02-2000, relatado por Ferreira Marques⁷³: “*Tanto no processo laboral como no processo penal, vigora o princípio do inquisitório ou do apuramento da verdade material, atribuindo-se aos juízes dos*

⁶⁷ Embora a autora prossiga afirmando que “(...) *também é verdade que tais poderes encontram limites naturais, decorrentes, desde logo, do (por vezes falso) desconhecimento invocado pelas testemunhas, mas também da circunstância de o julgador não ter como “adivinhar” quem possa ter testemunhado os factos, a fim de officiosamente determinar o respetivo depoimento. Ora, a vítima de assédio, consciente desta limitação, tenderá a não querer correr o risco de alegar em juízo factos que muito provavelmente não logrará demonstrar motu próprio*”. SÓNIA KIETZMANN LOPES, *op. cit.*, p. 166.

⁶⁸ ALBERTINA AVEIRO PEREIRA, *op. cit.*, p. 27.

⁶⁹ ISABEL ALEXANDRE, «Princípios gerais do processo do trabalho», in *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, Coimbra, Almedina, 2002, próprio. 422 e 423.

⁷⁰ RAUL VENTURA, «Princípios gerais de direito processual do trabalho», in *Curso de direito processual do trabalho, in Suplemento da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 1964, p. 37.

⁷¹ Enunciado por JOSÉ ANTÓNIO MESQUITA in «Princípios gerais do direito processual do trabalho», *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, ano XLVII, julho-dezembro 2006, n.ºs 3 e 4, p. 210. Note-se que o autor o refere como sendo um princípio sufragado por Raul Ventura. Muito embora não encontremos nos escritos deste autor tal princípio mencionado nos precisos termos que José António Mesquita o cita, podemos de facto inferir tal princípio das afirmações do Professor Raul Ventura.

⁷² Na Argentina assinala-se que o juiz laboralista, ao contrário do civil, tem amplas faculdades para averiguar a verdade real dos factos, podendo tomar medidas para colmatar as falhas da ação judicial, como officiosamente ordenar prova e investigar, ao abrigo dos princípios do inquisitório, da oralidade e da imediação, não estando vinculado ao princípio do dispositivo, tendo faculdades inquisitivas. MARINÉS DOLORES BABUGIA, *op. cit.*, pp. 145 e 146.

⁷³ *Coletânea de Jurisprudência*, 2000, I, 173. *Apud* ALBINO MENDES BAPTISTA, «Processo laboral e julgamento da matéria de facto», intervenção no “Colóquio Anual sobre Direito do Trabalho”, organizado pelo Supremo Tribunal de Justiça, que teve lugar no seu Salão Nobre no dia 19-09-2007, disp. em http://www.stj.pt/ficheiros/coloquios/coloquiodotrabalho2007_albinobaptista.pdf, consult. em 17-10-2017.

tribunais do trabalho o dever de diligenciar pelo efectivo apuramento da matéria de facto como pressuposto fundamental da realização do direito, através da “justa composição do litígio”. Os juízes dos tribunais de trabalho não podem limitar-se a uma atitude meramente passiva, de esperar que as partes os convençam da realidade histórica projectada no processo, devendo desempenhar sempre um papel activo desde o início da acção e desde que o processo ou o modo como decorre a produção de prova, permitam concluir objectivamente pela existência de elementos probatórios que possibilitem uma melhor averiguação da verdade material. Por regra, o julgamento, no processo laboral, só deve terminar quando o juiz esteja esclarecido da verdade dos factos, ou tenha esgotado todas as diligências ao seu alcance na procura dessa verdade, sendo os poderes-deveres, nesta parte, idênticos aos do juiz penal.”

A este propósito, importa apelar mais uma vez a normas atualmente previstas no CPC, aplicáveis ao processo laboral. Entre elas, o art. 411º do CPC prevê a possibilidade de o julgador realizar ou ordenar officiosamente a produção de prova relativamente a factos que possa conhecer, quando esta seja necessária ao apuramento da verdade e justa composição do litígio (princípio do inquisitório). A propósito dos factos de que o juiz pode licitamente conhecer, veja-se o art. 5º do CPC, que sob a epígrafe “*ónus de alegação das partes e poderes de cognição do tribunal*” enuncia os factos que podem ser conhecidos pelo juiz. Ora, para além dos factos elencados na causa de pedir, outros poderão ser considerados pelo juiz, nada impedindo, portanto, que este possa averiguar a verdade, ordenando meios de prova para a demonstração de quaisquer desses factos. Por exemplo, ouvindo pessoas que percebe que não foram arroladas como testemunhas mas que seriam úteis porque são mencionadas ao longo do julgamento ou são referidas em prova documental, ordenando a produção de prova pericial ou outros meios de prova que se aperceba serem relevantes, entre outros.

Neste sentido, veja-se o Acórdão da Relação do Porto, de 09-02-2015, relatado por João Nunes, sumariando que “*Nos termos da lei processual civil (cfr. artigos 411 e 526.º), o juiz tem o poder-dever de determinar a produção de qualquer meio de prova, desde que o mesmo se apresente relevante para a descoberta da verdade material e boa decisão da causa;*”, concluindo que “*Por isso, o juiz deve admitir a produção de prova requerida na audiência de julgamento, na sequência da prova até então produzida, designadamente testemunhal, se da mesma resulta que aquela tem aptidão para a descoberta da verdade material*”.

Mas o próprio CPT reflete essa preocupação particular do processo laboral, com normas como o art. 28º a propósito da cumulação de pedidos e causas de pedir e, em particular, o n.º 1 do art. 72º, a propósito da amplitude dos poderes do julgador no momento da discussão e julgamento da causa para tomar em consideração factos não articulados mas relevantes e sobre os quais tenha incidido discussão com respeito pelo contraditório.

Concluimos, pois, que os mecanismos atualmente existentes no CT, no CPC e no CPT serão suficientes para atenuar as dificuldades probatórias existentes, devendo, pois, os advogados e magistrados estar particularmente sensibilizados para o recurso aos mesmos com especial sensibilidade e rigor.

3) Danos morais

3.1. Análise do enquadramento nacional em matéria de danos morais

O segundo tema que nos foi proposto tratar diz respeito aos danos morais. A este respeito, a nossa análise foi mais breve, por uma questão de não sobreposição com as apresentações dos demais oradores.

De qualquer forma, recordamos que com o CT de 2009 se estabeleceu de forma clara o direito a indemnização por danos patrimoniais e não patrimoniais nos termos gerais (arts. 28º e 29º n.º 3 do CT)⁷⁴, sendo certo de qualquer forma que a jurisprudência nesta matéria tem tido decisões díspares, atribuindo valores a título de danos morais que vão desde os 5.000,00 € (veja-se aresto da Relação de Lisboa de 05-11-2013 relatado por Francisca Mendes) até aos 100.000,00 (Acórdão da Relação de Guimarães de 14-05-2015, relatado por Moisés Silva).

A doutrina vem criticando os montantes atribuídos a este título⁷⁵. Com efeito, RITA GARCIA PEREIRA criticava em 2011 as indemnizações por danos morais que considerava “verdadeiramente ridículas”, particularmente os valores de 5.000 €⁷⁶. Também PEDRO FREITAS PINTO assinalava as reservas da jurisprudência em valorar danos não patrimoniais sofridos no âmbito da responsabilidade contratual⁷⁷.

⁷⁴ PEDRO BARRAMBANA SANTOS, *op. cit.*, p. 225.

⁷⁵ Não apenas a nível nacional, mas também noutros ordenamentos. A propósito de um “*miserabilismo*” judicial na hora de determinar o preço da dor”, veja-se CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE, *La Tutela Judicial frente al Acoso Moral en el Trabajo: de las Normas a las Prácticas Forenses*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2007, p. 43.

⁷⁶ RITA GARCIA PEREIRA, «Mobbing», in *Código do Trabalho. A Revisão de 2009*, coord. Paulo Morgado de Carvalho, Coimbra Editora, Coimbra, abril 2011, p. 121.

⁷⁷ Sendo que só com a revisão do CT de 2009 deixou a indemnização por danos não patrimoniais decorrente de resolução lícita do contrato pelo trabalhador de ter que estar limitada pelo teto da indemnização por antiguidade. PEDRO FREITAS PINTO, *op. cit.*, p. 446.

JÚLIO GOMES assinalava de forma notável que “*A compensação a que a vítima de mobbing terá direito pelos danos morais que sofreu não deve depender ou ser limitada pelo montante da retribuição do trabalhador: o assédio a uma empregada de balcão não deve ser mais barato, para o empregador, que o assédio a um quadro superior. Impõe-se, ainda, que as sanções aplicadas neste contexto tenham uma genuína eficácia preventiva. Pode ainda questionar-se se certos princípios desenvolvidos em matéria de acidentes de trabalho, não deverão também aplicar-se neste contexto, designadamente quando tiver sido afectada a capacidade de trabalho ou de ganho – pense-se, por exemplo, na irrelevância de uma predisposição patológica que não tenha sido propositadamente oculta*”⁷⁸.

A este propósito, cumpre referir que o legislador parece ter autonomizado esta consideração na atual previsão do art. 283º do CT, prevendo o reconhecimento dos danos decorrentes de assédio moral como doença profissional. Embora a expressão do legislador seja a de que os “*danos emergentes de doenças profissionais resultantes da prática de assédio*” serão da responsabilidade do empregador, esta expressão tem implícita, evidentemente, a prévia consideração de que a prática de assédio poderá resultar numa doença profissional.

Assim, esta reparação ao abrigo do regime das doenças profissionais implica que as consequências para a saúde do trabalhador serão, à partida, ressarcidas por essa via. Adiante veremos melhor que reflexos poderá esta solução ter para a reparação do dano moral.

Finalmente, cumpre ainda assinalar que na contratação coletiva se preveem algumas indemnizações tabeladas no seu valor mínimo. Por exemplo, no Acordo de empresa entre a Morais Matias, SA e a Federação Portuguesa dos Sindicatos da Construção, Cerâmica e Vidro – FEVICCOM, publicado no Boletim do Trabalho e Emprego n.º 18/2015, de 15-05-2015, a violação da obrigação de respeito pela dignidade da pessoa humana atribui o direito a que a entidade empregadora se constitua “*na obrigação de pagar ao trabalhador uma indemnização de valor nunca inferior ao triplo da retribuição efectivamente recebida*”, embora “*sem prejuízo de outras indemnizações por danos patrimoniais ou não patrimoniais a que houver lugar*”. Para PEDRO BARRAMBANA SANTOS trata-se de cláusulas penais, estabelecendo valores mínimos admissíveis, sendo certo que se o trabalhador lograr

⁷⁸ JÚLIO GOMES, *Direito do Trabalho...*, cit., p. 442 e «Algumas observações...», cit., pp. 165-184.

provar que teve danos em montante superior, poderá exigir pagamento do remanescente, à luz do 811º n.º 2 do CC⁷⁹.

3.2. Apreciação da matéria noutros ordenamentos

Na doutrina do país vizinho assinala-se que para a quantificação do dano moral, apesar da ampla discricionariedade do órgão judicial, podem admitir-se critérios como a consideração de que quanto maior for o dano físico, maior a degradação sofrida, bem como atender ao benefício obtido pelo agressor e, bem assim, às circunstâncias pessoais da vítima⁸⁰. Na jurisprudência espanhola também já se atendeu aos critérios fixados na legislação referente aos danos decorrentes de acidente de viação para a fixação do *pretium doloris*⁸¹. Mas na jurisprudência laboral mais recente tem-se tido em consideração a legislação contraordenacional (a *Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social*), critério este admitido pela jurisprudência constitucional. Ora, a este título prevê-se no art. 40.1 c) de tal diploma que a púnica poderá ir desde 6.251 € a 25.000 € no seu grau mínimo, de 25.001 € a 100.005 € num grau médio e na sua graduação máxima de 100.006 € a 187.515 €⁸².

De acordo com PEDRO BARRAMBANA SANTOS, na Bélgica o ressarcimento pode ser feito da forma tradicional, pelos danos efetivamente sofridos e demonstrados pela vítima, ou mediante uma reparação presumida, tabelando-se o *quantum* indemnizatório⁸³. Também nos EUA a *Healthy Workplace Bill*, adotada por vários estados federais, relativa a ambientes de trabalho abusivos, prevê que há uma limitação da responsabilidade da entidade empregadora por danos morais a 25.000 dólares, não sendo o empregador responsabilizado por danos punitivos, quando a situação não tenha acarretado cessação da relação laboral⁸⁴.

Ainda a propósito de ordenamentos que preveem indemnizações tabeladas, em Moçambique, a legislação prevê que quando seja praticada conduta de assédio que interfira na estabilidade do emprego ou progressão profissional do ofendido, tal constitui infração disciplinar, e quando for praticada pelo empregador ou

⁷⁹ PEDRO BARRAMBANA SANTOS, *op. cit.*, p. 227.

⁸⁰ M.^a DOLORES CASAS PLANES, *op. cit.*, pp. 148 e 149.

⁸¹ CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE, *La Tutela Judicial frente...*, *cit.*, p. 69.

⁸² Entre nós, sendo contraordenação muito grave, as sanções serão desde 2080 € a 61.200 € (consoante volume de negócios da empresa e grau de culpa), embora tais limites possam ser elevados para o dobro em situação de violação de normas referentes a saúde e segurança e saúde no trabalho (como a nosso ver poderá suceder no assédio) – art. 556º, n.º 1 CT.

⁸³ PEDRO BARRAMBANA SANTOS, *op. cit.*, p. 157.

⁸⁴ DAVID. C. YAMADA, «Workplace Bullying and American Employment Law: a Ten-Year Progress Report and Assessment», *Comparative Labor Law & Policy Journal*, vol. 32, n.º 1, 2010, p. 265.

mandatário deste, o trabalhador terá direito a indemnização correspondente a 20 salários mínimos (art. 66º n.ºs 2 e 3 da Lei de trabalho, Lei n.º 23/2007, de 01-08)⁸⁵.

Devemos assinalar ainda que no Brasil foi apresentado um projeto de lei federal (Projeto de Lei n.º 6.757, de 2010) que previa que na hipótese de prática de assédio, ocorrendo “(...) *rescisão indireta do contrato de trabalho [seriam] devidas as verbas rescisórias em dobro. Além dessa indenização, o empregador é responsável pelo pagamento de todas as despesas médicas decorrentes de lesões físicas ou mentais causadas pelo assédio. Estabelece, ainda, que, para efeito de cálculo da indenização por dano moral, deve ser considerada a posição social da vítima, a situação econômica do ofensor e a sua culpa, as medidas de prevenção adotadas pelo empregador, bem como o nexo causal verificado entre o dano sofrido e o ambiente de trabalho.*” Adianta a doutrina que se a rescisão do contrato pelo trabalhador for motivada por coação moral do empregador, o juiz aumentará para o dobro a indemnização devida em caso de culpa exclusiva do empregador⁸⁶. Já em Timor Leste também se prevê a possibilidade de resolução do contrato trabalho com justa causa, sendo nesse caso atribuída ao trabalhador uma indemnização entre 1 mês e um ano de remuneração por cada ano de antiguidade (o dobro da devida em caso de despedimento ilícito)⁸⁷.

3.3. Análise do cumprimento da legislação internacional: em particular, a Carta Social Europeia e sua interpretação pelo Comité Europeu dos direitos sociais

O Comité concluiu, nas suas análises aos relatórios dos vários Estados, no sentido de que a proteção efetiva da dignidade do trabalhador impõe que a sua violação determine a atribuição de compensações em montante suficiente para reparar os danos patrimoniais e não patrimoniais e atuar como dissuasivo do empregador⁸⁸.

Com efeito, nas conclusões de 2005, a propósito da Moldávia, o Comité assinalou a desconformidade da legislação deste país à CSE, já que não há

⁸⁵ PEDRO BARRAMBANA SANTOS, *op. cit.*, p. 172.

⁸⁶ FÁBIO TULIO BARROSO; NYEDJA MEDEIROS CHAVES; «Prevención del riesgo psicosocial en el ámbito laboral. El acoso moral y su necesaria reglamentación en Brasil», in AAVV, *Anuario Internacional sobre Prevención de Riesgos Psicosociales y Calidad de vida en el Trabajo. Nuevas Estrategias en Prevención de Riesgos Psicosociales en el trabajo - Experiencias comparadas, Observatorio de Riesgos Psicosociales*, Unión General de Trabajadores, Fundación para la prevención de riesgos laborales, Secretaria de Salud Laboral y Medio Ambiente UGT-CEC, 2015, p. 206, disp. em <http://portal.ugt.org/saludlaboral/observatorio/catalogo2015/publicaciones/revistas/028es/descargas/Anuario2015ESP.pdf>.

⁸⁷ PEDRO BARRAMBANA SANTOS, *op. cit.*, p. 174.

⁸⁸ Conclusões 2003 Eslovénia a propósito do assédio moral e conclusões 2005 Moldávia a respeito do assédio sexual.

legislação civil ou administrativa que permita que as vítimas acionem o empregador ou colegas e solicitem uma indemnização por danos patrimoniais ou morais perante os tribunais ou reintegração em caso de despedimento ilícito no contexto de assédio sexual. Também nas conclusões de 2005 referentes à Lituânia, o Comité solicitou informação sobre a dimensão dos danos reparáveis, tendo esclarecido que a compensação tem que reparar todos danos e servir de sanção ao empregador.

Já nas conclusões de 2014 em relação a Portugal, o Comité veio dizer que aplaude as iniciativas das instituições nacionais nesta matéria, mas solicitou informação sobre o resultado das mesmas, bem como informação sobre quais as medidas tomadas em cooperação com parceiros sociais para prevenir o assédio nos locais de trabalho. Relativamente às medidas tomadas em relação ao assédio, o Comité reconheceu a existência de mecanismos ao dispor do trabalhador, mas entende que na prática muito poucos casos chegam a tribunal, portanto quer ser atualizado nesta matéria e sobre as medidas tomadas no sentido de facilitar e aumentar as queixas. Solicitou, ainda, informação sobre quais as compensações efetivamente pagas em casos de assédio, mais questionando sobre um trabalhador pode obter compensação ou reintegração quando tiver sido forçado a sair devido a assédio.

A este respeito, devemos assinalar, na esteira do alerta de PEDRO BARRAMBANA SANTOS, que é importante perceber que a qualificação como danos morais permite evitar tributação em termos de IRS e contribuições para segurança social, pelo que as transações celebradas nos processos em que seja invocado o assédio moral poderão não refletir de forma correta o efetivo ressarcimento dos danos dos trabalhadores a esse título, qualificando-se muitas vezes todos os valores pagos ao trabalhador como danos morais apenas como forma de benefício fiscal do lesado, sendo certo que parte deles correspondem muitas vezes a outros créditos laborais do assediado que estariam em dívida⁸⁹. Assim, a informação a prestar ao Comité poderá não ser um reflexo exato da reparação dos trabalhadores neste domínio.

Acrescente-se que, apesar das diversas informações solicitadas, o Comité concluiu naquelas conclusões pela conformidade da legislação e práticas nacionais ao artigo 26º da CSE.

⁸⁹ PEDRO BARRAMBANA SANTOS, *op. cit.*, p. 237.

3.4. Problematização

Impõe-se agora apreciar e problematizar alguns aspetos: a recente consagração da reparação ao abrigo do regime das doenças profissionais resolve ou contribui de alguma forma para uma melhor ou mais adequada compensação das vítimas? Serão adequados os sistemas de fixação prévia do montante das compensações por danos morais? Ou devem seguir-se outros critérios? E o *quantum* das indemnizações em caso de cessação do contrato, merece reparos?

Como vimos, a reparação ao abrigo do regime das doenças profissionais determina que as consequências para a saúde do trabalhador serão, em princípio, ressarcidas por essa via.

A este propósito, assinala-se que é a doutrina italiana que desenvolvidamente trata o dano moral, dele (ou dentro dele) distinguindo o dano biológico⁹⁰, bem como o dano existencial⁹¹. Entre nós, poder-se-á afirmar que o direito infortunístico repara o dano biológico⁹², enquanto diminuição da integridade psicofísica, em si e por si mesma, incidindo sobre toda a concreta dimensão do homem, não só quanto à sua capacidade de gerar riqueza, mas também relativamente à soma de todas as funções por si exercidas no ambiente que o rodeia, com relevância económica, social, estética, cultural, biológica, incluindo o dano à saúde⁹³, mas, em regra, não o dano moral e existencial⁹⁴.

Este último foi criado como consequência de se julgarem insuficientes o dano biológico e o dano moral para dar resposta ressarcitória às manifestações do mobbing menos nocivas para a saúde, mas ainda assim lesivas da dignidade da pessoa. Assim, o dano existencial prescinde da prova de lesões concretas (exigível pelo dano biológico) e da capacidade reiditícia do indivíduo, respeitando a todas as

⁹⁰ ISABELLA DE ASMUNDIS, *op. cit.*, p. 186.

⁹¹ Veja-se, sobre o dano existencial no *mobbing*, MARCELLO PEDRAZZOLI, *I Danni alla Persona del Lavoratore nella Giurisprudenza*, Cedam, Padova, 2004, p. 31. Relativamente ao dano biológico, a jurisprudência nacional tem divergido, entendendo que poderá ser ressarcido enquanto dano patrimonial ou compensado como dano não patrimonial. *Vd.* Acórdão do STJ de 27-10-2009, relat. Sebastião Póvoas.

⁹² Ou, pelo menos, poder-se-á sustentar que a tendência doutrinal e jurisprudencial caminha nesse sentido. *Cfr.*, entre outros, o aresto do STJ de 10-07-2008, relat. Salvador da Costa. O conceito de dano biológico tem sido fruto de enérgica produção doutrinal e jurisprudencial no ordenamento italiano. Veja-se, exemplificativamente, MARCELLO PEDRAZZOLI, *I Danni...*, pp. 157 e ss'.

⁹³ Para MESSIAS CARVALHO, «Assédio Moral/*Mobbing*», *Revista TOC*, n.º 77, agosto 2006, disp. em http://www.ctoc.pt/downloads/files/1155034857_40a49.pdf, consult. em 25-10-2009, p. 46, consubstanciar-se-á num dano-evento, ou seja, é o evento do facto lesivo. Este dano opõe-se ao dano-consequência, que será o dano moral. *Cfr.* MARCELLO PEDRAZZOLI, «Tutela della persona e aggressioni alla sfera psichica del lavoratore», *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano LXI, n.º 4, 2007, p. 1154. No mesmo sentido ISABELLA DE ASMUNDIS, *op. cit.*, p. 188, identificando a jurisprudência que afirma que o dano biológico é o evento do facto lesivo da saúde, enquanto o dano moral, tal como o patrimonial, é o dano-consequência em sentido estrito.

⁹⁴ DANIELA CANTISANI, «Mobbing e INAIL», disp. em http://dirittolavoro.altervista.org/mobbing_e_inail_cantisani.html, consult. em 29-11-2009.

outras consequências danosas intrínsecas, como a perda da autoestima, perda de confiança na própria capacidade de adaptação e de reação aos desafios, otimismo nos projetos para futuro, redução da qualidade de vida e repercussões no âmbito familiar. O ónus da prova deste dano existencial é da vítima, que deve demonstrar que teve este dano, não sendo ressarcível uma mera alteração pontual do quotidiano, mas apenas aquela que incida de modo sensível no standard de vida do sujeito⁹⁵. Em suma, o que se visa tutelar é uma dimensão do dano que se revela independentemente da maior ou menor “robustez” do trabalhador e da sua capacidade de “escapar” sem danos à sua saúde física e mental⁹⁶.

Como tal, autonomizando a tutela dos danos decorrentes do assédio ao abrigo do regime de contingências profissionais, e acautelando desta forma a reparação do dano biológico, o legislador acaba por permitir uma maior margem para o dano moral reparar outras dimensões, o que nos parece assinalável.

Cumpre ainda ponderar se, além da consideração de princípios próprios do direito infortunistico, a responsabilidade civil terá (ou deverá ter) aqui uma finalidade punitiva⁹⁷. Note-se que os danos punitivos são atribuídos ao demandante para além e acima da compensação das suas lesões, com o propósito de punir o demandado e com uma função pedagógica, instando-o a não repetir, e visando impedir que outros sigam o seu exemplo⁹⁸. Contudo, entendemos que o nosso ordenamento não tem, até ao momento, uma tal configuração da responsabilidade civil⁹⁹, sendo certo que essas finalidades punitivas poderão a nosso ver ser perseguidas pela tutela contraordenacional (art. 29º n.º 5)¹⁰⁰ e até, porventura, criminal, que possa caber no caso concreto.

Outra questão decorrente da análise acima realizada diz respeito aos eventuais critérios para determinação da compensação por danos morais. Quanto a

⁹⁵ ISABELLA DE ASMUNDIS, *op. cit.*, p. 193 a 199.

⁹⁶ Expressões de JÚLIO GOMES em «Algumas reflexões sobre a evolução recente do conceito jurídico de assédio moral (laboral)», *Prontuário de Direito do Trabalho*, n.º 90, 2011, p. 86.

⁹⁷ RITA GARCIA PEREIRA, *op. cit.*, p. 216, entende que a responsabilidade civil tem esta função na sua essência e não apenas a função ressarcitória.

⁹⁸ M.ª DOLORES CASAS PLANES, *op. cit.*, pp. 129 a 131.

⁹⁹ Sobre este tema, veja-se o estudo de JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, «Uma função punitiva para a responsabilidade civil e uma função reparatória para a responsabilidade penal», *Revista de Direito e de Economia*, ano XV, 1989, 105-144. Relativamente ao ordenamento espanhol, *vd.* CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE, «La tutela frente a la “violencia moral” en los lugares de trabajo: entre prevención e indemnización», disp. <http://cvu.rediris.es/pub/bscw.cgi/425661>, p. 54, consult. 28-11-2009.

¹⁰⁰ Aproveitamos o ensejo para apreciar criticamente a nova sanção acessória de publicidade da decisão condenatória, que parece passar a ser obrigatória em caso de assédio moral (art. 563º n.º 3). Apesar de a medida em si nos parecer meritória, a verdade é que nada se diz quanto ao consentimento do trabalhador, o que nos choca atendendo à matéria em causa, estritamente relacionada com direitos de personalidade do trabalhador e muitas vezes até particularmente relacionados com a sua intimidade.

estes, parece-nos ser inadequado estabelecer limites mínimos ou máximos, como acontece noutros ordenamentos, devendo antes recorrer-se aos critérios adiantados pela doutrina e jurisprudência.

Apesar de não respeitar diretamente à matéria que nos foi proposto tratar, a este respeito julgamos relevante apreciar os critérios indemnizatórios em caso de cessação do contrato subsequente a situação de assédio. Note-se que não raras vezes o assediado não resiste à pressão e acaba por fazer cessar o contrato unilateralmente, seja por denúncia unilateral, seja por resolução com justa causa. Nos casos em que seja atacado por via disciplinar poderá, todavia, vir a ser dispensado por meio de despedimento como sanção disciplinar, podendo ainda ver a sua relação terminar através de outros despedimentos como a extinção do posto de trabalho, ou até por acordo revogatório do contrato de trabalho. Importa, pois, verificar se todas as formas de cessação contratual terão tratamento indemnizatório idêntico em caso de assédio.

O caso da denúncia unilateral e particularmente flagrante, já que o assediado não só não terá direito a qualquer tutela indemnizatória, como será inclusivamente prejudicado em matéria de tutela social, já que não auferirá subsídio de desemprego. No entanto, naturalmente que, tendo optado por esta via em detrimento da resolução do contrato com justa causa, nos parece que a este respeito nada poderá ser feito em termos legislativos, sendo uma opção que deverá ser devidamente ponderada pelo trabalhador, procurando as autoridades competentes e os agentes a que eventualmente recorra informá-lo das respetivas consequências. De igual modo, também o acordo revogatório do contrato de trabalho terá, em princípio¹⁰¹, idênticas consequências.

A propósito da cessação por resolução com justa causa pelo trabalhador, quando comparada com o despedimento (ilícito) do trabalhador, já nos parece haver real desigualdade em termos indemnizatórios, prejudicando-se o trabalhador que “não aguentou” em relação àquele mais resistente, que veio a ser despedido, ainda que ilicitamente.

Com efeito, a indemnização por resolução com justa causa pelo trabalhador é calculada nos termos do art. 396º (“*entre 15 e 45 dias de retribuição base e diuturnidades por cada ano completo de antiguidade, atendendo ao valor da*

¹⁰¹ Sendo certo todavia que no âmbito da cessação por acordo revogatório poderá ser paga uma determinada compensação ao trabalhador (que é facultativa), sendo ainda possível o acesso ao subsídio de desemprego, mediante cumprimento da previsão dos arts. 10º ou 10º-A do Decreto-lei n.º 220-2006, de 3-11.

retribuição e ao grau da ilicitude do comportamento do empregador, não podendo ser inferior a três meses de retribuição base e diuturnidades”), apesar de o n.º 3 do 396º consentir que a indemnização seja superior sempre que o trabalhador sofra danos patrimoniais e não patrimoniais superiores.

Já no caso de despedimento ilícito, e atentas as recentes alterações introduzidas pela Lei n.º 73/2017, o trabalhador terá direito a indemnização majorada, por se tratar de sanção disciplinar abusiva, nos termos do n.º 3 do art. 392º aplicável por força da alínea b) do n.º 2 e n.º 4 do art. 331º (ou seja, “*entre 30 e 60 dias de retribuição base e diuturnidades por cada ano completo ou fracção de antiguidade, nos termos estabelecidos nos n.os 1 e 2 do artigo anterior, não podendo ser inferior ao valor correspondente a seis meses de retribuição base e diuturnidades*”).

Ou seja, a resolução pelo trabalhador menos “resistente” permite-lhe aceder a uma indemnização que, em princípio, será de metade daquela que lhe será garantida caso seja especialmente resiliente e “lograr” ser despedido pelo empregador. Porque há-de o trabalhador despedido ilicitamente beneficiar em relação ao trabalhador que não aguentou e se despediu?

Recorde-se que o trabalhador despedido ilicitamente terá ainda direito às retribuições intercalares (art. 390º n.º 1 do CT) e a sua antiguidade será calculada até ao trânsito em julgado da decisão judicial (art. 391º n.º 2 CT), o que torna as indemnizações a atribuir a este título particularmente díspares e desiguais, situação que a nosso ver é desconforme ao entendimento do Comité Europeu dos Direitos Sociais a este respeito e que, ademais, poderá configurar flagrante violação do princípio da igualdade entre trabalhadores.

Finalmente, queríamos ainda assinalar que se vem debatendo que a obrigação de prevenção de riscos profissionais que cabe à entidade empregadora inclui o risco psicossocial assédio, o que poderá determinar, no limite, que haja responsabilização daquela em termos objetivos, por violação da respetiva obrigação em matéria de segurança e saúde no trabalho de garantia de um ambiente de trabalho saudável e tutela dos trabalhadores especialmente vulneráveis¹⁰².

¹⁰² Acerca do enquadramento jurídico dos riscos psicossociais veja-se o nosso «Statu quo y nuevas estrategias de prevención de los riesgos psicosociales en el trabajo en Portugal», em co-autoria com CATARINA DE OLIVEIRA CARVALHO, in AAVV, *Anuario Internacional sobre Prevención de Riesgos Psicosociales y Calidad de vida en el Trabajo. Nuevas Estrategias en Prevención de Riesgos Psicosociales en el trabajo- Experiencias comparadas*, Observatorio de Riesgos Psicosociales, Unión General de Trabajadores, Fundación para la prevención de riesgos laborales, Secretaría de Salud Laboral y Medio Ambiente UGT-CEC, 2015, 142-172, disp. em <http://portal.ugt.org/saludlaboral/observatorio/catalogo2015/publicaciones/revistas/028es/descargas/An>

4) Conclusão

Em suma, queremos advertir para o facto de que nem sempre a criação de novas soluções legislativas se afigura necessária ou adequada ao tratamento de um problema, sem prejuízo de os caminhos a trilhar para alcançar diferentes soluções exigirem dos intervenientes processuais (advogados e magistrados) algum arrojo e uma interpretação criativa mas tecnicamente sustentada das disposições legais existentes.