



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO

DISSERTAÇÃO

ASSÉDIO MORAL NA RELAÇÃO DE EMPREGO NO BRASIL: UMA ANÁLISE DOS CUSTOS SOCIAIS E DO MECANISMO DE *COMPLIANCE*

Mestranda: Anaruez Mathies
Orientador: Prof. Dr. Everton das Neves Gonçalves

Florianópolis (SC)
2017

Anaruez Mathies

**ASSÉDIO MORAL NA RELAÇÃO DE EMPREGO NO BRASIL:
UMA ANÁLISE DOS CUSTOS SOCIAIS E DO MECANISMO DE
*COMPLIANCE***

Dissertação submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina para a obtenção do Grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Everton das Neves Gonçalves

Florianópolis
2017

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor, através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Mathies, Anaruez

Assédio moral na relação de emprego no Brasil : uma análise dos custos sociais e do mecanismo de compliance / Anaruez Mathies ; orientador, Everton das Neves Gonçalves - Florianópolis, SC, 2017.

209 p.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito.

Inclui referências

1. Direito. 2. Assédio moral. 3. Relação de emprego. 4. Custos Sociais. 5. Compliance. I. Gonçalves, Everton das Neves. II. Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

**ASSÉDIO MORAL NA RELAÇÃO DE EMPREGO NO BRASIL:
UMA ANÁLISE DOS CUSTOS SOCIAIS E DO MECANISMO DE
*COMPLIANCE***

Anaruez Mathies

Esta Dissertação foi julgada adequada para obtenção do Título de “Mestre em Direito”, e aprovada em sua forma final pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.

Florianópolis, 24 de janeiro de 2017.

Prof. Dr. Arno Dal Ri Jr.
Coordenador do Curso

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Everton das Neves Gonçalves
Orientador
Universidade Federal de Santa Catarina – PPGD – UFSC

Prof. Dr. Giovanni Olsson
Universidade Comunitária da Região de Chapecó - UNOCHAPECÓ

Prof. Dr. Marco Antônio César Villatore
Universidade Federal de Santa Catarina – CCJ – UFSC

Prof. Dr. Orlando Celso da Silva Neto
Universidade Federal de Santa Catarina – CCJ – UFSC

Este trabalho é dedicado aos meus queridos Rafael Henrique de Souza Mathies e Lucas de Souza Mathies.

AGRADECIMENTOS

A Fé em Deus e o apoio de amigos e familiares foram fundamentais para vencer os desafios ao longo do caminho.

Agradeço aos meus pais, Célio Mathies e Bernardete Josefina Mathies, meu espelho de perseverança e dedicação, pelo amor e apoio incondicionais.

Aos queridos Daniela Bertotti e Renato Sedano Onofri, por compartilharem as angústias e as incertezas da vida acadêmica, e pelas conversas que tanto me auxiliaram no desenvolvimento do trabalho.

Aos meus tios Sueli Bertotti, Mário e Rose Bertotti e Benilde Bertotti por todo o carinho e apoio que me dedicaram.

A todos os meus amigos e familiares que, com palavras de afeição e incentivo, foram essenciais para que eu concluísse esta caminhada.

Ao meu orientador, professor Dr. Everton das Neves Gonçalves, por todo o ensinamento, trabalho e dedicação na orientação deste trabalho.

Aos meus amigos do Centro de Estudos Jurídico-Econômicos e de Gestão do Desenvolvimento – UFSC – pela troca de experiências e pelas palavras de conforto.

Aos servidores da Secretaria do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC, em especial Maria Aparecida de Oliveira e Fabiano Dauwe, pela dedicação e gentileza com que sempre me atenderam.

Aos professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC por instigarem a busca pelo conhecimento e pela pesquisa.

RESUMO

O assédio moral na relação de emprego se materializa por meio de práticas assediadoras que violam diretamente os direitos de personalidade do empregado, impondo riscos ao ambiente de trabalho e à continuidade do contrato laboral, com reflexos danosos à saúde física e psíquica do empregado. Os danos provocados impactam diretamente nos custos sociais do assédio moral, representados pela soma dos custos de prevenção e dos custos de perdas. Os custos de prevenção correspondem aos valores despendidos com medidas de precaução, e os custos das perdas equivalem à compensação dos prejuízos causados pelo assédio. Desse modo, observadas as regras de responsabilidade civil e considerando que o ordenamento jurídico deve incentivar o potencial ofensor do dano a adotar nível ótimo de precaução, de forma a buscar o menor custo social possível, a pesquisa tem por objetivo geral verificar se o incentivo à adoção do *compliance* na relação de emprego pode reduzir os custos sociais decorrentes do assédio moral. O método de abordagem é o indutivo, partindo-se do estudo do assédio moral na relação de emprego, de seus elementos e da responsabilidade civil do empregador. Em seguida, discute-se a responsabilidade civil do empregador sob a perspectiva da Análise Econômica do Direito, adotando-se como marco teórico o modelo básico desenvolvido por Steven Shavell, segundo o qual um sistema eficiente na redução dos custos sociais deve incentivar a adoção de práticas de precaução apropriadas, isto é, medidas que tenham custo médio de precaução. Por fim, efetua-se a análise teórica do mecanismo de *compliance*, sua utilização como instrumento de prevenção e seu impacto na redução dos custos sociais. O procedimento de pesquisa adotado é o monográfico e a técnica de pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Assédio Moral; Relação de Emprego; Custos Sociais; *Compliance*.

ABSTRACT

Workplace Bullying is materialized by harassments that violate the employee's rights. It risks the work environment well-being and the continuity of the employment contract at risk. It causes physical and psychological damages to the employees. The costs to society are high, not only concerning the losses themselves but those to prevent bullying. The costs of prevention correspond to the amounts spent on precautionary measures, and the costs of losses are related to the compensation for the harms caused by the bully. According to the rules of civil liability and considering that the legal system should encourage the potential offender to adopt an optimal level of precaution in order to seek the lowest possible social cost, the general objective of this research is to verify whether the adoption of compliance in the employment relationship can reduce the social costs arising from bullying. The research method is the inductive, starting from the study of moral harassment at work, its elements and the civil liability of the employer, which is discussed from the perspective of the Economic Analysis of Law, adopting the basic model developed by Steven Shavell. To whom it may concern an efficient system in the reduction of social costs should encourage the adoption of appropriate precautionary practices, ie measures with an average precautionary cost. Finally, the theoretical analysis of the compliance mechanism, its use as an instrument of prevention and its impact on the reduction of social costs, is carried out. The research procedure adopted is the monographic and bibliographic research technique.

Keywords: Workplace Bullying; Employment Relationship; Social Costs; Compliance.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art./arts. – artigo/artigos

CCB – Código Civil Brasileiro

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

CLT – Consolidação das Leis do Trabalho

DPVAT - Seguro de Danos Pessoais causados por Veículos Automotores de via Terrestre

EC – Emenda Constitucional

FCPA - *Foreign Corrupt Practices Act*

IBGC - Instituto Brasileiro de Governança Corporativa

ISO – International Organization of Standardization

OCDE – Organização para a Cooperação Econômica e Desenvolvimento

OEA – Organização dos Estados Americanos

OIT – Organização Internacional do Trabalho

ONU – Organização das Nações Unidas

TST – Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 CONTORNOS ATUAIS DO ASSÉDIO MORAL	14
2.1 A RELAÇÃO ENTRE O DIREITO E O CONTEXTO SOCIAL ..	14
2.1.1 A justiça social e os direitos dos trabalhadores	18
2.1.2 O Direito do Trabalho no Brasil.....	22
2.1.2.1 <i>A evolução do Direito do Trabalho e o Tratado de Versalhes..</i>	22
2.1.2.2 <i>O Direito do Trabalho nas Constituições Brasileiras.....</i>	26
2.2 O INSTITUTO DO ASSÉDIO MORAL NA RELAÇÃO DE EMPREGO.....	31
2.2.1 A relação de emprego.....	31
2.2.2 Ambientação histórica do assédio moral.....	38
2.2.3 Definição do assédio moral	40
2.2.3.1 <i>Espécies e fases do assédio moral.....</i>	43
2.2.4 Elementos do assédio moral.....	48
2.2.5 O agressor e a vítima	51
2.3 A LEGISLAÇÃO DO ASSÉDIO MORAL NO BRASIL	54
2.3.1 A proteção constitucional e ordinária contra o assédio moral.....	54
2.3.2 Os projetos em tramitação no Congresso Nacional.....	58
2.4 A RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO EMPREGADOR.....	59
2.4.1 Comentários a respeito do instituto da responsabilidade civil no Brasil	59
2.4.2 A teoria da responsabilidade objetiva.....	65
2.5 OS INFORTÚNIOS DO ASSÉDIO MORAL	69
2.5.1 Os danos à vítima	69
2.5.2 O assédio moral como acidente do trabalho.....	73
2.5.3 Os prejuízos para a empresa.....	76
3 CUSTOS SOCIAIS NA ANÁLISE ECONÔMICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	81
3.1 A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	81
3.1.1 O direito e a economia	81
3.1.2 A Análise Econômica no Direito do Trabalho	85
3.1.3 A Análise Econômica da responsabilidade civil	92
3.2 A EFICIÊNCIA NA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	99
3.2.1 O Ótimo de Pareto.....	102
3.2.2 O critério Kaldor-Hicks.....	103
3.2.3 O princípio da eficiência econômico-social	105

3.3AS TEORIAS DE COASE, CALABRESI E POSNER NA ANÁLISE ECONÔMICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	106
3.3.1 O problema do custo social de Coase	107
3.3.2 O custo dos acidentes de Calabresi	110
3.3.3 Posner e a regra do juiz Hand	113
3.4 OS MODELOS TEÓRICOS DE STEVEN SHAVELL	116
3.4.1 Os danos unilaterais e bilaterais	118
3.4.2 O nível de prevenção.....	120
3.4.3 O nível de atividade	123
3.4.4 Os custos administrativos.....	126
3.5 O IMPACTO DAS INFORMAÇÕES E DO DIMENSIONAMENTO DO DANO NA DETERMINAÇÃO DO RISCO	129
3.5.1 A assimetria das informações na responsabilidade civil.....	129
3.5.2 O dimensionamento do dano e sua influência na expectativa das perdas	133
4 O COMPLIANCE COMO MECANISMO DE REDUÇÃO DOS CUSTO SOCIAIS	137
4.1 NOÇÕES GERAIS DE <i>COMPLIANCE</i>	137
4.1.1 Definição de <i>compliance</i>	137
4.1.2 <i>Compliance</i> na prática da governança corporativa	142
4.1.3 A evolução normativa da figura do <i>compliance</i> no ordenamento jurídico brasileiro	145
4.1.4 As partes envolvidas no mecanismo de <i>compliance</i>	149
4.2 <i>COMPLIANCE</i> E A RELAÇÃO DE EMPREGO	152
4.2.1 O <i>compliance</i> como reflexo da cultura organizacional da empresa	155
4.2.2 A implantação do programa de <i>compliance</i>	157
4.2.2.1 O código de conduta	157
4.2.2.2 O treinamento dos empregados e executivos.....	159
4.2.2.3. O canal de denúncias.....	161
4.2.2.4 Conflito de interesses.....	162
4.2.2.5 O monitoramento do <i>compliance</i> e as auditorias	164
4.2.2.6 As medidas corretivas no âmbito do contrato de trabalho	167
4.3 A GESTÃO DE RISCOS E A RELAÇÃO DE EMPREGO	170
4.3.1 Os riscos nos programas de <i>compliance</i>	170
4.3.2 Os tipos de riscos	173
4.3.3 A análise dos riscos na relação de emprego.....	175
4.3.3.1 O risco na gestão de pessoas	175
4.3.3.2 O assédio moral e a gestão de risco	178
4.4 O <i>COMPLIANCE</i> E A REDUÇÃO DOS CUSTOS SOACIAS	181
4.4.1 A sustentabilidade na atividade empresarial	181

4.4.2 A eficiência do <i>compliance</i> na redução dos custos sociais.....	184
4.4.3 A Lei Anticorrupção brasileira: um modelo a seguir?	188
CONSIDERAÇÕES FINAIS	193
REFERÊNCIAS	197

1 INTRODUÇÃO

Desde o fim da escravidão, o mundo do trabalho e sua regulação sofreram grandes transformações, influenciados pela evolução nos sistemas produtivos e pelos impactos ocasionados pelo capitalismo. A globalização, a expansão da tecnologia e da comunicação e o aumento da competitividade alteraram a forma como a relação de emprego é gerida. Atualmente, gestores e empregados são cobrados por entregar melhores resultados ao menor custo possível, o que produz um ambiente de trabalho estressante e uma relação de emprego instável, propensa à prática do assédio moral.

O assédio moral na relação de emprego é uma das faces mais perversas desse novo cenário, pois viola os direitos de personalidade do empregado, atingindo a sua dignidade como indivíduo. Além disso, traz inúmeras consequências para a sociedade, pois os danos físicos e psicológicos produzem impactos jurídicos, econômicos e sociais. Diante disso, a abordagem unicamente jurídica do tema já não se coaduna com a complexidade das relações sociais e da própria relação de emprego.

A interação do direito com as demais ciências é algo que precisa ser vivenciado por juristas, economistas e gestores. Nesse sentido, o presente trabalho investiga a questão do assédio moral sob nova perspectiva, relacionando elementos do direito e da economia. A abordagem do assédio moral e da responsabilidade do empregador na ótica da Análise Econômica do Direito não tem por objetivo excluir os direitos e garantias consagrados pelo ordenamento jurídico brasileiro, mas sim possibilitar que sejam preservados por meio de uma relação jurídica sustentável, que possibilite a proteção do trabalhador contra o assédio moral e também permita a continuidade da atividade econômica pela empresa.

A ineficiência provocada pela adoção isolada de teorias exclusivamente jurídicas, sem análise de impactos econômicos, impede que a relação entre empregado e empregador evolua para uma relação de cooperação e confiança.

Assim, a visão de um direito do trabalho isolado, independente das demais áreas do saber, não se coaduna com a atual realidade econômica e social, cada vez mais complexa e globalizada. O cenário contemporâneo exige do operador do direito nova perspectiva, que possibilite aplicação funcional e objetiva das regras jurídicas, proporcionando relações duradouras.

Nesse contexto, o presente trabalho tem como objetivo principal verificar se o incentivo à adoção de *compliance* na esfera trabalhista poderia ser utilizado como instrumento de redução dos custos sociais decorrentes do assédio moral na relação de emprego no Brasil.

A pesquisa aborda a temática do assédio moral e do *compliance* sob a perspectiva da Análise Econômica do Direito, em razão disso para melhor compreensão do tema, o trabalho foi dividido em três capítulos.

O primeiro capítulo do trabalho analisa o assédio moral na relação de emprego no Brasil, iniciando-se pela formação do Direito do Trabalho no País e sua evolução no âmbito constitucional. Apesar de tais temas serem de conhecimento dos operadores do direito, a presente pesquisa visa também servir de apoio a gestores e economistas no desenvolvimento de uma relação de emprego sustentável.

A investigação da evolução do processo produtivo e da relação de emprego, como fatores determinantes para surgimento do Direito do Trabalho, mostra-se útil para evidenciar a importância da proteção da dignidade humana e da valorização do trabalho enquanto princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, e, portanto, demonstrar a necessidade de combate às práticas assediadoras no ambiente de trabalho.

Em seguida, estudam-se os elementos que compõem o dano moral, suas fases e espécies, bem como suas consequências no âmbito da relação de emprego.

O segundo capítulo discute a responsabilidade civil na perspectiva da *juseconomia*, de modo a conferir análise mais ampla ao instituto da responsabilidade civil e das consequências do assédio moral na relação de emprego. Nesse sentido, examina-se, a partir dos modelos teóricos apresentados por Steven Shavell, a influência das regras de responsabilidade civil no comportamento dos agentes, considerando os níveis de precaução e de atividade adotados. Além disso, aborda-se o impacto da assimetria das informações na responsabilidade civil e a importância do dimensionamento do dano para análise do custo social.

O terceiro capítulo examina, a partir do modelo apresentado no segundo capítulo, se o incentivo à adoção de programas de *compliance* pode vir a ser considerado instrumento eficiente na redução dos custos sociais decorrentes do assédio moral na relação de emprego no Brasil. Para isso, efetua-se o estudo do *compliance*, a partir de sua evolução no ordenamento jurídico brasileiro e dos elementos que o compõem, bem como a gestão dos riscos no âmbito da relação de emprego. Por fim, considerando que as responsabilidades da atividade empresarial não são

adstritas ao relacionamento com os acionistas, mas expande-se também para a relação da organização com os empregados, de forma a embasar o desenvolvimento sustentável da atividade empresarial, examina-se a eficiência do *compliance* na redução dos custos sociais e o incentivo à adoção de referido mecanismo através de legislação específica.

A metodologia de abordagem é a indutiva, partindo-se do estudo do assédio moral, para posterior pesquisa da responsabilidade sob a perspectiva da Análise Econômica do Direito, visando verificar se a adoção do *compliance* pode vir a servir como mecanismo eficiente na redução dos custos sociais decorrentes do assédio moral.

O método de procedimento adotado é o monográfico, com estudo inicial do assédio moral na relação de emprego e suas consequências, passando para a investigação de elementos da Análise Econômica do Direito aplicáveis à responsabilidade civil e, por fim, o exame do *compliance* nas relações de emprego como possível instrumento de redução dos custos sociais.

A técnica de pesquisa utilizada é a bibliográfica.

2 CONTORNOS ATUAIS DO ASSÉDIO MORAL

2.1 A RELAÇÃO ENTRE O DIREITO E O CONTEXTO SOCIAL

O direito é dinâmico e apresenta perspectiva fática, histórica e cultural, não sendo possível separar a experiência jurídica da experiência social. Diante de sua mutabilidade, é essencial para compreensão do direito a análise do contexto social em que se origina e se desenvolve. De acordo com Miguel Reale, a conduta jurídica constitui reflexo da experiência social, dotada de sentido *fático-axiológico* e normativo¹.

Mesmo no positivismo jurídico, marcado pela centralidade da figura estatal, em que o ordenamento jurídico é o direito posto pelo Estado, não se pode afastar a importância do contexto social na construção do direito. O “processo de monopolização da produção jurídica”² esteve diretamente vinculado à transformação da sociedade medieval e formação do Estado Moderno.

Na Idade Média, conforme explica Norberto Bobbio, coexistiam dois direitos, um comum, denominado *jus commune*, originário do direito romano e tido como espécie de direito natural, aplicável a todos os povos, e o *jus proprium*, caracterizado em sua essência pelo pluralismo jurídico, decorrente da coexistência, dentro de uma mesma sociedade, de ordenamentos jurídicos próprios das instituições sociais, todos eles subordinados ao direito comum³.

Contudo, o sistema então vigente não permaneceu imune às transformações econômicas e sociais da época, sofrendo significativas modificações. A Guerra dos Cem Anos entre França e Inglaterra, as revoltas nos campos europeus, o desenvolvimento do comércio internacional e a necessidade de apoio militar pelos comerciantes, para expansão dos negócios mercantis⁴, impulsionaram a unificação de nações e o surgimento do Estado Moderno, atribuindo-se, então, força ao governante para definição e imposição das leis⁵.

¹ REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 56.

² BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006, p. 32.

³ *Idem, ibidem*, p. 31.

⁴ HUNT, E. K.; SHERMAN, Howard J. **História do pensamento econômico**. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 35.

⁵ O positivismo jurídico caracteriza-se pelo *formalismo*, na medida em que o direito se define pela autoridade que estabelece as normas e não por seu conteúdo

Desse modo, inegável que os desdobramentos sociais, econômicos e políticos de determinada época desempenham papel relevante na construção e na transformação dos ordenamentos jurídicos. Nesse contexto se insere também o direito laboral, cuja evolução é diretamente impulsionada pelas questões sociais e o desenvolvimento de suas soluções.

Para Antônio Ferreira Cesarino Júnior, a expressão *questão social*⁶ não possui definição precisa e deve ser compreendida como a busca por remédios para os problemas que atormentam a sociedade. Segundo Amauri Mascaro Nascimento, essa terminologia passou a ser utilizada no século XIX como expressão das mazelas decorrentes do capitalismo e da Revolução Industrial⁷. A *questão social* é a terminologia empregada para expor as condições degradantes e de sofrimento impostas à classe trabalhadora durante a Primeira Revolução Industrial⁸.

A descoberta da máquina a vapor e da locomotiva impulsionou a Primeira Revolução Industrial, produzindo alterações significativas nas relações de trabalho. O progresso da atividade produtiva e o êxodo rural fizeram emergir uma nova classe de trabalhadores, os operários de fábrica. Essa nova realidade social, marcada pelo fim da escravidão e pelo surgimento do trabalho assalariado e do mercado concorrencial, fez nascer uma “concepção capitalista do trabalho”⁹, caracterizada por conferir ao trabalho papel central na vida do indivíduo, considerando-o elemento principal para o sucesso econômico. Esse novo conceito de

ou resultado; e pelo *imperativismo*, pois “o direito é definido como um conjunto de normas com as quais o soberano ordena ou proíbe dados comportamentos aos súditos” (BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006, p. 37).

⁶ CESARINO JR., Antônio Ferreira; CARDONE, Marly A. **Direito social**: teoria geral do direito social, direito contratual do trabalho, direito protecionista do trabalho. 2. ed. São Paulo: LTr, 1993, p. 60-61.

⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**: história e teoria geral do trabalho. Relações individuais e coletivas do trabalho. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 33.

⁸ SCABIN, Roseli Fernandes. O direito do trabalho como limitador do poder econômico. In: CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; VILLATORE, Marco Antônio César (coord.). **CLT – 70 Anos de Consolidação**: uma reflexão social, econômica e jurídica. São Paulo: Atlas, 2013, p. 32.

⁹ BORGES, Livia de Oliveira. As concepções do trabalho: um estudo de análise de conteúdo de dois períodos de circulação nacional. **Revista de Administração Contemporânea**, Rio de Janeiro: ANPAD, v. 3, n. 3, p. 83, set./dez. 1999.

trabalho foi influenciado também pela reforma protestante, que condenava o ócio e tinha no trabalho a “salvação”¹⁰ do indivíduo.

Porém, as condições precárias impostas aos trabalhadores fizeram com que a noção de trabalho fosse também vinculada ao esforço físico e vista como algo penoso. Em face dessa nova realidade, em contraposição à noção capitalista de trabalho, surgiu a “concepção marxista”¹¹, que, mesmo mantendo a centralidade do trabalho na vida das pessoas, considerava que este deveria ser controlado pelo Estado e proporcionar recompensas de acordo com as necessidades de cada um.

As transformações do setor produtivo continuaram a produzir efeitos nas fábricas, no mercado e na própria concepção de trabalho. Em meados do século XIX, iniciou-se a segunda fase da Revolução Industrial, marcada essencialmente pela utilização de novas fontes de energia, como a eletricidade e o petróleo; pelo surgimento da indústria química; e pela implantação da linha de produção nas fábricas¹². Junto dessas transformações surgiu a “concepção generalista de trabalho”¹³, que, em comparação com as concepções capitalista e marxista, diminuiu a centralidade do trabalho na vida das pessoas e passou a considerá-lo “fonte de contatos interpessoais, pobre de conteúdo, parcelado, monótono, mecanizado e repetitivo para a maioria dos trabalhadores”¹⁴.

A Terceira Revolução Industrial inicia-se na década de 1960 e é denominada “revolução digital ou do computador”¹⁵. Ainda que o trabalho mecanizado e parcelado não tenha deixado de existir, as inovações tecnológicas, no campo da informática e da automação, em meados do século XX, inauguram a Terceira Revolução Industrial, e com ela institui-se novo conceito para o trabalho. Essa nova concepção, na dinâmica da globalização, segmenta o mercado de trabalho em duas categorias: (i) de um lado, tem-se o mercado de inovações tecnológicas,

¹⁰ CAPRONI, Henrique. **Centralidade e significados do trabalho**. Disponível em: <http://www.ufjf.br/angelo_esther/files/2012/10/2013-RH-I-Centralidade-do-trabalho-Henrique-Caproni.pdf>. Acesso em: 16 dez. 2016.

¹¹ BORGES, Livia de Oliveira. As concepções do trabalho: um estudo de análise de conteúdo de dois períodos de circulação nacional. **Revista de Administração Contemporânea**, Rio de Janeiro: ANPAD, v. 3, n. 3, p. 84, set./dez. 1999.

¹² REZENDE FILHO, Cyro de Barros. **História econômica geral**. 10. ed. São Paulo: Contexto, 2013, p.145

¹³ CAPRONI, Henrique. *Op. cit.*

¹⁴ *Idem, ibidem.*

¹⁵ SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. Trad. Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016, p. 16.

associando a ocupação profissional ao progresso, à melhoria das condições de trabalho e da qualificação do trabalhador; e (ii) de outro lado, tem-se o mercado da economia informal, identificado pelo atraso tecnológico e pela piora nas condições de trabalho¹⁶.

Atualmente, o mundo está ingressando na chamada Quarta Revolução Industrial, decorrente do desenvolvimento da nanotecnologia e da inteligência artificial, em que os impactos no mundo do trabalho trazidos pelas inovações tecnológicas serão cada vez maiores. De acordo com Klaus Schwab, a Quarta Revolução Industrial, iniciada na virada do século XXI, baseia-se na chamada revolução digital, caracterizada pela interação entre os sistemas físicos e virtuais de produção¹⁷. À semelhança do que ocorreu nas demais revoluções industriais, o mercado de trabalho na era da Quarta Revolução Industrial não está imune aos impactos do desenvolvimento do sistema produtivo, pois, segundo o autor alemão:

Há cerca de dois campos opostos quando se trata do impacto de tecnologias emergentes no mercado de trabalho: aqueles que acreditam em um final feliz – os trabalhadores deslocados pela tecnologia vão encontrar novos empregos e a tecnologia irá desencadear um nova era de prosperidade; e aqueles que acreditam que o fato levará a um progressivo Armagedom social e político, criando uma escala maciça de desempregados tecnológicos¹⁸.

A aplicação das novas tecnologias no processo produtivo fez com que o trabalho e as relações dele decorrentes sofressem modificações ao longo do tempo. Apesar de a primeira grande transformação do processo produtivo ter-se iniciado no final do século XVIII, com a Primeira Revolução Industrial, as transformações no mundo do trabalho e dos meios de produção não são estanques nem limitadas, estando em permanente modificação.

Assim, ainda que a expressão *questão social* tenha surgido em razão dos efeitos perversos da Primeira Revolução Industrial, ela não é

¹⁶ BORGES, Livia de Oliveira. As concepções do trabalho: um estudo de análise de conteúdo de dois períodos de circulação nacional. **Revista de Administração Contemporânea**, Rio de Janeiro: ANPAD, v. 3, n. 3, set./dez. 1999, p. 84.

¹⁷ SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. Trad. Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016, p. 16-17.

¹⁸ SCHWAB, Klaus. *Op. cit.*, p. 42.

limitada a essa fase do sistema produtivo. Os problemas do mercado de trabalho derivados das mudanças sociais e da estrutura econômica não desapareceram, mas acompanharam as diversas transformações sociais, econômicas e produtivas, gerando novas demandas sociais.

Além disso, as revoluções industriais não se desenvolveram na mesma velocidade e proporção em todos os países; “a segunda revolução industrial precisa ainda ser plenamente vivida por 17% da população mundial, pois quase 1,3 bilhão de pessoas ainda não tem acesso à eletricidade”¹⁹.

Em vista da evolução do processo produtivo e das relações de trabalho, o progresso da ordem jurídica é influenciado pelo desenvolvimento da sociedade e da busca de soluções para os seus problemas, e sob essa perspectiva não há como afastar a importância da justiça social como fator determinante no desenvolvimento do direito laboral.

2.1.1 A justiça social e os direitos dos trabalhadores

Ainda que diversos pensadores da Antiguidade e da Idade Média, como Aristóteles e São Tomás de Aquino, tenham se dedicado a estudar a questão da justiça social, as reflexões relacionadas ao tema tornaram-se mais frequentes a partir do século XIX, com o desenvolvimento econômico e os problemas sociais dele decorrentes. A expressão *justiça social*²⁰ tornou-se tema de estudo frequente entre os pensadores, servindo às mais diversas ideologias, e, na maioria das vezes, ligada à ideia de igualdade.

Na Antiguidade, um dos principais filósofos a tratar do tema foi Aristóteles. Para o filósofo grego, a justiça estava relacionada ao cumprimento da lei, pois a justiça só existe nas relações governadas pela lei²¹. A justiça corresponde à virtude completa que leva em consideração o próximo, em que justo seria o homem que produzisse e preservasse a felicidade e seus elementos para a sociedade. Aristóteles concebeu mais

¹⁹ SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. Trad. Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016, p. 17.

²⁰ A expressão *justiça social* pode ser encontrada em escritos dos *católicos* sociais, em meados do século XIX, por teóricos como John Stuart Mill, Leonardo T. Hobhouse, Bruce Ackerman e Milton Friedman, além de ter sido utilizada nos documentos de propagandas nazistas e marxistas (MACEDO, Ubiratan Borges de. **Liberalismo e justiça social**. São Paulo: IBRASA, 1995, p. 77-78).

²¹ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Martin Claret, e-book.

de um tipo de justiça: (i) a justiça geral relacionada à virtude total, voltada para o bem comum; e (ii) a justiça particular, dividida em justiça distributiva e justiça corretiva²².

A justiça distributiva relaciona-se à igualdade, impondo tratamento igualitário aos iguais e distinto aos desiguais; essa distribuição devia ser realizada de acordo com o mérito, advertindo, porém, o pensador grego que não existe um sentido único para o mérito.

A justiça corretiva surge nas transações entre as partes, que podem ser voluntárias ou involuntárias. Nesse tipo de justiça, as partes são tratadas como iguais, e, quando há situações desiguais, o juiz procura equipará-las.

Na Idade Média, um dos principais teóricos da justiça social foi São Tomás de Aquino. O teólogo italiano resgata, segundo Eduardo Carlos Bianca Bittar, a noção aristotélica de ética coletiva, ao sustentar que a racionalidade da sociedade conduz ao bem comum²³. Na teoria tomista, há duas espécies de justiça: (i) a justiça comutativa, que corresponde ao dom recíproco de dar e receber e é considerada uma justiça particular; e (ii) a justiça distributiva, que compreende dar a cada um o que é seu e integra a justiça legal, tendo por objetivo o bem comum²⁴.

As concepções predominantes de justiça social no final do século XX, segundo Ubiratan Borges de Macedo, eram a *Teoria Católica da Justiça Social* e a *Teoria Liberal da Justiça Social*. De acordo com o referido autor, são três as principais correntes da Teoria Católica: a primeira atribuía ao Estado a obrigação pelas prestações afirmativas, relacionando a justiça à dignidade da pessoa humana; a segunda estabelecia encargos para o Estado e para a sociedade, pois o Estado deveria estabelecer um ordenamento justo, e os integrantes da sociedade deveriam agir com obediência e cooperação; já a terceira corrente estabelecia dois tipos de justiça, a geral ou legal e a distributiva²⁵.

²² ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Martin Claret, e-book.

²³ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. Direito e justiça em São Tomás de Aquino. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 93, p.341, jan. 1998. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67407>>. Acesso em: 06 dez. 2016.

²⁴ AQUINO, São Tomás de. **Suma de Teologia**. Biblioteca de Autores Cristianos. Madrid: 2001, e-book.

²⁵ MACEDO, Ubiratan Borges de. **Liberalismo e justiça social**. São Paulo: IBRASA, 1995, p. 94-97.

As correntes do “social liberalismo igualitário” e da “justiça procedimental do neoliberalismo”²⁶ eram as principais representantes da Teoria Liberal da Justiça Social. Para a primeira corrente, todos os homens, por serem iguais, teriam direito a um mínimo que lhes proporcionaria bem-estar. Na justiça procedimental do neoliberalismo, a justiça social estaria nas regras gerais de justiça, cuja concretização se daria com a igualdade perante a lei e a igualdade de oportunidades.

Porém, a igualdade de oportunidades por si só não é suficiente para promover a justiça social, pois se refere a uma igualdade estática e não substancial. Assim, restringir a justiça social a “uma questão de redistribuição”²⁷ é limitar as demandas de uma sociedade globalizada e culturalmente diversificada. Diante disso, cabe ao Estado, por meio de um processo de “reconhecimento com redistribuição”²⁸, ou seja, de “ações afirmativas”²⁹, buscar a igualdade material como forma de promoção da justiça social.

Para Ubiratan Borges de Macedo, a justiça social tem natureza procedimental, incluindo deveres para o indivíduo, enquanto obrigado ao cumprimento das “regras éticas gerais da atividade econômica, das da profissão e no respeito às leis tributárias”³⁰, e para o Estado, na medida em que cabe a este a instauração de uma ordem competitiva e de ações afirmativas que possibilitem um mínimo de igualdade.

²⁶ MACEDO, Ubiratan Borges de. **Liberalismo e justiça social**. São Paulo: IBRASA, 1995, p. 102-114.

²⁷ BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins; GRAMPA, Victor Henrique. As ações afirmativas no direito do trabalho: unindo redistribuição e reconhecimento. In: CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; VILLATORE, Marco Antônio César (coord.). **CLT – 70 anos de Consolidação**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 142.

²⁸ De acordo com Patrícia Tuma Martins Bertolin e Victor Henrique Grampa, as ações afirmativas têm por objetivo a promoção da justiça social por meio de políticas públicas e privadas que visem à inclusão de grupos historicamente discriminados e em situação de vulnerabilidade. Porém, as ações afirmativas devem ter caráter temporário e, uma vez atingida a promoção do bem comum e da igualdade, devem ser extintas (*Idem, ibidem*, p. 144-159).

²⁹ Conforme lição de Joaquim B. Barbosa Gomes, as ações afirmativas caracterizam-se por políticas sociais que visam mitigar as desigualdades, na busca de uma igualdade substancial e não apenas formal, promovendo, assim, a justiça social (GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. A recepção do instituto da ação afirmativa pelo direito constitucional brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, v. 38, n. 151, p. 130-131, jul./set. 2001. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/705>>. Acesso em: 16 dez. 2016).

³⁰ MACEDO, Ubiratan Borges de. *Op. cit.*, p. 75.

A justiça social se concretiza pela igualdade substancial. É nesse panorama que se desenvolve o *solidarismo contratual*, uma evolução da autonomia da vontade, decorrente do *solidarismo constitucional*, em que o sujeito passa a ser considerado “pessoa concreta, gente cidadão, que sonha, chora ri e [...] tem direito a uma vida digna”³¹.

A justiça social, muito além da busca de soluções para as questões sociais, é também elemento essencial para o equilíbrio das relações na sociedade e da afirmação dos princípios da dignidade da pessoa humana e da valorização do trabalho.

Nessa ótica, considerando que a busca de uma justiça social está vinculada à igualdade substancial e à promoção da dignidade da pessoa humana, não há como deixar de analisar a questão dos direitos humanos trabalhistas e o desenvolvimento do direito do trabalho.

Para Martinho Martins Botelho e Marco Antônio César Villatore, os direitos humanos trabalhistas encontram fundamento na teoria do reconhecimento de Axel Honneth, representante da terceira geração da Escola de Frankfurt³². A teoria do filósofo alemão é “fundada nos conflitos sociais e na vivência das situações desrespeitosas que servem de indução para a luta da sociedade pelo reconhecimento, induzindo a evolução moral da sociedade e dos indivíduos”³³. Concluem os referidos

³¹ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Fundamentos para uma adequada aplicação da teoria da responsabilidade civil no direito do trabalho. In: GOULART, Rodrigo Fortunato; VILLATORE, Marco Antônio (org.). **Responsabilidade civil nas relações de emprego**: reflexões atuais. São Paulo: LTr, 2015, p. 18.

³² O pensamento crítico visa buscar referencial epistemológico que atenda às contradições estruturais da modernidade e expressa insatisfação da formulação dogmática do direito. O objetivo da teoria crítica da Escola de Frankfurt é possibilitar a mudança da sociedade em função do novo tipo de homem, priorizando a emancipação; esse processo pode ser dividido em quatro momentos. O primeiro refere-se à criação da Escola, o segundo ao regresso de Horkheimer e Adorno a Frankfurt, o terceiro caracteriza-se pela atuação de Habermas e o quarto período trata de revitalização de Teoria Crítica (WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 76-79).

³³ BOTELHO, Martinho Martins; VILLATORE, Marco Antônio César. A articulação dos direitos humanos trabalhistas no Brasil: as soluções propostas pela teoria do reconhecimento. In: ALMEIDA, Guilherme Assis de; SANTOS, Enoque Ribeiro dos (coord.). **A teoria do reconhecimento sob a ótica do direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2016, p. 12.

autores que o trabalho está vinculado à ideia de reconhecimento, integrada pelas noções de cidadania e dignidade.

A busca de uma justiça social vinculada à ideia de igualdade substancial, fundada num processo de reconhecimento do indivíduo e da dignidade da pessoa humana, ao lado das transformações econômicas e sociais, tem forte influência no tratamento jurídico conferido à relação de emprego e às situações dela decorrentes, com consequente impacto no desenvolvimento do próprio direito do trabalho.

Roseli Fernandes Scabin acrescenta que a concretização da justiça social “somente é possível quando há, na sociedade, condições mínimas de equilíbrio das relações sociais, entre as quais as relações trabalhistas”³⁴.

Desse modo, não há como dissociar a justiça social do direito do trabalho, razão pela qual é importante para a compreensão da temática pesquisada, a análise da evolução do direito do trabalho no ordenamento jurídico brasileiro.

2.1.2 O Direito do Trabalho no Brasil

Ainda que as revoluções industriais e o desenvolvimento da legislação trabalhista no Brasil tenham ocorrido em momento posterior aos acontecimentos vivenciados na Europa, as transformações do trabalho verificadas no continente europeu exerceram grande influência no ordenamento jurídico brasileiro. Por essa razão, a evolução do direito do trabalho e os reflexos oriundos da assinatura do Tratado de Versalhes constituem parte importante de estudo para compreensão do surgimento e desenvolvimento do direito do trabalho no Brasil.

2.1.2.1 A evolução do Direito do Trabalho e o Tratado de Versalhes

As transformações dos sistemas econômicos e produtivos trouxeram impactos às relações laborais e à própria execução e regulação do trabalho.

O emprego do vapor como força motriz do processo produtivo, em substituição à força humana, a concorrência e a pressão por redução de custos, na primeira fase da Revolução Industrial, fizeram com que

³⁴ SCABIN, Roseli Fernandes. O direito do trabalho como limitador do poder econômico. In: CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; VILLATORE, Marco Antônio César (coord.). **CLT – 70 Anos de Consolidação**: uma reflexão social, econômica e jurídica. São Paulo: Atlas, 2013, p. 34.

ocorresse um aumento na utilização de mulheres e menores nas fábricas. A introdução das mulheres no ambiente fabril foi também impulsionada pela Primeira Guerra Mundial, pois, com os homens enviados para as frentes de batalha, a força de trabalho precisou ser substituída³⁵.

A evolução do sistema produtivo, aliada a uma visão liberal do Estado, trouxe consigo também diversos problemas sociais, marcados principalmente por baixos salários, condições degradantes de trabalho, falta de higiene e ambientes inseguros e prejudiciais à saúde do trabalhador.

A ausência de diálogo entre patrões e empregados e as condições desumanas de trabalho fizeram eclodir diversos movimentos operários que, inspirados por um sentimento de solidariedade, reivindicavam melhores condições de trabalho.

Os conflitos entre o capital e os movimentos sociais, o número cada vez maior de “desempregados, as crises econômicas” e “os acidentes mecânicos do trabalho”³⁶ exigiam intervenção do Estado nas relações de trabalho, com a criação de normas mais justas e humanitárias. Portanto, os problemas sociais advindos da Revolução Industrial, em especial aqueles decorrentes do acidente do trabalho, motivaram “a denominada luta de classes e consequente reação no mundo jurídico”³⁷.

A finalidade da lei positiva “é conduzir o homem para a virtude, ordenar as condutas dirigindo-as para o bem comum”³⁸. Desse modo, é possível constatar que os problemas sociais, gerados pelas condições de trabalho nas fábricas, foram fundamentais para que se criasse uma consciência de bem comum, essencial ao surgimento do direito do trabalho.

³⁵ “Em 1918 havia na Inglaterra 1,3 milhão de mulheres empregadas a mais que em 1914, enquanto que na França em 1917 o trabalho feminino era 29% maior que em 1914” (REZENDE FILHO, Cyro de Barros. **História econômica geral**. 10. ed. São Paulo: Contexto, 2013, p. 190).

³⁶ MORAES FILHO, Evaristo; MORAES, Antonio Carlos Flores. **Introdução ao direito do trabalho**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: LTr, 1991, p. 58.

³⁷ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. O que é direito social? In: CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; SOUTO MAIOR, Jorge Luiz (org.). **Curso de direito do trabalho: teoria geral do direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2007, 1 v. p. 17.

³⁸ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. Direito e justiça em São Tomás de Aquino. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 93, p. 349, jan. 1998. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67407>>. Acesso em: 06 nov. 2016.

Para autores como Alice Monteiro de Barros, o desenvolvimento do direito do trabalho pode ser dividido em quatro fases³⁹. A primeira etapa é de formação e caracteriza-se pela “ausência de intervenção estatal” e pelo “individualismo jurídico”⁴⁰, atuando o governo como mero “intermediário entre o povo e a vontade geral”⁴¹, de modo a assegurar a vontade das partes e a liberdade. Nesse período, imperavam os princípios do regime liberal fundados na propriedade privada, liberdade e igualdade material, o que constituiu barreira à expansão da regulação da relação de trabalho e da proteção ao trabalhador naquele momento.

A segunda etapa tem como marco inicial o “Manifesto Comunista”⁴² e as lutas de classes, caracterizada por movimentos sociais que exigiam melhores condições de vida aos trabalhadores.

A publicação da Encíclica *Rerum Novarum* e o surgimento da seguridade social na Alemanha⁴³ marcaram a terceira fase de desenvolvimento do direito do trabalho. Tal encíclica trouxe, entre outras recomendações, a harmonia entre o capital e o trabalho e estabeleceu obrigações para patrões e empregados, devendo o operário fornecer sua força de trabalho na forma como havia se comprometido, e ao patrão cumpria não tratar o empregado como escravo nem lhe impor trabalhos superiores às suas forças⁴⁴.

A quarta etapa do processo de desenvolvimento tem como marco histórico o fim da Primeira Guerra Mundial e a assinatura do Tratado de Versalhes, com criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT)⁴⁵.

³⁹ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2000, p. 68-69.

⁴⁰ CAMINO, Carmen. **Direito individual do trabalho**. 4. ed. rev. atual. Porto Alegre: Síntese, 2004, p. 33.

⁴¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do trabalho. Relações individuais e coletivas do trabalho**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 47.

⁴² MORAES FILHO, Evaristo; MORAES, Antonio Carlos Flores. **Introdução ao direito do trabalho**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: LTr, 1991, p. 59.

⁴³ CAMINO, Carmen. *Op. cit.*, p. 34.

⁴⁴ PAPA LEÃO XIII. **Encíclica *Rerum Novarum***. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html>. Acesso em: 16 dez. 2016.

⁴⁵ Para Carmen Camino, deve ser acrescentada mais uma etapa ao desenvolvimento do direito do trabalho, representada pela “queda do muro de Berlim” e o surgimento de “conglomerados econômicos”, possibilitando o

Para Roberta Dantas de Mello, o período após o fim da Primeira Guerra Mundial, “demarcada com a Constituição Mexicana⁴⁶ (1917), a Constituição de Weimar (1919) e a criação da OIT (1919)”⁴⁷, identifica a terceira fase do direito do trabalho com a sua constitucionalização e a preponderância do Estado do Bem Estar-Social. Segundo a referida autora, a quarta etapa do direito do trabalho ocorre a partir do final do século XX, com um processo de “suposta crise ou transição”⁴⁸ do trabalho, com a instalação do pensamento ultraliberal.

Independentemente do critério utilizado para definir a evolução do direito do trabalho, é inegável que a assinatura do Tratado de Versalhes, firmado em 1919, com a criação da OIT, foi fundamental para o desenvolvimento da legislação laboral. Para Daniela Bertotti, as ideias de caráter social desenvolvidas como resposta às condições precárias de trabalho durante a Revolução Industrial “desembocaram na criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), consequência do Tratado de Versalhes, de 1919, assinado após o fim da Primeira Guerra Mundial”⁴⁹.

O Tratado de Versalhes, ao criar a OIT, teve por objetivo principal a promoção mundial de melhores condições de trabalho. A Parte XIII do referido tratado elenca “os princípios que devem reger a normatização das relações de trabalho pelo mundo”⁵⁰, tais como o direito de associação, o pagamento de um salário justo, a adoção de jornada de oito horas, a proibição de distinção de salário em razão de sexo, entre outros.

avanco do capitalismo (CAMINO, Carmen. **Direito individual do trabalho**. 4. ed. rev. atual. Porto Alegre: Síntese, 2004, p. 35-36).

⁴⁶ Embora a inclusão de direitos dos trabalhadores na Constituição do Rio Grande do Sul, de 14 de julho de 1891, se resumisse a estender os direitos estatutários aos não estatutários, de acordo com Iven Lins, foi a primeira Constituição no mundo a inserir normas de proteção ao trabalhador (NASCIMENTO, Amauri Mascaro; FERRARI, Irany; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **História do trabalho, do direito do trabalho e da justiça do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 139).

⁴⁷ MELLO, Roberta Dantas de. **Relação de emprego e direito do trabalho: papel histórico, crise e renascimento**. São Paulo: LTr, 2015, p. 30.

⁴⁸ *Idem, ibidem*, p. 31.

⁴⁹ BERTOTTI, Daniela. **A Organização Mundial do Comércio e as cláusulas sociais**. São Paulo: LCTe, 2015, p. 41.

⁵⁰ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Breves considerações sobre a história do direito do trabalho no Brasil. In: CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; SOUTO MAIOR, Jorge Luiz (org.). **Curso de direito do trabalho: teoria geral do direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2007, 1 v. p. 77.

Para Celso Soares, a criação da OIT foi o primeiro instrumento jurídico internacional a reconhecer os “direitos reivindicados pelos trabalhadores”. Ainda de acordo com o referido jurista:

[...] com a derrota da ortodoxia liberal, consequência da Primeira Guerra Mundial e da Revolução Russa de 1917, o capital, para assegurar a continuidade do sistema, ameaçada pela irrupção de agitações operárias, viu-se obrigado a admitir a intervenção estatal nas relações trabalhistas – materializada no Direito do Trabalho mediante normas de ordem pública – a fim de que a compra e venda da força de trabalho, até então um fato mercantil, passasse a ser fato jurídico, garantindo-lhe, dessa forma, a proteção do trabalho⁵¹.

Assim, de forma semelhante ao que ocorreu no cenário mundial, as transformações decorrentes do processo de industrialização, as péssimas condições de trabalho a que eram submetidos os trabalhadores e a assinatura do Tratado de Versalhes tiveram papel essencial no desenvolvimento do direito do trabalho no ordenamento jurídico brasileiro.

2.1.2.2 O Direito do Trabalho nas Constituições Brasileiras

No Brasil, o ideário liberal também exerceu influência no desenvolvimento da regulação das relações de trabalho. O fim do comércio escravagista e a abolição da escravidão (1888) fizeram com que parte da atividade econômica migrasse para a indústria e o comércio, não obstante o País ainda mantivesse sua essência agrícola. Mudanças também se fizeram sentir na agricultura, com o desenvolvimento da atividade cafeeira e a formação de organizações profissionais, que num primeiro momento tinham como principal objetivo o “estudo, custeio e defesa”⁵² das terras.

Segundo Amauri Mascaro Nascimento, a abolição da escravidão e a proclamação da República marcaram o início “do período liberal do

⁵¹ SOARES, Celso. **Direito do trabalho**: a realidade das relações sociais. São Paulo: LTr, 2015, p. 35.

⁵² MORAES FILHO, Evaristo; MORAES, Antonio Carlos Flores. **Introdução ao direito do trabalho**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: LTr, 1991, p. 83.

direito do trabalho”⁵³. No entanto, referido período não foi propício ao desenvolvimento da legislação laboral, pois qualquer medida visando regular o trabalho era incompatível com o pensamento liberal.

A criação da OIT, através do Tratado de Versalhes, da qual o Brasil era signatário, exerceu pressão sobre o governo brasileiro para que medidas de proteção ao trabalho fossem implantadas. De acordo com Jorge Luiz Souto Maior, a questão social relacionada aos trabalhadores passou a ter relevância no Brasil, a partir de 1919, “nem tanto pela consciência de nossa classe dominante, mas especialmente pela pressão internacional”⁵⁴, pois, com a assinatura do Tratado de Versalhes, o país havia se comprometido a instituir leis de cunho social.

A evolução do direito do trabalho no ordenamento jurídico brasileiro pode ser analisada a partir do estudo de suas Constituições. Mesmo que alguns direitos trabalhistas tenham sido consagrados primeiramente na legislação ordinária, é possível, por meio do estudo das Constituições brasileiras, analisar o pensamento econômico que vigorava em cada época.

A Constituição Política do Império do Brasil de 1824⁵⁵, de cunho liberal, trazia em sua estrutura a garantia dos direitos civis do cidadão brasileiro, a liberdade de trabalho, cultura, indústria e comércio. No entanto, não tratava dos direitos sociais, pois estes implicariam uma intervenção do Estado nos contratos de trabalho, o que era contrário à ideologia liberal⁵⁶. Não obstante o Brasil tivesse assinado em 1926 um tratado com a Inglaterra no qual se comprometia a tornar ilegal o tráfico de escravos no prazo de três anos após a assinatura do referido tratado⁵⁷, nesse período, o trabalho escravo ainda era predominante na lavoura

⁵³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro; FERRARI, Irany; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **História do trabalho, do direito do trabalho e da justiça do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 138.

⁵⁴ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Breves considerações sobre a história do direito do trabalho no Brasil. In: CORREIA, Marcus Orione Gonçalves (org.). **Curso de direito do trabalho: teoria geral do direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2007, 1 v. p. 76.

⁵⁵ BRASIL. **Constituição (1824). Constituição Política do Império do Brasil**. Rio de Janeiro, 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 16 dez. 2016.

⁵⁶ SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito constitucional do trabalho**. 4. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 29.

⁵⁷ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Op. cit.*, p. 69.

cafeeira, uma das principais atividades econômicas do País, o que constituiu entrave ao avanço da legislação trabalhista.

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil 1891⁵⁸, embora estabelecesse a garantia ao livre exercício profissional, não trouxe avanço no âmbito dos direitos sociais. Em 1926, foi aprovada a Emenda Constitucional⁵⁹ que atribuía ao Congresso Nacional possibilidade de legislar sobre trabalho. No entanto, mesmo com a reforma, não houve grandes avanços nos direitos trabalhistas até a década de 1930⁶⁰, tendo em vista que o pensamento liberal ainda predominava.

A grande evolução da legislação trabalhista no Brasil se deu a partir dos anos 1930, com a política trabalhista instituída por Getúlio Vargas, influenciada pelo direito do trabalho italiano. No preâmbulo da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934⁶¹ já era possível constatar uma mudança de pensamento econômico e político do País, ao assegurar a promoção da justiça e o bem-estar social e econômico, incluindo, no âmbito constitucional, direitos para os trabalhadores urbanos e rurais, como salário mínimo, jornada de oito horas, férias anuais remuneradas, assistência médica e sanitária, proibição de diferença salarial em razão de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil⁶². De acordo com Alice Monteiro de Barros, “a Constituição de 1934

⁵⁸ BRASIL. **Constituição (1891). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil.** Rio de Janeiro, 1891. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 16 dez. 2016.

⁵⁹ BRASIL. **Emenda Constitucional (1926). Emenda à Constituição Federal de 1891.** Rio de Janeiro, 1926. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc%20de%203.9.26.htm>. Acesso em: 16 dez. 2016.

⁶⁰ SÜSSEKIND, Arnaldo. *Op. cit.*, p. 29.

⁶¹ BRASIL. **Constituição (1934). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil.** Rio de Janeiro, RJ, 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 06 abr. 2016.

⁶² Alguns desses direitos, como o direito às férias, já eram previstos em leis esparsas para algumas categorias. O Decreto n. 4.982, de 24 de dezembro de 1925, determinava a concessão anual de 15 dias de férias aos empregados e operários de estabelecimentos comerciais, indústria e bancários, sem prejuízo do salário. No entanto, é inegável que alçar esses direitos ao patamar constitucional foi um grande avanço à legislação laboral no Brasil.

foi a única a instituir no País o sistema da pluralidade sindical”⁶³, porém esse sistema nunca chegou a ser implantado pela falta de regulação.

Em 10 de novembro de 1937, Getúlio Vargas fechou o Congresso Nacional e impôs a nova Constituição. Como esclarece Marco Antonio Villa, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937⁶⁴, embora tenha adotado “amplo programa em defesa da legislação trabalhista”⁶⁵, afastou os direitos relacionados à liberdade e democracia, restringindo a liberdade sindical. Além disso, os preceitos estabelecidos no art. 137, que tratavam dos direitos dos trabalhadores, foram suspensos pelo Decreto n. 10.358⁶⁶, de 31 de agosto de 1942, que declarava estado de guerra em todo território nacional.

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946⁶⁷ surgiu com o fim do governo autoritário de Getúlio Vargas, sendo promulgada em 18 de setembro de 1946. Segundo Carmen Camino, a nova Constituição incluiu a Justiça do Trabalho entre os Órgãos do Poder Judiciário, “outorgando-lhe poder normativo, na solução de conflitos coletivos de trabalho”⁶⁸, bem como passou a reconhecer o direito de greve.

⁶³ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2000, p. 72.

⁶⁴ BRASIL. **Constituição (1937). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1937. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 16 dez. 2016.

⁶⁵ VILLA, Marco Antonio. **A história das Constituições brasileiras**. São Paulo: Leya, 2001, p. 71.

⁶⁶ BRASIL. **Decreto n. 10.358, de 31 de agosto de 1942**. Declara o estado de guerra em todo território nacional. Rio de Janeiro, RJ, 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D10-358.htm#art2>. Acesso em: 16 dez. 2016.

⁶⁷ BRASIL. **Constituição (1946). Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ, 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 16 dez. 2016.

⁶⁸ CAMINO, Carmen. **Direito individual do trabalho**. 4. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Síntese, 2004, p. 41.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1967⁶⁹ (CRFB/1967) e a Emenda Constitucional n. 01/69⁷⁰ (EC n. 01/1969), não obstante tenham mantido “os direitos sociais clássicos dos trabalhadores no art. 158 (CRFB/1967) e 165 (EC n. 1/1969)”⁷¹, marcaram o retrocesso do direito laboral, com repressão à greve nos serviços públicos e atividades essenciais e a redução da idade mínima para o trabalho de 14 para 12 anos.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988⁷² (CRFB/1988), além de manter direitos já previstos nos textos constitucionais pretéritos, ampliou o rol constitucional dos direitos sociais dos trabalhadores urbanos e rurais, como o décimo terceiro salário, a proteção contra despedida arbitrária, entre outros. Importante destacar que a atual Constituição, diferentemente das anteriores, consagra a igualdade material e não apenas formal, tendo por objetivo a “superação de uma ordem discriminatória e injusta”⁷³.

A inclusão da dignidade da pessoa humana e a valorização social do trabalho⁷⁴, como princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito na CRFB/1988, constituíram grande avanço na proteção dos direitos humanos do trabalhador, em comparação às Constituições

⁶⁹ BRASIL. **Constituição (1967). Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF, 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 16 dez. 2016.

⁷⁰ BRASIL. **Emenda Constitucional n. 01 (1969).** Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Brasília, DF, 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 16 dez. 2016.

⁷¹ CAMINO, Carmen. **Direito individual do trabalho.** 4. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Síntese, 2004, p. 42.

⁷² BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 16 dez. 2016.

⁷³ BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins; GRAMPA, Victor Henrique. As ações afirmativas no direito do trabalho: unindo redistribuição e reconhecimento. In: CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; VILLATORE, Marco Antônio César (coord.). **CLT – 70 anos de Consolidação.** São Paulo: Atlas, 2013, p. 147.

⁷⁴ Art. 1º, incisos III e IV, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 16 dez. 2016).

passadas. Ainda que a CRFB/1967 e a EC n. 01/1969 trouxessem a valorização do trabalho como condição da dignidade humana, não havia efetiva garantia na proteção dos direitos de personalidade do trabalhador.

A incorporação ao texto constitucional de 1988 de dispositivos protegendo a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, bem como a proibição de diversas formas de discriminação no âmbito da relação de emprego, também representaram progresso na proteção dos direitos dos trabalhadores⁷⁵. O avanço constitucional da proteção do trabalhador, pelo reconhecimento dessas garantias, constitui-se elemento essencial para a consecução da justiça social e do princípio da dignidade da pessoa humana, coibindo-se práticas ilícitas e abusivas contra o trabalhador.

Nessa perspectiva, a defesa do indivíduo contra mecanismos de assédio nas relações de emprego, em um mundo globalizado e cada vez mais competitivo, mostra-se importante tanto para a preservação da saúde do trabalhador como para o desenvolvimento de uma sociedade solidária e justa. No entanto, para que se possa ter uma compreensão adequada da proteção conferida ao trabalhador contra a prática nociva perpetrada na situação do assédio moral, necessária a definição da relação de emprego e do próprio instituto do assédio moral.

2.2 O INSTITUTO DO ASSÉDIO MORAL NA RELAÇÃO DE EMPREGO

2.2.1 A relação de emprego

O capitalismo moderno se desenvolveu efetivamente na segunda metade do século XIX e, de acordo com Max Weber, possui como elementos característicos a apropriação dos bens materiais de produção, a liberdade para o comércio, a mecanização da produção e dos transportes de bens, o trabalho jurídica e economicamente livre, “a comercialização da economia e a especulação”⁷⁶.

⁷⁵ Arts. 5º, inciso X, e 7º, incisos XXX, XXXI e XXXII, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 16 dez. 2016).

⁷⁶ WEBER, Max. **História geral da economia.** São Paulo: Mestre Jou, 1968, p. 252.

Ainda que o capitalismo possa ser analisado sob diferentes perspectivas, o nexu entre capital e trabalho, representados na relação de emprego pelas figuras do empregado e do empregador, pode ser considerado elemento central de sustentação do sistema econômico capitalista e de desenvolvimento e transformação dos ordenamentos jurídicos.

Segundo Jorge Luiz Souto Maior, no sistema capitalista de produção, a relação de emprego é uma relação de trabalho “em que as pessoas se vinculam numa perspectiva duradora”⁷⁷. A relação de emprego é, portanto, o elo de “conexão”⁷⁸ entre o indivíduo e o capital.

No processo produtivo do sistema capitalista, o trabalho representa a força, física ou mental, que o empregado coloca à disposição de uma atividade econômica exercida por outra pessoa, o empregador⁷⁹.

Para Alice Monteiro de Barros, a relação de emprego pressupõe “a existência de, pelo menos, duas pessoas e de uma norma jurídica qualificadora de uma relação social”⁸⁰, de natureza contratual e cujas características são a personalidade, a não eventualidade na prestação dos serviços, a remuneração e a subordinação jurídica.

No Brasil, segundo Carmen Camino, embora a natureza jurídica da relação de emprego seja predominantemente contratual, ela possui contornos do “acontratualismo”⁸¹, tendo em vista que elementos da teoria contratual, como a autonomia individual, são limitados pelo poder Estatal.

No entender de Antônio Ferreira Cesarino Junior, “o contrato de trabalho é um contrato social”⁸², pois reflete o meio de subsistência do trabalhador. Ainda de acordo com o referido autor, o contrato de trabalho tem como características o acordo de vontade entre as partes, a

⁷⁷ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Curso de direito do trabalho**: a relação de emprego. São Paulo: LTr, 2008, v. II. p. 16.

⁷⁸ MELLO, Roberta Dantas de. **Relação de emprego e direito do trabalho**: papel histórico, crise e renascimento. São Paulo: LTr, 2015, p. 35.

⁷⁹ Nesse sentido, ver SÜSSEKIND, Arnaldo *et al.* **Instituições de direito do trabalho**. 19. ed. São Paulo: LTr, 2000, 1 v. p. 314.

⁸⁰ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2009, p. 220.

⁸¹ CAMINO, Carmen. **Direito individual do trabalho**. 4. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Síntese, 2004, p. 208.

⁸² CESARINO JR., Antônio Ferreira; CARDONE, Marly A. **Direito social**: teoria geral do direito social, direito contratual do trabalho, direito protecionista do trabalho. 2. ed. São Paulo: LTr, 1993, p. 125.

reciprocidade nas obrigações, a onerosidade, a comutatividade e habitualidade da prestação de serviço.

A ausência de um dos “elementos fático-jurídicos”⁸³ configuradores da relação de emprego, ainda que presente a prestação de serviço pelo indivíduo, transmuda a natureza jurídica do vínculo existente, para uma relação de trabalho.

Para Cláudio Armando Couce de Menezes:

O traço diferenciador entre os dois vínculos, originados pelo labor humano, reside na subordinação considerada no seu aspecto jurídico, ou seja: a existência de um poder ou direito do tomador do trabalho (empregador) de dirigir e fiscalizar o serviço do obreiro (empregado), inserido em uma atividade realizada em prol daquele, que está sujeito ao comando e à disciplina do contratante de seu trabalho⁸⁴.

Na relação de emprego, o vínculo entre empregado e empregador ocorre por meio de uma relação de subordinação. No entanto, a dependência econômica, técnica e social é insuficiente para explicar a subordinação no contexto da relação de emprego, pois a sujeição do empregado ao empregador deve ser compreendida em sua acepção jurídica⁸⁵. A subordinação presente no contrato de trabalho não é a submissão da pessoa do empregado, mas sim da execução do trabalho⁸⁶.

⁸³ MELLO, Roberta Dantas de. **Relação de emprego e direito do trabalho: papel histórico, crise e renascimento**. São Paulo: LTr, 2015, p. 40.

⁸⁴ MENEZES, Cláudio Armando Couce de. Contrato de trabalho (noções, objeto, características, elementos e nulidade. Relação de trabalho e emprego). In: CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; SOUTO MAIOR, Jorge Luiz (org.). **Curso de direito do trabalho: direito individual do trabalho**. São Paulo: LTr, 2008, 2 v. p. 33.

⁸⁵ SÜSSEKIND, Arnaldo *et al.* **Instituições de direito do trabalho**. 19. ed. São Paulo: LTr, 2000, 1 v. p. 246-247.

⁸⁶ CESARINO JR., Antônio Ferreira; CARDONE, Marly A. **Direito social: teoria geral do direito social, direito contratual do trabalho, direito protecionista do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1993, p. 120.

A subordinação jurídica, segundo Alice Monteiro de Barros, é caracterizada pela “possibilidade de o empregador dar ordens, comandar, dirigir e fiscalizar a atividade do empregado”⁸⁷.

Para Alexandre Luiz Ramos, a relação de emprego está sempre numa relação de subordinação⁸⁸ e não de coordenação⁸⁹. Porém, a intensidade dessa subordinação varia de acordo com a natureza da prestação de serviço, pois, quanto mais técnico e intelectual for o trabalho executado, menor será o grau de subordinação e maior a colaboração e confiança junto ao empregador⁹⁰.

No sistema econômico capitalista, o empregador representa três dos quatro fatores de produção: a natureza, o capital e a organização⁹¹. Nesse sentido, a figura do empregador constitui-se elemento essencial para existência da relação de emprego, que, segundo Carmen Camino, somente existe se estiver presente a “autossuficiência econômica”⁹², traduzida na capacidade de se desenvolver, por conta e risco, uma atividade econômica.

Dessa maneira, a subordinação jurídica e a própria dinâmica da relação de emprego não podem ser corretamente compreendidas sem a investigação da figura do empregador e dos poderes a ele conferidos.

⁸⁷ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2000, p. 268.

⁸⁸ RAMOS, Alexandre Luiz. **Fundamentos para uma nova teoria da relação de emprego no Brasil do século XXI e a dignidade da pessoa humana**. Florianópolis, 2006. 306 f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito, p. 105.

⁸⁹ Há situações em que o trabalho subordinado se aproxima do trabalho autônomo, o que a doutrina denomina parassubordinação, e, embora o trabalho seja pessoal e remunerado, ele ocorre numa relação de coordenação. Nesses casos, a existência ou não da relação de emprego deve considerar outros elementos, além da subordinação, como a dependência econômica (CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; VILLATORE, Marco Antônio. **CLT – 70 Anos de Consolidação: uma reflexão social, econômica e jurídica**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 98-99).

⁹⁰ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2000, p. 268.

⁹¹ CESARINO JR., Antônio Ferreira; CARDONE, Marly A. **Direito social: teoria geral do direito social, direito contratual do trabalho, direito protecionista do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1993, p. 145.

⁹² CAMINO, Carmen. **Direito individual do trabalho**. 4. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Síntese, 2004, p. 187.

O conceito de empregador pode ser extraído do *caput* e do § 1º do art. 2º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que define o empregador como “a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço”⁹³, estendendo, por equiparação, essa noção aos profissionais liberais e às instituições beneficentes, associações e instituições sem fins lucrativos.

Para Délio Maranhão, a figura do empregador é constituída pela pessoa, física ou jurídica, que “assume os riscos da atividade econômica”⁹⁴, utilizando-se da força de trabalho de outrem para a produção de bens ou serviços.

O desempenho de atividade econômica, no entanto, não é elemento imprescindível para a determinação do empregador, em face da existência do empregador por equiparação. A “condição legal de empregador”⁹⁵ é conferida a toda pessoa, física ou jurídica, que, desempenhando atividades, econômicas ou não, contrata o empregado para atingir seus fins.

Ainda em relação à configuração do empregador, tem relevância no campo da responsabilidade trabalhista a definição do grupo econômico⁹⁶, que, de acordo com Alice Monteiro de Barros, constitui-se em um “conglomerado de empresas que, embora tenham personalidade

⁹³ BRASIL. **Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943.** Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 16 dez. 2016.

⁹⁴ SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio *et al.* **Instituições de direito do trabalho.** 19. ed. São Paulo: LTr, 2000, 1 v. p. 300.

⁹⁵ CAMINO, Carmen. **Direito individual do trabalho.** 4. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Síntese, 2004, p. 213.

⁹⁶ “Art. 2º [...]. § 2º Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas” (BRASIL. **Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943.** Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 06 abr. 2016).

jurídica própria, estão sob o controle administrativo ou acionário de outra”⁹⁷.

Todavia, a análise da relação de emprego torna-se incompleta sem a caracterização da figura do empregado, que é representado pelo indivíduo que presta serviço a outrem de forma habitual, com subordinação jurídica e mediante remuneração, nos termos da definição trazida pelo art. 3º da CLT⁹⁸.

O ordenamento jurídico pátrio garante, seja por meio da legislação constitucional⁹⁹, seja do dispositivo infraconstitucional¹⁰⁰, tratamento igualitário e digno ao trabalhador, vedando qualquer distinção entre a espécie de emprego e a condição do trabalhador e entre o trabalho intelectual, técnico e manual.

Considerando que o contrato de trabalho “não tem conteúdo específico”¹⁰¹, a natureza da obrigação de fazer na relação de emprego não altera a condição de empregado do indivíduo, quando presente a subordinação jurídica ao empregador.

⁹⁷ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2000, p. 385.

⁹⁸ “Art. 3º Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário” (BRASIL. **Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 06 abr. 2016).

⁹⁹ A proteção à dignidade e o direito ao tratamento igualitário no âmbito da relação de emprego têm amparo nos incisos II e IV do art. 1º, *caput*, do art. 5º, incisos XXX a XII, do art. 7º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL. **Constituição (1988)**. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao-Compilado.htm>. Acesso em: 16 dez. 2016).

¹⁰⁰ “Art. 3º [...]. Parágrafo único. Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual. [...] Art. 5º A todo trabalho de igual valor corresponderá salário igual, sem distinção de sexo” (BRASIL. **Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 16 dez. 2016).

¹⁰¹ SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio *et al.* **Instituições de direito do trabalho**. 19. ed. São Paulo: LTr, 2000, 1 v. p. 315.

Diante desse quadro, a análise do poder diretivo do empregador é necessária para compreensão da relação de emprego e do instituto do assédio moral.

O poder diretivo possui “múltiplas facetas”¹⁰² e se reflete na possibilidade de o empregador (i) regulamentar a relação de emprego, observados os parâmetros estabelecidos na legislação; (ii) orientar, fiscalizar e adequar a execução do contrato trabalho; e (iii) aplicar sanções por faltas disciplinares do empregado.

O poder diretivo:

[...] constitui-se, por si só, o elemento decisivo para a configuração da relação de emprego, pois que dele se extrai a identificação da subordinação que se conceitua, portanto, juridicamente, pelo estado de sujeição do empregado à hierarquia empresarial, mesmo que de forma meramente potencial. A subordinação seria, portanto, o outro lado da moeda do poder de comando, também chamado de poder diretivo¹⁰³.

Existem três principais correntes que fundamentam o direito de controlar e direcionar a atividade do empregado, quais sejam: a *teoria da propriedade privada*, a *teoria institucional* e a *teoria contratual*¹⁰⁴.

Para a teoria da propriedade privada, “o poder de comando resulta do direito de propriedade do empregador sobre a empresa”¹⁰⁵. De acordo com Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante e Francisco Ferreira Jorge Neto, o poder diretivo é a faculdade que o empregador possui de dirigir a prestação de serviço, tratando-se “de um desdobramento do direito de propriedade (art. 5º, XXII, CF)”¹⁰⁶.

¹⁰² CAMINO, Carmen. **Direito individual do trabalho**. 4. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Síntese, 2004, p. 229.

¹⁰³ MAIOR SOUTO, Jorge Luiz. **Curso de direito do trabalho**: a relação de emprego. São Paulo: LTr, 2008, v. II. p. 129.

¹⁰⁴ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2000, p. 584.

¹⁰⁵ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Op. cit.*, p. 129.

¹⁰⁶ CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; JORGE NETO, Francisco Ferreira. Uma reflexão sobre a “subordinação” como elemento essencial da relação de emprego. In: CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; VILLATORE, Marco Antônio. **CLT – 70 Anos de Consolidação**: uma reflexão social, econômica e jurídica. São Paulo: Atlas, 2013, p. 98.

Para Alice Monteiro de Barros, a teoria que melhor explica o poder diretivo do empregador é a teoria contratual, pois referido poder decorre do ajuste celebrado entre empregado e empregador¹⁰⁷.

No entanto, para Jorge Luiz Souto Maior, o poder diretivo a que se submete o empregado tem por base o vínculo, de “conotação institucional”¹⁰⁸, do empregado à empresa.

Importante destacar que o poder diretivo não afasta o dever do empregador de respeitar os direitos de personalidade do empregado, bem como não convalida situações que possam infligir qualquer tipo de violência ao empregado, como ocorre no assédio moral.

2.2.2 Ambientação histórica do assédio moral

Mesmo o assédio moral sendo prática comum no ambiente de trabalho, somente a partir da década de 1980¹⁰⁹ os estudos e as propostas legislativas sobre o assunto começaram a ganhar força.

O estudo do assédio moral, também denominado *bossing*, *bullying*, *mobbing*, *acoso moral*¹¹⁰, iniciou-se na psicologia. Em 1955, a palavra *bossing* foi empregada para descrever a estratégia utilizada pelo empregador “para diminuir o número de empregados”¹¹¹, fazendo com que o próprio trabalhador solicitasse o seu desligamento, objetivando com isso a redução de custos para a empresa.

É na França que o assédio moral ganha destaque com as pesquisas e publicações de Marie-France Hirigoyen, “especialista em psiquiatria e psicanálise e posteriormente em vitimologia”¹¹². A obra *Assédio moral: a violência perversa no cotidiano*¹¹³, publicada pela pesquisadora

¹⁰⁷ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2000, p. 584.

¹⁰⁸ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Curso de direito do trabalho: a relação de emprego**. São Paulo: LTr, 2008, v. II, p. 129.

¹⁰⁹ NASCIMENTO, Sônia Mascaro. **Assédio moral**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 45-162.

¹¹⁰ MARTINS, Sergio Pinto. **Assédio moral no emprego**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 1.

¹¹¹ *Idem, ibidem*, p. 4.

¹¹² CANDIDO, Helena. **Assédio moral – acidente laboral**. São Paulo, LTr, 2011, p. 89.

¹¹³ HIRIGOYEN, Marie-France. **Assédio moral: a violência perversa do cotidiano**. 15. ed. Trad. Maria Helena Kühner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2014.

francesa, é marco no estudo do assédio moral, pois trata de maneira detalhada do sofrimento da vítima, descrevendo o perfil do assediador e da vítima e elencando as diferentes atitudes assediadoras no ambiente familiar, no casamento e no trabalho.

No artigo intitulado “Acoso psicológico, nuevo mal vinculado a la organización del trabajo”, Anne Renaut afirma que, em pesquisa realizada na Europa, aproximadamente 13 milhões de trabalhadores disseram ter sofrido algum tipo de intimidação no ano 2000¹¹⁴.

Os problemas decorrentes do assédio na Europa fizeram com que o Conselho da União Europeia aprovasse a “Directiva 200/78/CE do Conselho, de 27 de novembro de 2000”¹¹⁵, tendo por objeto a luta “contra a discriminação em razão da religião ou das convicções, de uma deficiência, da idade ou da orientação sexual, no que se refere ao emprego e à actividade profissional”. A Directiva estabelece a configuração do assédio como ato discriminatório sempre que um comportamento indesejado viole a dignidade da pessoa, criando “um ambiente de trabalho intimidativo, hostil, degradante, humilhante ou desestabilizador”¹¹⁶.

De acordo com Sônia Mascaro Nascimento, a iniciativa mais relevante da União Europeia para combate ao assédio moral foi a publicação da Resolução A5-0283/2001¹¹⁷, aprovada pelo Parlamento Europeu, editada após um estudo da Fundação de Dublin, no qual restou constatado que 12 milhões de pessoas haviam declarado ter sido vítimas de assédio moral no trabalho no ano anterior à pesquisa. A Resolução editada recomenda aos Estados-Membros que obriguem as empresas, os poderes públicos e os parceiros sociais a adotarem políticas de prevenção e combate ao assédio moral¹¹⁸.

¹¹⁴ RENAUT, Anne. Acoso psicológico, nuevo mal vinculado a la organización del trabajo. La violencia en el trabajo. **Educación Obrera**, n. 133, p. 1-6, abr. 2003.

¹¹⁵ BÉLGICA. **Directiva 200/78/CE, de 27 de novembro de 2000**. Estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na actividade profissional. Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu>>. Acesso em: 10 out. 2016.

¹¹⁶ *Idem, ibidem*.

¹¹⁷ NASCIMENTO, Sônia Mascaro. **Assédio moral**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 89-162.

¹¹⁸ BÉLGICA. **Resolução A5-0283/2001, de 28 de março de 2002**. Resolução do Parlamento Europeu sobre o assédio no local de trabalho. Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu>>. Acesso em: 10 out. 2016.

Portanto, ainda que os estudos relacionados ao assédio moral tenham iniciado no campo da psicologia, os efeitos perversos provocados à saúde do trabalhador, fizeram com que a investigação sobre o assédio moral se expandisse para áreas do conhecimento, como o direito.

2.2.3 Definição do assédio moral

O assédio moral na empresa manifesta-se por meio de comportamentos que atingem o direito de personalidade do empregado, produzindo danos de ordem física ou psíquica, colocando em perigo o emprego do trabalhador ou degradando o ambiente de trabalho¹¹⁹.

A fragilidade e hipossuficiência do empregado na relação de emprego possibilitam a prática do assédio moral, representada por “uma violação notória aos direitos fundamentais do trabalhador enquanto trabalhador e cidadão”¹²⁰. Assim, a exposição do empregado a situações humilhantes e constrangedoras no ambiente de trabalho, de forma repetida e prolongada, e “as consequências advindas desse ‘ataque’”¹²¹, são os elementos que definem a agressão moral.

O assédio moral tem por objetivo causar um dano à dignidade do empregado, podendo ser definido como uma “conduta abusiva, de natureza psicológica”¹²², praticada de forma reiterada ao longo do tempo, expondo o trabalhador a situações humilhantes e vexatórias.

Para Alice Monteiro de Barros, a configuração do assédio moral se dá pela violência psicológica regular sobre o trabalhador, tendo diversas finalidades, como “forçar demissão da vítima, o seu pedido de aposentadoria precoce, uma licença para tratamento de saúde, uma remoção ou transferência”¹²³.

¹¹⁹ HIRIGOYEN, Marie-France. **Assédio moral**: a violência perversa do cotidiano. 15. ed. Trad. Maria Helena Kühner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2014, p. 65.

¹²⁰ WYZYKOWSKI, Adriana; BARROS, Renato da Costa Lino de Goes; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Assédio moral laboral e direitos fundamentais**. São Paulo: LTr, 2014, p. 112.

¹²¹ CANDIDO, Tchilla Helena. **Assédio moral – acidente laboral**. São: Paulo, LTr, 2011, p. 41.

¹²² NASCIMENTO, Sônia Mascaro. **Assédio moral**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 3-4.

¹²³ BARROS, Alice Monteiro de. **Proteção à intimidade do empregado**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 184.

A conduta geradora do assédio moral ofende “a autoconsideração e/ou a consideração social”¹²⁴ do trabalhador, atingindo diretamente a sua dignidade e seus direitos fundamentais.

Segundo Sergio Pinto Martins, o assédio moral representa uma conduta ilícita, de natureza psicológica, praticada de forma reiterada e prolongada, que causa danos “à dignidade, à personalidade e à integridade do trabalhador”¹²⁵.

O assédio moral pode ser considerado:

[...] um conjunto de condutas abusivas e intencionais, reiteradas e prolongadas no tempo, que visam a exclusão de um empregado específico, ou de um grupo determinado destes, do ambiente de trabalho por meio do ataque à sua dignidade, podendo ser comprometidos, em decorrência de seu caráter multiofensivo, outros direitos fundamentais, a saber: o direito à integridade física e moral, o direito à intimidade, o direito ao tratamento não discriminatório, dentre outros¹²⁶.

Mesmo que a prática sistemática e reiterada da conduta abusiva do agressor seja a forma mais comum de caracterização do assédio moral, para Irany Ferrari e Melchíades Rodrigues Martins, em casos excepcionais, “o assédio moral poderá ser caracterizado por único ato [...], porque a sua ocorrência estará vinculada a um ato grave acontecido isoladamente, cujos efeitos danosos serão sentidos de forma continuada pelo empregado”¹²⁷. Ainda de acordo com os referidos autores, essa hipótese pode ser exemplificada pela situação em que, após a prática de um ato grave pelo assediador, a vítima tem seu estado psíquico e emocional abalado toda vez que está na presença do ofensor.

¹²⁴ BELMONTE, Alexandre Agra. **Danos morais no direito do trabalho: identificação e composição dos danos morais trabalhistas**. 3. ed. rev. e atual. conforme EC n. 45/2004. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 158.

¹²⁵ MARTINS, Sergio Pinto. **Assédio moral no emprego**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 17.

¹²⁶ WYZYKOWSKI, Adriana; BARROS, Renato da Costa Lino de Goes; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Assédio moral laboral e direitos fundamentais**. São Paulo: LTr, 2014, p. 117.

¹²⁷ FERRARI, Irany; MARTINS, Melchíades Rodrigues. **Dano moral: múltiplos aspectos nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2011, p. 129.

No entanto, autores como Rodolfo Pamplona Filho entendem que os danos decorrentes de um único ato não configuram assédio moral, ainda que possam ser objeto de reparação, na hipótese de ocasionarem trauma psicológico¹²⁸.

Desse modo, o assédio moral pode ser definido como uma conduta abusiva, de natureza psicológica, praticada, em regra, de forma reiterada e prolongada, pelo próprio empregador ou seu preposto, ou ainda pelos colegas de trabalho, visando isolar o empregado no ambiente de trabalho, atingido diretamente sua dignidade e os direitos de personalidade.

Porém, importante destacar que nem todas as condutas violadoras dos direitos de personalidade do empregado são consideradas assédio moral.

O assédio sexual, embora também implique constrangimento à vítima, diferentemente do assédio moral, tem na conduta do ofensor a natureza sexual, “constrangendo a pessoa em sua intimidade e privacidade”¹²⁹. Para Sônia Mascaro Nascimento, o assédio sexual configura-se no ato de constranger o outro, “prevalecendo-se de relações de confiança, de autoridade ou empregatícia”¹³⁰, para obter vantagem sexual. Nehemias Domingos de Melo esclarece que “o assédio moral, diferentemente do assédio sexual, tem motivação de caráter eminentemente econômica”¹³¹, pois as ações do assediador visam à demissão ou ao afastamento do empregado.

Outra condição que se diferencia do assédio do moral é o estresse gerado por desafios profissionais e momentos de crise. No entanto, oportuno destacar que os mecanismos de assédio tendem a se acentuar em períodos de crise, pois:

[...] uma empresa rígida torna-se mais rígida, um empregado depressivo torna-se ainda mais depressivo, um agressivo, ainda mais agressivo. [...]. Depois de certo tempo de evolução de conflito, surgem fenômenos de fobia recíproca: ao

¹²⁸ WYZYKOWSKI, Adriana; BARROS, Renato da Costa Lino de Goes; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Assédio moral laboral e direitos fundamentais**. São Paulo: LTr, 2014, p. 123.

¹²⁹ *Idem, ibidem*, p. 136.

¹³⁰ NASCIMENTO, Sônia Mascaro. **Assédio moral**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 2-62.

¹³¹ MELO, Nehemias Domingos de. **Dano moral trabalhista: doutrina e jurisprudência**. 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2007, p. 92.

ver a pessoa que ele detesta, surge no perseguidor uma raiva fria, desencadeia-se na vítima uma reação de medo¹³².

Não obstante “o estresse possa vir acompanhado da intenção de assediar moralmente”¹³³, a ocorrência de situações estressantes, quando ausente a conduta do agressor com intenção de humilhar o empregado, não configura assédio moral. Segundo Sergio Pinto Martins, “o fato de o empregado exercer função estressante não implica que é assediado moralmente”¹³⁴, assim como a fixação de metas razoáveis pelo empregador não pode ser considerada assédio ao trabalhador.

Além dessas, outras situações, como os conflitos de ideias no ambiente de trabalho¹³⁵ e a síndrome de *burnout*¹³⁶, apesar de causarem desconforto e efeitos psicológicos no trabalhador, não podem ser confundidas com o assédio moral, por faltar-lhes, nesses casos, o elemento volitivo de humilhar e constranger o empregado.

O assédio moral durante a execução do contrato de trabalho pode ocorrer basicamente de três formas: vertical, horizontalmente ou de forma mista, e a análise de cada uma das espécies é essencial para a compreensão dos efeitos jurídicos para a vítima e o ofensor.

2.2.3.1 Espécies e fases do assédio moral

No assédio moral vertical, o elemento central é a hierarquia, classificando-se em ascendente ou descendente conforme a posição hierárquica do agressor e da vítima.

¹³² HIRIGOYEN, Marie-France. **Assédio moral**: a violência perversa do cotidiano. 15. ed. Trad. Maria Helena Kühner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2014, p. 67.

¹³³ WYZYKOWSKI, Adriana; BARROS, Renato da Costa Lino de Goes; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Assédio moral laboral e direitos fundamentais**. São Paulo: LTr, 2014, p. 139.

¹³⁴ MARTINS, Sergio Pinto. **Assédio moral no emprego**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 23.

¹³⁵ A exposição de pensamentos discordantes pode ser útil à empresa, servindo como instrumento de aperfeiçoamento (WYZYKOWSKI, Adriana; BARROS, Renato da Costa Lino de Goes; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Op. cit.*, p. 139).

¹³⁶ A síndrome de *burnout* caracteriza-se pelo esgotamento emocional, em que “o empregado se dedica exclusivamente ao trabalho, com receio de perder o emprego, empenhando-se o máximo possível, o que acarreta um desgaste físico e emocional” (MARTINS, Sergio Pinto. *Op. cit.*, p. 23).

Na forma vertical descendente, a mais comum, a agressão é praticada pelo indivíduo hierarquicamente superior na relação de comando, e a vítima é o empregado subordinado.

Regina Célia Pezzuto Rufino define o assédio vertical descendente como aquele que “é perpetrado por um superior hierárquico, ou na grande maioria dos casos, pelo próprio empregador (sócio da empresa ou pessoa física que contrata o empregado)”¹³⁷. Para Marie-France Hirigoyen, esse tipo de agressão advém de duas situações: pode ser um caso de abuso de poder ou pode decorrer da necessidade do superior hierárquico de se enaltecere em relação aos demais, escolhendo um indivíduo para servir como “bode expiatório”¹³⁸.

O assédio vertical descendente é “uma forma de abuso de poder”¹³⁹, cuja agressão pode se manifestar por meio de diversas condutas, como a falta de comunicação direta, em que a ausência de explicações por parte do agressor impede qualquer reação da vítima.

Marie-France Hirigoyen¹⁴⁰ exemplifica outras condutas caracterizadoras do assédio, como a desqualificação e humilhação da vítima, por meio de brincadeiras e ironias, zombarias; o isolamento da vítima dos demais colegas ou do grupo de trabalho; a fixação de metas inatingíveis ou distribuição de tarefas humilhantes.

Portanto, no assédio moral descendente o superior hierárquico extrapola o seu poder diretivo, gerando um dano ao direito de personalidade do empregado.

Já no assédio vertical ascendente, embora também decorrente de uma relação hierárquica, a vítima não é o subordinado, mas sim o chefe ou o empregador. E mesmo não sendo tão comum como o assédio descendente, é possível encontrar esse tipo de agressão em mais de uma ocasião, por exemplo, na hipótese em que a promoção do empregado gera inveja e desconfiança no colega, que passa a ser seu subordinado; no caso em que os cargos de chefia são ocupados por indivíduos bem mais jovens que os subordinados, gerando desconfiança em relação à sua capacidade;

¹³⁷ RUFINO, Regina Célia Pezzuto. **Assédio moral no âmbito da empresa**. São Paulo: LTr, 2006, p. 77.

¹³⁸ HIRIGOYEN, Marie-France. **Assédio moral: a violência perversa do cotidiano**. 15. ed. Trad. Maria Helena Kühner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2014, p. 75.

¹³⁹ STEPHAN, Cláudia Coutinho. **O princípio constitucional da dignidade e o assédio moral no direito do trabalho de Portugal e do Brasil**. São Paulo: LTr, 2013, p. 42-43.

¹⁴⁰ HIRIGOYEN, Marie-France. *Op. cit.*, p. 76-80.

ou nas situações de mudanças introduzidas pelo superior hierárquico, alterando a rotina de trabalho dos subordinados.

No assédio horizontal, não há relação de hierarquia, uma vez que a agressão é realizada pelos próprios colegas de trabalho do empregado. A perseguição e as situações vexatórias e de humilhação ocorrem entre os próprios empregados, de “mesmo nível hierárquico, sem ascendência funcional entre si”¹⁴¹.

O fato de um grupo de empregados não conseguir conviver com as diferenças, segundo Tchilla Helena Candido¹⁴², pode gerar uma situação discriminatória, em razão de “atitudes racistas, xenófobas ou em razão do sexo”¹⁴³.

Outra forma de manifestação desse tipo de assédio ocorre quando um indivíduo “imbuído do espírito de competitividade, inimizade ou inveja”¹⁴⁴, passa a agredir o seu colega de trabalho.

Essa forma de assédio pode ser sintetizada nas palavras de Regina Célia Pezzuto Rufino ao afirmar que:

A competição sistemática entre os trabalhadores incentivada pela empresa, provoca comportamentos agressivos e de indiferença ao sofrimento do outro. A exploração de mulheres e homens no trabalho explicita a excessiva frequência de violência vivida no mundo do trabalho. A globalização da economia provoca, ela mesma, na sociedade, uma onda feita de exclusão, de desigualdades e de injustiça, que sustenta, por sua vez, um clima repleto de agressividades [...] ¹⁴⁵.

Além do assédio moral vertical e horizontal, é possível também encontrar uma terceira forma de agressão, o assédio moral misto.

¹⁴¹ STEPHAN, Cláudia Coutinho. **O princípio constitucional da dignidade e o assédio moral no direito do trabalho de Portugal e do Brasil**. São Paulo: LTr, 2013, p. 47.

¹⁴² CANDIDO, Tchilla Helena. **Assédio moral – acidente laboral**. São: Paulo, LTr, 2011, p. 100.

¹⁴³ OLIVEIRA, Paulo Eduardo Vieira de. **Assédio moral no trabalho: caracterização e consequências**. São Paulo: LTr, 2013, p. 62.

¹⁴⁴ BARROS, Alice Monteiro de. **Proteção à intimidade do empregador**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 188.

¹⁴⁵ RUFINO, Regina Célia Pezzuto. **Assédio moral no âmbito da empresa**. São Paulo: LTr, 2006, p. 79.

No assédio moral misto há a presença simultânea do assediador vertical e horizontal; a agressão da vítima, nessa situação, é feita pelas duas partes, o superior hierárquico ou subordinado e o colega de trabalho.

Cláudia Coutinho Stephan esclarece que, quando o assédio moral praticado pelos colegas da vítima se perpetua no tempo, ocorre também “um assédio moral descendente, numa demonstração que o empregador nada fez para evitar a conduta assediadora”¹⁴⁶. A referida autora ainda adverte que “o empregador deverá ser responsável, pelo menos, por culpa *in vigilando* ou *in eligendo*”¹⁴⁷.

O assédio moral misto pode assumir “várias combinações das espécies anteriores”¹⁴⁸, como a agressão perpetrada pelo superior hierárquico com participação dos colegas de trabalho ou o assédio dos colegas com conhecimento e convivência do superior.

Paulo Eduardo Vieira de Oliveira traz ainda outra espécie de agressão moral no trabalho, que é o “assédio moral institucional”¹⁴⁹. Esse tipo de agressão ocorre quando o assédio faz parte da cultura organizacional da empresa, independentemente das pessoas que a integram. Manoel Jorge e Silva Neto¹⁵⁰ define duas espécies de assédio moral no trabalho, o *assédio moral por discriminação*, em que o assédio contra o empregado ocorre em função de suas características de ordem pessoal, e o *assédio moral organizacional*, que tem por objetivo elevar a produtividade dos trabalhadores.

Para Bruno Farah, “embora o assédio moral não possa ser considerado – a exemplo da depressão contemporânea – um sintoma social, seu intenso crescimento nas empresas permite analisá-lo como um fenômeno social, mas especificamente organizacional”¹⁵¹. No entanto, adverte o referido autor que, não obstante tanto o assédio moral como o organizacional serem uma prática de violência contra o empregado, não podem ser considerados formas idênticas de assédio, pois na primeira

¹⁴⁶ STEPHAN, Cláudia Coutinho. **O princípio constitucional da dignidade e o assédio moral no direito do trabalho de Portugal e do Brasil**. São Paulo: LTr, 2013, p. 47.

¹⁴⁷ *Idem, ibidem*, p. 48.

¹⁴⁸ OLIVEIRA, Paulo Eduardo Vieira de. **Assédio moral no trabalho: caracterização e consequências**. São Paulo: LTr, 2013, p. 54.

¹⁴⁹ OLIVEIRA, Paulo Eduardo Vieira de. *Op. cit.*, p. 54.

¹⁵⁰ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Teoria jurídica do assédio e sua fundamentação constitucional**. São Paulo: LTr, 2012, p. 115.

¹⁵¹ FARAH, Bruno Leal. **Assédio moral e organizacional: novas modulações do sofrimento psíquico nas empresas contemporâneas**. São Paulo: LTr, 2016, p. 47.

espécie há uma determinação da vítima, enquanto a segunda categoria está relacionada às estratégias de gestão e organização da empresa, tendo por objetivo principal o aumento da produtividade, não existindo um alvo identificado, na medida em que abrange toda a organização.

O assédio, segundo Sergio Pinto Martins, possui cinco fases: (i) a primeira representada pela escolha de quem será assediado; (ii) a segunda corresponde ao assédio efetivo; (iii) a terceira caracteriza-se pelo isolamento da vítima; (iv) na quarta fase ocorre a falta ao trabalho pelo assediado; e (v) na quinta fase a vítima solicita seu desligamento da empresa¹⁵².

Para Marie-France Hirigoyen, o assédio se estabelece em duas fases: (i) “uma de sedução perversa”; e (ii) “outra de violência manifesta”¹⁵³. A primeira fase é a preparação para a prática da violência; nela o agressor atrai a vítima, exercendo sobre ela um poder, com ameaças veladas ou intimações e impedindo-a de pensar e de se opor. Na segunda fase, ocorre a violência direta, e o agressor induz a vítima a erro para posteriormente criticá-la.

Os principais métodos, indicados pela doutrina, utilizados pelo agressor para desestabilizar e imobilizar a vítima são: a recusa de comunicação direta, a desqualificação, a destruição da autoestima, o isolamento da vítima e a humilhação.

Na recusa de comunicação direta com a vítima, o agressor não “dirige o olhar nem a palavra à vítima”¹⁵⁴. Nessa situação, o agressor se recusa a explicar o que está acontecendo, e “todas as tentativas de explicação não são mais que vagas observações”¹⁵⁵, impedindo o debate que possibilitaria a resolução do problema, o que permite que o ofensor continue com a prática ofensiva.

A desqualificação da vítima ocorre de forma dissimulada por meio de “suspiros, dar de ombros demonstrando a indiferença”¹⁵⁶ para o que a

¹⁵² MARTINS, Sergio Pinto. **Assédio moral no emprego**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 39-40.

¹⁵³ HIRIGOYEN, Marie-France. **Assédio moral: a violência perversa do cotidiano**. 15. ed. Trad. Maria Helena Kühner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2014, p. 107.

¹⁵⁴ BARROS, Alice Monteiro de. **Proteção à intimidade do empregado**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 184.

¹⁵⁵ HIRIGOYEN, Marie-France. *Op. cit.*, p. 77.

¹⁵⁶ WYZYKOWSKI, Adriana; BARROS, Renato da Costa Lino de Goes; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Assédio moral laboral e direitos fundamentais**. São Paulo: LTr, 2014, p. 132.

vítima diz. Essa técnica de agressão visa desqualificar a vítima perante clientes e colegas de trabalho.

A destruição da autoestima ocorre por meio de “brincadeiras de mau-gosto, pequenas insinuações malévolas”¹⁵⁷. A vítima passa a ser alvo de chacota no ambiente de trabalho e de comentários maldosos.

Na técnica de isolamento da vítima, o objetivo principal é deixar a vítima sem contato com os demais colegas de trabalho; para isso, o agressor lhe atribui “funções que a isolam ou a deixam sem qualquer atividade”¹⁵⁸. De acordo Marie-France Hirigoyen, o isolamento corta as alianças possíveis do empregado, impediendo, assim, que ele se defenda¹⁵⁹.

Outra técnica comum adotada pelo agressor é a humilhação da vítima, com a atribuição de “tarefas absolutamente incompatíveis com a sua qualificação profissional e fora das atribuições de seu cargo”¹⁶⁰.

No entanto, nem sempre é fácil distinguir o assédio moral de outras práticas ou situações que geram desgaste e consequências negativas ao empregado durante a execução do contrato de trabalho, motivo pelo qual é importante identificar os elementos que caracterizam a prática assediadora a fim de permitir o combate e a repressão de atos perversos, que deterioram a relação de emprego em sua essência, pois atingem a dignidade e o senso de reconhecimento do indivíduo como cidadão e sujeito de direitos e deveres.

2.2.4 Elementos do assédio moral

Considerando ser o assédio moral uma violência de natureza psicológica, praticada de forma repetida e por período prolongado, que produz dano à integridade do trabalhador, os elementos do assédio moral podem ser elencados em três componentes: a conduta abusiva, o prolongamento reiterado no tempo e o dano psíquico ou moral.

¹⁵⁷ WYZYKOWSKI, Adriana; BARROS, Renato da Costa Lino de Goes; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Assédio moral laboral e direitos fundamentais**. São Paulo: LTr, 2014, p. 133.

¹⁵⁸ BARROS, Alice Monteiro de. *Op. cit.*, p. 184.

¹⁵⁹ HIRIGOYEN, Marie-France. Marie-France. **Assédio moral: a violência perversa do cotidiano**. 15. ed. Trad. Maria Helena Kühner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2014, p. 79.

¹⁶⁰ BARROS, Alice Monteiro de. **Proteção à intimidade do empregado**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 185.

Há, no entanto, autores, como Sergio Pinto Martins, que, além dos elementos já referidos, incluem o dano psíquico como essencial à caracterização do assédio moral¹⁶¹.

Porém, para Alice Monteiro de Barros, a existência do dano psíquico é dispensável, pois “a Constituição vigente protege não apenas a integridade psíquica, mas também a moral”¹⁶². De acordo com os adeptos dessa corrente, o dano “psíquico-emocional não é elemento constitutivo do assédio moral, sendo, portanto, prescindível para sua configuração”¹⁶³, na medida em que a conduta assediadora se completa pela prática sistêmica e continuada contra a dignidade do empregado.

O exercício do poder diretivo é “legítimo” e “autorizado pelo Estado”¹⁶⁴; no entanto, ele não é irrestrito, possuindo limitações, como o respeito aos direitos de personalidade do empregado. Assim, a conduta do empregador que extrapola os limites estabelecidos pela lei é considerada abusiva e ilegal.

Para a configuração do assédio é necessário que a conduta perpetrada pelo agente seja dolosa, isto é, que efetivamente tenha intenção de constranger a vítima¹⁶⁵. Essa conduta, entretanto, deve ser avaliada na “concepção objetiva de uma pessoa normal e não sob a percepção subjetiva e particular do afetado”¹⁶⁶.

O prolongamento reiterado da conduta constitui-se também elemento indispensável à configuração do assédio moral. Marie-France Hirigoyen enfatiza que é a repetição dos vexames e humilhações que torna o fenômeno do assédio moral destruidor¹⁶⁷.

Atos esporádicos e isolados não podem ser considerados lesivos. Para que os atos praticados configurem assédio é necessário que a

¹⁶¹ MARTINS, Sergio Pinto. **Assédio moral no emprego**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 34.

¹⁶² BARROS, Alice Monteiro de. **Proteção à intimidade do empregado**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 186.

¹⁶³ WYZYKOWSKI, Adriana; BARROS, Renato da Costa Lino de Goes; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Assédio moral laboral e direitos fundamentais**. São Paulo: LTr, 2014, p. 126.

¹⁶⁴ RUFINO, Regina Célia Pezzuto. **Assédio moral no âmbito da empresa**. São Paulo: LTr, 2006, p. 32.

¹⁶⁵ WYZYKOWSKI, Adriana; BARROS, Renato da Costa Lino de Goes; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Op. cit.*, p. 119.

¹⁶⁶ BARROS, Alice Monteiro. *Op. cit.*, p. 186.

¹⁶⁷ HIRIGOYEN, Marie-France. **Assédio moral: a violência perversa do cotidiano**. 15. ed. Trad. Maria Helena Kühner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2014, p. 66.

repetição se dê por certo período de tempo. Sergio Pinto Martins esclarece que “não há um período específico para caracterização do assédio moral, que pode ocorrer uma vez por semana ou até mais vezes. O importante é que tenha a característica de ação repetida de habitualidade”¹⁶⁸.

O terceiro requisito imprescindível à determinação do assédio moral é a ofensa à dignidade do trabalhador. A dignidade da pessoa humana é princípio consagrado constitucionalmente, cuja proteção é amparada pelos direitos fundamentais que “impregnam todo o ordenamento jurídico por meio de sua dimensão objetiva”¹⁶⁹.

Os direitos fundamentais podem ser analisados sob uma perspectiva objetiva ou subjetiva. A primeira liga-se à “noção de coletividade”¹⁷⁰; a segunda, à individualidade.

De acordo com a definição trazida por Luigi Ferrajoli:

são “direitos fundamentais” todos aqueles direitos subjetivos que dizem respeito universalmente a “todos” os seres humanos enquanto dotados do *status* de pessoa, ou de cidadão ou de pessoa capaz de agir. Compreendo por “direito subjetivo” qualquer expectativa positiva (a prestação) ou negativa (a não lesão) vinculada a um sujeito por uma norma jurídica [...]”¹⁷¹.

Os direitos fundamentais consubstanciam-se nos interesses substanciais do indivíduo, dos quais “depende a vida, a sobrevivência, a igualdade e a dignidade dos seres humanos”¹⁷². Para o jurista italiano, existem “quatro classes de direitos”¹⁷³: (i) os *direitos humanos*, que são direitos primários, como o direito à vida e à liberdade, e reconhecidos a todos; (ii) os *direitos públicos*, que são os direitos primários reconhecidos

¹⁶⁸ MARTINS, Sergio Pinto. **Assédio moral no emprego**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 34.

¹⁶⁹ WYZYKOWSKI, Adriana; BARROS, Renato da Costa Lino de Goes; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Assédio moral laboral e direitos fundamentais**. São Paulo: LTr, 2014, p. 99.

¹⁷⁰ HIRIGOYEN, Marie-France. **Assédio moral: a violência perversa do cotidiano**. 15. ed. Trad. Maria Helena Kühner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2014, p. 67.

¹⁷¹ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria do direito e dos bens fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, edição Kobo.

¹⁷² *Idem, ibidem*.

¹⁷³ *Idem, ibidem*.

apenas aos cidadãos, como o direito ao trabalho e à subsistência; (iii) os *direitos civis*, que são considerados direitos secundários, como o poder negocial e a liberdade de contratar, destinados apenas às pessoas capazes de agir; e (iv) os *direitos políticos*, que são direitos secundários, como o direito ao voto, reservados aos cidadãos.

Para Regina Célia Pezzuto Rufino, o assédio moral constitui “usurpação dos direitos da personalidade, da liberdade, da dignidade e do exercício da cidadania”¹⁷⁴; desse modo, para configuração do assédio é essencial que a conduta perversa do agressor exponha a vítima a uma situação de humilhação ou constrangimento.

Segundo Cláudia Coutinho Stephan, o assédio moral configura-se pela presença de três elementos: os *elementos pessoais*, representados pelo sujeito passivo e ativo e pela intencionalidade da conduta do agressor; o *elemento objetivo*, que diz respeito à reiteração da conduta agressora no tempo; e o *elemento organizacional*, representado pela deterioração das relações sociais e de trabalho, com violação dos direitos fundamentais, como “o direito à dignidade e o direito à integridade física e moral”¹⁷⁵.

2.2.5 O agressor e a vítima

Para a configuração do assédio moral é necessário que a conduta ofensiva seja praticada por alguém, no caso o agressor, em face de outrem, ou seja, a vítima. O ofensor, nesse caso, é considerado o sujeito ativo da conduta abusiva e, no âmbito da relação de emprego, pode ser o subordinado, o colega de trabalho, o superior hierárquico, o empregador e/ou seu preposto ou ainda um terceiro, por exemplo, um cliente.

No entanto, Sergio Pinto Martins adverte que, em princípio, o terceiro não pode ser considerado assediador, apenas o será nas situações em que, em face da existência de conduta agressiva por parte de terceiro, o empregador, mesmo ciente da situação, deixa que aquele procedimento se perpetue¹⁷⁶.

¹⁷⁴ RUFINO, Regina Célia Pezzuto. **Assédio moral no âmbito da empresa**. São Paulo: LTr, 2006, p. 42.

¹⁷⁵ STEPHAN, Claudia Coutinho. **O princípio constitucional da dignidade e o assédio moral no direito do trabalho de Portugal e do Brasil**. São Paulo: LTr, 2013, p. 22-35.

¹⁷⁶ MARTINS, Sergio Pinto. **Assédio moral no emprego**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 36.

A conduta agressiva pode também ser praticada pelo subordinado ou pelo colega de trabalho; no entanto, na maioria das vezes, o assediador está em posição hierarquicamente superior à da vítima, e “se aproveita da condição de superioridade hierárquica”¹⁷⁷ para atacá-la.

O assédio praticado pelo superior hierárquico pode ser decorrente de ato do próprio empregador, por si ou por meio de preposto, ou de outro empregado, superior hierárquico da vítima, o que implica o descumprimento das obrigações contratuais por parte do empregador. Carmen Camino, ao descrever as obrigações do empregador, inclui o *dever de urbanidade* como obrigação acessória, e o define como o dever de uma conduta social adequada, “abstendo-se de condutas inapropriadas, capazes de constranger o empregado, ofendê-lo em sua honra”¹⁷⁸.

Quando o assediador for colega de trabalho, de mesmo nível hierárquico, ou subordinado da vítima, a ofensa pode ser praticada por um só indivíduo ou grupo de empregados. O assédio efetuado por um colega, como explica Alice Monteiro de Barros, pode decorrer de inúmeros fatores, como a “dificuldade de conviver com a diferença” ou mesmo o “espírito de competitividade, inimizade ou inveja”¹⁷⁹.

Já a agressão praticada pelo subordinado, não obstante ocorra com menor frequência, tem como foco o superior hierárquico e, assim como nas hipóteses anteriores, pode ser motivada por inúmeras razões, por exemplo, o desejo de ocupar o cargo do superior, ou pela resistência a novas mudanças no método de trabalho.

Marie-France Hirigoyen, ao descrever o perfil psicológico do agressor, define-o como um sujeito narcisista e que se utiliza de atitude perversa para “destruição do outro, sem a menor culpa”¹⁸⁰. Ainda de acordo com a pesquisadora francesa, os agressores se colocam como medida de referência, atribuindo-lhes um ar de superioridade e uma suposta moralidade.

Na outra ponta da relação encontra-se a vítima, que pode ser o empregado, o superior hierárquico, o empregador ou seu preposto. A

¹⁷⁷ OLIVEIRA, Paulo Eduardo Vieira de. **Assédio moral no trabalho: caracterização e consequências**. São Paulo: LTr, 2013, p. 61.

¹⁷⁸ CAMINO, Carmen. **Direito individual do trabalho**. 4. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Síntese, 2004, p. 338.

¹⁷⁹ BARROS, Alice Monteiro de. **Proteção à intimidade do empregado**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 188.

¹⁸⁰ HIRIGOYEN, Marie-France. **Assédio moral: a violência perversa do cotidiano**. 15. ed. Trad. Maria Helena Kühner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2014, p. 139.

vítima do assédio, assim como ocorre com a figura do agressor, pode ser o indivíduo ou um grupo de pessoas, neste último caso denominado assédio coletivo.

Maria José Romero Rodenas esclarece que, embora qualquer trabalhador possa ser vítima de assédio, mulheres, trabalhadores estrangeiros, temporários ou que tenham necessidades especiais encontram-se em situação de maior vulnerabilidade¹⁸¹.

De acordo com Sergio Pinto Martins, a timidez, o grau de escolaridade, a sensibilidade, o medo e a subserviência podem ser listados como características pessoais das vítimas¹⁸².

O ataque do agressor visa atingir fragilidades da vítima, de modo a deixá-la acuada, sem possibilidade de reação. No processo de assédio, o agressor coloca a vítima como “responsável por todo o mal”¹⁸³, tendo como propósito isolá-la, “comprometendo sua identidade, dignidade pessoal ou profissional”¹⁸⁴.

Diferentemente do que pretende fazer crer o assediador, o empregado, vítima de assédio, não é um mal profissional, geralmente possui “senso de responsabilidade quase patológico”¹⁸⁵, com grandes qualidades profissionais. Porém, como observa Marie-France Hirigoyen, para a vítima é difícil manter seu potencial máximo e sua eficiência quando perseguida, o que a torna alvo de afastamento por “incompetência profissional ou erro”¹⁸⁶.

Além disso, o medo da vítima gera uma submissão ao agressor, que muitas vezes é presenciada pelos colegas, que nada fazem, pois “quem está em torno teme, caso se mostre solidário, ser estigmatizado e ver-se jogado na próxima onda de demissões”¹⁸⁷. Cláudia Coutinho Stephan classifica os espectadores em “conformista ativo” e “conformista

¹⁸¹ RODENAS, Maria José Romero *apud* OLIVEIRA, Paulo Eduardo Vieira de. **Assédio moral no trabalho**: caracterização e consequências. São Paulo: LTr, 2013, p. 63.

¹⁸² MARTINS, Sergio Pinto. **Assédio moral no emprego**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 38.

¹⁸³ HIRIGOYEN, Marie-France. **Assédio moral**: a violência perversa do cotidiano. 15. ed. Trad. Maria Helena Kühner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2014, p. 153.

¹⁸⁴ OLIVEIRA, Paulo Eduardo Vieira de. **Assédio moral no trabalho**: caracterização e consequências. São Paulo: LTr, 2013, p. 62.

¹⁸⁵ OLIVEIRA, Paulo Eduardo Vieira de. *Op. cit.*, p. 65.

¹⁸⁶ HIRIGOYEN, Marie-France. *Op. cit.*, p. 69.

¹⁸⁷ HIRIGOYEN, Marie-France. *Op. cit.*, p. 87.

passivo”¹⁸⁸; o primeiro é o coautor do assédio, já o segundo é aquele que, mesmo presenciando o assédio a um colega de trabalho, nada faz, permanecendo inerte.

É possível constatar que inúmeras são as práticas adotadas no cotidiano das empresas que podem configurar o assédio moral contra o empregado. Diante dessa situação, importante para o desenvolvimento da pesquisa analisar o tratamento conferido pelo legislador de proteção à vítima e punição das condutas tidas como assediadoras.

2.3 A LEGISLAÇÃO DO ASSÉDIO MORAL NO BRASIL

2.3.1 A proteção constitucional e ordinária contra o assédio moral

O desenvolvimento industrial nos séculos XIX e XX proporcionou grande desenvolvimento econômico, no entanto a efetivação dos direitos de liberdade e igualdade não se estendeu a todos. Em razão disso, “o Estado já não era capaz de garantir uma harmonia nas relações sociais”¹⁸⁹. Diante disso, surgem os chamados direitos de segunda geração com atuação do Estado na efetivação dos direitos, pela positivação dos chamados “direitos sociais, direitos do indivíduo perante o Estado”¹⁹⁰, entre os quais se incluem os direitos trabalhistas.

De acordo com Regina Célia Pezzuto Rufino, “a dignidade do ser humano é o maior princípio de todo sistema jurídico”¹⁹¹, razão pela qual todos os demais princípios, inclusive aqueles relacionados à ordem econômica, a ele se submetem.

O princípio da dignidade da pessoa humana, ao ser inserido como fundamento do Estado Democrático de Direito, implica, segundo Cláudia Coutinho Stephan, uma “concepção diferenciada do significado de

¹⁸⁸ STEPHAN, Cláudia Coutinho. **O princípio constitucional da dignidade e o assédio moral no direito do trabalho de Portugal e do Brasil**. São Paulo: LTr, 2013, p. 25.

¹⁸⁹ WYZYKOWSKI, Adriana; BARROS, Renato da Costa Lino de Goes; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Assédio moral laboral e direitos fundamentais**. São Paulo: LTr, 2014, p. 40.

¹⁹⁰ WYZYKOWSKI, Adriana; BARROS, Renato da Costa Lino de Goes; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Op. cit.*, p. 40.

¹⁹¹ RUFINO, Regina Célia Pezzuto. **Assédio moral no âmbito da empresa**. São Paulo: LTr, 2006, p. 23.

segurança, igualdade, justiça e liberdade”¹⁹², fazendo com que o trabalhador seja tratado como um ser humano, e não como mero fator de produção¹⁹³.

Para Boaventura de Sousa Santos, os direitos humanos constituem o grande “projecto da modernidade”¹⁹⁴, cuja trajetória é vinculada ao desenvolvimento do capitalismo. O filósofo português divide essa trajetória em três períodos¹⁹⁵: o primeiro período, vinculado ao capitalismo liberal, com a consolidação dos direitos civis e políticos, em que o valor dominante é a liberdade; no segundo período, marcado pelo capitalismo organizado, tem-se a consolidação dos direitos sociais e econômicos, e o valor dominante é a igualdade; e o terceiro período, marcado pelo capitalismo desorganizado, com a consolidação dos direitos culturais, em que o valor dominante é autonomia e subjetividade¹⁹⁶.

A prática do assédio afronta diretamente a dignidade de pessoa humana e, em razão disso, viola os princípios constitucionais do valor social do trabalho e da dignidade da pessoa humana, atingindo os direitos fundamentais do trabalhador, protegidos pelo art. 1º, incisos III e IV, da

¹⁹² STEPHAN, Cláudia Coutinho. **O princípio constitucional da dignidade e o assédio moral no direito do trabalho de Portugal e do Brasil**. São Paulo: LTr, 2013, p. 107.

¹⁹³ Os direitos fundamentais são substanciais na medida em que se analisam as necessidades por eles protegidas, que são condições de convivência civil e *razão social* do Estado. Os direitos fundamentais incluem os direitos de liberdade, os direitos civis, os direitos políticos e sociais e são direitos universais e inclusivos, formando “a base da igualdade jurídica”; além disso, são “direitos indisponíveis, inalienáveis, invioláveis, intransponíveis e personalíssimos”. Esses direitos não são expropriáveis ou limitados por outros sujeitos, inclusive o Estado (FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria do direito e dos bens fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, edição Kobo).

¹⁹⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. Os direitos humanos na pós-modernidade. **Direito e sociedade**, Coimbra, n. 4, p. 1, mar. 1988. Disponível em: <<http://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/ficheiros/10.pdf>>. Acesso em: 16 dez. 2016, p.1.

¹⁹⁵ *Idem, ibidem*, p. 4.

¹⁹⁶ Paulo Bonavides defende a existência de uma quarta geração de direitos fundamentais, que corresponderia à globalização desses direitos, com objetivo de atender às demandas assistenciais da sociedade (WYZYKOWSKI, Adriana; BARROS, Renato da Costa Lino de Goes; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Assédio moral laboral e direitos fundamentais**. São Paulo: LTr, 2014, p. 42-43).

CRFB/1988¹⁹⁷. Tchilla Helena Candido, ao abordar o assédio no direito brasileiro, ressalta que, “se as garantias essenciais da pessoa humana são as origens da dignidade e da qualidade de vida, certamente o contrário será a quebra das diretrizes normativas constitucionais”¹⁹⁸.

A vedação ao assédio moral encontra suporte também no inciso IV do art. 3º da CRFB/1988¹⁹⁹, ao estabelecer como objetivo da República Federativa do Brasil a promoção do bem de todos, sem preconceitos e discriminações²⁰⁰.

A função social de empresa exige, segundo Cláudia Coutinho Stephan, uma tutela em favor dos empregados, especialmente na “concreção dos valores constitucionais do trabalho [...], e, principalmente, na dignidade da pessoa humana”²⁰¹.

Os arts. 5º, 7º e 226 da CRFB/1988²⁰² consagram “o respeito à vida e à integridade física, à segurança e saúde no trabalho; o princípio da não discriminação”²⁰³, entre outros. Além disso, normas infraconstitucionais vedam a prática de atos que venham a violar os direitos de personalidade do emprego.

Nesse sentido, destaca-se a Lei n. 9.029/95²⁰⁴, que proíbe a prática de atos discriminatórios, tanto na fase pré-contratual como durante a

¹⁹⁷ BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 16 dez. 2016.

¹⁹⁸ CANDIDO, Tchilla Helena. **Assédio moral – acidente laboral.** São: Paulo, LTr, 2011, p. 137.

¹⁹⁹ BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 16 dez. 2016.

²⁰⁰ MARTINS, Sergio Pinto. **Assédio moral no emprego.** 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 44.

²⁰¹ STEPHAN, Cláudia Coutinho. **O princípio constitucional da dignidade e o assédio moral no direito do trabalho de Portugal e do Brasil.** São Paulo: LTr, 2013, p. 123.

²⁰² BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 16 dez. 2016.

²⁰³ STEPHAN, Cláudia Coutinho. *Op. cit.*, p. 124.

²⁰⁴ BRASIL. **Lei n. 9.029, de 13 de abril de 1995.** Proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização e outras práticas discriminatórias, para efeitos

execução do contrato de trabalho, inclusive criminalizando referida conduta.

A discriminação na relação de emprego pode ser definida como a “distinção, exclusão ou preferência”²⁰⁵ que coloca o empregado “à margem de algum direito ou de algum benefício”²⁰⁶.

Outro dispositivo infraconstitucional aplicável às situações de assédio moral é a alínea “a” do art. 483 da CLT, que possibilita a rescisão do contrato de trabalho pelo empregado quando lhe “forem exigidos serviços superiores às suas forças, defesos por lei, contrários aos bons costumes, ou alheios ao contrato”²⁰⁷. Desse modo, o legislador procurou coibir a prática de condutas abusivas pelo empregador, vedando-lhe a exigência de serviços “desproporcionais à condição humana” e “superiores às forças morais do empregado”²⁰⁸.

Oportuna ainda a referência à Lei n. 11.948/2009²⁰⁹, que em seu art. 4º veda a “concessão ou renovação de quaisquer empréstimos ou financiamentos pelo BNDES a empresas da iniciativa privada cujos dirigentes sejam condenados por assédio moral ou sexual, racismo, trabalho infantil, trabalho escravo ou crime contra o meio ambiente”.

No Brasil, apesar de existirem dispositivos constitucionais e infraconstitucionais protegendo a dignidade da pessoa humana e vedando

admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/civil_03/LEIS/L9029.HTM>. Acesso em: 06 abr. 2016.

²⁰⁵ MELO, Nehemias Domingos de. **Dano moral trabalhista**: doutrina e jurisprudência. 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2007, p. 123.

²⁰⁶ FERRARI, Irany; MARTINS, Melchíades Rodrigues. **Dano moral**: múltiplos aspectos nas relações de trabalho. São Paulo: LTr, 2011, p. 379.

²⁰⁷ BRASIL. **Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 06 abr. 2016.

²⁰⁸ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2009, p. 912.

²⁰⁹ BRASIL. **Lei n. 11.948, de 16 de junho de 2009**. Constitui fonte adicional de recurso para ampliação de limites operacionais do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/Lei/L11948.htm>. Acesso em: 06 abr. 2016.

a prática discriminatória na relação de emprego, não há legislação coibindo especificamente essa “prática hedionda”²¹⁰.

A ausência de norma específica proibindo o assédio moral dificulta o combate a essa forma de agressão e de seus efeitos perversos.

2.3.2 Os projetos em tramitação no Congresso Nacional

Há em tramitação no Congresso Nacional projetos de lei tratando da questão relacionada ao assédio moral.

O Projeto de Lei n. 2.369/2003²¹¹, de autoria do ex-deputado federal Mauro Passos, em trâmite na Câmara dos Deputados, trata da figura do assédio moral, tanto horizontal como vertical, e o define como a conduta, deliberada ou não, que atente contra a dignidade e os direitos do trabalhador, afete a saúde física ou mental, ou ainda comprometa sua carreira profissional.

O citado projeto estabelece ainda indenização correspondente a dez vezes a remuneração do empregado, cujo cálculo será efetuado em dobro em caso de reincidência, e a obrigação do empregador de arcar com todos os tratamentos médicos do empregado, na hipótese de o assédio gerar danos à saúde do trabalhador. E prevê, ainda, o pagamento de multa no valor de R\$ 1.000,00 por empregado na hipótese de não serem adotadas medidas de prevenção ao assédio.

Por fim, o art. 5º determina que a prática de assédio por empregado, após orientação de sua proibição pelo empregador, enseja a aplicação de sanção disciplinadora, sujeitando-o à justa causa na hipótese em que não houver modificação de seu comportamento. O referido dispositivo constitui retrocesso ao combate do assédio moral, pois, pela atual legislação, a prática assediadora já constitui motivo para aplicação de sanção disciplinar. O empregado que comete a ofensa contra o colega de trabalho viola o dever de agir com urbanidade em relação ao colega de trabalho e ao empregador. Assim, o fato de se exigir orientação acerca da proibição de assédio para aplicação de sanção disciplinar pode fazer com que as consequências negativas para a saúde do trabalhador se

²¹⁰ CANDIDO, Tchilla Helena. **Assédio moral – acidente laboral**. São: Paulo, LTr, 2011, p. 191.

²¹¹ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei PL n. 2.369/2003**. Dispõe sobre o assédio nas relações de trabalho. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=139681>>. Acesso em: 16 dez. 2016.

manifestem antes mesmo da adoção de medidas para cessação da prática ofensiva.

A esse projeto foi anexado o Projeto de Lei n. 6.757/2010²¹², de autoria do ex-senador Inácio Arruda, que altera o art. 483 da CLT para autorizar a rescisão motivada do contrato de trabalho pelo empregado na hipótese de prática de assédio moral pelo empregador ou seus prepostos, estabelecendo ainda indenização em dobro na hipótese de culpa exclusiva do empregador.

Já o Projeto de Lei n. 4.742/2001²¹³, de autoria de Marcos de Jesus, tipifica como crime a prática do assédio moral efetuado contra servidor público ou empregado, com pena de detenção de três meses a um ano e multa, definindo como crime o ato que tenha por objetivo desqualificar o empregado ou servidor público, por meio de palavras, gestos ou atitudes, atingindo sua autoestima, segurança ou imagem.

No entanto, mesmo ausente no ordenamento jurídico brasileiro dispositivo específico tratando do assédio moral na relação de emprego e suas respectivas sanções, a vítima da agressão encontra proteção no instituto da responsabilidade civil, tendo em vista ser o empregador responsável pela violação aos direitos de personalidade do empregado no ambiente de trabalho.

2.4 A RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO EMPREGADOR

2.4.1 Comentários a respeito do instituto da responsabilidade civil no Brasil

A responsabilidade é um dever jurídico sucessivo, pois decorre do descumprimento de um dever jurídico primário, isto é, a violação de uma obrigação. A distinção entre responsabilidade e obrigação é feita pelo

²¹² BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei PL n. 6.757/2010**. Altera dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, para dispor sobre coação moral. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=465837>>. Acesso em: 16 dez. 2016.

²¹³ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei PL n. 4.742/2001**. Introduce art. 146-A no Código Penal Brasileiro – Decreto-lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940, dispoendo sobre o crime de assédio moral no trabalho. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=28692>>. Acesso em: 16 dez. 2016.

Código Civil Brasileiro (CCB)²¹⁴, no seu art. 389. “Não cumprida a obrigação [obrigação originária], responde o devedor por perdas e danos [...] – obrigação sucessiva, ou seja, a responsabilidade”²¹⁵.

Nesse sentido, a responsabilidade civil pode ser definida como uma ação ou omissão que “acaba interferindo na esfera jurídica de outra, seja pelo desrespeito a uma norma de conduta, seja pela diminuição do patrimônio do ofendido”²¹⁶.

Porém, para autores como Alexandre Agra Belmonte, a obrigação não é um dever originário, e sim o componente de uma relação jurídica, e a responsabilidade civil, ainda que não tenha natureza de obrigação, corresponde ao dever de indenizar decorrente de uma “relação jurídica autônoma”²¹⁷, sucessiva ou não originária, que pode ser ou não proveniente de uma obrigação.

Caio Mário da Silva Pereira define a responsabilidade civil como a:

[...] efetivação da reparabilidade abstrata do dano em relação a um sujeito passivo da relação jurídica que se forma. Reparação e sujeito passivo compõem o binômio da *responsabilidade civil*, que então se enuncia como o *princípio que subordina a reparação à sua incidência na pessoa do causador do dano*.

Não importa se o fundamento é a culpa, ou se é independente desta. Em qualquer circunstância, onde houver a subordinação de um sujeito passivo à determinação de um dever de ressarcimento, aí estará a responsabilidade civil²¹⁸.

²¹⁴ BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF, 2002. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 16 dez. 2016.

²¹⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 3.

²¹⁶ MANHABUSCO, José Carlos; MANHABUSCO, Giancarlo Camargo. **Responsabilidade civil objetiva do empregador decorrente de acidente do trabalho e do risco da atividade**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 44.

²¹⁷ BELMONTE, Alexandre Agra. **Danos morais no direito do trabalho: identificação e composição dos danos morais trabalhistas**. 3. ed. rev. e atual. conforme a EC n. 45/2005. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 26.

²¹⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 8. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 11.

A diversidade de conceitos que visam definir a responsabilidade reflete a constante evolução da sociedade e de suas demandas. Fernando Grass Guedes, ao tratar das funções da responsabilidade civil, afirma que a responsabilidade é a “constatação de um fato que exige uma reação do direito contra quem criou a desordem social”²¹⁹, e, como os fatos mudam constantemente, a noção de responsabilidade civil está em constante processo evolutivo.

Antes de adentrar no estudo específico da responsabilidade civil decorrente do assédio moral, necessário diferenciar a responsabilidade contratual e extracontratual e a responsabilidade subjetiva e objetiva.

O elemento de distinção entre a responsabilidade contratual e a extracontratual será a preexistência de um vínculo negocial. A responsabilidade civil contratual estará presente quando o dever de indenizar decorrer do inadimplemento de um “dever gerado em negócio jurídico”²²⁰ preexistente ao fato lesivo, surgindo, assim, o “ilícito contratual ou relativo”²²¹. Na responsabilidade extracontratual, o dever de indenizar não decorre de uma relação contratual, mas sim do “descumprimento de algum dever legal”²²².

Entretanto, a diferenciação entre responsabilidade contratual e extracontratual não decorre apenas da preexistência ou não do contrato, sendo importante para a identificação do tipo de responsabilidade verificar se o dano “advém da inexecução de obrigação contratual”²²³ ou não.

Sergio Cavaliere filho conclui que “tanto na responsabilidade extracontratual como na contratual há violação de um dever jurídico

²¹⁹ GUEDES, Fernando Grass. **Assédio moral no direito do trabalho e a aplicação da teoria da indenização punitiva no quantum indenizatório**. 2015. 126 p. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2015. Disponível em: <<http://www.bu.ufsc.br/teses/PDPC1191-D.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2016, p. 61.

²²⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 15.

²²¹ *Idem, ibidem*.

²²² MANHABUSCO, José Carlos; MANHABUSCO, Giancarlo Camargo. **Responsabilidade civil objetiva do empregador decorrente de acidente do trabalho e do risco da atividade**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 52.

²²³ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Responsabilidade civil no direito do trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 97.

preexistente”²²⁴; o que diferencia os dois institutos é se a violação ao dever jurídico decorre ou não de uma relação contratual. Porém, referido autor explica que no ordenamento jurídico brasileiro há uma interação entre as espécies de responsabilidade, pois algumas regras previstas para a responsabilidade contratual aplicam-se também à responsabilidade extracontratual.

Nesse sentido, Cláudia Coutinho Stephan afirma que, apesar das responsabilidades contratual e extracontratual terem regimes diferentes, estas não são “estanques, podendo, inclusive emergir do mesmo fato”²²⁵.

No caso específico do assédio moral na relação de emprego, a reparação dos danos decorrentes de condutas fora dos parâmetros estabelecidos na lei, e que afetem os direitos de personalidade do trabalhador, observará as normas de responsabilidade do CCB, tendo em vista sua “função social”²²⁶.

A agressão pode configurar responsabilidade contratual ou extracontratual, a depender da relação existente entre a vítima e o agressor. A responsabilidade civil, quando cometida pelo empregador ou seu preposto, será contratual, tendo em vista que o dano pelo assédio decorre do inadimplemento de obrigação contratual relacionada ao dever de urbanidade; embora também viole o direito à dignidade e à honra, há prevalência da responsabilidade contratual. Nesse sentido, oportuna é a lição de João Affonso Dallegrave Neto:

Em determinadas circunstâncias, o dever de reparação do dano encontra-se fundamentado, ao mesmo tempo, na quadra contratual e extracontratual. É o que ocorre, por exemplo, no caso do dano moral infligido ao empregado pelo empregador na execução do contrato de trabalho. Aqui incidirá tanto o princípio legal e geral de respeito à honra [...] como também a regra civil que prevê a indenização por inexecução de obrigação contratual [...], no caso o descumprimento do dever anexo de conduta de que os contratantes devem ser

²²⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 15.

²²⁵ STEPHAN, Cláudia Coutinho. **O princípio constitucional da dignidade e o assédio moral no direito do trabalho de Portugal e do Brasil**. São Paulo: LTr, 2013, p. 173.

²²⁶ CANDIDO, Tchilla Helena. **Assédio moral – acidente laboral**. São: Paulo, LTr, 2011, p. 93.

tratados mutuamente com lealdade e dignidade. Em tais casos, a responsabilidade civil do tipo contratual irá prevalecer [...]”²²⁷.

Todavia, na hipótese do assédio moral horizontal, a responsabilidade civil em relação ao agressor é de natureza extracontratual, pois não existe vínculo contratual entre a vítima e o assediador, uma vez que o dever de indenizar decorre exclusivamente do descumprimento de obrigação imposta por lei, consubstanciada no dever de respeitar os direitos de personalidade do indivíduo, nos quais se incluem a dignidade e a honra.

Outra distinção importante para análise da responsabilidade civil decorrente do assédio moral é a diferença entre responsabilidade subjetiva e objetiva.

A responsabilidade civil subjetiva tem como elemento central a conduta intencional do agente, e caracteriza-se pela violação de um dever jurídico decorrente dessa conduta. Sergio Cavalieri Filho define a conduta como o “comportamento humano”, que se exterioriza por “uma ação ou omissão, produzindo consequências jurídicas”²²⁸.

A conduta voluntária do agente pode ser dolosa ou culposa. Na conduta dolosa, o ofensor tem ciência de que a conduta é ilícita e age com o propósito de provocar o dano, enquanto na conduta culposa o elemento principal é ausência do dever de cuidado ou cautela do ofensor. A conduta culposa pode ser definida como “uma conduta deficiente, quer decorrente de uma deficiência da vontade, quer de inaptidões ou deficiências próprias ou naturais”²²⁹.

No entanto, as mudanças das relações sociais e econômicas, ocasionadas principalmente pelas Revoluções Industriais, com impacto direto para os trabalhadores e para a sociedade, demonstraram que a teoria da responsabilidade civil subjetiva era insuficiente para atender às demandas sociais. Nesse sentido, Sergio Cavalieri Filho comenta que o “desenvolvimento industrial, proporcionado pelo advento do maquinismo e outros inventos tecnológicos, bem como o crescimento populacional geraram novas situações que não podiam ser amparadas pelo conceito

²²⁷ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Responsabilidade civil no direito do trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 98-99.

²²⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 24.

²²⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op. cit.*, p. 33.

tradicional de culpa”²³⁰. A multiplicação dos acidentes gerados pelo desenvolvimento industrial foi fundamental para a construção da teoria da responsabilidade objetiva.

Diante dessa nova realidade é que se originou e se desenvolveu a responsabilidade civil objetiva, na qual o dever de reparar o dano prescinde do elemento da culpa, pois “tem por fundamento a especificação legal da hipótese ou do risco da atividade”²³¹. Portanto, a responsabilidade objetiva pode ser definida como o dever jurídico de indenizar por imposição da lei ou em razão do desenvolvimento de uma atividade de risco.

Nesse sentido, importante esclarecer que, embora na responsabilidade contratual a regra seja a culpa presumida, essa presunção “não resulta do simples fato de estarmos em sede de responsabilidade contratual”²³², mas sim do inadimplemento do compromisso contratual assumido. A existência ou não de culpa presumida ou a incidência da responsabilidade objetiva na responsabilidade contratual dependerá do tipo de obrigação assumida.

Não obstante a regra do ordenamento jurídico brasileiro ainda seja o dever de reparar o dano baseado na culpa, as hipóteses de responsabilização objetiva têm evoluído, conforme previsão do parágrafo único do art. 927 do CCB²³³.

No assédio moral vertical e horizontal, quando a agressão for praticada diretamente pelo preposto ou empregado, a obrigação de indenizar do ofensor dá-se com base nas regras da responsabilidade

²³⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 16.

²³¹ BELMONTE, Alexandre Agra. **Danos morais no direito do trabalho: identificação e composição dos danos morais trabalhistas**. 3. ed. rev. e atual. conforme a EC n. 45/2005. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 61.

²³² CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op. cit.*, p. 291.

²³³ “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem” (BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF, 2002. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 16 dez. 2016).

subjetiva, prevista no *caput* do art. 927 e no art. 186 do CCB²³⁴, pois o dano decorre “da conduta da própria pessoa”²³⁵. Porém, em relação à responsabilidade do empregador, considerando que os arts. 932, inciso III, e 924 do CCB²³⁶ determinam a sua responsabilidade pelos atos de seus empregados, serviços ou prepostos, independentemente de culpa, o dever de indenizar fundamenta-se na teoria da responsabilidade objetiva.

Desse modo, a análise do surgimento da teoria da responsabilidade objetiva é fundamental para compreensão do dever de indenizar decorrente do assédio moral.

2.4.2 A teoria da responsabilidade objetiva

Na responsabilidade civil objetiva, para configuração do dever de reparar, imprescindível a existência de conduta ilícita, dano e do nexo de causalidade, tal qual ocorre na responsabilidade civil. Todavia, o que diferencia a responsabilidade objetiva da subjetiva é o elemento culpa, pois, enquanto na responsabilidade subjetiva a culpa é essencial para definição do dever de reparar o dano, na responsabilidade objetiva a culpa “pode ou não existir, mas será sempre irrelevante para a configuração do dever de indenizar”²³⁷.

O desenvolvimento do processo produtivo, as mazelas dele decorrentes, em especial os danos resultantes de acidentes do trabalho, e as transformações sociais passaram a exigir dos juristas nova reorganização na sistemática de reparação do dano, pois a responsabilidade fundada exclusivamente na culpa já não era suficiente para atender à função social da responsabilidade civil.

²³⁴ BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF, 2002. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 16 dez. 2016.

²³⁵ WYZYKOWSKI, Adriana; BARROS, Renato da Costa Lino de Goes; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Assédio moral laboral e direitos fundamentais**. São Paulo: LTr, 2014, p. 180.

²³⁶ BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF, 2002. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 16 dez. 2016.

²³⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 140.

Os pioneiros na formulação de uma teoria de responsabilidade baseada na ausência de culpa foram *Thomasius e Heineccius*²³⁸, no século XVIII, cuja teoria foi posteriormente divulgada pelos franceses Raymond Saleilles e Louis Josserand²³⁹.

Saleilles fundamentou sua teoria no próprio Código Civil francês de 1804. Para o doutrinador gaulês, o Código francês, ao utilizar o termo *culpa*, o fez em sua “acepção vulgar de ‘causa’”²⁴⁰. Desse modo, “o que obriga a reparação é o fato do homem (*fait*) que constitui o dano”²⁴¹, sendo irrelevante a culpa.

Para Josserand, o dever de indenizar deveria ser analisado “sob o foco ‘da evolução’, que atua sobre a responsabilidade civil, tornando-a mais consentânea com a ordem social”²⁴². Ainda de acordo com o doutrinador francês, há tendência da objetivação da responsabilidade, “opondo o risco à culpa”²⁴³. Assim, a teoria do risco atribui àquele que exerce uma atividade de risco toda a responsabilidade de reparar o dano, independentemente da existência de culpa.

A ideia de responsabilidade fundada no risco fez surgirem várias teorias sobre as subespécies de risco, das quais, segundo Sergio Cavalieri Filho²⁴⁴, destacam-se: (i) a teoria do *risco-proveito*, na qual o prejuízo deve ser reparado por aquele que de alguma forma se beneficia do fato danoso; (ii) a teoria do *risco profissional*, que aparece para fazer frente à dificuldade de reparação nas ações decorrentes de acidentes do trabalho, fundamenta a responsabilidade no fato de que o evento danoso decorre da atividade profissional da vítima; (iii) a teoria do *risco excepcional*, para a qual o dever de indenizar surge quando o prejuízo sofrido pela vítima decorre de um risco que não é comum à sua atividade; (iv) a teoria do *risco criado*, que decorre do perigo da própria atividade desenvolvida; e

²³⁸ MANHABUSCO, José Carlos; MANHABUSCO, Giancarlo Camargo. **Responsabilidade civil objetiva do empregador decorrente de acidente do trabalho e do risco da atividade**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 66.

²³⁹ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Responsabilidade civil no direito do trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 106.

²⁴⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 8. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 17.

²⁴¹ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Op. cit.*, p. 107.

²⁴² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 8. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 18.

²⁴³ *Idem, ibidem*, p. 18.

²⁴⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 143-145.

(v) a teoria do *risco integral*, na qual a existência do dano é o único elemento a justificar o dever de indenizar, sendo irrelevante a existência do nexo de causalidade.

No Brasil, o Decreto n. 2.681²⁴⁵, de 7 de dezembro de 1912, foi o primeiro diploma legal a estabelecer a responsabilidade objetiva das estradas de ferro pelos danos causados aos proprietários marginais e aos passageiros.

A teoria do risco integral foi acolhida pelo ordenamento jurídico brasileiro com o advento do Decreto n. 7.036²⁴⁶, de 10 de novembro de 1944, que estabeleceu a responsabilidade pelo pagamento da indenização, a cargo da previdência, no caso de acidente do trabalho. A CRFB/1988 manteve a teoria do risco integral, ao garantir, no inciso XXVIII do art. 7º²⁴⁷, o seguro contra acidentes de trabalho ao empregado, sem excluir a indenização a que está obrigado o empregador nas hipóteses previstas em lei.

Com o surgimento do Estado Social, no século XX, a responsabilidade civil passou a ser analisada sob nova perspectiva, priorizando o “ressarcimento do dano”²⁴⁸, colocando-se a vítima em primeiro plano. Essa nova fase da responsabilidade, nos dizeres de José Affonso Dallegrave Neto, é voltada para o “solidarismo contratual – o qual provém do solidarismo constitucional”²⁴⁹, capaz de inserir os direitos individuais numa perspectiva de comunidade, cujo valor encontra-se

²⁴⁵ BRASIL. **Decreto n. 2.681, de 7 de dezembro de 1912.** Regula a responsabilidade civil das estradas de ferro. Rio de Janeiro, RJ, 1912. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2681_1912.htm>. Acesso em: 16 dez. 2016.

²⁴⁶ BRASIL. **Decreto n. 7.036, de 10 de novembro de 1944.** Reforma da Lei de Acidentes do Trabalho. Rio de Janeiro, RJ, 1944. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del7036.htm>. Acesso em: 16 dez. 2016.

²⁴⁷ BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 16 dez. 2016.

²⁴⁸ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Responsabilidade civil no direito do trabalho.** 5. ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 107.

²⁴⁹ *Idem.* Fundamentos para uma adequada aplicação da teoria da responsabilidade civil no direito do trabalho. In: GOULART, Rodrigo Fortunato; VILLATORE, Marco Antônio (org.). **Responsabilidade civil nas relações de emprego: reflexões atuais.** São Paulo: LTr, 2015, p. 18.

previsto no art. 3º, inciso I, do texto constitucional²⁵⁰, ao estabelecer como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade solidária.

Na socialização da responsabilidade civil, o dano passa ser problema da sociedade, pois ele deixa de ser um prejuízo apenas contra a vítima para ser um dano “contra a própria coletividade”²⁵¹. No Brasil, os seguros obrigatórios estabelecidos por lei²⁵², como o seguro de danos pessoais causados por veículos automotores de via terrestre (DPVAT), arcado pelos proprietários de veículos, e o seguro contra acidentes de trabalho, custeado pelo empregador, são exemplos da socialização do dano, pois, nessas situações, o risco é distribuído entre todos os segurados.

A socialização dos riscos impõe também o dever de precaução, inclusive do Estado, por meio da “formulação de políticas públicas para

²⁵⁰ BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 16 dez. 2016.

²⁵¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil.** 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 156.

²⁵² O art. 20 do Decreto-lei n. 73, de 21 de novembro de 1966, estabelece a obrigatoriedade de contratação de seguro para danos pessoais a passageiros de aeronaves comerciais; responsabilidade civil do proprietário de aeronaves e do transportador aéreo; responsabilidade civil do construtor de imóveis em zonas urbanas por danos a pessoas ou coisas; bens dados em garantia de empréstimos ou financiamentos de instituições financeiras públicas; garantia do cumprimento das obrigações do incorporador e construtor de imóveis; garantia do pagamento a cargo de mutuário da construção civil, inclusive obrigação imobiliária; edifícios divididos em unidades autônomas; incêndio e transporte de bens pertencentes a pessoas jurídicas, situados no país ou nele transportados; crédito à exportação, quando julgado conveniente pelo CNSP, ouvido o Conselho Nacional do Comércio Exterior (CONCEX); danos pessoais causados por veículos automotores de vias terrestres e por embarcações, ou por sua carga, a pessoas transportadas ou não; responsabilidade civil dos transportadores terrestres, marítimos, fluviais e lacustres, por danos à carga transportada (BRASIL. **Decreto-lei n. 73, de 21 de novembro de 1966.** Dispõe sobre o Sistema Nacional de Seguros Privados, regula as operações de seguros e resseguros e dá outras providências. Brasília, DF, 1966. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0073.htm>. Acesso em: 16 dez. 2016.

prevenir danos ambientais, danos à saúde pública e a indeterminado número de consumidores, enfim, danos coletivos”²⁵³.

No caso específico do assédio moral, em muitas situações as consequências decorrentes da agressão ultrapassam a pessoa do empregado, e atingem toda a coletividade, com reflexos, por exemplo, nos sistemas de saúde e previdência social.

A amplitude dos efeitos gerados pelo assédio moral demonstra a relevância e complexidade do tema em questão. O assédio no âmbito da relação de emprego tem repercussões financeiras, de saúde pública, psicológicas, familiares, entre outras.

2.5 OS INFORTÚNIOS DO ASSÉDIO MORAL

2.5.1 Os danos à vítima

Os danos desencadeados na vítima podem ser de ordem física ou psíquica, bem como afetar diretamente a integridade moral do trabalhador. O assédio constitui-se “num fator de risco capaz de atingir a saúde da vítima, tanto física quanto psíquica”²⁵⁴.

As primeiras consequências do assédio geralmente são de ordem psíquica, como estresse, depressão e outros transtornos mentais. Logo, a existência de ambiente de trabalho saudável é fundamental para a “manutenção da saúde mental do empregado”²⁵⁵. Porém, as consequências do assédio na saúde do trabalhador não são limitadas aos danos psíquicos, pois outras reações, como gastrite e hipertensão, podem ser desencadeadas pelo assédio.

Cláudia Coutinho Stephan esclarece que nem sempre o assédio traz consequências à saúde da vítima, podendo, porém, desencadear

²⁵³ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 156.

²⁵⁴ MELO, Nehemias Domingos de. **Dano moral trabalhista: doutrina e jurisprudência**. 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2007, p. 95.

²⁵⁵ SILVA JR., João Silvestre da. **Afastamento do trabalho por transtornos mentais e fatores associados: um estudo caso-controle entre os segurados da Previdência Social**. 2012. 124 p. Dissertação (Mestrado em Saúde Ambiental) – Faculdade de Saúde Pública, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/6/6134/tde-26102012-134845/pt-br.php>>. Acesso em: 05 ago. 2016, p. 88.

sentimentos desestabilizadores²⁵⁶. A agressão continuada pelo ofensor traz uma sensação de medo na vítima, que fica “permanentemente em alerta”²⁵⁷, à espera de mais um ataque.

Os prejuízos decorrentes do assédio podem repercutir na esfera moral do indivíduo, pois o trabalho não é apenas um meio de subsistência, mas também de reconhecimento e inclusão do indivíduo no meio social. Assim, o assédio moral pode gerar também um dano existencial que se reflete na lesão a um direito fundamental, “impedindo a vítima de continuar o desenvolvimento da atividade que lhe dava prazer e realização pessoal”²⁵⁸.

A agressão faz com que a vítima se sinta desvalorizada, influenciando negativamente sua consciência como cidadã e seu sentimento de pertencimento, com reflexos nas suas relações sociais.

A existência de uma atmosfera de trabalho competitiva e pouco acolhedora traz reflexos à saúde física e mental do empregado, levando-o ao isolamento e à sensação de insegurança e desconfiança em relação “ao meio que o cerca”²⁵⁹. Essa situação faz com que a vítima se sinta sozinha no enfrentamento do agressor, pois, na maioria das vezes, os colegas de trabalho que presenciam a agressão procuram manter distância e não se envolver, gerando o isolamento do empregado²⁶⁰.

Esse isolamento pode iniciar um processo depressivo com reflexos que ultrapassam “as fronteiras do ambiente de trabalho”²⁶¹, com consequências nos relacionamentos sociais e familiares da vítima. De acordo com Regina Célia Pezzuto Rufino, o “quadro de isolamento [...] provoca oscilações no humor e alterações no comportamento”²⁶², com danos no convívio social e familiar.

²⁵⁶ STEPHAN, Cláudia Coutinho. **O princípio constitucional da dignidade e o assédio moral no direito do trabalho de Portugal e do Brasil**. São Paulo: LTr, 2013, p. 56.

²⁵⁷ HIRIGOYEN, Marie-France. **Assédio moral: a violência perversa do cotidiano**. 15. ed. Trad. Maria Helena Kühner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2014, p. 174.

²⁵⁸ STEPHAN, Cláudia Coutinho. *Op. cit.*, p. 58.

²⁵⁹ RUFINO, Regina Célia Pezzuto. **Assédio moral no âmbito da empresa**. São Paulo: LTr, 2006, p. 85.

²⁶⁰ HIRIGOYEN, Marie-France. *Op. cit.*, p. 174.

²⁶¹ CANDIDO, Tchilla Helena. **Assédio moral – acidente laboral**. São Paulo, LTr, 2011, p.80.

²⁶² RUFINO, Regina Célia Pezzuto. *Op. cit.*, 2006, p. 87.

Outra consequência nefasta do assédio moral é o estresse, que, além de danos psíquicos, pode levar a desordens físicas. Situações estressantes produzem alterações hormonais que enfraquecem o sistema imunológico e modificam os “neurotransmissores cerebrais”²⁶³, com consequências funcionais e orgânicas ao indivíduo.

Martha Halfel Furtado Mendonça Schmidt destaca como efeitos do assédio:

[...] o endurecimento e esfriamento das relações de trabalho; dificuldade para enfrentar as agressões e interagir em equipe, isolamento e internalização; sentimento de pouca utilidade, de fracasso e de “coisificação”; falta de entusiasmo pelo trabalho; falta de equilíbrio quanto às manifestações emocionais, por exemplo, com crises de choro ou de raiva; diminuição da produtividade; aumento do absenteísmo; demissão; desemprego; enfraquecimento da saúde; tensão dos relacionamentos afetivos e, mais grave, suicídio²⁶⁴.

Desse modo, considerando a amplitude dos prejuízos que podem ser ocasionados pela conduta assediadora no ambiente de trabalho, os danos sofridos pelo empregado podem ser de ordem material e moral.

O dano material envolve prejuízos que são suscetíveis de avaliação pecuniária, ou seja, “envolve a efetiva diminuição do patrimônio, quer se trate de um bem corpóreo ou incorpóreo”²⁶⁵. O dano patrimonial pode envolver uma perda efetiva e imediata (dano emergente) ou pode incluir perdas futuras (lucros cessantes). No caso do assédio moral, os danos emergentes podem se caracterizar, por exemplo, pelas despesas com o tratamento médico; os lucros cessantes, pela diminuição dos rendimentos, em razão do afastamento do trabalho ou mesmo pela incapacidade laboral definitiva, em alguns casos.

²⁶³ HIRIGOYEN, Marie-France. **Assédio moral**: a violência perversa do cotidiano. 15. ed. Trad. Maria Helena Kühner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2014, p. 173.

²⁶⁴ SCHMIDT, Martha Halfel Furtado Mendonça *apud* MELO, Nehemias Domingos de. **Dano moral trabalhista**: doutrina e jurisprudência. 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2007, p. 94.

²⁶⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 74.

O dano moral, por sua vez, ainda que não possua uma “expressão pecuniária intrínseca”²⁶⁶ como o dano material, possui para o seu titular um valor maior, pois diretamente relacionado aos direitos de personalidade, como a honra, o nome, a intimidade e a liberdade.

A quantificação da indenização, que visa reparar o dano moral sofrido pelo empregado em decorrência do assédio moral, não possui tarifação específica, cabendo ao julgador arbitrar o valor da reparação pecuniária de acordo com determinados critérios. Todavia, esses critérios, além de não terem uma delimitação bem definida, possuem conceito aberto, o que implica, por vezes, condenações excessivas ou irrisórias, provocando uma deturpação do instituto da responsabilidade civil.

No sistema jurídico brasileiro, a fixação do valor da reparação ao dano moral será efetuada discricionariamente pelo magistrado, “fundado nos princípios da extensão do dano (integralidade da reparação, para indenização da intensidade da dor e dos efeitos do dano), da proporcionalidade a culpa e da relevância do bem jurídico tutelado”²⁶⁷, o que gera dificuldades de se equacionar o montante da indenização.

De acordo com Fernando Grass Guedes, os julgadores, ao fixarem o valor de reparação do dano moral, tendem a arbitrar o valor da indenização, adotando “(a) critérios que levam em consideração a vítima; (b) critérios que levam em consideração o agente ofensor; (c) critérios de resposta social e de fundamentos”²⁶⁸.

Para Marco Fridolin Sommer Santos, a valoração do dano moral deve levar em consideração a extensão dos danos sofridos pela vítima, recorrendo-se aos critérios de equidade, “com base nas condições econômicas das partes e no grau de culpa da vítima ou do responsável”²⁶⁹.

²⁶⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 82.

²⁶⁷ BELMONTE, Alexandre Agra. **Danos morais no direito do trabalho: identificação e composição dos danos morais trabalhistas**. 3. ed. rev. e atual. conforme a EC n. 45/2005. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 172.

²⁶⁸ GUEDES, Fernando Grass. **Assédio moral no direito do trabalho e a aplicação da teoria da indenização punitiva no quantum indenizatório**. 2015. 126 p. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2015. Disponível em: <<http://www.bu.ufsc.br/teses/PDPC1191-D.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2016, p. 47.

²⁶⁹ SANTOS, Marco Fridolin dos. **Acidente de trabalho entre a seguridade social e a responsabilidade civil: elementos para uma teoria do bem-estar e da justiça social**. São Paulo: LTr, 2015, p. 115.

Outros problemas, como o “uso de drogas (lícitas ou não), remédios contra depressão, alcoolismo”²⁷⁰, também podem ser produto do assédio sofrido pela vítima no ambiente de trabalho, com impactos inclusive no ambiente familiar do empregado.

Em razão das consequências nefastas do assédio moral, que extrapolam os limites corporativos, alguns o consideram “um problema de saúde pública”²⁷¹.

Portanto, os reflexos do assédio não se restringem à pessoa da vítima, pois o desenvolvimento de doenças, a aposentadoria ou desemprego do empregado decorrente da agressão perpetrada podem impactar nos sistemas de saúde e de previdência social, gerando danos a toda a sociedade.

Dependendo do quadro de saúde da vítima gerado pela agressão sofrida, é a coletividade que terá de arcar com “as despesas do seguro social, hospitalização, indenização pelo desemprego, recebimento de benefícios, [...], as quais são financiadas por toda a sociedade”²⁷², o que torna relevante o estudo do acidente do trabalho ocasionado pelo assédio moral.

2.5.2 O assédio moral como acidente do trabalho

Os problemas de saúde decorrentes do assédio moral sofrido pelo empregado podem configurar acidente do trabalho, em decorrência do desenvolvimento de “doença profissional, a exemplo do estresse pós-traumático, depressão, síndrome de *burnout*, distúrbios cardíacos ou digestivos, alcoolismo, além da possibilidade de tentativa de suicídio”²⁷³. Nesse sentido, Manoel Jorge e Silva Neto ressalta que os efeitos produzidos pelo assédio são extremamente danosos ao empregado, pois

²⁷⁰ TEIXEIRA, João Luís Vieira. **O assédio moral no trabalho**: conceito, causas e efeitos, liderança *versus* assédio, valoração do dano e sua prevenção. São Paulo: LTr, 2016, p. 46.

²⁷¹ TEIXEIRA, João Luís Vieira. *Op. cit.*, p. 46.

²⁷² RUFINO, Regina Célia Pezzuto. **Assédio moral no âmbito da empresa**. São Paulo: LTr, 2006, p. 89.

²⁷³ STEPHAN, Cláudia Coutinho. **O princípio constitucional da dignidade e o assédio moral no direito do trabalho de Portugal e do Brasil**. São Paulo: LTr, 2013, p. 57.

em situações extremas pode ocorrer que o empregado “tente ou chegue até a consumir o suicídio”²⁷⁴.

O acidente do trabalho pode ser definido como evento que ocorre durante o período de execução do trabalho ou à disposição do empregador, que gera uma “lesão ou perturbação funcional”²⁷⁵, acarretando incapacidade para o trabalho.

Para a caracterização do acidente do trabalho, o evento deve ser prejudicial ao trabalhador, “acarretar uma incapacitação”²⁷⁶, temporária ou permanente, e estar relacionado à atividade desenvolvida pelo empregado. Porém, há situações em que a incapacidade do empregado não é produzida por um fato súbito, como ocorre no acidente típico²⁷⁷, mas sim progressivamente por meio de um “processo interno, lento e gradual”²⁷⁸.

Diante disso, a Lei n. 8.231/91²⁷⁹, que regula a concessão dos benefícios previdenciários, estabelece três espécies de acidentes do

²⁷⁴ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Teoria jurídica do assédio e sua fundamentação constitucional**. São Paulo: LTr, 2012, p. 116.

²⁷⁵ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional**. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: LTr, 2009, p. 45.

²⁷⁶ MANHABUSCO, José Carlos; MANHABUSCO, Giancarlo Camargo. **Responsabilidade civil objetiva do empregador decorrente de acidente do trabalho e do risco da atividade**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 31.

²⁷⁷ O acidente de trabalho típico ou acidente-tipo vem definido no art. 19 da Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991, estabelecendo que “acidente do trabalho é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço de empresa ou de empregador doméstico ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do art. 11 desta Lei, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho” (BRASIL. **Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm>. Acesso em: 16 dez. 2016). Porém, essa definição não abrange todas “as hipóteses em que o exercício da atividade profissional pelo empregado gera incapacidade laborativa”. Em razão disso, a lei define apenas o acidente típico e equipara, para fins de proteção legal do empregado, outras hipóteses a acidente do trabalho (OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Op. cit.*, p. 39).

²⁷⁸ MANHABUSCO, José Carlos; MANHABUSCO, Giancarlo Camargo. *Op. cit.*, p. 35.

²⁷⁹ BRASIL. **Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm>. Acesso em: 16 dez. 2016.

trabalho: (i) o acidente-tipo ou típico, previsto no art. 19; (ii) as doenças ocupacionais, nos termos do art. 20; e (iii) os acidentes de trabalho por equiparação, conforme o art. 21²⁸⁰.

As doenças ocupacionais subdividem-se em doenças profissionais e doenças do trabalho. As doenças profissionais são específicas de determinadas profissões, por isso são chamadas de “doença profissional típica, tecnopatía ou ergopatía”²⁸¹. Já as doenças do trabalho não estão vinculadas a determinada profissão, mas sim às condições com que o trabalho é executado, “têm como grande agente causador o meio ambiente em que o trabalho é desenvolvido”²⁸².

No caso do assédio moral, a incapacidade do trabalho não é decorrente de fato inesperado e externo ao trabalhador, mas decorre de “uma série de doenças originadas pela violência psicológica”²⁸³.

Para Regina Célia Pezzuto Rufino, a existência de um “ambiente de trabalho equilibrado e salutar é essencial para a saúde e para a preservação da dignidade do trabalhador”²⁸⁴. A prática de gestos e comportamentos agressivos causa perturbação em diversas esferas da vida vítima, principalmente nas questões relacionados à saúde física e psíquica do empregado.

Como ressalta Alice Monteiro de Barros, o assédio moral é “um fator de risco psicossocial”²⁸⁵ na relação de emprego, podendo ser considerado doença do trabalho equiparada a acidente, nos termos do art. 20 da Lei n. 8.213/91²⁸⁶.

²⁸⁰ Entre as hipóteses de acidente do trabalho por equiparação incluem-se, entre outras, as concausas, isto é, causas que contribuem para a ocorrência ou o agravamento do acidente ou doença ocupacional; e os acidentes de trajeto.

²⁸¹ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional**. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: LTr, 2009, p. 46.

²⁸² MANHABUSCO, José Carlos; MANHABUSCO, Giancarlo Camargo. **Responsabilidade civil objetiva do empregador decorrente de acidente do trabalho e do risco da atividade**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 36.

²⁸³ CANDIDO, Tchilla Helena. **Assédio moral – acidente laboral**. São: Paulo, LTr, 2011, p. 181.

²⁸⁴ RUFINO, Regina Célia Pezzuto. **Assédio moral no âmbito da empresa**. São Paulo: LTr, 2006, p. 89.

²⁸⁵ BARROS, Alice Monteiro de. **Proteção à intimidade do empregado**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 190.

²⁸⁶ BRASIL. **Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm>. Acesso em: 16 dez. 2016.

João Silvestre da Silva Junior, em estudo realizado com 385 segurados da previdência social afastados do trabalho por transtorno mental, em período superior a 15 dias, apontou que 85% dos entrevistados relataram a exposição de situações de violência no trabalho. A pesquisa apurou ainda que 61,8% dos entrevistados afirmaram ter sido vítimas de agressão verbal, 53,8% de perseguição e 48,6% de piada/discriminação. Outro dado colhido com o estudo foi o fato de que 48,3% dos empregados afastados tiveram atendimento médico por problemas emocionais no último ano em relação ao período da pesquisa²⁸⁷.

Conclusão relevante apontada pela pesquisa foi de que:

Os resultados reforçam a mudança do paradigma do adoecimento relacionado ao trabalho, que migrou da preocupação sobre agentes físicos, químicos, biológicos para aspectos de conteúdo e organização do trabalho. Fatores do ambiente de trabalho não influenciaram o desfecho, mas o fizeram os fatores organizacionais e psicossociais do trabalho²⁸⁸.

Os efeitos do assédio moral não se restringem aos danos à vítima e aos efeitos previdenciários, ocasionando reflexos também nos “custos operacionais da empresa”²⁸⁹, em razão do absenteísmo e da redução na produtividade.

O estudo da repercussão do assédio moral para a empresa torna-se relevante para a exata compreensão das consequências perversas dessa forma de agressão.

2.5.3 Os prejuízos para a empresa

A ordem econômica brasileira, por força de disposição constitucional, fundamenta-se na valorização do trabalho, de forma a

²⁸⁷ SILVA JR., João Silvestre da. **Afastamento do trabalho por transtornos mentais e fatores associados**: um estudo caso-controlado entre os segurados da Previdência Social. 2012. 124 p. Dissertação (Mestrado em Saúde Ambiental) – Faculdade de Saúde Pública, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/6/6134/tde-26102012-134845/pt-br.php>>. Acesso em: 05 ago. 2016, p. 69-71.

²⁸⁸ SILVA JR., João Silvestre da. *Op. cit.*, p. 94-95.

²⁸⁹ BARROS, Alice Monteiro de. **Proteção à intimidade do empregado**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 190.

assegurar a dignidade do trabalhador, observando, entre outros, o princípio da função social da propriedade²⁹⁰. Assim, o exercício do direito de propriedade, dentro do estabelecimento empresarial, deve consolidar os valores fundamentais da democracia brasileira, “vislumbrando a função social das regras inerentes ao contrato de trabalho”²⁹¹.

Desse modo, ainda que a livre iniciativa²⁹² constitua um dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, ela não é absoluta e deve se harmonizar com os demais preceitos constitucionais. Portanto, cabe ao empregador, no desempenho da atividade econômica, agir de acordo as limitações impostas pela lei, “respeitando seus empregados e proporcionando aos mesmos um equilibrado ambiente do trabalho”²⁹³.

Nesse sentido, a existência de práticas assediadoras na relação de emprego constitui violação à ordem jurídica vigente, acarretando consequências jurídicas e econômicas para o empregador, que é diretamente responsável pelos danos causados ao empregado, respondendo pecuniariamente pelos prejuízos materiais e morais ocasionados, inclusive nas situações em que a agressão é realizada pelos próprios colegas de trabalho²⁹⁴.

O impacto econômico decorrente das indenizações dependerá da gravidade e extensão do assédio moral praticado, considerando que os prejuízos causados podem ser de ordem moral e/ou patrimonial. O número de processos em trâmite do Tribunal Superior do Trabalho (TST) em que se discute a responsabilidade civil do empregador em decorrência da prática de assédio moral atinge a marca de 862, ocupando o octogésimo nono lugar no *ranking* dos assuntos levados ao Judiciário. No Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região (TRT 12ª Região), esse

²⁹⁰ Art. 170, inciso III, da CRFB/1988 (BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF, 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao-Compilado.htm>. Acesso em: 16 dez. 2016).

²⁹¹ RUFINO, Regina Célia Pezzuto. **Assédio moral no âmbito da empresa.** São Paulo: LTr, 2006, p. 93.

²⁹² Art. 1º, inciso IV, da Constituição de 1988 (BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 16 dez. 2016).

²⁹³ RUFINO, Regina Célia Pezzuto. *Op. cit.* p. 89.

²⁹⁴ Art. 932, inciso III, do CCB.

assunto chega à vigésima quinta posição no *ranking* de assuntos, correspondendo a 26.493 processos²⁹⁵.

Outro ponto importante nos efeitos econômicos do assédio moral diz respeito às ações regressivas ajuizadas pela Previdência Social. No acidente de trabalho provocado por negligência do empregador no cumprimento das normas relacionadas à saúde e segurança do trabalhador²⁹⁶, o empregador pode ser demandado judicialmente para efetuar o ressarcimento aos cofres públicos dos gastos com os benefícios previdenciários pagos ao segurado ou beneficiários²⁹⁷.

Além dos custos dos processos judiciais e das condenações nas ações indenizatórias, as consequências do assédio moral para o empregador podem também ser identificadas pelas seguintes situações:

[...] maior rotatividade da mão de obra, bem como pela diminuição da eficácia e da produtividade, não só das vítimas do assédio moral, mas também de colegas de trabalho afetados pelo clima psicossocial negativo existente no ambiente de trabalho nessas ocasiões²⁹⁸.

O “desgaste psicológico”²⁹⁹ provocado pelo assédio afeta diretamente o desempenho do empregado, o que produz queda na produtividade e lucratividade. Os efeitos do assédio se projetam também

²⁹⁵ Fonte: Tribunal Superior do Trabalho. **Dados correspondentes ao período de janeiro a setembro/2016.** Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/estatistica/litigiosidade>>. Acesso em: 16 dez. 2016.

²⁹⁶ Art. 120 da Lei n. 8.213/91 (BRASIL. **Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991.** Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm>. Acesso em: 20 ago. 2016).

²⁹⁷ A Advocacia-Geral da União (AGU) move, contra uma das maiores empresas de teleatendimento do mundo, ação regressiva objetivando o ressarcimento dos custos com a concessão de 330 auxílios-doença. A ação se originou de fiscalização realizada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, ressaltando-se que entre as denúncias recebidas estava a prática de assédio moral. O processo tramita sob o n. 0802548-90.2015.4.05.8300 perante o Tribunal Regional Federal da 5. Região. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/326624>. Acesso em: 15 out. 2016.

²⁹⁸ OLIVEIRA, Paulo Eduardo Vieira de. **Assédio moral no trabalho: caracterização e consequências.** São Paulo: LTr, 2013, p. 71.

²⁹⁹ RUFINO, Regina Célia Pezzuto. **Assédio moral no âmbito da empresa.** São Paulo: LTr, 2006, p. 91.

nas “pessoas destinatárias do serviço prestado”³⁰⁰, demonstrando o ciclo perverso dessa prática.

Outro fator de custo para a empresa refere-se à rotatividade da mão de obra existente em ambientes agressivos e pouco cooperativos, pois o desligamento do empregado vítima do assédio exige a sua “substituição de forma imediata”³⁰¹, o que implica custos com processos seletivos e treinamento de novos empregados.

Portanto, considerando que os infortúnios decorrentes do assédio moral, além dos reflexos diretos na dignidade do trabalhador, produzem também impactos econômicos relevantes na relação de emprego, inevitável o estudo do tema na perspectiva da Análise Econômica da responsabilidade civil.

³⁰⁰ FARAH, Bruno Leal. **Assédio moral e organizacional**: novas modulações do sofrimento psíquico nas empresas contemporâneas. São Paulo: LTr, 2016, p. 47.

³⁰¹ RUFINO, Regina Célia Pezzuto. *Op. cit.*, 2006, p. 92.

3 CUSTOS SOCIAIS NA ANÁLISE ECONÔMICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

3.1 A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

3.1.1 O direito e a economia

A relação entre o direito e a economia não é algo recente; no entanto, por muito tempo seu estudo foi negligenciado em detrimento da manutenção da autonomia dessas disciplinas. A interação entre as duas ciências foi se desenvolvendo ao longo do século XVIII, com destaque para o “princípio normativo do utilitarismo”³⁰² de Jeremy Bentham³⁰³. O filósofo inglês se dedicou a expor “as consequências desse princípio nas disciplinas jurídicas”³⁰⁴. Entre os expoentes do utilitarismo, além de Jeremy Bentham³⁰⁵, destacam-se ainda James Mill e John Stuart Mill³⁰⁶.

Para Jeremy Bentham, segundo Cicero Araújo, a felicidade de determinada comunidade seria a soma das felicidades individuais, assim a legislação somente se justificaria se os benefícios superassem os seus

³⁰² BATTESINI, Eugênio. **Direito e economia**: novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil. São Paulo: LTr, 2011, p. 27-28.

³⁰³ Em que pese às críticas à teoria do utilitarismo de Jeremy Bentham, é inegável sua importância para a economia, pois “uma grande parte do pensamento econômico contemporâneo, com sua ênfase sobre a escolha racional feita pela comparação dos custos e dos benefícios”, tem suas raízes no conceito de comportamento humano desenvolvido pelo filósofo inglês (BRUE, Stanley L. **História do pensamento econômico**. São Paulo: Thomson Learning, 2006, p. 129).

³⁰⁴ BORO, Atilio A. **Filosofia política moderna**: de Hobbes a Marx. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales – CLACSO; San Pablo: Depto. de Ciência Política – FFLCH – Universidade de São Paulo, 2006, p. 268 Disponível em: <http://www.usp.br/cje/anexos/pierre/afilosofiapol%C3%ADticamodernadehobbes-amarxatilio_a_boron.pdf>. Acesso em: 20 out. 2016.

³⁰⁵ A teoria de Jeremy Bentham é considerada a vertente clássica da teoria utilitarista e influenciou na formação da teoria econômica neoclássica. O consequentialismo voltado à geração mais eficiente do ponto de vista econômico pode implicar a aproximação do conceito de eficiência ao de utilidade (MACEDO JR., Porto. **Ensaio de teoria do direito**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 226).

³⁰⁶ CORREA, Lara Cruz. Utilitarismo e moralidade: considerações sobre o indivíduo e o Estado. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, vol. 27, n. 79, p. 173, jun. 2012.

custos, levando à maior fruição de prazer e menor exposição à dor³⁰⁷. De acordo com Lara Cruz Correa, essa ideia é seguida por James Mill, para quem os homens desejam o prazer e o alívio da dor, o que seria alcançado pela riqueza e pelo poder³⁰⁸.

A ótica utilitarista busca a maximização da felicidade; assim, para os teóricos dessa corrente, determinada ação é desejável se produzir felicidade.

O conceito de utilidade de Jeremy Bentham e James Mill é aperfeiçoado por John Stuart Mill, que passa a definir a utilidade “qualitativamente”³⁰⁹, abandonando a soma das felicidades individuais em favor da maximização do progresso individual. Na teoria de John Stuart Mill, adota-se o critério do “Princípio da Maior Felicidade”³¹⁰, no qual o indivíduo conhece seus interesses e os meios para alcançar a felicidade.

Ejan Mackaay e Charles Rowley trazem como precursores do movimento utilitarista “David Hume, Cesare Beccaria, Jeremy Bentham e Adam Smith”³¹¹.

De acordo com Bruce E. Kaufman, o Primeiro Movimento Direito e Economia, denominado *Direito e Economia Institucional*, desenvolveu-

³⁰⁷ BORO, Atilio A. **Filosofia política moderna**: de Hobbes a Marx. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales – CLACSO; San Pablo: Depto. de Ciência Política – FFLCH – Universidade de São Paulo, 2006, p.274 Disponível em:

<http://www.usp.br/cje/anexos/pierre/afilosofiapol%C3%ADticamodernadehobbes-amarxatilio_a_boron.pdf>. Acesso em: 20 out. 2016.

³⁰⁸ CORREA, Lara Cruz. Utilitarismo e moralidade: considerações sobre o indivíduo e o Estado. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, vol. 27, n. 79, p. 175, jun. 2012.

³⁰⁹ CORREA, Lara Cruz. *Op. cit.*, p. 182

³¹⁰ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito econômico**. 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 25.

³¹¹ BATTESINI, Eugênio. **Direito e economia**: novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil. São Paulo: LTr, 2011, p. 28.

se nos Estados Unidos, com raízes na Alemanha³¹², e representou a fusão entre a economia institucional e o realismo jurídico³¹³.

A economia institucional, influenciada pela escola histórica alemã, apresentou uma perspectiva holística da economia, sustentando que ela deveria ser analisada como um todo, e não em partes; além disso, deu papel de destaque para as instituições, pois, segundo os institucionalistas, “a vida econômica é controlada pelas instituições econômicas, não pelas leis econômicas”³¹⁴. Também com abordagem interdisciplinar, o realismo jurídico norte-americano consolidou-se como instrumento de resposta contra o formalismo jurídico, caracterizando-se pelo pragmatismo e aproximando o direito da realidade social³¹⁵.

Na seara econômica, esse novo movimento teve por objetivo tornar a economia um processo mais indutivo, empírico e interdisciplinar; desenvolver uma teoria mais orgânica, dinâmica e realista; e possibilitar uma maior regulação da economia³¹⁶. De acordo com Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau, esse movimento é “denominado, talvez pejorativamente, de imperialismo econômico”³¹⁷, e tem como característica a utilização de ferramentas econômicas fora do ambiente econômico.

³¹² A escola histórica alemã nasceu na década de 1840 com as publicações de Friedrich List e Wilhelm Roscher. Os principais dogmas da escola história eram (i) a sociedade está em constante transformação, assim, a doutrina econômica de um país em determinado período não serve para outro; (ii) a necessidade de intervenção estatal nas questões econômicas; (iii) os fenômenos econômicos e sociais são interdependentes, sendo importante estudar historicamente a economia; e (iv) o Estado devia determinar um padrão adequado para a produção e distribuição da riqueza, aumentando o bem-estar. A escola histórica, por meio de uma abordagem desenvolvimentista, demonstrou a necessidade de ter, no campo da economia, uma visão mais conectada com a evolução econômica e social (BRUE, Stanley L. **História do pensamento econômico**. São Paulo: Thomson Learning, 2006, p. 195-198).

³¹³ KAUFMAN, Bruce E. The Economics of Regulation the Labor Market. In: DAU-SCHMIDT, Kenneth G.; HARRIS, Seth D.; LOBEL ORLY (org.). **Labor and Employment Law and Economics**. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2009, p. 20-22.

³¹⁴ BRUE, Stanley L. *Op. cit.*, p. 367.

³¹⁵ GICO JR., Ivo. Introdução ao direito e economia. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 7.

³¹⁶ KAUFMAN, Bruce E. *Op. cit.*, p. 22.

³¹⁷ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Trad. Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 8.

Entre os percussores desse primeiro movimento, destaca-se a figura do economista Henry Carter Adams, para quem as leis, embora devessem manter a competição, deveriam salvaguardar a sociedade de suas consequências danosas; assim, a reforma da economia e a regulação deveriam estar baseadas na justiça e na eficiência³¹⁸.

A necessidade de um direito mais conectado com a realidade social e a busca de uma interdisciplinaridade entre as ciências econômica e jurídica impulsionaram o surgimento da Análise Econômica do Direito. Essa nova escola marca o Segundo Movimento Direito e Economia e tem suas raízes entre economistas e juristas da Universidade de Chicago.

A Análise Econômica do Direito era inicialmente utilizada no estudo de áreas que possuam maior afinidade com a ciência econômica, como o direito da concorrência e da tributação³¹⁹. No entanto, após 1960, o movimento Direito e Economia avançou para uma nova fase, iniciada com o artigo de Ronald Coase sobre os custos sociais e o trabalho de Guido Calabresi sobre os custos dos acidentes³²⁰.

Essa nova etapa do movimento Direito e Economia emprega instrumentos econômicos, “em especial da microeconomia e da economia do bem-estar social [...] para tentar compreender o direito no mundo e o mundo no direito”³²¹.

Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau pontuam que, não obstante a Análise Econômica do Direito utilizar instrumentos de direito econômico, como comércio e concorrência, ela não é limitada a tais critérios, pois pretende, “a partir da concepção do ser humano e de suas relações com os outros, a releitura do direito”. Ainda de acordo com os autores norte-americanos, a Análise Econômica do Direito “não prioriza o emprego da

³¹⁸ KAUFMAN, Bruce E. The Economics of Regulation the Labor Market. In: DAU-SCHMIDT, Kenneth G.; HARRIS, Seth D.; LOBEL ORLY (org.). **Labor and Employment Law and Economics**. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2009, p. 22-23.

³¹⁹ MENDONÇA, Diogo Naves. **Análise econômica da responsabilidade civil: o dano e sua quantificação**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 11.

³²⁰ “Podemos encontrar asomos anteriores de un enfoque económico a los problemas del derecho de los accidentes y de los prejuicios que examinaron Calabresi y Coase, especialmente en la obra de Pigou, quien proveyó un marco para el análisis de Coase; pero el trabajo inicial había causado escaso impacto sobre el pensamiento legal” (POSNER, Richard A. **El análisis económico del derecho**. 2. ed. México: FCE, 2007, p. 56).

³²¹ GICO JR., Ivo. Introdução ao direito e economia. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 14.

relação custo-benefício”³²² nas decisões judiciais, mas visa explicar a lógica das decisões.

Nesse sentido, Ivo Gico Junior, ao tratar da Análise Econômica do Direito no Brasil, considera que o propósito dessa nova teoria é “introduzir uma metodologia que contribua significativamente para a compreensão de fenômenos sociais e que auxilie na tomada racional de decisões jurídicas”³²³.

O direito tende a se preocupar com as consequências dos conflitos existentes na sociedade, enquanto a economia ocupa-se com os efeitos do ordenamento jurídico no comportamento das pessoas, antes mesmo de surgirem os conflitos³²⁴. Desse modo, a interação entre as duas ciências, com utilização de critérios da teoria econômica para análise do comportamento humano e de suas consequências, pode conferir uma compreensão mais ampla do fenômeno jurídico, tornando o direito mais eficiente socialmente.

O movimento Direito e Economia se expandiu para diversas áreas do direito, como responsabilidade civil, direito processual, direito de família, entre outros. Para Roseli Fernandes Scabin, entre os ramos do direito, é no direito do trabalho que se observa a maior interdependência “da Economia e dos ciclos econômicos”³²⁵ com a ordem jurídica, pois o desenvolvimento econômico impacta diretamente no mercado de trabalho e nas questões trabalhistas.

A interação entre a economia e o direito do trabalho exige um estudo mais detalhado da Análise Econômica do Direito e de sua aplicação no direito do trabalho.

3.1.2 A Análise Econômica no Direito do Trabalho

Existe certo ceticismo dos juristas trabalhistas em relação à Análise Econômica do Direito, que para Bruce E. Kaufman, decorre

³²² MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Trad. Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 7-8.

³²³ GICO JR., Ivo. Introdução ao direito e economia. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 11.

³²⁴ MENDONÇA, Diogo Naves. **Análise econômica da responsabilidade civil: o dano e sua quantificação**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 14.

³²⁵ SCABIN, Roseli Fernandes. O direito do trabalho como limitador do poder econômico. In: CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; VILLATORE, Marco Antônio César (coord.). **CLT – 70 Anos de Consolidação: uma reflexão social, econômica e jurídica**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 34.

principalmente da autonomia do direito do trabalho e da concepção de que o mercado de trabalho e a relação de emprego teriam o trabalho humano como único produto de preocupação³²⁶.

No entanto, mesmo havendo resistência à aplicação de instrumentos econômicos no âmbito trabalhista, a relação entre direito do trabalho e economia é abordada por diversos juristas trabalhistas.

Alice Monteiro de Barros ressalta que o direito do trabalho possui um sentido político-econômico, não apenas nas questões relativas ao salário, mas também em diversos institutos, como férias, licenças, entre outros, pois nesses períodos a empresa necessitará de mais empregados para manter a produção. E que, embora o direito do trabalho possua vinculação estreita com a economia, ele é motivado por objetivos de ordem político-social³²⁷.

É inegável a repercussão econômica do direito do trabalho na atividade empresarial, pois muitas medidas na área trabalhista impactam no custo de produção e no desempenho econômico das empresas, tanto de forma positiva como negativa.

No Brasil, a interseção entre a economia e o direito do trabalho ganha destaque nos estudos de Washington Peluso Albino de Souza, para o qual não é possível pensar o trabalho, “a partir de sua expressão social”³²⁸, dissociado da expressão econômica.

O Primeiro Movimento Direito e Economia, compreendido entre os anos de 1885 e 1940, teve grande influência nas questões relacionadas ao trabalho e emprego, pois o desenvolvimento do direito do trabalho, após a Segunda Guerra Mundial, tem suas principais raízes no referido movimento³²⁹.

Segundo Bruce E. Kaufman, dentre os autores que influenciaram esse movimento, destaca-se a figura de John Roger Commons, considerado um dos precursores do movimento Direito e Economia no âmbito trabalhista, o qual via no liberalismo econômico uma das principais causas do sofrimento humano. O economista norte-americano

³²⁶ KAUFMAN, Bruce E. The Economics of Regulation the Labor Market. In: DAU-SCHMIDT, Kenneth G.; HARRIS, Seth D.; LOBEL ORLY (org.). **Labor and Employment Law and Economics**. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2009, p. 20.

³²⁷ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2000, p. 88.

³²⁸ SOUZA, Washington Peluso Albino. **Direito econômico do trabalho**. Belo Horizonte: Fundação Brasileira de Direito Econômico, 1985, p. 41.

³²⁹ KAUFMAN, Bruce E. *Op. cit.*, p. 20.

teve papel importante no desenvolvimento da legislação trabalhista norte-americana, do seguro social e do movimento relacionado ao Estado do Bem-Estar Social³³⁰.

Richard A. Posner, em seu trabalho sobre a Análise Econômica do Direito, trata da regulação da relação de emprego, abordando, entre outros aspectos, a discriminação no emprego em razão da raça, gênero, idade e incapacidade. De acordo com o jurista norte-americano, a discriminação é sempre ineficiente, porém ressalta que as leis contra discriminação podem ser desfavoráveis aos empregados, quando o empregador adotar medidas racionais para minimizar os efeitos da lei, pois o empregador racional tende a comparar o custo esperado com a contratação, observando os parâmetros legais, e o custo do litígio por sua atuação em desacordo com a legislação³³¹. Sustenta ainda que os custos diretos e indiretos impostos pelas leis que coíbem a discriminação tendem a ser transferidos aos consumidores.

No entanto, importante ressaltar que o estudo da relação de emprego sob a perspectiva da Análise Econômica do Direito não pretende negar a importância de medidas afirmativas que tenham por objetivo coibir práticas atentatórias à dignidade da pessoa humana. Todavia, considerando que o direito não é uma ciência isolada, produzindo consequências, e de igual forma, sofrendo influências, da sociedade e do mercado, não é possível compreender o direito sem considerar os impactos econômicos de sua aplicação.

A própria Análise Econômica do Direito sofreu modificações ao logo do tempo. Ronaldo Porto Macedo Junior esclarece que, embora num primeiro momento ela estivesse baseada na economia neoclássica, atualmente a relação entre economia e direito tem caráter mais pragmático, isto é, funcional e instrumental. Acrescenta o referido autor que a primeira fase da Análise Econômica do Direito foi caracterizada

³³⁰ KAUFMAN, Bruce E. The Economics of Regulation the Labor Market. In: DAU-SCHMIDT, Kenneth G.; HARRIS, Seth D.; LOBEL ORLY (org.). **Labor and Employment Law and Economics**. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2009, p. 23.

³³¹ “*Segundo, las leyes contra discriminación pueden revertirse contra la clase protegida cuando los empleadores toman medidas racionales para minimizar el impacto de las leyes. [...] El empleador racional comparará el costo esperado del empleo de una mujer a un salario mayor que el de mercado en los términos de la Ley de Paga Igual con el costo esperado de la litigación si contratara a menos mujeres*” (POSNER, Richard A. **El análisis económico del derecho**. 2. ed. México: FCE, 2007, p. 542-543).

pelo *formalismo economicista*, concentrado na eficiência, enquanto a segunda fase é marcada pela convergência dos pressupostos do liberalismo e de uma “intervenção regulatória típica de um estado de bem-estar social”³³².

Por meio da utilização de instrumentos econômicos, a Análise Econômica do Direito pesquisa o comportamento humano, buscando compreender as implicações fáticas do direito e a sua racionalidade. Sob a perspectiva epistemológica, pode ser classificada em positiva e normativa.

A teoria positiva possui caráter descritivo, auxiliando na compreensão da norma, sua racionalidade e consequências prováveis³³³, por meio da observação de fenômenos jurídicos e sociais.

A teoria normativa, por sua vez, tem caráter prescritivo, e avalia o resultado social mais desejável³³⁴, isto é, investiga quais as vantagens de determinada norma em termos de eficiência.

O estudo da Análise Econômica do Direito encontra-se alicerçado em quatro pilares, que, para Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau, são a escassez, a escolha racional, a incerteza e o individualismo metodológico³³⁵.

A escassez representa a limitação dos recursos em relação às necessidades humanas, pois os recursos de que dispõe a humanidade para satisfazer às suas necessidades são finitos e limitados³³⁶. A noção de escassez não é estanque e varia de pessoa para pessoa, porquanto relacionada às necessidades de cada indivíduo.

Para Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau, a manifestação da escassez fez com que ocorresse “a formulação de regras para determinar

³³² MACEDO JR., Porto. **Ensaio de teoria do direito**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 230-234.

³³³ GICO JR., Ivo T. Introdução à análise econômica do direito. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (coord.). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 21.

³³⁴ COUTINHO, Diogo R. **Direito e economia política na regulação de serviços públicos**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 32.

³³⁵ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Trad. Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 26.

³³⁶ NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 24.

quais usos concorrentes devem ser aceitos³³⁷; portanto, o reconhecimento de direitos foi uma resposta à escassez.

A primeira obra a tratar do problema da escassez, denominada *Essay on the principle of population*³³⁸, é de 1798, de autoria do economista inglês Thomas Robert Malthus, no qual são lançadas “as bases da chamada Teoria da População”³³⁹.

David Ricardo foi outro economista que tratou do problema da escassez. De acordo com o autor britânico, o “princípio da escassez”³⁴⁰ preconiza que o crescimento prolongado da população e da produção faz com que a terra se torne escassa em comparação a outros bens, aumentando seu preço ao longo dos anos.

Elemento importante para a compreensão da escassez é a noção da utilidade marginal, pois:

o que leva as pessoas a tomarem decisões quanto à utilização dos bens escassos é o acréscimo marginal (adicional) por eles proporcionado em termos de utilidade, no caso do consumo. No campo da produção, fala-se em produtividade marginal para significar o acréscimo de produto decorrente do emprego de uma unidade a mais de um fator. Exemplo: o acréscimo de colheita provado pelo emprego de uma unidade a mais (marginal) de fertilizante ou pela compra de um trator adicional³⁴¹.

A utilidade marginal está diretamente relacionada à aversão ao risco, como explica Richard A. Posner. O jurista norte-americano traz como exemplo a situação de uma pessoa que possui um patrimônio líquido de um milhão de dólares e pode aceitar uma aposta em que tem

³³⁷ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Trad. Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 29.

³³⁸ NUSDEO, Fábio. NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 25.

³³⁹ Para Thomas Robert Malthus, o crescimento da população ocorreria em progressão geométrica, enquanto o aumento dos recursos ocorreria em progressão aritmética (NUSDEO, Fábio. *Op. cit.*, p. 25).

³⁴⁰ PIKETTY, Thomas. **O capital no século XXI**. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014, p. 13.

³⁴¹ NUSDEO, Fábio. *Op. cit.*, p. 31.

cinquenta por cento de chance de dobrar seu patrimônio ou de perdê-lo. Se a pessoa não aceitar a aposta, significa que o primeiro milhão vale mais do que o segundo milhão³⁴². Portanto, para a pessoa que recusa a aposta, o segundo milhão traz um acréscimo de utilidade menor, isto é, satisfação menor em comparação ao primeiro milhão.

Na relação de trabalho, a escassez de recursos para o empregador mostra-se evidente nas questões relacionadas aos fatores de produção³⁴³, enquanto na perspectiva do empregado, a escassez dos recursos se releva mais perceptível nas situações associadas ao mercado de trabalho e à força de trabalho.

Outro pilar do estudo da Análise Econômica do Direito é a racionalidade, segundo o qual, diante de determinada situação com mais de um resultado possível, a pessoa listará os resultados desejados, identificará suas opções, determinará quais ações contribuem para a opção desejada e adotará aquele que mais contribuir³⁴⁴. O modelo da escolha racional, como qualquer elemento científico, não está imune às críticas³⁴⁵, porém, conforme esclarece Richard A. Posner, o conceito de

³⁴² POSNER, Richard A. **El análisis económico del derecho**. 2. ed. México: FCE, 2007, p. 36.

³⁴³ Os fatores tradicionais de produção são a terra, o trabalho e o capital, tendo Jean-Baptiste Say incluído o empreendedorismo como o quarto fator de produção (BRUE, Stanley L. **História do pensamento econômico**. São Paulo: Thomson Learning, 2006, p. 130).

³⁴⁴ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Trad. Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 31.

³⁴⁵ Uma das críticas que se faz à racionalidade é que ela é limitada, pois no momento da decisão nem sempre o agente possui todas as informações necessárias. A escolha depende dos critérios utilizados para determinar a decisão ótima, porém na prática isso não ocorre, pois as pequenas probabilidades não são avaliadas. “O modelo racional seria mais bem empregado na função normativa, como uma lógica de escolha, do que como descrição do que realmente as pessoas fazem. [...] pesquisas psicológicas mostram que os seres humanos julgam situações complexas de modo imperfeito.” No entanto, o modelo da escolha racional não deve ser eliminado, pois, segundo Tversky e Kahneman, “as premissas do modelo da escolha racional são, geralmente, respeitadas em situações ‘transparentes’, frequentemente violadas em situações ‘não transparentes’” (MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Trad. Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 33-37).

racionalidade empregado na economia é objetivo, pois a racionalidade é uma opção de escolha, consciente ou inconsciente³⁴⁶.

O terceiro fator relevante para o estudo da Análise Econômica do Direito é a incerteza. Esse elemento está diretamente relacionado ao risco, pois, como sustenta Hugo A. Acciarri, o agente *adverso ao risco* encontra utilidade na certeza, enquanto o *amante do risco* prefere o risco à certeza e o *neutro ao risco* é indiferente às situações de certeza ou risco indistintas³⁴⁷.

O quarto pilar da Análise Econômica do Direito é o individualismo metodológico. O método individualista é um instrumento de análise da escolha individual dos agentes, pois, para entender o comportamento coletivo, é necessário primeiro compreender o comportamento individual³⁴⁸.

Os elementos acima relacionados (escassez, escolha racional, incerteza e individualismo metodológico) servem também de pilar para o estudo da juseconomia no âmbito do direito do trabalho.

Luciana Luk-Tai Yeung, ao realizar uma Análise Econômica do Direito do Trabalho e das Relações do Trabalho no Brasil, afirma que a existência de uma legislação paternalista cria uma situação de *dependência* para os trabalhadores e de *medo* para os empregadores. Assim, segundo a referida autora, “os trabalhadores dependem integralmente da legislação trabalhista e da Justiça do Trabalho para manter seus benefícios”, enquanto os empregadores tomam suas decisões baseados no medo de punição³⁴⁹.

Desse modo, a análise da situação acima referida demonstra que, diante da limitação financeira (escassez de recursos), a escolha pela efetivação ou não dos direitos trabalhistas previstos na legislação (escolha racional), na perspectiva do empregador (individualismo metodológico), dependerá do risco quanto às punições pelo descumprimento da legislação laboral (incerteza), o que nem sempre conduz a uma decisão

³⁴⁶ POSNER, Richard A. **El análisis económico del derecho**. 2. ed. México: FCE, 2007, p. 46-47.

³⁴⁷ ACCIARRI, Hugo A. **Elementos da análise econômica do direito de danos**. Coord. RIBEIRO, Marcia Carla. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 97-98.

³⁴⁸ GICO JR., Ivo. Introdução ao Direito e economia. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 23.

³⁴⁹ YEUNG, Luciana Luk-Tai. Análise econômica do direito do trabalho. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 323.

eficiente, isto é, a uma decisão que maximize os benefícios para ambos os agentes.

No caso do assédio moral, a adoção de medidas de prevenção e combate a práticas ofensivas dos direitos de personalidade do empregado também pode ser analisada a partir dos quatro pilares da Análise Econômica do Direito. Porém, para que seja possível essa abordagem, importante refletir sobre a responsabilidade civil na perspectiva da Análise Econômica do Direito, na medida em que o assédio moral produz consequências danosas que deverão ser indenizadas pelo empregador.

3.1.3 A Análise Econômica da responsabilidade civil

A responsabilidade civil na perspectiva jurídica tradicional possui natureza compensatória e desconexa das demais ciências sociais. Porém, além da função reparadora, a responsabilidade civil possui função preventiva, punitiva e de maximização do bem-estar social, temas de estudo de áreas das ciências sociais.

A tese de que a responsabilidade civil teria apenas natureza compensatória não se sustenta, pois, de acordo com Pablo Salvador e Carlos Gómez, caso a compensação fosse sua única função, existiriam remédios melhores e mais eficientes no ressarcimento do dano, como, por exemplo, os seguros privados, do que a reparação pela via judicial³⁵⁰. Portanto, uma abordagem exclusivamente compensatória e dogmática da questão é limitativa, incompleta e formalista.

Diogo Naves Mendonça afirma que:

[...] não pode haver lugar nem a um formalismo cego à importância instrumental do direito e às consequências fáticas das escolhas normativas, tampouco a um funcionalismo desconectado da racionalidade axiológica que qualifica o sistema jurídico.

Assim, se levado ao extremo, o funcionalismo pregado por uma abordagem econômica radical poderia reduzir o vocábulo jurídico a conceitos econômicos ou ainda invocar a eficiência como fundação ética do direito [...]. Por outro lado, o formalismo exacerbado simplesmente ignoraria as

³⁵⁰ SALVADOR, Pablo; GÓMEZ, Carlos. El derecho de daños y la minimización de los costes de los accidentes. **Revista Sub Judice: Justiça e Sociedade**, n. 34, Parte II, p. 23, jan./mar. 2006.

repercussões práticas das opções normativas (abstratas ou concretas) em nome da integridade de uma suposta racionalidade intangível no sistema jurídico³⁵¹.

A ciência econômica e o Direito possuem afinidade natural, representada pelo objeto comum de compreender o comportamento humano e suas instituições sociais, o que possibilita uma interação entre ambas, inclusive no estudo da responsabilidade civil.

Um dos precursores dessa temática sob o viés econômico foi Victor Mataja, que, ao propor a regra da responsabilidade objetiva como incentivo à dispersão e prevenção dos danos decorrentes dos acidentes, antecipou os fundamentos das análises efetuadas por Ronald Coase e Guido Calabresi³⁵².

Outro nome importante no estudo da responsabilidade civil foi Pietro Trimarchi, com o “modelo analítico de responsabilização objetiva pelo risco do empreendimento”³⁵³, segundo o qual a responsabilidade em indenizar o dano deve ser daquele que desenvolve a atividade empresarial, pois os custos de produção devem incluir, além dos custos regulares, os custos com indenização e prevenção, o que nivelaria a concorrência e excluiria as empresas ineficientes do mercado.

A análise da responsabilidade civil na perspectiva econômica também ganhou destaque nas obras de Richard A. Posner e Steven Shavell.

A principal obra de Richard A. Posner a abordar a temática da responsabilidade civil é *Economic Analysis of Law*. Outra obra desse autor a tratar da responsabilidade civil foi *The Economic Structure of Accidental Law*, escrita em conjunto com William Landes³⁵⁴. Além dos dois livros, o tema também foi tratado por Richard A. Posner nos textos

³⁵¹ MENDONÇA, Diogo Naves. **Análise econômica da responsabilidade civil: o dano e sua quantificação**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 43.

³⁵² BATTESINI, Eugênio. **Direito e economia: novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil**. São Paulo: LTr, 2011, p. 33-35.

³⁵³ BATTESINI, Eugênio. *Op. cit.*, p. 56.

³⁵⁴ ACCIARRI, Hugo A. **Elementos da análise econômica do direito de danos**. Coord. RIBEIRO, Marcia Carla. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 35-36.

“A Theory of Negligence” e “Strict Liability: a Comment”, publicados no *Journal of Legal Studies*³⁵⁵.

Steven Shavell publicou o livro *Economic Analysis of Accident Law*, que se diferencia das obras de Ronald Coase e Guido Calabresi por realizar um tratamento matemático na abordagem da responsabilidade civil³⁵⁶. Por meio de modelos teóricos que consideram elementos dos acidentes unilaterais e bilaterais, bem como o nível de precaução e de atividade das partes, o economista realiza a análise normativa e positiva da responsabilidade civil. No campo positivo, o autor investiga os efeitos de aplicação das regras de responsabilidade civil e, na seara normativa, avalia se, considerando o critério do bem-estar social, determinada norma é adequada para minimizar os custos totais dos acidentes.

A análise econômica da responsabilidade civil avalia o comportamento e a contribuição das partes na prevenção e na ocorrência dos acidentes, bem como investiga as regras de responsabilidade que incentivam a adoção de precaução e sua relação com a redução dos custos totais dos acidentes, englobando não apenas os custos com os danos, mas também os custos de prevenção e os custos considerados administrativos.

No campo da responsabilidade civil, a análise econômica positiva adota como paradigma a existência de um ser racional que escolhe o nível de atividade e de precaução no exercício dessa atividade, considerando o risco de ocorrência do dano. Já na análise normativa, o objetivo é o bem-estar social; em razão disso, avalia qual das regras de responsabilidade, entre as existentes, constitui a melhor alternativa para alcançar o objetivo pretendido.

De acordo com Pablo Salvador e Carlos Gómez, o estudo da temática sob o viés econômico permite analisar a influência da responsabilidade civil no bem-estar da sociedade, pois (i) incentiva a adoção de medidas de precaução para redução dos riscos de acidentes; (ii) atribui o risco pelas perdas sofridas, impondo o dever de reparar; (iii) atribui os custos de gestão do sistema contratual, legal e judicial da

³⁵⁵ BATTESINI, Eugênio. BATTESINI, Eugênio. **Direito e economia: novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil**. São Paulo: LTr, 2011, p. 65.

³⁵⁶ ACCIARRI, Hugo A. **Elementos da análise econômica do direito de danos**. Coord. RIBEIRO, Marcia Carla. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 35-36.

responsabilidade civil; (iv) afeta a distribuição de renda nos casos em que ofensores e vítimas são distintos e possuem diferentes níveis de renda³⁵⁷.

A importância dessa nova abordagem na apreciação da responsabilidade é observada por Diogo Naves Mendonça ao afirmar que

Esta nova postura, ao permitir a apreciação, entre outros fatores, de qual das partes estava em melhor posição para ter evitado o dano, faz com que a responsabilidade civil seja não apenas uma ferramenta de reparação de danos, mas também um meio de atribuição de riscos e, especialmente, um instrumento capaz de reduzir as situações danosas e os custos delas decorrentes³⁵⁸.

De acordo com Antônio José Maristrello Porto, o estudo da responsabilidade civil na perspectiva da Análise Econômica do Direito tem por objetivo determinar qual regra de responsabilização oferece “incentivos adequados para que os agentes adotem níveis ótimos de precaução”³⁵⁹. Nesse sentido, Pablo Salvador e Carlos Gómez enfatizam que a responsabilidade civil visa minimizar as influências negativas que a atividade de determinada pessoa possa ter sobre o bem-estar dos demais³⁶⁰.

No entanto, os níveis de precaução dos agentes diferem conforme a modalidade de responsabilidade observada (objetiva ou subjetiva) e o tipo de acidente, isto é, se unilateral ou bilateral. Nos acidentes unilaterais, o nível de precaução da vítima é irrelevante para a determinação dos custos sociais, pois apenas o comportamento do potencial ofensor tem influência no nível de risco do acidente e na sua redução. Nos acidentes bilaterais, tanto a vítima como o potencial ofensor podem adotar medidas de precaução para redução dos riscos de acidente.

A teoria da responsabilidade subjetiva fundamenta-se na existência da culpa, isto é, na ausência de adoção de nível de precaução adequado

³⁵⁷ SALVADOR, Pablo; GÓMEZ, Carlos. El derecho de daños y la minimización de los costes de los accidentes. **Revista Sub Judice: Justiça e Sociedade**, n. 34, Parte II, p. 17, jan./mar. 2006.

³⁵⁸ MENDONÇA, Diogo Naves. **Análise econômica da responsabilidade civil: o dano e sua quantificação**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 53.

³⁵⁹ PORTO, Antônio José Maristrello. Análise econômica da responsabilidade civil. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 181.

³⁶⁰ SALVADOR, Pablo; GÓMEZ, Carlos. *Op. cit.*, p. 11.

pelo ofensor. Desse modo, a análise econômica da responsabilidade civil avalia a probabilidade de dano na hipótese de serem adotadas medidas de precaução, quando os custos dessa prevenção forem inferiores aos custos de eventuais danos³⁶¹.

Portanto, a exigência de adoção de nível de precaução em relação a um padrão prefixado faz com que ocorra uma interação entre as concepções econômica e jurídica de responsabilidade civil, como observa Eugênio Battesini:

Constata-se, pois, que o centro de gravidade da conexão entre a teoria jurídica e a teoria econômica da responsabilidade subjetiva reside na função de controle da diligência da conduta, no estabelecimento de parâmetros que permitam determinar o nível de precaução exigido na execução de atividades com risco de acidentes, ou seja, de um padrão e análise que pautem a prática jurídica nas tarefas de comparação do comportamento dos indivíduos e de aferição de culpa no comportamento lesivo³⁶².

Nesse sentido, ganha destaque a fórmula desenvolvida por Learned Hand para análise da negligência na *common law*. Na investigação da responsabilidade pela reparação do sinistro, o juiz norte-americano examina a probabilidade de ocorrência do fato, a gravidade do dano e se a precaução à disposição do agente seria suficiente para prevenir o evento.

Ainda que a tese desenvolvida pelo juiz Hand seja direcionada ao sistema da *common law*, ela também é utilizada, ainda que com menor aceitação, nos sistemas jurídicos que adotam a *civil law*. A Corte Alemã, no processo movido por um motorista que exigia do Poder Público uma indenização por ter derrapado na pista em razão da formação repentina de gelo na pista, entendeu que não havia responsabilidade do Poder Público pelo ocorrido, na medida em que era praticamente impossível a manutenção de segurança em toda extensão das vias públicas³⁶³.

Na responsabilidade objetiva, porém, não há discussão da culpa. No entanto, a ausência do referido elemento não afasta a importância do

³⁶¹ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Trad. Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 374.

³⁶² BATTESINI, Eugênio. **Direito e economia: novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil**. São Paulo: LTr, 2011, p. 207.

³⁶³ BATTESINI, Eugênio. *Op. cit.*, p. 217.

estudo da prevenção no âmbito da análise econômica dos danos, na medida em que o nível de precaução adotado refletirá no valor de eventual indenização e nos custos sociais do evento danoso. De acordo com Hugo A. Acciarri, a causa dos danos na responsabilização objetiva “depende unicamente da prevenção, e prevenir menos, gerará maiores indenizações”³⁶⁴.

A prevenção está vinculada à natureza do dano e à sua avaliação, isto é, ao objeto protegido pelo ordenamento jurídico e à valoração do dano sofrido. A avaliação do dano influencia o nível de prevenção adotado, pois, segundo Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau, uma “superavaliação sistemática levará a muita precaução”³⁶⁵, enquanto a subavaliação pode levar ao aumento de eventos danosos. Desse modo, a mensuração realista do dano é fundamental para a fixação de medidas de prevenção adequadas e a redução dos custos sociais.

Fator que também interfere na escala de prevenção adotada é a situação de solvência do agente causador do dano. Na hipótese de o causador dos danos não possuir ativos suficientes para fazer frente à indenização, seus incentivos para adotar medidas de precaução serão nulos ou reduzidos. Nesse sentido, Hugo A. Acciarri afirma que “a possibilidade de deparar-se com a obrigação de indenizar constitui uma ameaça menos grave quanto menor for a solvibilidade do potencial causador do dano”³⁶⁶.

Outro elemento essencial na análise econômica da responsabilidade civil é o nexa de causalidade, isto é, a existência de conexão entre o dano e a conduta do agente. O ordenamento jurídico brasileiro adota a “teoria da causalidade direta ou imediata”³⁶⁷, ou seja, considera fator determinante para a fixação do nexa a causa jurídica diretamente vinculada ao evento, sem considerar a interferência de outras condições. Portanto, o dever de indenizar somente existe se o dano se ligar diretamente à ação ou omissão do ofensor.

Na perspectiva econômica, o nexa causal relaciona-se à prevenção e à previsibilidade do dano. O nível de prevenção adotado e a probabilidade de ocorrência do dano servem de parâmetro para o

³⁶⁴ ACCIARRI, Hugo A. **Elementos da análise econômica do direito de danos**. Coord. RIBEIRO, Marcia Carla. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 41.

³⁶⁵ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Trad. Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 380.

³⁶⁶ ACCIARRI, Hugo A. *Op. cit.*, p. 77.

³⁶⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 52.

estabelecimento de uma relação de causalidade, pois podem influenciar na redução dos custos sociais.

De acordo com Steven Shavell, a definição de causa principal para ocorrência do dano possui relevância na determinação do nível ótimo de precaução. Para indicar a causa principal do evento danoso, o autor faz a análise comparativa entre duas ações, a que ocasionou o evento danoso e uma segunda ação. Assim, a ação do agente será considerada causa principal quando se observar que a prática da segunda ação poderia resultar em consequência diversa da analisada. Desse modo, a determinação do nexos de casualidade investiga se o nível de precaução do agente poderia alterar a consequência do evento danoso, ressaltando que há situações em que as medidas de precaução, ainda que adotadas, são inócuas para impedir os prejuízos, o que deve ser considerado no momento de imputação da responsabilidade³⁶⁸.

Além das questões abordadas acima, a investigação da origem contratual ou extracontratual da obrigação de indenizar também desempenha papel importante na compreensão da responsabilidade civil na perspectiva da Análise Econômica do Direito.

A responsabilidade civil por acidentes na relação de emprego, de acordo com Eugênio Battesini, é semelhante à responsabilização na relação de consumo, tendo em vista que ambas operam em “contexto contratual-mercadológico” e sofrem influência do nível de informação e de sua distribuição entre as partes³⁶⁹.

Para Steven Shavell, na relação de consumo, por exemplo, o comportamento da empresa (potencial ofensor) é influenciado tanto pela probabilidade de reparação do dano como pela percepção de risco que o consumidor possui do produto, na medida em que isso afeta a sua intenção de compra. Ainda de acordo com o autor norte-americano, o consumidor somente comprará o produto se a sua utilidade for superior ao preço total percebido, que corresponde ao preço de venda do produto acrescido da expectativa das perdas decorrentes do acidente eventualmente não cobertas pela indenização³⁷⁰.

Os danos sofridos pelo empregado em decorrência do assédio moral no ambiente de trabalho podem ter caráter contratual ou extracontratual, a depender do agente causador do dano. No assédio

³⁶⁸ SHAVELL, Steven. **Economic Analysis of Accident Law**. Cambridge: Harvard University Press, 2007, p. 104-107.

³⁶⁹ BATTESINI, Eugênio. **Direito e economia**: novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil. São Paulo: LTr, 2011, p. 166.

³⁷⁰ SHAVELL, Steven. *Op. cit.*, p. 51-52.

praticado pelo empregador ou seu preposto, o dever de indenizar decorre da inexecução de obrigação contratual relacionada ao dever de urbanidade. Já nas situações em que o assédio ocorre horizontalmente, ou seja, é praticado por colegas de trabalho da vítima, o assédio deve ser analisado de duas perspectivas diferentes, sob o enfoque da responsabilidade extracontratual em relação ao colega de trabalho e na perspectiva contratual por eventual ato omissivo do empregador.

A abordagem de estudo da responsabilidade, contratual ou extracontratual, pode se dar de forma positiva ou normativa. A primeira investiga a relação entre as partes, para interpretação e aplicação das normas de responsabilidade, de acordo com a teoria econômica. Já a segunda analisa o ordenamento jurídico, visando à criação de regras de responsabilização com “objetivos socialmente relevantes, como a prevenção dos acidentes, a minimização dos custos dos acidentes e a dispersão social dos riscos dos acidentes”³⁷¹.

De acordo com Pablo Salvador e Carlos Gómez, a análise positiva da responsabilidade civil investiga o comportamento racional do indivíduo considerando o nível de aversão ao risco e a probabilidade de ocorrência do dano, enquanto a análise normativa busca analisar se determinada norma atinge o objetivo social desejado³⁷².

O estudo tradicional da responsabilidade civil parte do “dever geral de cuidado”, enquanto na perspectiva da Análise Econômica do Direito adota-se “um conceito de precaução instrumental, avaliado a partir de sua capacidade de promover a eficiência econômica”³⁷³.

Portanto, a eficiência desempenha papel central na Análise Econômica do Direito; diante disso, importante para o desenvolvimento da pesquisa em questão o seu estudo de forma mais detalhada.

3.2 A EFICIÊNCIA NA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

A eficiência constitui a principal problemática da economia neoclássica. A importância da temática decorre principalmente da

³⁷¹ BATTESINI, Eugênio. **Direito e economia**: novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil. São Paulo: LTr, 2011, p. 98-99.

³⁷² SALVADOR, Pablo; GÓMEZ, Carlos. El derecho de daños y la minimización de los costes de los accidentes. **Revista Sub Judge: Justiça e Sociedade**, n. 34, Parte II, p. 16-17, jan./mar. 2006.

³⁷³ PORTO, Antônio José Maristrello. Análise econômica da responsabilidade civil. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 182.

escassez dos recursos naturais, do capital e do trabalho, exigindo a alocação eficiente dos recursos³⁷⁴. De acordo com Diego R. Coutinho, “operar eficientemente significa obter resultados desejáveis com o mínimo de dispêndio de recursos”³⁷⁵.

A relevância da eficiência é reforçada pelos ensinamentos de Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau, ao afirmarem que “os economistas se esforçam, geralmente, para demonstrar que um dado arranjo é eficiente ou que tal mudança poderia levar à eficiência”³⁷⁶, isto é, a maximização de ganhos ou redução dos custos. Portanto, a eficiência envolve uma relação de custos e benefícios.

A escolha pela utilização da eficiência como critério de análise pela economia decorre de sua mensuração objetiva, diferentemente do que ocorre com o critério de justiça, carregada de subjetividade e conceitos éticos e metafísicos³⁷⁷. Porém, isso não impede nem afasta a noção de justiça, pois a Análise Econômica “é incapaz de dizer o que é justo, o que é certo ou errado. Essas categorias encontram-se no mundo dos valores e, são, portanto, questões subjetivas”³⁷⁸.

No entanto, a Análise Econômica do Direito não pretende excluir a noção de justiça ou mesmo restringir as questões jurídicas à aplicação de teorias ou conceitos econômicos. A juseconomia, como método de investigação, pretende auxiliar os juristas na compreensão da realidade social e na busca de suas soluções. Nesse sentido, a Análise Econômica do Direito contribui para identificar o que é injusto, pois todo desperdício é injusto.

Diogo Naves Mendonça, ao analisar a eficiência e a justiça, afirma que:

³⁷⁴ KAUFMAN, Bruce E. The Economics of Regulation the Labor Market. In: DAU-SCHMIDT, Kenneth G.; HARRIS, Seth D.; LOBEL ORLY (org.). **Labor and Employment Law and Economics**. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2009, p. 6.

³⁷⁵ COUTINHO, Diogo R. **Direito e economia política na regulação de serviços públicos**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 25.

³⁷⁶ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Trad. Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 668-669.

³⁷⁷ KAUFMAN, Bruce E. *Op. cit.*, p. 7-8.

³⁷⁸ PORTO, Antônio José Maristrello. Análise econômica da responsabilidade civil. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 27.

[...] a visão do direito como instrumento de realização da justiça não afasta um ponto de vista que enxergue como meio de realização da eficiência na concretização dos objetivos sociais. Não há razão, por exemplo, para que se elimine a avaliação de eficiência na escolha entre duas soluções justas. Aliás, não raramente a solução justa será a solução eficiente, por uma própria coincidência prática entre os valores *impostos* pela ordem jurídica e a equação *proposta* pela teoria econômica³⁷⁹.

A Análise Econômica do Direito possui quatro premissas acerca da justiça, que podem ser assim resumidas: (a) a realização da eficiência no mercado e no comércio não depende da justiça; (b) a maximização do bem-estar social e da riqueza ocorre antes pela doação de uma quantia fixa do que pela regulação do mercado; (c) efetuar a promoção da justiça ou redistribuição da riqueza através do direito ou de medidas regulatórias que influenciem na competitividade do mercado ocasiona perdas na eficiência e torna o mercado ineficiente e não equitativo; (d) um sistema de mercado competitivo visa maximizar a eficiência, bem como alcançar resultados justos e equitativos³⁸⁰.

Diogo Naves Mendonça esclarece que, “enquanto a eficiência corresponde ao tamanho do bolo, a equidade cuida da maneira pela qual ele será dividido”, completando que o problema surge quando esta divisão tem que ser desigual³⁸¹.

No entanto, o vocábulo *eficiência* possui diversas definições, pois se modifica conforme o critério utilizado para determinar o que seja ganho. Na teoria de Pareto, por exemplo, considera-se ganho a alocação de recursos que produz ganhadores e nenhum perdedor, o que difere do critério de Kaldor e Hicks.

A eficiência pode ser analisada a partir de diversos critérios. Desse modo, os tópicos seguintes abordarão três concepções distintas: a

³⁷⁹ MENDONÇA, Diogo Naves. **Análise econômica da responsabilidade civil: o dano e sua quantificação**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 31.

³⁸⁰ KAUFMAN, Bruce E. The Economics of Regulation the Labor Market. In: DAU-SCHMIDT, Kenneth G.; HARRIS, Seth D.; LOBEL ORLY (org.). **Labor and Employment Law and Economics**. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2009, p. 8.

³⁸¹ MENDONÇA, Diogo Naves. *Op. cit.*, p. 23.

eficiência segundo o Ótimo de Pareto, segundo o critério Kaldor-Hicks e segundo o princípio da eficiência econômica social.

3.2.1 O Ótimo de Pareto

A noção de eficiência ligada à economia neoclássica está relacionada ao Ótimo de Pareto, desenvolvido por Vilfredo Pareto, economista do bem-estar e catedrático da Universidade de Lausanne, na Suíça³⁸².

A alocação de recursos pode gerar uma melhora ou pode ser considerada ótima. A melhora de Pareto ocorre quando a alocação de recursos melhora a situação de uma pessoa, sem piorar a do outro; já a alocação ótima ocorre “quando não for possível realizar novas melhoras de Pareto”³⁸³. Hugo A. Acciarri descreve a melhora paretiana como “uma variação que melhora ao menos um sujeito”, sem prejudicar outro, esclarecendo que, quando a situação não deixa margem para nenhuma melhoria de Pareto, tem-se uma alocação ótima ou “eficiente no sentido de Pareto”³⁸⁴.

O Ótimo de Pareto está vinculado à distribuição ideal de bens, em que o aumento do bem-estar de um indivíduo não pode implicar redução do bem-estar de outro.

Segundo Richard A. Posner, uma transação superior no sentido de Pareto será aquela que melhora a situação de uma pessoa sem piorar a do outro, o que, todavia, tem pouca aplicabilidade prática, na medida em que a maioria das transações acarreta efeitos para terceiros³⁸⁵.

³⁸² “A economia do bem-estar é o ramo da análise econômica que se preocupa com a descoberta de princípios para maximizar o bem-estar. [...] vários colaboradores para a economia concentram-se [...] nestes dois itens ou em apenas um deles: (1) definição da otimização do bem-estar e análise de como alcançar o bem-estar máximo; (2) identificação de fatores que impeçam a realização do bem-estar máximo.” Dentre os teóricos da economia do bem-estar estão “Pareto, Pigou, Von Mises, Lange, Arrow e Buchanan” (BRUE, Stanley L. **História do pensamento econômico**. São Paulo: Thomson Learning, 2006, p. 393).

³⁸³ SALAMA, Bruno Meyerhof. **A história do declínio e queda do efficientismo na obra de Richard Posner**. Disponível em: <https://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/35/>. Acesso em: 16 dez. 2016.

³⁸⁴ ACCIARRI, Hugo A. **Elementos da análise econômica do direito de danos**. Coord. RIBEIRO, Marcia Carla. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 27.

³⁸⁵ POSNER, Richard A. **El análisis económico del derecho**. 2. ed. México: FCE, 2007, p. 39.

A *otimização de Pareto* tem por objetivo o bem-estar máximo, ocorrendo:

[...] quando já não há mudanças capazes de deixar uma pessoa em melhor situação, sem deixar outras em situação pior. Isso implica que a sociedade não pode reorganizar a alocação de recursos ou a distribuição de bens e serviços de modo a ajudar uma pessoa e prejudicar outra. Assim, o estado ótimo de Pareto implica (1) uma distribuição ideal de bens entre os consumidores, (2) uma alocação técnica ideal de recursos e (3) quantidades ideais de produção³⁸⁶.

De acordo com o critério de Pareto, uma decisão será eficiente sempre que a alocação de recursos apresentada for a melhor forma existente de aumentar o bem-estar do indivíduo sem prejudicar o outro.

A eficiência nos meios de produção, segundo a noção de Ótimo de Pareto, verifica-se quando a alocação de recursos entre as firmas “permita produzir mais de um bem sem reduzir a produção de outro bem”³⁸⁷.

No entanto, mesmo sendo considerado um critério nem sempre adequado, a otimização de Pareto auxiliou os “economistas a entenderem melhor as condições para a eficiência da economia e para seu significado de bem-estar”³⁸⁸.

Desse modo, é a partir do critério de Pareto que se desenvolve o estudo da eficiência e a concepção de novos critérios.

3.2.2 O critério Kaldor-Hicks

Considerando a dificuldade de observação prática de uma alocação ótima no sentido de Pareto, os economistas Nicholas Kaldor e John Hicks propuseram um novo conceito de eficiência, conhecido como critério Kaldor-Hicks. De acordo com o referido critério, uma alocação será eficiente quando os ganhos dos indivíduos beneficiados por essa alocação “excedam as perdas dos outros indivíduos”³⁸⁹.

³⁸⁶ BRUE, Stanley L. **História do pensamento econômico**. São Paulo: Thomson Learning, 2006, p. 394.

³⁸⁷ COUTINHO, Diego R. **Direito e economia política na regulação de serviços**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 25.

³⁸⁸ BRUE, Stanley L. *Op. cit.*, p. 394.

³⁸⁹ COUTINHO, Diego R. *Op. cit.*, p. 27.

Richard A. Posner adota o critério de eficiência trazido por Kaldor-Hicks por entendê-lo mais adequado, pois a transação será considerada eficiente, segundo esse critério, sempre que o dano eventualmente causado a terceiro seja menor que o benefício decorrente da transação efetivada³⁹⁰.

Desse modo, o critério de Kaldor-Hicks considera eficiente uma mudança quando as perdas e ganhos puderem ser compensadas.

Nesse sentido, Everton Gonçalves das Neves e Joana Stelzer enfatizam a utilidade do critério Kaldor-Hicks para a adjudicação de direitos, na medida em que nem sempre as externalidades positivas e negativas das ações são computadas na tomada de decisões³⁹¹.

As externalidades ocorrem quando, no exercício de determinada atividade, nem todos os custos e benefícios recaem sobre a unidade responsável, isto é, quando parte desses custos e benefícios não é absorvida pelo agente, sendo transferida para outra parte ou a terceiros³⁹². As externalidades são consideradas negativas quando impõem custos a outros e positivas quando beneficiam a outra parte.

A principal diferença entre a noção de eficiência trazida por Kaldor-Hicks e a concepção paretiana refere-se à compensação dos prejudicados, que, para Kaldor-Hicks não é obrigatória, e “pode por sua vez ser apenas hipotética e não real”³⁹³.

Na concepção Kaldor-Hicks, uma alocação de recursos pode ser eficiente ainda que existam perdedores, pois a eficiência está vinculada à possibilidade de os ganhadores compensarem os perdedores, “mesmo que efetivamente não o façam”³⁹⁴.

³⁹⁰ POSNER, Richard A. **El análisis económico del derecho**. 2. ed. México: FCE, 2007, p. 39-40.

³⁹¹ GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. Eficiência e direito: pecado ou virtude, uma incursão pela Análise Econômica do Direito. **Revista Jurídica da Faculdade de Direito do UNICURITIBA**, Curitiba, PR, Unicuritiba, Revista Eletrônica, v. 1, n. 28. 2012. p. 77-122. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/412/317>>. Acesso em: 16 dez. 2016.

³⁹² NUSDEO, Fábio. **Curso de economia**: introdução ao direito econômico. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 124.

³⁹³ COUTINHO, Diego R. **Direito e economia política na regulação de serviços**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 28.

³⁹⁴ SALAMA, Bruno Meyerhof. **A história do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner**. Disponível em: <https://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/35/>. Acesso em: 16 dez. 2016.

Portanto, a utilização do critério Kaldor-Hicks para análise da eficiência tem aplicação mais efetiva, pois, de forma diferente do ocorre no critério adotado por Pareto, não se exige a melhora de todos os agentes ou a ausência de perdedores na alocação de recursos.

3.2.3 O princípio da eficiência econômico-social

O desenvolvimento da sociedade é um movimento complexo e interdisciplinar. Diante disso, a compreensão do próprio direito apenas sob a ótica da dogmática jurídica é distorcida e incompleta, pois a interação da ciência jurídica com as demais ciências sociais, como a economia, é essencial para seu entendimento.

O direito e a economia possuem traços distintivos em sua metodologia de análise:

É que enquanto a crítica econômica se dá pelo custo, a crítica jurídica se dá pela legalidade, enquanto o direito é exclusivamente verbal, a economia é também matemática; enquanto o direito é marcadamente hermenêutico, a economia é marcadamente empírica, enquanto o direito aspira ser justo, a economia aspira ser científica³⁹⁵.

Porém, essa distinção não impede que exista interdisciplinaridade entre as duas ciências, com uma análise do direito a partir de uma visão econômica e socialmente integradora.

A fim de possibilitar a realização de direitos individuais e coletivos de forma eficaz e eficiente, sem desconsiderar as questões sociais e humanas, Gonçalves e Stelzer³⁹⁶ desenvolvem o Princípio da Eficiência Econômico-Social.

Destacam os referidos autores que a análise econômica dos custos e benefícios, que considera apenas critérios distributivos, leva a situação

³⁹⁵ SALAMA, Bruno Meyerhof. **A história do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner.** Disponível em: <https://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/35/>. Acesso em: 16 dez. 2016.

³⁹⁶ GONCALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. Princípio da eficiência econômico-social no direito brasileiro: a tomada de decisão normativo-judicial. **Sequência (Florianópolis)** [on-line], n. 68, p. 261-290, 2014. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2013v35n68p261>>. Acesso em: 05 maio 2015.

de carência a determinados grupos, pois prioriza o lucro de uns em detrimento de outros; da mesma forma que a distribuição regressiva, sem considerar a eficiência na tomada decisão, leva à criação de injustiças.

Desse modo, a intervenção estatal, por meio da regulação da atividade econômica, deve buscar a eliminação do desequilíbrio social pela compensação dos desfavorecidos e de elaboração e aplicação de normas economicamente eficientes, “maximizando-se resultados esperados quando da adjudicação de direitos ou da determinação de obrigações”³⁹⁷.

Nesse sentido, a adoção do Princípio da Eficiência Econômico-Social mostra-se instrumento importante para adjudicação eficiente de direitos, de forma a garantir a segurança jurídica cominada com a racionalidade econômica e o formalismo jurídico, considerando o reflexo social e os custos sociais decorrentes das externalidades.

De acordo com os autores dessa teoria, a análise da eficiência segundo o Princípio da Eficiência Econômico-Social considera: (a) a inclusão do maior número de variáveis possíveis no cálculo custo-benefício; (b) a totalidade dos agentes envolvidos na alocação de recursos, inclusive aqueles que venham a ser atingidos pela adjudicação; (c) que a distribuição e a redistribuição de recursos devem considerar a eficiência econômica e social; (d) que a apreciação de determinada situação deve considerar a eliminação das externalidades individuais ou coletivas; e (e) que a avaliação do sistema jurídico deve ser realizada a partir de incentivos que conduzam ou inibam ações sociais.

Portanto, necessária à visão inovadora de criação e análise do direito “a utilização de critérios econômicos harmonizados com objetivos de justiça e bem-estar social”³⁹⁸, reduzindo, assim, as externalidades na adjudicação de direitos e tornando eficiente a tomada de decisão.

3.3 AS TEORIAS DE COASE, CALABRESI E POSNER E A ANÁLISE ECONÔMICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A temática da responsabilidade civil abordada sob a ótica da teoria econômica teve papel importante no desenvolvimento do segundo

³⁹⁷ GONCALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. Princípio da eficiência econômico-social no direito brasileiro: a tomada de decisão normativo-judicial. **Sequência (Florianópolis)** [on-line], n. 68, p. 273, 2014. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2013v35n68p261>>. Acesso em: 05 maio 2015.

³⁹⁸ *Idem, ibidem*, p. 275.

movimento Direito e Economia, denominado Análise Econômica do Direito.

Entre os principais autores que desenvolveram trabalhos relacionados à responsabilidade civil estão Ronald H. Coase e Guido Calabresi, e posteriormente Richard A. Posner e Steven Shavell, cujas principais ideias serão abordadas nos tópicos seguintes.

3.3.1 O problema do custo social de Coase

Ronald Harry Coase foi um economista nascido na Inglaterra que emigrou para os Estados Unidos em 1951, apesar de ter estudado no país norte-americano em períodos anteriores. Segundo Antonio Carlos Ferreira e Patrícia Cândido Alves Ferreira, a atuação de Ronald Coase como “pesquisador no Center for Advanced Studies in Behavioral Sciences, vinculado à Universidade de Stanford, na Califórnia”, que tinha por objetivo “desenvolver pesquisas interdisciplinares sobre o comportamento humano”³⁹⁹, serviu de base para a elaboração do artigo “O problema do custo social”.

O texto acima referido é considerado um dos alicerces da *Law & Economics* e “o ponto de partida da Nova Economia Institucional”⁴⁰⁰. Para o economista inglês, “as questões jurídicas também podem afetar questões econômicas e vice-versa, já que ambas envolvem a alocação de recursos escassos”⁴⁰¹. Nesse sentido, Eugênio Battesini destaca que para Ronald Coase é desejável que “a conformação do sistema jurídico seja feita considerando os fatores econômicos, juntamente com o conjunto de fatores sociais relevantes”⁴⁰².

No artigo em questão, Ronald Coase investiga a questão das externalidades negativas, ou seja, os prejuízos causados a terceiro pelas empresas, criticando a abordagem tradicional que analisa a obrigação de indenizar sem levar em consideração o produto total e possíveis arranjos alternativos. Além disso, desaprova as propostas que veem na tributação a solução para o problema, afirmando que:

³⁹⁹ COASE, Ronald Harry. **A firma, o mercado e o direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. xxv.

⁴⁰⁰ ACCIARRI, Hugo A. **Elementos da análise econômica do direito de danos**. Coord. RIBEIRO, Marcia Carla. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 29.

⁴⁰¹ COASE, Ronald Harry. *Op. cit.*, p. xxviii.

⁴⁰² BATTESINI, Eugênio. **Direito e economia**: novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil. São Paulo: LTr, 2011, p. 49.

Os economistas modernos tendem a raciocinar somente em termos de tributação, o que fazem de forma muito precisa. Os tributos deveriam ser iguais aos prejuízos causados e, portanto, deveriam variar de acordo com o valor do efeito nocivo. Como não se propõe que os tributos recolhidos sejam pagos aos que sofreram os danos, esta solução não é análoga àquela que obrigaria uma empresa a indenizar os indivíduos prejudicados por seus atos, embora, de modo geral, os economistas pareçam não ter observado este aspecto e tendam a tratar as duas soluções como se fossem idênticas. [...]. Um sistema tributário que se limitasse a tributar um produtor pelos danos causados tenderia a provocar custos excessivamente elevados para a prevenção de danos⁴⁰³.

Para ele, a externalidade é um problema de natureza recíproca, e “a abordagem tradicional tende a obscurecer a natureza da escolha feita”⁴⁰⁴, pois, na situação em que A causa um prejuízo a B, o problema não está em proibir ou onerar a atividade desenvolvida por A, mas sim em verificar se se deve permitir que A prejudique B ou que B prejudique A. Portanto, o problema a ser analisado é evitar o prejuízo mais grave.

Para Ronald Coase,

O problema que enfrentamos ao lidar com atos que tenham efeitos nocivos não é simplesmente coibir os responsáveis. O que precisa ser decidido é se o ganho obtido em impedir o dano é maior do que a perda que seria sofrida em outra parte como resultado da interrupção do ato que produziu o dano⁴⁰⁵.

Ronald Coase aborda o sistema de responsabilidade a partir de duas situações distintas, inicia a análise com casos em que não há custos de transação, para em seguida estudar as situações em que existem custos envolvidos.

⁴⁰³ COASE, Ronald Harry. **A firma, o mercado e o direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 150-151.

⁴⁰⁴ *Idem, ibidem*, p. 96.

⁴⁰⁵ *Idem, ibidem*, p. 131.

Os custos de transação envolvem custos de informações para elaboração do contrato, de fiscalização, entre outros. “Para Coase, os custos de transação são o que impede duas pessoas de chegarem a um entendimento que parece proveitoso para elas”⁴⁰⁶.

De acordo com o economista, a realocação de direitos pelo mercado quando não há custo de transação independe do sistema legal e ocorrerá sempre que levar ao aumento do valor de produção; no entanto, adverte que essa situação é pouco realista, pois as transações são geralmente custosas. Na ausência de custos de transação, “a alocação inicial dos direitos na propriedade sobre os bens não irá afetar a utilização final dos mesmos: pelo contrário, qualquer que seja a atribuição de direitos, os bens se destinarão às suas finalidades mais valiosas”⁴⁰⁷.

A realocação de direitos quando há custos de transação somente ocorre quando o aumento da produção for maior do que o custo para rearranjo desses direitos. Nas situações em que o aumento da produção é menor que os custos de efetivação dos direitos, a concessão de ordem judicial ou a aplicação das regras de responsabilidade pode acarretar no “encerramento de uma atividade [...] que seria empreendida se as transações de mercado ocorressem sem custo”⁴⁰⁸.

A alocação de recursos efetuada pelo mercado em ambiente de livre concorrência seria, para Ronald Coase, mais eficiente do que aquela decorrente da intervenção estatal, que “dissiparia recursos e reduziria o bem-estar da sociedade”⁴⁰⁹.

No entanto, quando os custos para atingir o melhor arranjo na atribuição de direitos forem elevados, impossibilitando a própria alocação pelo mercado, a delimitação inicial de direito pelo sistema jurídico seria a solução para alocação ótima de direitos. Ronald Coase complementa ainda que nas situações em que os custos de administração para a firma sejam tão elevados que impeçam a resolução do problema dentro da própria firma, a solução alternativa seria o governo impor regras que estabeleçam o que deve e o que não deve ser feito.

O trabalho de Ronald Coase “foi o ponto de partida para análises mais refinadas sobre o efeito que as diferentes regras de responsabilidade

⁴⁰⁶ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Trad. Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 218.

⁴⁰⁷ ACCIARRI, Hugo A. **Elementos da análise econômica do direito de danos**. Coord. RIBEIRO, Marcia Carla. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 30.

⁴⁰⁸ COASE, Ronald Harry. *Op. cit.*, p. 115.

⁴⁰⁹ *Idem, ibidem*, p. xxxvii.

têm sobre o comportamento humano em relação ao objetivo da eficiência econômica”⁴¹⁰.

Portanto, a análise do custo de transação efetuada por Ronald Coase trouxe nova abordagem para a questão da alocação de recursos no âmbito da responsabilidade civil.

3.3.2 O custo dos acidentes de Calabresi

A reação da população ao aumento do número de acidentes e das taxas de seguro fez renascer o interesse pela legislação acidentária, o que levou Guido Calabresi a publicar em 1970 o livro *The Cost of Accidents, a Legal and Economic Analysis*⁴¹¹. Anteriormente à publicação do livro, o jurista italiano escreveu o artigo “Algumas considerações sobre a distribuição de riscos e o direito dos danos”⁴¹².

Segundo Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau, Guido Calabresi foi o primeiro a demonstrar ser possível o estudo da responsabilidade civil sob o enfoque da análise econômica⁴¹³.

A teoria econômica sugere uma abordagem para tomadas de decisões; porém, quando essa decisão coloca em situação contraposta temas como a vida e o dinheiro, a questão, conforme defende Guido Calabresi, não pode ser decidida apenas monetariamente, e o método do mercado não é o único a ser adotado⁴¹⁴. Eugênio Battesini, ao estudar o sistema de responsabilidade desenvolvido pelo jurista italiano, esclarece que:

Acrescentando à análise a premissa básica de que a sociedade não almeja evitar a ocorrência de acidentes a qualquer custo, mas sim controlar os custos dos ambientes de maneira consistente com o conjunto de objetivos sociais, Guido Calabresi [...] aponta para a necessidade de ponderação dos custos e benefícios envolvidos no processo de tomada de decisão, situação que torna

⁴¹⁰ ACCIARRI, Hugo A. **Elementos da análise econômica do direito de danos**. Coord. RIBEIRO, Marcia Carla. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 32.

⁴¹¹ CALABRESI, Guido. **The Cost of Accidents, a Legal and Economic Analysis**. New Haven and London: Yale University Press, 1970, edição Kobo.

⁴¹² ACCIARRI, Hugo A. *Op. cit.*, p. 33.

⁴¹³ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Trad. Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 401.

⁴¹⁴ CALABRESI, Guido. *Op. cit.*

recomendável que o estudo das normas de responsabilidade civil seja realizado mediante a utilização de fundamentos econômicos, em adição aos fundamentos jurídicos⁴¹⁵.

Para Guido Calabresi, o sistema de responsabilidade civil deve ter dois objetivos: a justiça e a redução dos custos dos acidentes, sendo a justiça o objetivo mais difícil de ser analisado⁴¹⁶. E, ainda que se afirme que a responsabilidade baseada na culpa está relacionada à noção de justiça, não há pesquisa empírica para determinar o que é justo, e mesmo que tal pesquisa fosse realizada não haveria garantia de que seria possível determinar o que é justiça⁴¹⁷. Além disso, a definição de justiça pode mudar de um sistema para outro. Desse modo, segundo Guido Calabresi, dever-se-ia primeiro analisar os requisitos para redução dos custos dos acidentes e, com base nisso, levando-se em consideração a noção de justiça, fazer a comparação com o sistema atual. Por fim, acrescenta o jurista que essa abordagem pode não levar ao sistema mais justo, mas pode indicar as mudanças desejáveis.

O outro objetivo do sistema de responsabilidade, representado pela redução dos custos sociais, segundo Guido Calabresi, pode ser alcançado de três formas: a redução primária, a redução secundária e a redução terciária.

A *redução primária* tem por objetivo a redução do número de acidentes, “proibindo-se determinadas atos ou atividades, ou tornando mais onerosas estas ditas atividades”⁴¹⁸, de forma a diminuir sua atratividade. Esses objetivos, de acordo com Guido Calabresi, têm por base duas abordagens diferentes: a *general deterrence* ou método de mercado e a *specific deterrence* ou método da coletividade⁴¹⁹.

No *general deterrence*, o potencial ofensor do dano decide entre o benefício que terá com exercício da atividade se tomar certas medidas de precaução e o custo da indenização em caso de ocorrência do dano. Desse

⁴¹⁵ BATTESINI, Eugênio. **Direito e economia**: novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil. São Paulo: LTr, 2011, p. 51.

⁴¹⁶ CALABRESI, Guido. **The Cost of Accidents, a Legal and Economic Analysis**. New Haven and London: Yale University Press, 1970, edição Kobo.

⁴¹⁷ *Idem, ibidem*.

⁴¹⁸ ACCIARRI, Hugo A. **Elementos da análise econômica do direito de danos**. Coord. RIBEIRO, Marcia Carla. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 34.

⁴¹⁹ CALABRESI, Guido. *Op. cit.*

modo, ele decidirá “se irá empreender essa atividade ou não, e que precauções adotar neste caso”⁴²⁰.

No *specific deterrence*, a decisão sobre realizar ou não a atividade é subtraída do potencial ofensor, na medida em que “haverá uma decisão estatal que impedirá a realização de certas atividades”⁴²¹.

A segunda forma de redução dos custos dos acidentes, chamada de redução secundária, ocorre pela disseminação das perdas e sua distribuição segundo a capacidade financeira. A disseminação das perdas entre muitas pessoas, como ocorre, por exemplo, no seguro social, faz com que a distorção econômica seja menor se comparada à que ocorreria se um valor expressivo fosse exigido apenas de um indivíduo. Além disso, as pessoas preferem que uma quantia menor seja suportada por um número maior de pessoas a impor a obrigação de pagar a um único sujeito. O jurista acrescenta ainda que as pessoas com uma capacidade econômica melhor, isto é, mais ricas, seriam menos suscetíveis a sofrer distorções econômicas ou sociais substanciais, caso obrigadas a suportar determinada soma de dinheiro⁴²².

Para Guido Calabresi, o modo como as vítimas são amparadas após o acidente é crucial para a redução dos custos sociais dos acidentes, sendo que a reabilitação tardia ou incompleta da vítima acaba por transferir esses custos para a vítima e sua família. A utilização do termo *secundário* para referir-se a essa forma de redução dos custos deve-se ao fato de que esse tipo de redução somente tem início se a primeira forma de redução houver falhado⁴²³.

A redução terciária, por sua vez, visa minimizar “os custos operacionais dos sistemas administrativos e judiciais”⁴²⁴. A redução terciária, de acordo com Guido Calabresi, seria a mais importante delas, pois questiona constantemente se uma tentativa de redução dos custos dos acidentes, seja evitando-os (redução primária), seja reduzindo seus efeitos (redução secundária), é mais custosa ou mais benéfica, o que gera uma espécie de equilíbrio geral para a meta de redução de custos⁴²⁵.

⁴²⁰ ACCIARRI, Hugo A. **Elementos da análise econômica do direito de danos**. Coord. RIBEIRO, Marcia Carla. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 64.

⁴²¹ *Idem, ibidem*, p. 64.

⁴²² CALABRESI, Guido. **The Cost of Accidents, a Legal and Economic Analysis**. New Haven and London: Yale University Press, 1970, edição Kobo.

⁴²³ *Idem, ibidem*.

⁴²⁴ ACCIARRI, Hugo A. *Op. cit.* p. 35.

⁴²⁵ CALABRESI, Guido. *Op. cit.*

No sistema de responsabilidade civil proposto por Guido Calabresi, os custos primários dos acidentes deveriam ser alocados para aqueles que pudessem adotar as medidas de precaução a um menor custo, porém deveria ser suficientemente amplo para possibilitar a disseminação das perdas, permitindo, assim, que se alcancem os objetivos da redução secundária dos custos dos acidentes.

3.3.3 Posner e a regra do juiz Hand

Antes de publicar sua obra *Economic Analysis of Law*, Richard A. Posner já havia tratado da temática da responsabilidade em trabalhos anteriores. No texto “Strict Liability, a Comment”, o jurista analisa as responsabilidades subjetiva e objetiva e seus efeitos econômicos, trazendo novos elementos para discussão do tema, como a participação da vítima no evento, o nível de risco da atividade desenvolvida, os custos de litígio, a distribuição das perdas com acidentes e o nível de informação⁴²⁶. No trabalho intitulado “A Theory of Negligence”, ele defende que a principal função do sistema de responsabilidade civil baseado na culpa é gerar regras que conduzam a níveis eficientes de segurança, utilizando a fórmula aplicada pelo juiz Learned Hand para definição da negligência⁴²⁷.

O caso decidido pelo juiz Hand representa um marco na jurisprudência norte-americana por utilizar o raciocínio do pensamento econômico como razão de decidir. No caso apreciado pelo juiz, determinada empresa havia contratado uma empresa de reboque marítimo para efetuar a remoção de seus barcos para fora da área do cais do porto. Os barcos estavam sem tripulação e a empresa de reboque decidiu soltar os barcos para realinhá-los, quando um dos barcos colidiu com outra embarcação, vindo a afundar junto com a carga. A empresa proprietária dos barcos demandou a empresa rebocadora por negligência de seus operadores. Em sua defesa, a empresa rebocadora sustentou que a demandante também foi negligente ao deixar a embarcação sem tripulante. O juiz Hand, ao analisar o caso, considerou a existência de três variáveis: a probabilidade de o barco se soltar, a gravidade do dano na hipótese de o barco se soltar e o custo para adotar a precaução, decidindo

⁴²⁶ BATTESINI, Eugênio. **Direito e economia**: novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil. São Paulo: LTr, 2011, p. 66.

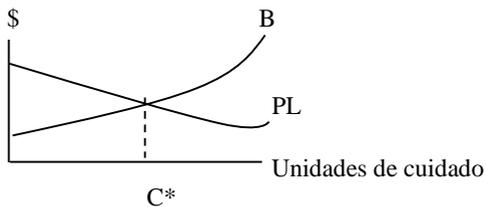
⁴²⁷ *Idem, ibidem*, p. 65.

ao final que a empresa proprietária do barco foi omissa por deixar a embarcação sem ninguém a bordo⁴²⁸.

De acordo com Diogo Naves Mendonça, a aplicação da fórmula de Hand pode ser utilizada para determinação da culpa e do nexo de causalidade. No caso da culpa, a fórmula pode ser adotada para criação de parâmetros de condutas a partir de determinado nível de eficiência. Na definição do nexo de causalidade, a regra em questão pode servir como ferramenta auxiliar na imputação do dano a uma conduta específica⁴²⁹.

O exame da relação entre os danos e os custos de precaução para minimizar ou eliminar o risco, segundo a fórmula de Hand, deve levar em consideração três variáveis: o custo marginal de precaução, o dano esperado marginal e a probabilidade marginal de ocorrência do dano⁴³⁰. A aplicação da fórmula de Hand, segundo Richard A. Posner, depende da interação dos três elementos, não sendo possível analisar qualquer dos elementos separadamente⁴³¹.

A fórmula de Hand pode ser representada pelo gráfico abaixo⁴³²:



De acordo com Richard A. Posner, o custo marginal da precaução (B) é crescente, considerando que os insumos utilizados para prevenir os danos aumentam à medida que se adotam maiores providências de

⁴²⁸ ACCIARRI, Hugo A. **Elementos da análise econômica do direito de danos**. Coord. RIBEIRO, Marcia Carla. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 25.

⁴²⁹ MENDONÇA, Diogo Naves. **Análise econômica da responsabilidade civil: o dano e sua quantificação**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 71.

⁴³⁰ PORTO, Antônio José Maristrello. **Análise econômica da responsabilidade civil**. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 180-186.

⁴³¹ POSNER, Richard A. **El análisis económico del derecho**. 2. ed. México: FCE, 2007, p. 275.

⁴³² \$ representa o custo em dólares; B representa o custo marginal da precaução; C* representa a precaução devida; PL representa a probabilidade de perda; Unidades de cuidado representam a precaução (POSNER, Richard A. *Op. cit.*, p. 273).

cautela. Logo, a eficiência ótima, ou seja, o ponto de equilíbrio (C^*) da adoção das medidas de precaução ocorrerá na intersecção das curvas representativas pelo custo esperado pelo acidente (PL) e custo marginal com a prevenção (B). Caso os custos de precaução (PL) sejam maiores do que os prejuízos que possam advir da ausência de adoção das medidas de prevenção, tem-se que a precaução nessa situação será ineficiente.

Para que aplicação da fórmula de Hand seja realizada de forma correta é importante que os efeitos da inobservância das medidas de precaução não sejam superestimados, devendo o juiz, na determinação do custo marginal da prevenção, considerar o benefício total das medidas de precaução, isto é, deve incluir na mensuração a diminuição dos riscos para terceiros e para o próprio autor do dano⁴³³.

Além da questão relacionada aos custos de precaução, na análise da responsabilidade civil, o jurista norte-americano aborda outras questões, como a diferença entre os níveis de precaução e de atividade na responsabilidade subjetiva e na responsabilidade objetiva.

Para Richard A. Posner, os tribunais raramente analisam os níveis ótimos de atividade, isto é, se o exercício da atividade é em si uma negligência ou não. Nas atividades potencialmente perigosas, a responsabilidade é objetiva, pois o risco não deixa de ser eliminado facilmente pela precaução do potencial ofensor ou pela mudança no comportamento da vítima. Nessas situações, o melhor método para controle dos acidentes é a redução de escala da atividade, a fim de interromper sua propagação enquanto se aprende mais sobre o desenvolvimento da atividade, com maior nível de segurança⁴³⁴.

Outra questão abordada pelo jurista norte-americano refere-se às hipóteses de responsabilidade conjunta, como no caso do empregado que prejudica alguém por negligência. Nessa situação, o empregador é responsável pelos ilícitos praticados por seus empregados no ambiente de trabalho, sendo a negligência do empregador caracterizada pela falha no treinamento do empregado, na sua supervisão ou ainda no fato de não tê-lo dispensado⁴³⁵.

O motivo econômico, segundo Richard A. Posner, para responsabilizar o empregador reside no fato de que, na maioria das vezes, o empregado não possui condições financeiras de arcar com eventual

⁴³³ MENDONÇA, Diogo Naves. **Análise econômica da responsabilidade civil:** o dano e sua quantificação. São Paulo: Atlas, 2012, p. 68.

⁴³⁴ POSNER, Richard A. **El análisis económico del derecho.** 2. ed. México: FCE, 2007, p. 289-291.

⁴³⁵ *Idem, ibidem*, p. 303.

indenização, razão pela qual não são sensíveis ao risco de serem responsabilizados por um ilícito. No entanto, o empregador pode induzir seus empregados a serem mais cuidadosos, seja demitindo-os, seja aplicando uma sanção disciplinar em caso de negligência. Desse modo, a responsabilização do empregador funciona como um incentivo para adoção de medidas que induzam a uma atuação mais cuidadosa por parte dos empregados⁴³⁶.

3.4 OS MODELOS TEÓRICOS DE STEVEN SHAVELL

Os modelos teóricos, elaborados com base em critérios matemáticos, fundamentam a abordagem econômica da responsabilidade civil efetuada por Steven Shavell. No livro *Economic Analysis of Accident Law*⁴³⁷, o autor investiga os efeitos da aplicação das regras de responsabilidade e a adequação destas aos fins pretendidos.

De acordo com o autor, os modelos utilizados devem ser simples para afastar a ambiguidade das análises efetuadas, pois a inclusão de grande número de variáveis os torna complexos e incompreensíveis. Desse modo, adverte que a realidade apresentada nos modelos não é exata, o que exige que adequações eventualmente sejam efetuadas.

Diogo Naves Mendonça acrescenta que a adoção de modelos reducionistas que, por vezes, não coincidem perfeitamente com a realidade permite a compreensão do problema de forma simples, possibilitando melhor entendimento dos fenômenos investigados⁴³⁸.

Portanto, o uso de hipóteses limitativas da realidade para elaboração dos modelos teóricos não invalida a utilização da Análise Econômica do Direito como método de pesquisa, pois essa restrição possibilita uma melhor compreensão das questões abordadas.

Essa visão simplificada é evidenciada pelos parâmetros utilizados por Steven Shavell na elaboração de seus modelos teóricos. Nas situações analisadas, o autor considera apenas dois tipos de agentes, o ofensor e a vítima, estabelecendo dois tipos de decisões que podem ser tomadas pelos agentes, uma relacionada ao nível de atividade a ser desempenhada e

⁴³⁶ POSNER, Richard A. **El análisis económico del derecho**. 2. ed. México: FCE, 2007, p. 289-291, p. 304.

⁴³⁷ SHAVELL, Steven. **Economic Analysis of Accident Law**. Cambridge: Harvard University Press, 2007.

⁴³⁸ MENDONÇA, Diogo Naves. **Análise econômica da responsabilidade civil: o dano e sua quantificação**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 58.

outra relativa ao grau de cuidado (nível de precaução) adotado no exercício dessa atividade⁴³⁹.

A responsabilidade civil na perspectiva da Análise Econômica do Direito visa à criação de incentivos para a adoção de nível eficiente de precaução e de nível eficiente de desenvolvimento da atividade⁴⁴⁰. Desse modo, a utilização de modelos teóricos serve como instrumento de avaliação da eficiência, levando-se em consideração o objetivo de minimização dos custos sociais dos acidentes (atos lesivos).

Segundo Diogo Naves Mendonça, a eficiência deve ser entendida como o menor custo social obtido, o que ocorre quando “o custo marginal (custo de um pouco mais de precaução) iguala-se ao benefício marginal (redução no custo esperado do prejuízo)”⁴⁴¹.

Os custos sociais são compostos de três elementos: “a perda causada pelo fato do dano, o custo da prevenção e o custo de administrar o problema da responsabilidade civil”⁴⁴². Portanto, os custos sociais envolvem os custos decorrentes das medidas de prevenção, as perdas sofridas e os custos administrativos do sistema de responsabilidade.

Nos modelos mais simples, para determinação dos custos sociais, são considerados apenas os custos de precaução e os custos dos danos, sem inclusão dos custos administrativos.

Segundo Steven Shavell, as partes agem de acordo com as consequências que lhes são mais úteis; porém, há situações em que não é possível definir com certeza as consequências de determinado ato. Nesses casos, o comportamento do agente levará em consideração a maior utilidade esperada, cujo valor é obtido pela multiplicação da probabilidade de ocorrência de cada consequência de determinado ato pelo resultado esperado, e ao final todos os produtos dessa operação são somados⁴⁴³. Portanto, quando não for possível precisar as consequências

⁴³⁹ SHAVELL, Steven. **Economic Analysis of Accident Law**. Cambridge: Harvard University Press, 2007, p. 5.

⁴⁴⁰ BATTESINI, Eugênio. **Direito e economia: novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil**. São Paulo: LTr, 2011, p. 111.

⁴⁴¹ MENDONÇA, Diogo Naves. **Análise econômica da responsabilidade civil: o dano e sua quantificação**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 57.

⁴⁴² ACCIARRI, Hugo A. **Elementos da análise econômica do direito de danos**. Coord. RIBEIRO, Marcia Carla. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 37-38.

⁴⁴³ Considerando que determinada ação produz, por exemplo, dois resultados, o primeiro com utilidade de 100 e probabilidade de ocorrência de 90%, e o outro resultado com utilidade de 200 e probabilidade de ocorrência de 10%. Nesse caso,

de determinada ação, as pessoas tendem a agir baseadas na avaliação de suas utilidades esperadas.

A fim de simplificar a análise da responsabilidade e dos métodos de dissuasão, Steven Shavell assume que a aversão das pessoas ao risco é neutra, de modo que o processo decisório é afetado apenas pela expectativa das perdas que o agente possa vir a sofrer. No entanto, nos modelos que utilizam critérios com maior afinidade com a realidade, a aversão ao risco não é considerada neutra, de modo que, além da utilidade esperada, a decisão das partes leva também em consideração a dimensão das eventuais perdas⁴⁴⁴.

Os efeitos das regras de responsabilidade civil sobre o comportamento das partes e na mensuração dos custos sociais são analisados por Steven Shavell nos diversos modelos teóricos apresentados. Para tanto, o autor avalia os modelos a partir de três contextos: o da responsabilidade subjetiva, o da responsabilidade objetiva e o da ausência de regra de responsabilidade.

Além disso, os modelos apresentados consideram duas formas distintas de ocorrência dos danos: os danos de “causação unilateral e causação bilateral”⁴⁴⁵. Nos danos de *causação unilateral*, apenas o autor do dano pode influenciar na probabilidade de ocorrência do evento danoso e de suas perdas, enquanto na *causação bilateral*, ambos os agentes (ofensor e vítima) podem influenciar no resultado.

Os modelos teóricos apresentados por Steven Shavell possibilitam uma investigação adequada do assédio moral na relação de emprego no Brasil, a partir da análise dos custos sociais e do mecanismo de *compliance*, este último considerado custo de prevenção. No entanto, para que seja possível a investigação do assédio moral na relação de emprego, importante o estudo detalhado dos custos sociais e da definição do tipo de causação dos danos dele decorrentes.

3.4.1 Os danos unilaterais e bilaterais

Os danos unilaterais são aqueles que possuem *causação unilateral*, ou seja, apenas o comportamento do ofensor é determinante para a

a expectativa associada a essa ação será de 110 (90% x 100 + 10% x 200) (SHAVELL, Steven. **Economic Analysis of Accident Law**. Cambridge: Harvard University Press, 2007, p. 2).

⁴⁴⁴ SHAVELL, Steven. *Op. cit.*, p. 6.

⁴⁴⁵ BATTESINI, Eugênio. **Direito e economia**: novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil. São Paulo: LTr, 2011, p. 68.

ocorrência do dano, e o comportamento da vítima não interfere no resultado alcançado.

Portanto, nas situações em que apenas a prevenção é determinante do risco, é o nível de cuidado do ofensor que afetará o risco do acidente. No caso do acidente ocasionado pela colisão de um avião em determinado prédio, por exemplo, a vítima não tem como agir para prevenir o acidente, pressupondo-se nessa situação que o nível de atividade é fixo, e a única forma de preveni-lo é o grau de cuidado do ofensor⁴⁴⁶.

Nas situações em que o acidente é influenciado pelo nível de atividade e de precaução adotado, nas hipóteses de causação unilateral, o comportamento da vítima também não interferirá na ocorrência do evento danoso, apenas a ação do ofensor afetará o risco.

Situação diversa ocorre nos danos bilaterais, isto é, nos danos de *causação bilateral*, em que tanto o comportamento da vítima quanto do ofensor interfere no risco de ocorrência dos danos.

Portanto, enquanto nos danos unilaterais as potenciais vítimas não podem fazer nada para reduzi-los ou diminuir sua gravidade, nos danos bilaterais as vítimas podem influenciar na frequência e gravidade dos acidentes, hipótese em que a definição do nível ótimo de precaução depende do cuidado adotado por ambas as partes⁴⁴⁷.

No caso do assédio moral, os danos não se enquadram nas hipóteses de *causação bilateral*, e devem ser considerados danos unilaterais. O comportamento da vítima não influencia diretamente no risco de ocorrência do sinistro nem na sua gravidade. Nessa situação, o evento danoso decorre de comportamento agressivo do ofensor, que se coloca em posição de suposta superioridade moral em relação à vítima e se utiliza de mecanismos de humilhação e desqualificação para forçá-la a desligar-se da empresa.

Desse modo, o afastamento da vítima da situação que lhe é apresentada não pode ser considerado medida de precaução para eliminação do dano ou redução de seus efeitos, pois o isolamento da vítima ou mesmo seu pedido de desligamento da empresa são etapas do próprio assédio moral.

Outras medidas que poderiam diminuir os efeitos nefastos do assédio, como, por exemplo, a denúncia das práticas assediadoras,

⁴⁴⁶ SHAVELL, Steven. **Economic Analysis of Accident Law**. Cambridge: Harvard University Press, 2007, p. 6-7.

⁴⁴⁷ SALVADOR, Pablo; GÓMEZ, Carlos. El derecho de daños y la minimización de los costes de los accidentes. **Revista Sub Judice: Justiça e Sociedade**, n. 34, Parte II, p. 20-21, jan./mar. 2006.

dependem da disponibilização de canais adequados pelo empregador. Além disso, muitas vezes a ausência de comunicação direta entre a vítima e o ofensor impossibilita qualquer reação ou atitude preventiva da vítima, pois ela nem sequer tem conhecimento do que está ocasionando o comportamento agressivo do ofensor.

As medidas de precaução para redução ou eliminação dos riscos dos acidentes, no caso do assédio moral, dependem de ações do empregador, afastando, assim, a configuração do assédio moral como um dano de *causação bilateral*. Em razão disso, a investigação dos modelos teóricos apresentados será efetuada com base nos danos unilaterais.

3.4.2 O nível de prevenção

A prevenção desempenha papel importante na investigação da responsabilidade civil sob a perspectiva da Análise Econômica do Direito, dada sua utilização nos modelos teóricos e sua influência nos custos sociais.

No âmbito da Análise Econômica, a regra de responsabilização será desejável “se fornecer incentivos adequados para que os agentes adotem ótimos níveis de precaução no exercício de suas atividades”⁴⁴⁸.

No entanto, nem toda medida de precaução será considerada eficiente, pois medidas excessivamente custosas que não reduzem a probabilidade de ocorrência do dano são consideradas ineficientes, uma vez que acarretam desperdício de recursos.

Nos modelos teóricos apresentados por Steven Shavell, o nível de precaução pode ser analisado isoladamente, isto é, sem considerar o nível de atividade, ou pode ser analisado juntamente com o nível de atividade para determinação do risco de ocorrência do acidente (ato danoso).

Nas situações em que apenas o nível de precaução afeta o risco de ocorrência dos danos, o nível ótimo de precaução reflete os custos do exercício da precaução e a redução dos riscos de ocorrência do dano, o que pode ser representado pela tabela abaixo⁴⁴⁹:

⁴⁴⁸ PORTO, Antônio José Maristrello. Análise econômica da responsabilidade civil. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 181.

⁴⁴⁹ Adaptado de SHAVELL, Steven. **Economic Analysis of Accident Law**. Cambridge: Harvard University Press, 2007, p. 8, e BATTESINI, Eugênio. **Direito e economia: novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil**. São Paulo: LTr, 2011, p. 127.

Nível de precaução (unidade física)	Custo da prevenção (unidade monetária)	Probabilidade do acidente (%)	Dano do Acidente (unidade monetária)	Expectativa de perdas (unidade monetária)	Custo total dos acidentes ou custo social (unidade monetária)
Nenhum (0)	0	13,5	100	13,5	13,5
Médio (2)	2	10	100	10	12
Alto (4)	4	8,5	100	8,5	12,5

Tabela 1 *Análise dos custos de prevenção*

Considerando o custo unitário de precaução como 1 unidade monetária, o custo total de prevenção corresponde ao custo unitário multiplicado pelo nível de prevenção. A expectativa de perda é resultado da probabilidade de perda multiplicada pelo dano do acidente. O custo total dos acidentes é obtido pela soma do custo de prevenção e da expectativa de perdas⁴⁵⁰.

No modelo adotado, a ausência de precaução [nível de precaução = 0] faz com que a probabilidade do acidente seja alta, o que implica custos sociais elevados. O nível mais alto de precaução [nível de precaução = 4] também não se mostra o mais eficiente, pois, embora duplique o gasto em prevenção em comparação ao nível médio de prevenção e reduza a expectativa de perda, o custo total [custo social = $4+8,5 = 12,5$] é maior que o custo total do nível intermediário [custo social = $2+10 = 12$]. Portanto, o nível ótimo de precaução, nessa situação, é obtido no nível intermediário, que proporciona o menor custo social esperado.

Diante do modelo apresentado, cabe também verificar entre os sistemas de responsabilidade existentes quais deles geram incentivos apropriados para adoção de nível ótimo de precaução.

Na ausência da obrigação de indenizar, o potencial ofensor não adotará nenhuma medida de prevenção para evitar o dano ou reduzir seus efeitos, pois não terá que efetuar nenhum tipo de reparação à vítima. Nessa situação, os custos são arcados integralmente pela vítima, o que produz custo social elevado e sistema ineficiente.

⁴⁵⁰ 1. Custo total da precaução = 1 x nível de prevenção; 2. Expectativa de perda = probabilidade de perda/100 x dano do acidente. 3. Custo total dos acidentes = custo de prevenção + expectativa de perdas.

No âmbito do assédio moral, a adoção de um sistema que exima o empregador de responder pela violação dos direitos de personalidade do empregado, ainda que a infração tenha sido cometida por outro empregado, seria considerada ineficiente, pois elevaria os custos sociais do assédio moral na relação de emprego.

Na responsabilidade objetiva, o ofensor responde por todo o prejuízo causado; desse modo, o seu custo social será igual ao custo total dos acidentes. Portanto, o objetivo do ofensor no sistema de responsabilidade objetiva será a redução do custo total dos acidentes. Nessa situação, o ofensor será incentivado a adotar o nível ótimo de precaução, na medida em reflete o menor custo social possível.

No assédio moral, a responsabilização objetiva do empregador tende a fazer com que ele adote medidas ótimas de prevenção, visando, assim, à redução dos custos com o assédio.

No sistema de responsabilidade civil subjetiva, o ofensor somente será obrigado a responder pelos danos causados se não adotar o nível mínimo de prevenção considerado adequado pelos tribunais, o que é denominado *due care*⁴⁵¹. Caso o ofensor venha a adotar nível igual ou maior que o estabelecido como parâmetro pelo tribunal, ele não será responsabilizado pelo dano causado. Nesse contexto, a precaução será eficiente se o nível de precaução utilizado como parâmetro pelo tribunal for igual ao nível ótimo de precaução, o que, porém, nem sempre ocorre.

A responsabilidade subjetiva do empregador, na hipótese de assédio moral, nem sempre incentivará a adoção de nível de precaução eficiente, pois dependerá do mínimo de prevenção estabelecido pelo tribunal como parâmetro. A aplicação da responsabilidade subjetiva sem que sejam estabelecidos critérios objetivos para fixação do padrão mínimo de prevenção pode gerar insegurança jurídica e aumento dos custos de transação para as partes, pois o nível de prevenção considerado adequado (*due care*) poderá variar de acordo com o tribunal que esteja analisando o caso.

Portanto, a adoção de regras de responsabilidade objetiva quando considerado apenas o nível de precaução na determinação do risco tende a ser mais eficaz por incentivar a adoção do nível ótimo de precaução. No sistema de responsabilidade subjetiva, o nível ótimo de precaução tende a ser escolhido quando coincide com o nível mínimo de precaução fixado pelo Tribunal.

⁴⁵¹ SHAVELL, Steven. **Economic Analysis of Accident Law**. Cambridge: Harvard University Press, 2007, p. 7.

Para Hugo Acciarri, o nível de precaução é ainda influenciado por outros elementos, como a solvência do potencial causador do dano. Quando presentes certas condições, como racionalidade, informações e causalidade do dano em relação ao ofensor, e este possui bens suficientes para responder pelo dano, a tendência é que ele adote medidas ótimas de precaução, gerando um estado de eficiência. No entanto, quando o potencial ofensor encontra-se em estado de insolvência e não lhe é imputada outra consequência negativa, a tendência é não adotar nenhuma medida de prevenção⁴⁵².

A investigação da responsabilidade civil na perspectiva econômica, além do nível de precaução, pode considerar também o nível de atividade para apuração da opção mais eficiente para maximização do bem-estar.

3.4.3 O nível de atividade

O efeito das regras de responsabilidade sobre o comportamento das partes pode também ser influenciado pelo nível de atividade, caso em que a maximização do bem-estar almejado deriva do desenvolvimento da atividade do ofensor menos os custos totais do acidente, estes entendidos como os custos de prevenção e a expectativa de perdas com o acidente⁴⁵³.

Portanto, além das escolhas relativas à prevenção, o risco de prevenção dos acidentes pode ser alterado adicionando às escolhas do potencial ofensor a frequência ou intensidade com que desenvolve sua atividade⁴⁵⁴.

Para construção do modelo teórico considerando-se o nível de precaução e o nível de atividade para os danos unilaterais, Steven Shavell estabelece duas premissas, a primeira de que o aumento do nível de atividade implica proporcionalmente o aumento das expectativas de perdas, e a segunda de que o aumento do nível de atividade do ofensor resultará para este no aumento de sua utilidade⁴⁵⁵.

No modelo apresentado, o potencial ofensor, além de mensurar os custos da prevenção e a redução das perdas, deve também considerar o

⁴⁵² ACCIARRI, Hugo A. **Elementos da análise econômica do direito de danos**. Coord. RIBEIRO, Marcia Carla. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 83.

⁴⁵³ SHAVELL, Steven. **Economic Analysis of Accident Law**. Cambridge: Harvard University Press, 2007, p. 21.

⁴⁵⁴ BATTESINI, Eugênio. **Direito e economia: novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil**. São Paulo: LTr, 2011, p. 144.

⁴⁵⁵ SHAVELL, Steven. *Op. cit.*, p. 21.

nível apropriado de atividade, equilibrando-o com a utilidade obtida e o risco adicional criado pelo exercício da atividade.

Nesse caso, Diogo Naves Mendonça pondera que “[...] o ótimo de eficiência demandará que o lesante considere não apenas medidas de precaução, mas também o patamar de atividade apto a ponderar as utilidades obtidas e os riscos adicionais criados”⁴⁵⁶.

De acordo com Steven Shavell, o comportamento considerado ótimo é estabelecido em duas etapas⁴⁵⁷. Na primeira fase, localiza-se o nível ótimo de precaução que minimiza os custos totais do acidente cada vez que o potencial ofensor desenvolve sua atividade (subitem 3.4.2). Na segunda etapa, eleva-se o nível de atividade enquanto a utilidade marginal derivada desse aumento exceder o incremento ocasionado no custo total dos acidentes (custo total da prevenção acrescido da expectativa total das perdas)⁴⁵⁸. Esse modelo teórico pode ser representado pela tabela abaixo⁴⁵⁹:

Nível de atividade (unidade física)	Total de utilidades da atividade (unidade monetária)	Custo de Prevenção (unidade monetária)	Custo total da prevenção (unidade monetária)	Expectativa a total das Perdas (unidade monetária)	Custo total dos acidentes (unidade monetária)	Benefício social (unidade monetária)
0	0	2	0	0	0	0
1	40	2	2	10	12	28
2	60	2	4	20	24	36
3	69	2	6	30	36	33
4	70	2	8	40	48	22
5	68	2	10	50	60	8

Tabela 2 *Análise dos custos de prevenção e dos custos de atividade*

⁴⁵⁶ MENDONÇA, Diogo Naves. **Análise econômica da responsabilidade civil:** o dano e sua quantificação. São Paulo: Atlas, 2012, p. 61.

⁴⁵⁷ SHAVELL, Steven. *Op. cit.*, p. 22

⁴⁵⁸ Da análise da tabela 2 é possível constatar que a cada aumento de uma unidade física no nível de atividade, há o incremento de 12 unidades monetárias no custo total dos acidentes. No nível de atividade 1, o incremento no custo total dos acidentes, em comparação ao nível 0, é 12 [12-0] e o valor da utilidade marginal é 40 [40-0]. No nível de atividade 2, o incremento no custo total dos acidentes, em comparação ao nível 1, é de 12 [24-12] e o valor da utilidade marginal é 20 [60-40]. No nível de atividade 3, o incremento no custo total dos acidentes, em comparação ao nível 2, é de 12 [36-24] e a utilidade marginal é 9[69-60], ou seja, inferior ao incremento do custo total dos acidentes. Desse modo, a partir do nível 3 não é socialmente desejável o aumento da atividade do agente.

⁴⁵⁹ Adaptado de SHAVELL, *Op. cit.*, p. 23, e BATTESINI, Eugênio. **Direito e economia:** novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil. São Paulo: LTr, 2011, p. 146.

O modelo acima pressupõe que o custo unitário da prevenção é de 1 unidade monetária, o nível de prevenção é de 2 unidades físicas e a ocorrência de um acidente causa 100 unidades monetárias de dano. O custo total de prevenção corresponde ao custo da prevenção multiplicado pelo nível de atividade. O benefício social é obtido pela utilidade total menos o custo de prevenção e menos a expectativa total de perdas (Benefício social = total de utilidades da atividade – custo total de prevenção – expectativa de perdas).

Na situação representada na tabela acima, o nível de atividade considerado ótimo é o de nível 2, pois o bem-estar nesse nível é o mais alto em comparação aos demais níveis de atividade.

Considerando os benefícios sociais criados, a partir da análise do nível de atividade e do nível de precaução, cabe verificar qual dos sistemas de responsabilidade se mostra mais eficiente em gerar incentivos para adoção de níveis de atividade e precaução ótimos.

Na ausência da obrigação de indenizar, o potencial ofensor não possui incentivos para adoção de precaução, pois não será obrigado a reparar o dano ocasionado. Além disso, o autor, para definir o nível de atividade, considera apenas a utilidade adicional decorrente do desenvolvimento da atividade, sem considerar os benefícios sociais. Assim, o potencial ofensor determinará o seu nível de atividade de acordo com seus interesses privados. Logo, no exemplo acima o potencial ofensor escolherá o nível de atividade 4, pois é o que lhe proporciona a maior utilidade. Portanto, a ausência de responsabilidade não incentiva nem a adoção do nível ótimo de precaução, nem a do nível ótimo de atividade, o que torna esse sistema ineficiente.

Na hipótese do assédio moral, da mesma forma que ocorre no modelo que leva em consideração apenas o nível de precaução, a adoção de um sistema que exime o empregador de responsabilidade também não é eficiente no modelo teórico apresentado. Nesse sistema, o empregador não leva em consideração os benefícios sociais produzidos, mas apenas a utilidade adicional decorrente do aumento do nível de atividade.

Na responsabilidade civil subjetiva, o ofensor somente responde se não adotar o nível mínimo de prevenção considerado adequado pelos tribunais. Nesse contexto, o nível de atividade não interfere nos danos

esperados com o acidente, não possuindo incentivos para adoção do nível ótimo de atividade⁴⁶⁰.

No âmbito da relação de emprego, quando a responsabilização do empregador é subjetiva, não se observam incentivos para que ele adote nível ótimo de atividade. Assim, os riscos gerados pelo aumento do nível de atividade, representado pelo aumento de empregados, estrutura da empresa ou mesmo pelo aumento das horas trabalhadas, não representam preocupação para o empregador.

No âmbito da responsabilização objetiva, o ofensor responde por todos os danos ocasionados; em razão disso, o benefício obtido com o aumento da atividade corresponde ao valor total de utilidades, deduzidos o custo total de prevenção e a expectativa de perdas, ou seja, equivale ao valor do benefício social. Nessa regra de responsabilização, o potencial ofensor tem incentivos para atingir níveis ótimos de precaução e de atividade.

Portanto, a adoção de regras de responsabilidade objetiva, quando considerados os níveis de precaução e atividade, tende a ser eficiente, pois incentiva a adoção de níveis ótimos.

3.4.4 Os custos administrativos

Os custos administrativos podem ser definidos como os diversos custos que as partes possuem para resolver a disputa ou potenciais disputas quando ocorre um acidente⁴⁶¹. Os custos incluem as despesas das esferas judicial e extrajudicial, englobando o tempo despendido pelas partes, advogados, terceiros, como seguradoras, por exemplo, e os custos de funcionamento do Judiciário.

No Relatório da Justiça do Trabalho para o ano de 2015, a despesa de processo trabalhista por habitante foi de R\$ 83,96, um aumento de 0,6% em comparação com o ano de 2014; em 2005, esse valor era de R\$ 37,06 por habitante. O Tribunal Regional do Trabalho do Rio Grande do Sul possui o maior custo (R\$ 126,80 por habitante), e o Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região – Maranhão – tem o menor custo (R\$ 27,51 por habitante). O custo do processo no Tribunal Superior do Trabalho é de R\$ 4,70 por habitante. Para os processos novos, o custo para a Justiça

⁴⁶⁰ BATTESINI, Eugênio. **Direito e economia**: novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil. São Paulo: LTr, 2011, p. 148.

⁴⁶¹ SHAVELL, Steven. **Economic Analysis of Accident Law**. Cambridge: Harvard University Press, 2007, p. 262.

do Trabalho é de R\$ 4.907,80 (2015), com redução de 1% em relação ao ano de 2014, descontada a variação da inflação⁴⁶².

A existência de custos administrativos impacta negativamente no bem-estar social, pois faz com que os custos dos acidentes sejam socialmente mais onerosos. Os custos de administração possuem relação direta com os custos unitários de resolução e a forma de resolução, pois a resolução extrajudicial do problema, por meio de negociação ou do sistema de seguro, é menos custosa do que a resolução judicial⁴⁶³.

De acordo com Steven Shavell, os custos administrativos totais correspondem ao número total de sinistros, multiplicado pelo custo médio de cada sinistro, incluindo as reclamações extrajudiciais e judiciais⁴⁶⁴.

A questão teórica relacionada aos custos administrativos no sistema de responsabilidade civil é ambígua, pois tanto a responsabilidade objetiva como a subjetiva implicam custos administrativos; porém, considerando que a responsabilidade subjetiva possui maior complexidade, já que prescinde da comprovação do nexu de causalidade, ela tende a acarretar aumento de seus custos unitários em comparação com a regra da responsabilidade objetiva. Contudo, na responsabilidade objetiva, tendo em vista a facilitação de exercício do direito pela vítima, o número de demandas tende ser maior em comparação ao número de demandas fundadas na responsabilidade subjetiva⁴⁶⁵.

Os custos administrativos decorrentes do pedido de reparação judicial são maiores se comparados aos custos administrativos da resolução extrajudicial, por exemplo, no caso dos seguros. Isso se deve ao fato de que a estrutura que demanda o Judiciário para solucionar o litígio é bem maior do que o suporte necessário pela seguradora. Além disso, as seguradoras tendem a adotar procedimentos mais simples para verificação do sinistro e sua magnitude, o que reduz seus custos em comparação ao custo judicial⁴⁶⁶.

⁴⁶² Fonte: Tribunal Superior do Trabalho. **Dados correspondentes ao período de janeiro a setembro/2016.** Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/web/guest/consolidacao-estatistica1>>. Acesso em: 16 dez. 2016.

⁴⁶³ BATTESINI, Eugênio. **Direito e economia: novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil.** São Paulo: LTr, 2011, p. 178-179.

⁴⁶⁴ SHAVELL, Steven. **Economic Analysis of Accident Law.** Cambridge: Harvard University Press, 2007, p. 262.

⁴⁶⁵ BATTESINI, Eugênio. *Op. cit.*, p. 179.

⁴⁶⁶ SHAVELL, Steven. *Op. cit.*, p. 264.

Importante ainda destacar que “diferentes atividades demandam custos administrativos diferentes para lograr o mesmo nível de precaução”⁴⁶⁷.

Os benefícios privados para que a vítima reclame uma indenização corresponderão à expectativa do valor a receber ou do resultado do julgamento, o que poderá ser maior ou menor do que o benefício social.

No caso da responsabilidade objetiva, a vítima somente fará a reclamação se os custos de fazê-la forem menores que as perdas sofridas. Assim, a reclamação por parte da vítima será socialmente desejável se os custos da reclamação, somados aos custos da defesa, forem menores que os benefícios sociais. Na hipótese de responsabilidade civil subjetiva, não é socialmente desejável que as vítimas façam reclamações quando o ofensor adota o nível mínimo de prevenção fixado pelo Judiciário (*due care*). No entanto, muitas vezes por erro de percepção, as vítimas efetuam a reclamação, ainda que o ofensor tenha adotado as medidas mínimas de prevenção exigidas, o que faz com que ocorra um aumento do número de demandas, da mesma forma que nas situações de responsabilidade objetiva⁴⁶⁸.

Mesmo os custos administrativos se reflitam nos custos sociais dos acidentes, as partes não consideram esse tipo de custo no desenvolvimento de sua atividade⁴⁶⁹. As partes, ao litigarem em juízo, não levam em consideração os custos ou benefícios sociais decorrentes dos custos administrativos, mas apenas sua motivação particular. Essa situação pode ser evidenciada na pesquisa efetuada com empresas brasileiras sobre o desempenho do Judiciário brasileiro. Na pesquisa realizada, foi indagado às empresas participantes se os custos de acesso à justiça seriam impeditivos para a propositura de demandas e como as empresas avaliam os custos de utilização do Judiciário. A conclusão da pesquisa foi de que, embora 67,2% dos entrevistados tenham afirmado que os custos são altos, apenas 10,1% afirmaram que os altos custos impediam o acesso ao Judiciário⁴⁷⁰.

⁴⁶⁷ ACCIARRI, Hugo A. **Elementos da análise econômica do direito de danos**. Coord. RIBEIRO, Marcia Carla. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 105.

⁴⁶⁸ SHAVELL, Steven. **Economic Analysis of Accident Law**. Cambridge: Harvard University Press, 2007, p. 267.

⁴⁶⁹ BATTESINI, Eugênio. **Direito e economia: novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil**. São Paulo: LTr, 2011, p. 178.

⁴⁷⁰ CASTELAR, Armando (org.). **Judiciário e economia no Brasil**. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2009, p. 46.

Portanto, a comparação entre a motivação privada e os objetivos socialmente desejáveis, quando da análise do número de pleitos indenizatórios, adicionada aos modelos teóricos apresentados, pode auxiliar na verificação do uso apropriado do sistema de responsabilidade e da necessidade de eventuais alterações no sistema adotado.

3.5 O IMPACTO DAS INFORMAÇÕES E DO DIMENSIONAMENTO DO DANO NA DETERMINAÇÃO DO RISCO

3.5.1 A assimetria das informações na responsabilidade civil

Os custos de transação representam falhas de mercado que são geradas por diversos fatores que causam imperfeições na operacionalização do próprio mercado. Segundo Fábio Nusdeo, as falhas de mercado podem ser classificadas em seis tipos: as de mobilidade, as de transparência, as de sinalização, as de estrutura, as de incentivo e as relacionadas aos custos de transação⁴⁷¹. Para Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau, as principais falhas de mercado são o monopólio, as externalidades e a imperfeição e assimetria das informações⁴⁷².

No mercado de trabalho também encontramos falhas, pois este nem sempre se apresenta com suas características reais, e, segundo Bruce E. Kaufman, elas podem ser divididas em informações imperfeitas, assimetria de informações, poder de mercado do empregador, externalidades e bens públicos e tomada de decisão imperfeita⁴⁷³.

A teoria da assimetria da informação foi desenvolvida pelos economistas George Akerlof, Michael Spence e Joseph Stiglitz. De acordo com a referida teoria, os modelos econômicos tradicionais consideravam a existência de equilíbrio nas informações disponíveis às partes e necessárias ao processo decisório; no entanto, há situações em

⁴⁷¹ NUSDEO, Fábio. **Curso de economia**: introdução ao direito econômico. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 115.

⁴⁷² MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Trad. Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 122.

⁴⁷³ KAUFMAN, Bruce E. The Economics of Regulation the Labor Market. In: DAU-SCHMIDT, Kenneth G.; HARRIS, Seth D.; LOBEL ORLY (org.). **Labor and Employment Law and Economics**. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2009, p. 14-17.

que uma das partes possui maior informação acerca do objeto investigado, provocando uma assimetria informacional⁴⁷⁴.

A falta de transparência constitui-se em importante falha de mercado; mesmo no mundo cada vez mais globalizado e com acesso às mais diversas mídias e fontes, o número de informações que podem ser ocultadas é enorme. Fábio Nusdeo ressalta que “um grande número de fatos, à falta de alguma regulamentação oficial, tende a passar despercebido, quando não ocultado deliberadamente”⁴⁷⁵. A existência de informações incompletas faz com que as partes façam escolhas que não correspondem às melhores possíveis⁴⁷⁶, ocasionando a ineficiência do instituto objeto de análise.

Hugo A. Acciarri esclarece que a diferença entre a informação perfeita e a informação menos que perfeita não é a existência de uma única possibilidade, “mas um conjunto de possibilidades que projetam implicações diferentes”⁴⁷⁷.

No modelo de concorrência perfeita, isto é, sem falhas de mercado, há a presunção de que a informação disponível para as partes é perfeita, isto é, ambas a partes possuem consciência dos riscos que envolvem a atividade laboral.

No entanto, nem sempre essa situação ocorre e a informação disponível às partes é incompleta, hipótese em que os riscos são subestimados e o nível de precaução adotado é menor. Bruce E. Kaufman, ao tratar da falha de mercado decorrente da informação, inclui a assimetria da informação como subespécie da informação imperfeita, sustentando que na assimetria da informação uma das partes possui vantagem informacional em relação à outra parte, que pode ser representada por uma informação privada ou pela ocultação de informação em relação ao outro⁴⁷⁸.

⁴⁷⁴ TOKARS, Fábio Leandro. Assimetria informacional. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (coord.). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 89-90.

⁴⁷⁵ NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 118.

⁴⁷⁶ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Trad. Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 123.

⁴⁷⁷ ACCIARRI, Hugo A. **Elementos da análise econômica do direito de danos**. Coord. RIBEIRO, Marcia Carla. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 100.

⁴⁷⁸ KAUFMAN, Bruce E. The Economics of Regulation the Labor Market. In: DAU-SCHMIDT, Kenneth G.; HARRIS, Seth D.; LOBEL ORLY (org.). **Labor**

No caso da *distribuição simétrica*, o autor e a vítima são informados perfeitamente acerca dos riscos da atividade; na *distribuição assimétrica*, enquanto o autor é perfeitamente informado dos riscos, a vítima detém informação imperfeita, ocasionando uma noção subestimada dos riscos da atividade⁴⁷⁹.

As regras de responsabilidade subjetiva e objetiva deveriam levar ao nível ótimo de precaução; no entanto, muitas vezes os agentes não tomam as medidas de precauções necessárias, em razão da ausência de informações suficientes, de modo que “as partes tendem a agir de forma estratégica e apresentar informações enviesadas, superestimando seus próprios custos e subestimando os custos da parte contrária”⁴⁸⁰.

No contexto de informação perfeita, as partes tendem a adotar níveis ótimos de precaução e atividade. Porém, em caso de informação imperfeita, os níveis de precaução e atividade das partes dependerão da percepção acerca do risco de acidente. A avaliação equivocada dos riscos, em razão da existência de informações incompletas, pode gerar distorções nos níveis de precaução e atividade, pois, caso os riscos sejam superestimados, o nível de precaução tende a ser muito alto e o nível de atividade muito baixo; e nas situações em que os riscos são subestimados, o nível de precaução tende a ser baixo e o nível de atividade alto.

Nos danos unilaterais, a existência de informação incompleta influenciará apenas o comportamento do potencial ofensor, considerando que a atuação da vítima e a sua percepção acerca do risco não interferem no resultado do dano. A existência de informação imperfeita pela vítima nessa situação, mesmo que não tenha impacto direto no seu nível de precaução e de atividade, pode influenciar nos custos administrativos, pois a percepção da vítima acerca da dimensão do dano e do nível mínimo de precaução, na hipótese da responsabilidade subjetiva, pode interferir no número de pretensões indenizatórias.

O nível mínimo de cuidado exigido (*due care*) como parâmetro para fixação da culpa na hipótese da responsabilidade civil subjetiva é outro fator influenciado pela existência de informação imperfeita. No âmbito da responsabilidade civil subjetiva, o ofensor será responsabilizado se restar comprovado que ele não adotou o nível mínimo

and Employment Law and Economics. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2009, p. 14-15.

⁴⁷⁹ BATTESINI, Eugênio. **Direito e economia:** novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil. São Paulo: LTr, 2011, p. 157.

⁴⁸⁰ TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e economia no Brasil.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 195.

de prevenção estabelecido pelo juiz, cabendo a este verificar se referido nível de prevenção foi ou não observado pelo ofensor. Porém, Hugo A. Acciarri adverte que isso não corresponde à realidade na maioria das situações, pois, ainda que existam mecanismos para prover o juiz de informações, estas dependem também da atividade da parte no processo, influenciando na qualidade e veracidade das informações produzidas⁴⁸¹. Além disso, a definição do que seja o nível mínimo de cuidado exigido pode ser superior ou inferior ao nível ótimo, caso o juiz não disponha de todas as informações necessárias.

De acordo com Steven Shavell, a diferença existente entre as partes pode resultar em diferentes padrões de cuidado; além disso, o momento em que as partes obtêm as informações sobre os riscos envolvidos e as incertezas em relação à determinação da culpa exerce influência no sistema da responsabilidade civil subjetiva. Ainda de acordo com o referido autor, a incerteza sobre o nível de diligência adequado pode induzir as partes a assumir cuidados excessivos, adotando medidas socialmente indesejáveis⁴⁸².

A correção da assimetria das informações, possibilitando, assim, a adoção de níveis adequados de precaução, é obtida por meio das regras de responsabilização objetiva. Nesse sentido, Eugênio Battesini esclarece que:

Considerando o sistema brasileiro de responsabilidade civil sob a perspectiva da análise econômica normativa do nível de informação das partes envolvidas em atividade com risco de acidentes, verifica-se que a ideia de correção da assimetria na distribuição das informações entre autor e a vítima serve de fundamento teórico para a contemporânea utilização da regra de responsabilidade objetiva no âmbito das relações de consumo, bem como a pretérita utilização da responsabilidade objetiva no âmbito das relações de trabalho⁴⁸³.

⁴⁸¹ ACCIARRI, Hugo A. **Elementos da análise econômica do direito de danos**. Coord. RIBEIRO, Marcia Carla. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 83.

⁴⁸² SHAVELL, Steven. **Economic Analysis of Accident Law**. Cambridge: Harvard University Press, 2007, p. 83.

⁴⁸³ BATTESINI, Eugênio. **Direito e economia: novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil**. São Paulo: LTr, 2011, p. 169.

No caso do assédio moral praticado pelo empregado, as informações disponibilizadas ao empregador podem ser imperfeitas, pois podem ser ocultadas ou distorcidas pelo ofensor. Essa situação leva a uma percepção deturpada do risco, caso em que o nível de precaução pode ser reduzido e o nível de atividade pode ser elevado, conduzindo a uma redução dos benefícios sociais.

No caso do assédio moral, a distribuição das informações se dá de forma assimétrica, principalmente em relação à vítima, que carece de informações adequadas sobre as futuras ações do ofensor.

Em relação ao empregador, a insuficiência de informações pode ocorrer quando o assédio for praticado por preposto ou outro empregado, pois, não raras vezes, as informações disponibilizadas ao empregador são manipuladas ou incompletas, fazendo com que exista uma distorção na percepção das medidas de prevenção e seus respectivos custos. Porém, considerando o poder diretivo do empregador, a correção de tal assimetria pode ser realizada no âmbito administrativo da própria empresa, por meio de medidas de fiscalização e controle.

3.5.2 O dimensionamento do dano e sua influência na expectativa das perdas

A expectativa das perdas desempenha papel importante nos modelos teóricos apresentados, pois a valoração do dano interfere no resultado do custo total do acidente (custo social) e no benefício social, com efeitos na definição dos níveis ótimos de precaução e de atividade.

Diante disso, o dimensionamento a menor do dano tende a provocar o desincentivo à adoção das medidas de precaução e a integralização incompleta dos custos gerados pelos acidentes, enquanto o dimensionamento a maior tende a fazer com que as empresas adotem medidas de prevenção excessivas e desnecessárias, internalizem custos não gerados e diminuam o nível de atividade. Ambas as situações geram desperdício de recursos e, portanto, são ineficientes.

A ausência de critérios objetivos para quantificação do dano, especialmente em relação ao dano moral, dificulta o dimensionamento dos prejuízos e da identificação da expectativa das perdas.

Diogo Naves Mendonça ressalta que “a ausência de parâmetro seguro permite insatisfazer, a um só tempo, o condenado à indenização e

a vítima beneficiária, cada qual interessada por um montante diverso daquele fixado judicialmente⁴⁸⁴.

Steven Shavell afirma que as partes tendem a agir no nível ótimo quando, pelas regras de responsabilidade, a extensão da responsabilidade for equivalente às perdas causadas. Nesse caso, a responsabilidade esperada é igual à perda esperada⁴⁸⁵.

No entanto, o comportamento das partes tende a não ser ótimo quando a sua responsabilização é definida com base na probabilidade dos prejuízos. Steven Shavell analisa quatro situações distintas em que a responsabilização do ofensor é definida com base na probabilidade, que são: (i) a limitação da responsabilização por danos incomuns; (ii) a responsabilização por danos altamente prováveis; (iii) a responsabilização real por danos improváveis; (iv) a responsabilização real por danos altamente prováveis⁴⁸⁶.

De acordo o referido autor, a limitação da responsabilidade para danos incomuns tende a gerar redução do nível de precaução, pois a expectativa do ofensor quanto à sua responsabilização será inferior às prováveis perdas. Nessa hipótese, o ofensor levará em consideração a expectativa de responsabilização, e não a possível perda produzida com o acidente, o que pode induzir a uma prevenção inadequada. Portanto, quando o custo de prevenção do ofensor for superior à sua expectativa de ser responsabilizado, a tendência é que ele adote nível de precaução inferior ao ótimo.

No caso da responsabilização por danos improváveis, Steven Shavell esclarece que a maioria dos sistemas jurídicos estabelece que a responsabilidade deve ser equivalente aos prejuízos causados, mesmo que os danos não sejam prováveis. Todavia, há sistemas, como o anglo-americano, que adotam exceção a essa regra, excluindo a responsabilidade do ofensor em relação aos danos que, por meio de análise razoável, não possam ser previstos⁴⁸⁷.

Nos danos altamente prováveis de ocorrer, em que a responsabilização do ofensor, isto é, o valor imputado à reparação, é superior às perdas reais, as partes tendem a adotar medidas de prevenção superiores às perdas, visando, assim, à redução dos riscos. Supondo a

⁴⁸⁴ MENDONÇA, Diogo Naves. **Análise econômica da responsabilidade civil: o dano e sua quantificação**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 85-86.

⁴⁸⁵ SHAVELL, Steven. **Economic Analysis of Accident Law**. Cambridge: Harvard University Press, p. 128.

⁴⁸⁶ *Idem, ibidem*, p. 129-131.

⁴⁸⁷ *Idem, ibidem*, p. 130.

certeza de ocorrência de um acidente com perdas estimadas em 100, caso o ofensor seja obrigado ao pagamento de 150, ou seja, que sua responsabilização seja maior do que as perdas reais, a sua tendência será adotar medidas de prevenção com custo inferior a 150⁴⁸⁸.

A responsabilização do ofensor em valor superior às perdas esperadas tem natureza qualitativa, e se justifica como medida de coibição de práticas abusivas pelo ofensor. Nesse sentido, quando o causador do dano opta por violar o direito de outrem, “a aplicação da regra de responsabilidade pode ensejar ineficiência quando não acompanhada de um fator qualitativo”⁴⁸⁹.

Eugênio Battesini ressalta que a correspondência valorativa entre o dano e a indenização é definida como regra da simetria, porém a observância dessa regra não é obrigatória, existindo situações que justificam o pagamento de indenização maior ou menor ao dano sofrido⁴⁹⁰.

Na responsabilidade real por danos altamente prováveis de acontecer, a alta probabilidade de ocorrência, por si só, não implica a responsabilização superior às perdas efetivas.

Outra questão abordada por Steven Shavell, que influencia o dimensionamento do dano, refere-se à incerteza quanto à definição do nível das perdas pelos tribunais. Nas situações em que o tribunal, embora não possa determinar a perda com precisão, faz estimativas corretas, a expectativa das perdas é equivalente à expectativa quanto à responsabilização, o que incentiva o ofensor a agir no nível ótimo, segundo as regras de responsabilidade. Todavia, se o tribunal faz estimativas baixas acerca das perdas, o incentivo das partes para redução dos riscos tende a ser inadequado, da mesma forma que, se a estimativa for frequentemente superior às perdas, as partes tendem a adotar nível excessivo.

Os problemas relacionados à dimensão dos danos, especialmente no que se refere às expectativas da responsabilização e das perdas efetivas, encontram-se principalmente presentes nos danos morais. Caso a responsabilização do ofensor não reflita o dano moral efetivamente sofrido, os incentivos para redução do risco tendem a ser inadequados.

⁴⁸⁸ SHAVELL, Steven. **Economic Analysis of Accident Law**. Cambridge: Harvard University Press, p. 131.

⁴⁸⁹ MENDONÇA, Diogo Naves. **Análise econômica da responsabilidade civil: o dano e sua quantificação**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 85.

⁴⁹⁰ BATTESINI, Eugênio. **Direito e economia: novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil**. São Paulo: LTr, 2011, p. 251.

Diante disso, Steven Shavell sugere que, quando a extensão dos danos morais for pequena, os tribunais não devem estimá-los, hipótese em que os custos administrativos serão evitados e os incentivos para redução dos riscos terão pequena alteração. No entanto, quando os danos morais forem de grande monta, eles devem ser estimados pelos tribunais; caso contrário, os incentivos à redução dos riscos de acidentes restarão comprometidos⁴⁹¹.

Para Diogo Naves Mendonça:

[...] a criação de incentivos acima ou abaixo do nível desejado (*overdeterrence* e *underdeterrence*) provoca resultados socialmente perniciosos no que se refere à probabilidade de ocorrência dos eventos danosos e ao grau de engajamento na atividade geradora de risco⁴⁹².

Os problemas referentes ao dimensionamento dos danos também estão presentes no assédio moral no âmbito da relação de emprego, principalmente nas questões relacionadas ao dano moral. A ausência de critérios que permitam uma estimativa precisa dos prejuízos sofridos altera a percepção do empregador quanto aos riscos, o que pode provocar a utilização de níveis de precaução inadequados.

Contudo, a dificuldade de dimensionamento do dano moral não invalida a utilização da Análise Econômica do Direito como método investigativo. A análise da responsabilidade civil sob a perspectiva econômica possibilita, por meio do estudo dos custos sociais e do mecanismo de *compliance*, a avaliação dos incentivos à adoção de medidas para redução dos riscos relacionados ao assédio moral na relação de emprego. Diante disso, impõe-se o estudo do *compliance* no contexto da relação de emprego.

⁴⁹¹ SHAVELL, Steven. **Economic Analysis of Accident Law**. Cambridge: Harvard University Press, p. 134.

⁴⁹² MENDONÇA, Diogo Naves. **Análise econômica da responsabilidade civil: o dano e sua quantificação**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 107.

4 O *COMPLIANCE* COMO MECANISMO DE REDUÇÃO DOS CUSTO SOCIAIS

4.1 NOÇÕES GERAIS DE *COMPLIANCE*

4.1.1 Definição de *compliance*

De acordo com Marco Cruz, o termo *compliance* vem do italiano antigo *compire/complire*, que significa “realizar completamente; realizar (uma ação, uma obra, um período de tempo); [...]; colocar no lugar, pôr em prática, em execução; executar (uma ação)”⁴⁹³. O vocábulo tem origem estrangeira e deriva do verbo inglês *to comply*, que quer dizer “cumprir, executar, satisfazer, realizar o que lhe foi imposto”⁴⁹⁴.

O termo *compliance* corresponde ao cumprimento de regras e regulamentos impostos, interna e externamente, à organização, compelindo-a, assim, a observar as leis e normas de determinado país. A observância das normas não se limita à esfera jurídica, mas inclui todas as obrigações necessárias ao desenvolvimento da atividade empresarial, com objetivo de redução de riscos à própria empresa. O *compliance* é um mecanismo relativamente recente que permite às organizações identificar e gerenciar os riscos decorrentes da violação da legislação e normas internas da empresa⁴⁹⁵.

Segundo Marcos Assi, estar em *compliance* é agir de acordo com as leis e regulamentos e exigir que todos dentro da organização cumpram as regras relativas à atividade desenvolvida⁴⁹⁶. O *compliance* corresponde à aplicação de medidas para o cumprimento das leis e dos regulamentos

⁴⁹³ CRUZ, Marco. **Fazendo a coisa certa – como criar, implementar e monitorar programas efetivos de *compliance***. [S.l.: Simplíssimo], [s.d.], edição Kindle.

⁴⁹⁴ NEGRÃO, Célia Regina P. Lima; PONTELO, Juliana de Fátima. ***Compliance, controles internos e riscos***: a importância da área de gestão de pessoas. Brasília: Editora Senac, 2014, p. 43.

⁴⁹⁵ ALBARRACÍN, Juan Carlos Bajo. ***Compliance Officers: ISO 19600***. Madrid: Ampell Consultores Asociados, [2015?], edição Kindle.

⁴⁹⁶ ASSI, Marcos. ***Gestão de *compliance* e seus desafios***: como implementar controles internos, superar dificuldades e manter a eficiência dos negócios. São Paulo: Saint Paul Editora, 2013, p. 30.

relativos a determinada atividade e à valorização da ética e da transparência na cultura organizacional⁴⁹⁷.

No entanto, a definição de *compliance* não fica restrita ao cumprimento da legislação, mas implica também a adoção de medidas preventivas e de uma cultura organizacional ética e transparente. Marcella Blok adverte que a efetividade do programa de *compliance* está diretamente relacionada aos padrões de honestidade e integridade adotados pela organização⁴⁹⁸.

De acordo com Célia Lima Negrão e Juliana de Fátima Pontelo, o *compliance* representa:

[...] a reverência às normas e políticas mitigando riscos de imagem, fraude, reputação, preservando a receita e atratividade da organização no mercado em que atua. A organização precisa estar preparada para gerenciar todas as suas atividades alinhadas às normas internas e legislação vigente, atuando na verificação da aderência e da qualidade dos controles.

Os resultados de *compliance* objetivam prevenir possíveis fraudes, erros, multas por descumprimento legal permitindo aos gestores administrar com eficácia e tomar decisões com segurança sobre as importantes transações organizacionais⁴⁹⁹.

O mecanismo do *compliance* está diretamente relacionado à gestão estratégica da empresa e envolve, entre outros objetivos, “cumprir com a legislação nacional e internacional, além das regulações do mercado e das

⁴⁹⁷ BENEVIDES, Marilza M. A gestão de riscos de *compliance* como aliada da boa governança corporativa. In: CANDELORO, Ana Paula; BENEVIDES, Marilza M. (coord.). **Governança corporativa em foco: inovações e tendências para a sustentabilidade das organizações**. São Paulo: Saint Paul Editora, 2014, p. 119-120.

⁴⁹⁸ BLOK, Marcella. **Criminal Compliance**. [S.l.: s.n.], [s.d.], edição Kindle.

⁴⁹⁹ NEGRÃO, Célia Regina P. Lima; PONTELO, Juliana de Fátima. **Compliance, controles internos e riscos: a importância da área de gestão de pessoas**. Brasília: Editora Senac, 2014, p. 45.

normas internas da empresa; prevenir demandas judiciais; obter transparência na condução dos negócios”⁵⁰⁰.

A Revolução Industrial e o avanço do capitalismo fizeram surgir grandes conglomerados empresariais no início do século XX, porém, com o passar dos anos, o capital dessas empresas, antes concentrado nas mãos de seus proprietários, “passou a ser dividido e a ter vários acionistas”⁵⁰¹. Essa situação fez emergir a necessidade de maior controle das atividades empresariais, a fim de evitar principalmente prejuízo aos acionistas.

Em 1960, a Comissão de Valores Mobiliários dos Estados Unidos (*Securities and Exchange Commission*), que regula o setor de valores mobiliários, passou a insistir que as empresas criassem mecanismos internos de controle⁵⁰².

No início da década de 1970, a empresa norte-americana Lockheed Aircraft Corporation, que produzia aeronaves, mísseis e embarcações, foi investigada por pagamentos irregulares efetuados a funcionários de governos estrangeiros⁵⁰³. Outras empresas norte-americanas, como a Gulf Oil, também foram investigadas por pagamentos ilegais realizados fora dos Estados Unidos, o que afetou a imagem do país norte-americano no cenário internacional, culminando na edição da norma denominada *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), que entrou em vigor em 1977⁵⁰⁴. Essa lei é denominada a lei anticorrupção americana e determina que empresas adotem mecanismos de controle que detectem e previnam atos de corrupção⁵⁰⁵.

⁵⁰⁰ RIBEIRO, MARCIA C. P.; DINIZ, Patrícia D. F. *Compliance* e Lei Anticorrupção nas empresas. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 52, n. 205, p. 87-105, jan./mar. 2015.

⁵⁰¹ NEGRÃO, Célia Regina P. Lima; PONTELO, Juliana de Fátima. *Op. cit.*, p. 23.

⁵⁰² ASSI, Marcos. **Gestão de compliance e seus desafios**: como implementar controles internos, superar dificuldades e manter a eficiência dos negócios. São Paulo: Saint Paul Editora, 2013, p. 19.

⁵⁰³ PAGOTTO, Leopoldo. Esforços globais anticorrupção e seus reflexos no Brasil. In: DEBBIO, Alessandra Del; MAEDA, Bruno Cordeiro; AYRES, Carlos Henrique (coord.). **Temas de anticorrupção e compliance**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, edição Kobo.

⁵⁰⁴ CRUZ, Marco. **Fazendo a coisa certa – como criar, implementar e monitorar programas efetivos de compliance**. [S.l.: Simplíssimo], [s.d.], edição Kindle.

⁵⁰⁵ BENEVIDES, Marilza M. A gestão de riscos de *compliance* como aliada da boa governança corporativa. In: CANDELORO, Ana Paula; BENEVIDES, Marilza M. (coord.). **Governança corporativa em foco**: inovações e tendências

Em 1997, o Comitê da Basileia divulgou “os princípios para uma supervisão bancária eficaz”⁵⁰⁶, estabelecendo entre eles a necessidade de controles apropriados e independentes pelas instituições financeiras e de *compliance* para verificar a adesão a esses controles e às normas e regulamentos aplicáveis à atividade. No entanto, essas medidas não foram suficientes, e algumas empresas continuaram a adotar gestão fraudulenta, enganando governo, investidores, acionistas e a própria sociedade.

Célia Lima Negrão e Juliana de Fátima Pontelo citam vários outros escândalos corporativos que contribuíram para o desenvolvimento de programas de *compliance* e sistemas de controles internos. Dentre estes, pode-se citar as fraudes praticadas pelo Banco Nacional e pela Siemens. No caso do Banco Nacional, ele divulgava lucros falsos e fazia operações com créditos fantasmas, gerando prejuízo à sociedade de US\$ 15 bilhões. A empresa alemã Siemens, por sua vez, denunciou fraude à licitação na compra de trens pelo Estado de São Paulo e Distrito Federal, superfaturando os contratos de 30% a cinco vezes mais de seu valor efetivo⁵⁰⁷.

A adoção dos programas de *compliance* teve como foco inicial a proteção aos acionistas e o combate à prática de crimes financeiros e de lavagem de dinheiro; porém, com o passar do tempo, o emprego desse mecanismo se expandiu para outras áreas de atuação. Nesse contexto, o termo *compliance* deve ser compreendido e estudado de acordo com a realidade da área de atuação em que é empregado, pois, não obstante a definição de *compliance* contenha como elemento principal o agir de acordo com as leis e os procedimentos internos e externos de determinada organização, a criação e o controle do próprio mecanismo de *compliance* não são idênticos em todas as áreas.

Renato de Mello Jorge Silveira e Eduardo Saad-Diniz enfatizam que os programas de “*compliance* devem ser entendidos de forma diferente conforme seja a realidade em que são vivenciados”⁵⁰⁸, no direito

para a sustentabilidade das organizações. São Paulo: Saint Paul Editora, 2014, p. 121.

⁵⁰⁶ ASSI, Marcos. **Gestão de *compliance* e seus desafios**: como implementar controles internos, superar dificuldades e manter a eficiência dos negócios. São Paulo: Saint Paul Editora, 2013, p. 21.

⁵⁰⁷ NEGRÃO, Célia Regina P. Lima; PONTELO, Juliana de Fátima. ***Compliance, controles internos e riscos***: a importância da área de gestão de pessoas. Brasília: Editora Senac, 2014, p. 34-36.

⁵⁰⁸ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. ***Compliance, direito penal e Lei Anticorrupção***. São Paulo: Saraiva, 2015, edição Kobo.

penal, por exemplo, esses programas dizem respeito a medidas que exigem atuação de acordo com as regras de direito penal, estabelecendo um raciocínio próprio da área referida. Bruno Carneiro Maeda esclarece que não existe uma fórmula para aplicação do programa de *compliance*, devendo ser adaptado de acordo com “o nível de risco e as peculiaridades de cada ramo de atividades e de cada jurisdição”⁵⁰⁹.

Desse modo, para a exata compreensão do tema em estudo, necessária a definição de *compliance* conforme a realidade do Direito do Trabalho, especialmente no que tange à relação de emprego e ao assédio moral.

O *compliance* no Direito do Trabalho compreende a adoção de medidas para o cumprimento das leis e regulamentos relativos às relações de trabalho. Porém, ao considerar apenas a relação de emprego, o estudo do *compliance* tem campo de atuação mais restrito, e inclui o cumprimento por empregados e empregadores de deveres e obrigações previstos na legislação e nos regulamentos internos e externos.

Mesmo delimitando o estudo do *compliance* no contexto da relação de emprego, os deveres e as obrigações a serem cumpridos pelas partes envolvidas são muitos.

Diante disso, para melhor compreensão do tema pesquisado, o estudo do *compliance* terá como foco as práticas adotadas para prevenção e combate do assédio moral.

O assédio moral na relação de emprego atinge diretamente a dignidade do trabalhador, podendo ser praticado tanto pelo empregado como pelo empregador.

Desse modo, a adoção do *compliance* como mecanismo de prevenção e combate ao assédio impõe o cumprimento dos dispositivos legais relacionados aos direitos de personalidade do trabalhador, bem como a observância das normas internas da empresa e atuação ética e transparente de empregados e empregadores.

E, assim como ocorre com as outras áreas em que se adotam práticas de *compliance*, no âmbito do direito do trabalho a adoção de tal mecanismo também está diretamente relacionada à adesão às práticas de governança corporativa, impondo uma análise mais detalhada dessa forma de administração.

⁵⁰⁹ MAEDA, Bruno Cordeiro. Programas de *compliance* anticorrupção: importância e elementos essenciais. In: DEBBIO, Alessandra Del; MAEDA, Bruno Cordeiro; AYRES, Carlos Henrique (coord.). **Temas de anticorrupção e *compliance***. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, edição Kobo.

4.1.2 *Compliance* na prática da governança corporativa

A governança corporativa representa um novo sistema de relacionamento entre acionistas, auditores independentes e executivos da empresa, e tem por objetivo proporcionar uma gestão mais transparente, aumentando o valor da própria empresa.

Os escândalos de má gestão de grandes empresas e a mobilidade do capital no âmbito internacional, representada pelo investimento de grandes fundos em empresas dos mais diversos setores e países, levaram à necessidade de um novo modelo de gestão que fosse mais transparente e protegesse os investidores. A governança corporativa envolve “a definição de políticas, procedimentos e responsabilidades”⁵¹⁰.

Uma das principais características da governança corporativa é a existência de um Conselho de Administração atuante e desvinculado da Diretoria Executiva da empresa responsável pela “execução da Gestão Operacional, a administração das atividades do dia a dia”⁵¹¹. Nesse sentido, caberá ao Conselho atuar para maximizar os ganhos dos acionistas, mas sem que isso implique descumprimento das obrigações com empregados, fornecedores, clientes, credores e a comunidade local em que se encontra instalada a empresa.

No entanto, muitas vezes o Conselho de Administração desempenha papel meramente consultivo, sem ter atribuições e limites bem definidos, tendo pouca ou nenhuma atuação nas decisões estratégicas da empresa. Dentre as situações que contribuem para um fraco desempenho do Conselho de Administração destacam-se o excesso de conselheiros internos, falta de independência, conselheiros acomodados, falta de experiência no negócio da empresa, entre outros⁵¹².

Para Ana Paula P. Candeloro, a adesão à prática de governança corporativa proporciona “valorização da companhia, melhor desempenho e menor custo de capital”⁵¹³. Afirma a autora que empresas que não

⁵¹⁰ NEGRÃO, Célia Regina P. Lima; PONTELO, Juliana de Fátima. **Compliance, controles internos e riscos**: a importância da área de gestão de pessoas. Brasília: Editora Senac, 2014, p. 53.

⁵¹¹ RODRIGUES, José Antonio; MENDES, Gilmar de Melo. **Governança corporativa**: estratégias para geração de valor. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2004, p. 113.

⁵¹² *Idem, ibidem*, p. 119-121.

⁵¹³ CANDELORO, Ana Paula P. Governança corporativa e geração de valor: DNA adormecido, criação de marketing ou um feliz encontro? In: CANDELORO, Ana Paula P.; BENEVIDES, Marilza M. (coord.). **Governança**

separam as funções operacionais e estratégicas da empresa tendem à desvalorização, o que pode levar inclusive à falência.

Para João Bosco Lodi, os quatro princípios da governança corporativa são a atuação responsável do Conselho de Administração para com o acionista, o exercício da presidência do Conselho e da empresa por pessoas distintas, a existência de um Conselho independente dos gestores da empresa e o preenchimento de certos padrões internacionais⁵¹⁴.

O Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC)⁵¹⁵ recomenda às empresas, independentemente de sua natureza jurídica, que adotem medidas como disponibilização de manuais no *website* da empresa, disponibilização de canais de comunicação, criação de canal de denúncias, elaboração de acordo de acionistas, contratação de auditoria independente, aplicação de código de condutas, política de gestão de pessoas, entre outras, para desenvolvimento de práticas relacionadas à governança corporativa⁵¹⁶.

Portanto, as responsabilidades das empresas não são mais adstritas aos acionistas, mas abrangem também empregados, fornecedores, credores, clientes e a comunidade local, assegurando que haja transparência nas informações disponibilizadas ao público e equilíbrio entre o interesse dos acionistas e o social.

Segundo José Antonio Rodrigues e Gilmar de Melo Mendes, a operacionalização da governança corporativa envolve a supervisão e o monitoramento do desempenho dos executivos, garantindo, assim, a prestação de contas da gestão “aos acionistas e demais agentes interessados na empresa”⁵¹⁷.

corporativa em foco: inovações e tendências para a sustentabilidade das organizações. São Paulo: Saint Paul Editora, 2014, p. 26.

⁵¹⁴ LODI, João Bosco. **Governança corporativa:** o governo da empresa e o conselho de administração. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000, p. 13.

⁵¹⁵ O IBGC é uma organização sem fins lucrativos criada em 27 de novembro de 1995, destinada à promoção de melhores práticas de gestão. Disponível em: <<http://www.ibgc.org.br/index.php/ibgc/o-ibgc>>. Acesso em: 16 dez. 2016.

⁵¹⁶ CANDELORO, Ana Paula P. Governança corporativa e geração de valor: DNA adormecido, criação de marketing ou um feliz encontro? In: CANDELORO, Ana Paula P.; BENEVIDES, Marilza M. (coord.). **Governança corporativa em foco:** inovações e tendências para a sustentabilidade das organizações. São Paulo: Saint Paul Editora, p. 38-39.

⁵¹⁷ RODRIGUES, José Antonio; MENDES, Gilmar de Melo. **Governança corporativa:** estratégias para geração de valor. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2004, p. 114.

Nesse processo de gestão transparente, o Conselho de Administração tem como missão:

1) *Fairness*, traduzida por senso de justiça e de equidade para com os acionistas minoritários contra transgressões de majoritários e gestores; 2) *Disclosure*, usualmente chamada de transparência, com dados acurados, registros contábeis fora de dúvida e relatórios entregues nos prazos combinados; 3) *Accountability*, ou responsabilidade pela prestação de contas por parte dos que tomam as decisões de negócios; 4) *Compliance*, ou obediência e cumprimento das leis do país⁵¹⁸.

A prática da governança corporativa assegura atuação mais transparente e equitativa dos acionistas, a responsabilidade pelos resultados da empresa e o cumprimento das normas do país, fazendo com que a empresa desenvolva sua atividade equilibrando a maximização de lucros dos acionistas e as obrigações perante os empregados, fornecedores, clientes, credores e a comunidade.

Portanto, a governança corporativa surge como meio de proteger as empresas dos abusos cometidos pelos executivos e da inércia dos conselhos de administração⁵¹⁹. Nesse quadro, o papel do *compliance* na governança corporativa ganha destaque, sendo considerado um dos principais elementos para uma gestão transparente e profissional.

A legislação e as demais regulações internas ou externas visam proteger os interesses da organização. O nível de adequação da organização no cumprimento de tais regras é demonstrado pelo *compliance*, que, por meio dos sistemas de monitoramento, garante a comprovação e manutenção de seu cumprimento, proporcionando maior transparência e crescimento à organização, bem como uma maior compreensão da regulação da atividade e de seus riscos⁵²⁰.

⁵¹⁸ LODI, João Bosco. **Governança corporativa**: o governo da empresa e o conselho de administração. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000, p. 19.

⁵¹⁹ LODI, João Bosco. *Op. cit.*, p. 34.

⁵²⁰ NEGRÃO, Célia Regina P. Lima; PONTELO, Juliana de Fátima. **Compliance, controles internos e riscos**: a importância da área de gestão de pessoas. Brasília: Editora Senac, 2014, p. 53.

A ordem econômica brasileira, entre outros princípios, é norteada pela função social da propriedade⁵²¹. Portanto, o *compliance* é elemento essencial à governança corporativa e desenvolvimento de transparência e sustentabilidade na gestão, fundamentais para cumprimento do preceito constitucional.

Não existe gestão corporativa sem adoção de medidas de *compliance*, pois a observância das normas vigentes e a existência de controles internos são indispensáveis ao combate de práticas ilegais e abusivas na gestão das organizações.

No entanto, antes de adentrar no estudo dos procedimentos de *compliance* e sua implicação na relação de emprego, importante analisar a legislação brasileira relacionada ao assunto.

4.1.3 A evolução normativa da figura do *compliance* no ordenamento jurídico brasileiro

Ainda que diversos órgãos reguladores, como o Banco Central e a Comissão de Valores Mobiliários, entre outros, já estabelecessem a necessidade de aplicação de procedimentos internos para controle do cumprimento das obrigações legais, foi com a Lei n. 9.613/98, com alterações trazidas pela Lei n. 12.683/2012, que se introduziu de forma abrangente a obrigatoriedade de adoção de mecanismo de *compliance* no ordenamento jurídico brasileiro. O inciso III do art. 10 da Lei n. 9.613/98 determina que as pessoas jurídicas que desenvolvam as atividades estabelecidas na referida lei adotem políticas, procedimentos e controles internos que coíbam e previnam a prática de atividades ilícitas⁵²².

A Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013, denominada Lei Anticorrupção, apesar de não obrigar a adoção dos programas de *compliance*, estabelece como parâmetro de fixação das penalidades “a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade,

⁵²¹ Art. 170, inciso III, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 16 dez. 2016).

⁵²² BRASIL. **Lei n. 9.613, de 03 de março de 1998**. Dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9613.htm>. Acesso em: 16 dez. 2016.

auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica”⁵²³.

A aprovação da Lei Anticorrupção, coibindo a prática de condutas relacionadas à corrupção, decorreu do compromisso assumido pelo Brasil por meio das Convenções de Combate à Corrupção da Organização das Nações Unidas (ONU)⁵²⁴, da Organização dos Estados Americanos (OEA)⁵²⁵ e da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Internacionais da Organização para a Cooperação Econômica e Desenvolvimento (OCDE)⁵²⁶.

A Convenção da ONU contra a Corrupção estabelece em vários dispositivos a necessidade de atuação do setor público e privado em conformidade com os dispositivos legais e a implantação de controles internos que coíbam práticas ilícitas. O art. 8, entre outras disposições, determina que o Estado-Parte procure aplicar códigos ou normas de conduta para que as funções públicas sejam cumpridas de forma correta

⁵²³ Art. 7º, inciso VIII, da Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013 (BRASIL. **Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013**. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm>. Acesso em: 16 dez. 2016).

⁵²⁴ A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção foi internalizada por meio do Decreto n. 5.687, de 31 de janeiro de 2006 (BRASIL. **Decreto n. 5.687, de 31 de janeiro de 2006**. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/D5687.htm>. Acesso em: 16 dez. 2016).

⁵²⁵ A Convenção Interamericana contra a Corrupção foi internalizada por meio do Decreto n. 4.410, de 7 de outubro de 2002 (BRASIL. **Decreto n. 4.410, de 07 de outubro de 2002**. Promulga a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996, com reserva para o art. XI, parágrafo 1º, inciso “c”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4410.htm>. Acesso em: 16 dez. 2016).

⁵²⁶ A Convenção da OCDE foi internalizada por meio do Decreto n. 3.678, de 30 de novembro de 2000 (BRASIL. **Decreto n. 3.678, de 30 de novembro de 2000**. Promulga a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris, e 17 de dezembro de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3678.htm>. Acesso em: 16 dez. 2016).

e honrosa e adote medidas que facilitem a denúncia de corrupção. De acordo com item 2 do art. 9 da mesma Convenção, o Estado-Parte deve também implantar sistemas de gestão de riscos e controle interno.

A Convenção da OEA estabelece a obrigação dos Estados signatários de adotarem mecanismos que garantam que as sociedades mercantis e associações mantenham registros que reflitam com exatidão a aquisição e alienação de ativos e controles internos que permitam detectar atos de corrupção.

Outro diploma legal que dispõe sobre as medidas de *compliance* no ordenamento jurídico brasileiro é a Lei n. 13.303/2016, que estabelece o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias. O inciso VII do art. 8º dessa lei determina que as empresas elaborem e divulguem a política de transações, de acordo com os requisitos de competitividade, conformidade, transparência, equidade e comutatividade. Além disso, o art. 9º prevê a obrigatoriedade de implantação da área de *compliance*, abrangendo administradores e empregados, a área responsável pela verificação do cumprimento de obrigações e riscos e auditoria interna e Comitê de Auditoria Estatutária.

Encontram-se em tramitação Projetos de Lei tratando sobre a implantação de medidas de *compliance*, como o Projeto de Lei Complementar n. 303/2016, que inclui a obrigatoriedade da adoção da política de *compliance* em caso de transferência voluntária de recursos prevista no art. 25 da Lei Complementar n. 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal). O referido projeto define o *compliance* como:

[...] o conjunto de disciplinas para fazer cumprir as normas legais e regulamentares, as políticas e diretrizes estabelecidas para o negócio e para as atividades da instituição ou empresa, detectar e tratar qualquer desvio ou inconformidade que possa ocorrer.⁵²⁷.

⁵²⁷ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei PLP 303/2016**. Dispõe sobre o assédio nas relações de trabalho. Altera a Lei de Responsabilidade Fiscal para proibir o repasse de recursos federais aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios nas condições que especifica. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2092519>>. Acesso em: 16 dez. 2016.

A legislação brasileira vem seguindo tendência já verificada em outros países, como Estados Unidos, Inglaterra e Alemanha, de estimular a gestão mais ética e transparente das empresas por meio da governança corporativa.

No entanto, mesmo existindo dispositivos legais incentivando a adoção de *compliance* no Brasil, o que se observa ainda é a utilização incipiente desse mecanismo, pois o julgamento da Ação Penal n. 470, conhecida como “a ação do mensalão”, e os desdobramentos da operação Lava Jato, que investiga, entre outros, crimes de lavagem de dinheiro e esquemas de corrupção em contratos e obras públicas, demonstraram que muitas empresas brasileiras ainda não utilizam sistema de controle adequado de riscos e de gestão, o que é prejudicial a acionistas, clientes, fornecedores, credores e empregados, e ameaça a própria continuidade das atividades empresariais.

A Organização Internacional de Normatização (*International Organization of Standardization – ISO*), criada após a Segunda Guerra Mundial com o objetivo de promover normas internacionais de fabricação de produtos, prestação de serviços, comunicação e comércio, editou a ISO 19600:2014⁵²⁸, que traz diretrizes para desenvolvimento, implantação, manutenção e avaliação do sistema de gestão de *compliance*⁵²⁹. No entanto, a padronização dos processos estabelecidos no âmbito da Organização Internacional de Normatização é de adesão voluntária, porém, é um passo importante na disseminação do *compliance*, pois a tendência é que as empresas passem a exigir de seus fornecedores a certificação de implantação das normas estabelecidas na referida regra, assim como já ocorre com as outras normas editadas pela entidade.

No âmbito da relação de emprego, não há leis que estabeleçam expressamente a obrigação de adoção de medidas que tenham por objetivo a verificação e o controle do cumprimento das obrigações relacionadas ao contrato de trabalho e à gestão de seus riscos. Porém, encontra-se em tramitação na Câmara dos Deputados projeto de lei que

⁵²⁸ A Associação Brasileira de Normas Técnicas publicou a ISO 19600 em português em 10 de junho de 2016 (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. Disponível em: <<http://www.abntcatalogo.com.br>>. Acesso em: 16 dez. 2016).

⁵²⁹ ALBARRACÍN, Juan Carlos Bajo. **Compliance Officers: ISO 19600**. Madrid: Ampell Consultores Asociados, [2015?], edição Kindle.

prevê o pagamento de multa ao empregador na hipótese de não serem adotadas medidas de prevenção ao assédio moral⁵³⁰.

No entanto, mesmo inexistindo legislação específica tratando do *compliance* na esfera trabalhista, a sua utilização como mecanismo de prevenção e combate à prática de ilícitos foi absorvida por alguns institutos do direito penal e do direito administrativo. Portanto, a tendência é que ocorra a expansão desse mecanismo para outras áreas do direito, inclusive a trabalhista. Diante disso, impõe-se o estudo mais detalhado dos elementos que compõem os programas de *compliance* e seu funcionamento.

4.1.4 As partes envolvidas no mecanismo de *compliance*

O programa de *compliance* visa ao estabelecimento de rotinas, sua verificação e monitoramento, de forma a prevenir erros, fraudes, multas, isto é, prejuízos à empresa. No entanto, ele não pode ser visto como algo mecanizado e independente das pessoas que integram a organização. Assim, todos aqueles que se relacionam com a empresa desempenham papel fundamental para implantação e aderência ao programa de *compliance*, sejam eles pessoas, organizações ou mesmo a comunidade local.

Os acionistas, empregados, fornecedores, credores, clientes, distribuidores e concorrentes são denominados parceiros primários ou *stakeholders*, pois relacionados à atividade direta da empresa. Já os parceiros secundários são aqueles que sofrem os reflexos secundários da atividade empresarial, como a comunidade local em que está inserida a empresa, associações de classe e público em geral⁵³¹.

No entanto, embora o programa de *compliance* envolva todos aqueles que se relacionam com a empresa, a sua implantação depende da atuação direta de pessoas, grupo de pessoas ou setores existentes dentro da estrutura organizacional da empresa.

No Brasil, a função de *compliance* era originalmente destinada ao jurídico; porém, com o passar do tempo, foram-se se criando áreas de

⁵³⁰ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei PL n. 2.369/2003**. Dispõe sobre o assédio nas relações de trabalho. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=139681>>. Acesso em: 16 dez. 2016.

⁵³¹ RODRIGUES, José Antonio; MENDES, Gilmar de Melo. **Governança corporativa: estratégias para geração de valor**. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2004, p. 35-37.

“*compliance* com a capacitação de profissionais para exercer a atividade de gestão da área”⁵³². Essa área é composta de membros com conhecimento técnico de monitoramento e controle, e todos se reportam ao *compliance officer*.

O *compliance officer* se reporta ao cargo mais alto dentro da empresa; se esta possuir um Conselho de Administração, a ele que deve se reportar; caso contrário, responderá ao Presidente ou outro cargo equivalente. Entre as atribuições do *compliance officer* incluem-se: (i) analisar o programa de forma integral, garantindo que medidas corretivas sejam implementadas; (ii) desenvolver canais de comunicação que permitam a denúncia de práticas suspeitas, de forma anônima e/ou confidencial, por qualquer empregado, evitando eventuais retaliações; (iii) criar e reter documentos, garantindo que, caso necessário, a empresa possa demonstrar a integridade do programa de *compliance*; (iv) conduzir programas de treinamentos adequados para os empregados; (v) definir manuais que estabeleçam as consequências pela inobservância das normas internas e externas; (vi) promover auditoria e monitoramento das práticas efetuadas, a fim de garantir que o programa de *compliance* esteja sendo devidamente cumprido, permitindo que se corrijam eventuais falhas; (vii) adotar medidas corretivas assim que identificar qualquer conduta irregular; (viii) medir a efetividade do programa de *compliance*, ou seja, verificar se ele está sendo efetivo; (ix) desenvolver a filosofia da empresa, transmitindo os princípios e valores dela⁵³³.

Além do *compliance officer*, a existência do comitê de *compliance* também é fundamental para a implantação e manutenção do programa. O comitê de *compliance* geralmente é formado pelos responsáveis pelos departamentos envolvidos nos controles internos, e tem como atribuições: (i) assessorar a Diretoria Executiva; (ii) avaliar a efetividade dos sistemas de controle interno; (iii) verificar se as recomendações de melhoria foram implementadas; (iv) certificar a conformidade dos procedimentos com as normas internas e externas; (v) acompanhar políticas, procedimentos, responsabilidades e definições relacionados à gestão de riscos, bem como conduzir a implantação de metodologias, modelos e ferramentas a ela relacionados; (vi) avaliar a necessidade de treinamento; (vii) avaliar os

⁵³² ASSI, Marcos. **Gestão de *compliance* e seus desafios**: como implementar controles internos, superar dificuldades e manter a eficiência dos negócios. São Paulo: Saint Paul Editora, 2013, p. 49.

⁵³³ CRUZ, Marco. **Fazendo a coisa certa – como criar, implementar e monitorar programas efetivos de *compliance***. [S.l.: Simplíssimo], [s.d.], edição Kindle.

controles internos, efetuando correções quando necessário; (viii) propor à Diretoria Executiva normas para aprimoramento da gestão, visando à redução dos riscos; (ix) submeter ao Conselho de Administração os relatórios de conformidade e de suas atividades⁵³⁴.

O *compliance officer* é a pessoa responsável pelo desenvolvimento, operação e monitoramento do programa de *compliance*. E o comitê de *compliance* surge para complementar o trabalho do *compliance officer*, pois no comitê se discutem todas as questões relacionadas ao programa, bem como é o órgão que confere obrigatoriedade para que as medidas estabelecidas sejam efetivamente implantadas. Todavia, é importante destacar que tanto o *compliance officer* como o comitê de *compliance* não são os responsáveis pela gestão da empresa, mas sim encarregados, cada qual dentro de suas atribuições, de analisar a efetividade do programa de *compliance*, as condutas realizadas na empresa e denunciar eventuais práticas irregulares ou ilegais cometidas. E, apesar de os indivíduos que integram a estrutura da área de *compliance* não administrarem a empresa, eles possuem o dever de comunicar aqueles que decidem pela empresa acerca da existência eventuais riscos. Nesse sentido, Renato de Mello Jorge Silveira esclarece que:

[...] o papel de garante assumido por delegação por parte do *compliance officer* não é total. Ele não dispõe de faculdades executivas, nem assume, de outro modo, a obrigação de impedir quaisquer delitos. [...]. Deve, sim, obter todo o conhecimento acerca do cumprimento das regras internas e externas pela empresa, e, no caso de detectar algo em desacordo, deve transmitir sua denúncia aos canais competentes, com a máxima urgência, mesmo que não tenha ele o poder final de decisões empresariais⁵³⁵.

Portanto, para que o programa de *compliance* seja aplicado de forma eficiente, além do *compliance officer* e do comitê de *compliance*, os empregados, o Conselho de Administração e a Diretoria Executiva

⁵³⁴ ASSI, Marcos. **Gestão de *compliance* e seus desafios**: como implementar controles internos, superar dificuldades e manter a eficiência dos negócios. São Paulo: Saint Paul Editora, 2013, p. 54-55.

⁵³⁵ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. ***Compliance, direito penal e Lei Anticorrupção***. São Paulo: Saraiva, 2015, edição Kobo.

desempenham papel fundamental, pois é necessária a atuação conjunta dos agentes envolvidos, criando uma relação de cooperação, para que o programa seja efetivamente implantado, tornando a atuação das partes mais ética e transparente, diminuindo as divergências e os riscos de demandas judiciais, multas e prejuízos à empresa.

4.2 COMPLIANCE E A RELAÇÃO DE EMPREGO

Cada vez mais as empresas estão adotando mecanismos de controle e prevenção para reduzir o impacto negativo de eventuais irregularidades; no entanto, pouco se tem discutido sobre os aspectos trabalhistas das investigações internas realizadas pelas empresas⁵³⁶. Desse modo, ainda que a gestão dos riscos e a adoção dos programas de *compliance* sejam geralmente estudadas sob o enfoque da Lei Anticorrupção e da coibição da prática de crimes, a sua aplicação também se estende às práticas trabalhistas.

Nesse sentido Marcella Block salienta que:

São diversos os modelos de *compliance*, mais ou menos abrangentes ou estruturados de acordo com o setor e com a complexidade das atividades da empresa. Há setores de *compliance* voltados para assegurar o cumprimento de normas trabalhistas, outros direcionados à regulação tributária, ambiental, do consumidor, etc⁵³⁷.

O *compliance* trabalhista pode ser entendido como a adoção de medidas para o cumprimento das leis e regulamentos relativos às relações de trabalho, o que inclui, além dos empregados da empresa, os trabalhadores autônomos e terceirizados, bem como a valorização da ética e da transparência na cultura organizacional. No entanto, considerando o escopo do trabalho, o estudo se limitará à análise do *compliance* no âmbito da relação de emprego.

⁵³⁶ LION, Maurício Pepe de. Condução de investigações internas sob o ponto de vista trabalhista. In: DEBBIO, Alessandra Del; MAEDA, Bruno Cordeiro; AYRES, Carlos Henrique (coord.). **Temas de anticorrupção e compliance**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, edição Kobo.

⁵³⁷ BLOK, Marcella. **Nova Lei Anticorrupção e o Compliance**. [S.l.: s.n.], [s.d.], edição Kindle.

O estudo do *compliance* na relação de emprego tem como foco a análise de conformidade de inúmeros direitos e deveres relacionados ao contrato de trabalho e previstos na legislação trabalhista, tais como gestão de benefícios, jornada de trabalho, pagamentos, convenções coletivas de trabalho, segurança e medicina do trabalho, entre outros. No entanto, a verificação da conformidade não se restringe ao cumprimento da legislação laboral, pois, atualmente, o campo de atuação da gestão de pessoas é mais abrangente e envolve a valorização e o desenvolvimento do empregado como indivíduo inserido no ambiente organizacional, com objetivos e anseios pessoais.

Nesse sentido, Célia Lima Negrão e Juliana de Fátima Pontelo enfatizam que, no período de 1930 a 1950, a área de gestão de pessoas se preocupava apenas com o cumprimento da legislação trabalhista, e, embora a partir da década de 1950 tenham sido implantadas mudanças nas organizações, é somente a partir da década de 1990 que ocorre a ampliação da atuação da área de gestão de pessoas, destacando que:

[...] o principal e atual desafio da área de gestão de pessoas é implementar projetos e ações com foco na concepção do ser humano como integral, que tem sentimentos, que busca seus objetivos, suas realizações pessoais, que anseia por um significado mais profundo da vida. Entretanto, para que seja possível desenvolver essa concepção, é preciso visão e postura organizacional estratégicas, com alterações estruturais e nos padrões comportamentais e culturais⁵³⁸.

Portanto, considerando que a gestão de pessoas não está mais adstrita a questões burocráticas como admissão e demissão de pessoal, possuindo atuação mais abrangente, com foco também no bem-estar dos empregados e na promoção de um ambiente de trabalho saudável, o *compliance* na relação de emprego, além de evitar situações que impliquem custos e despesas adicionais para a empresa, como pagamentos equivocados de verbas trabalhistas, reclamações trabalhistas, multas, indenizações por danos morais, entre outros, tem também o objetivo de promover ações voltadas para a ética, qualidade de vida dos

⁵³⁸ NEGRÃO, Célia Regina P. Lima; PONTELO, Juliana de Fátima. *Compliance, controles internos e riscos*: a importância da área de gestão de pessoas. Brasília: Editora Senac, 2014, p. 63.

empregados e combate à discriminação. Diante disso, é essencial “rever os paradigmas, crenças e valores em busca de normas e procedimentos mais condizentes com a realidade e o avanço do mundo moderno”⁵³⁹.

De acordo com Marco Cruz, a criação e manutenção do programa de *compliance* pressupõe o envolvimento principalmente das áreas de gestão de pessoas, de comunicação e jurídica. Ainda de acordo com o autor, para que o programa de *compliance* seja considerado efetivo é necessário que estejam presentes os seguintes elementos: designação do *compliance officer* e do comitê de *compliance*; definição de padrões estabelecidos por meio de manuais e de consequências para a hipótese de descumprimento; mecanismos de auditoria e monitoramento da implantação do *compliance*; desenvolvimento de ações corretivas; avaliação periódica do programa de *compliance*; estabelecimento de políticas e procedimentos da empresa, incluindo sua filosofia e seus valores⁵⁴⁰.

Contudo, a designação de *compliance officer* e de comitê de *compliance* específico à área de gestão de pessoas nem sempre será necessária, pois, caso o programa de *compliance* alcance todas as áreas da empresa, as atribuições do *compliance officer* e do comitê de *compliance* incluirão também a esfera trabalhista. Todavia, se a implantação do programa de *compliance* ocorrer apenas na área de gestão de pessoas, necessária a indicação de *compliance officer* e de comitê de *compliance* específico.

Para Célia Regina P. Lima e Juliana de Fátima Pontelo, a implantação do *compliance* na área de gestão de pessoas pressupõe os seguintes elementos: ética organizacional, treinamento, canal de denúncias específico para a área de gestão de pessoas, tratamento de conflitos de interesse e monitoramento e verificação normativa e legal⁵⁴¹.

Juan Carlos Bajo Albarracín, ao comentar a ISO 19600:2014, enfatiza que o processo de implantação do *compliance* inclui a análise das questões internas e externas da empresa que serão objeto *compliance*; a definição da política de *compliance*, ou seja, se aplica o disposto na ISO

⁵³⁹ NEGRÃO, Célia Regina P. Lima; PONTELO, Juliana de Fátima. **Compliance, controles internos e riscos**: a importância da área de gestão de pessoas. Brasília: Editora Senac, 2014, p. 71.

⁵⁴⁰ CRUZ, Marco. **Fazendo a coisa certa – como criar, implementar e monitorar programas efetivos de compliance**. [S.l.: Simplíssimo], [s.d.], edição Kindle.

⁵⁴¹ NEGRÃO, Célia Regina P. Lima; PONTELO, Juliana de Fátima. *Op. cit.*, p. 71-72.

19600:2014 ou se estabelece critérios próprios de conformidade; a identificação das normas que devem ser cumpridas; a avaliação dos riscos; a definição das ações para eliminação ou redução dos riscos; a definição das responsabilidades de cumprimento do *compliance* de cada um dos membros da organização; a definição dos processos e procedimentos de trabalho; o estabelecimento dos objetivos do *compliance*; a implantação do sistema de controle; o estabelecimento de indicadores; o treinamento adequado daqueles que atuarão diretamente no programa de *compliance* e de todos os empregados da empresa⁵⁴².

Portanto, para que o programa de *compliance* na área de gestão de pessoas seja efetivo, importante a implantação das seguintes medidas: (i) elaboração e utilização de código de conduta; (ii) treinamento dos empregados, de acordo com as atividades desenvolvidas no âmbito organizacional; (iii) criação e manutenção de canal de denúncias; (iv) tratamento para resolução de questões relacionadas a conflitos de interesses; (v) monitoramento e verificação de normas internas e externas à empresa; (vi) desenvolvimento de ações corretivas. Cada um dos elementos que compõem o programa de *compliance* no âmbito da relação de emprego será analisado separadamente. No entanto, antes de adentrar no estudo de cada um deles, importante a investigação acerca do impacto da cultura organizacional da empresa, pois é ela que determinará se o programa de *compliance* será criado e a forma como será implantado.

4.2.1 O *compliance* como reflexo da cultura organizacional da empresa

A cultura organizacional molda a gestão e o comportamento das pessoas na empresa, podendo tanto criar um ambiente propício ao trabalho e ao desenvolvimento do empregado como também produzir impactos negativos no meio ambiente de trabalho com reflexos à saúde do empregado.

Importante frisar que a forma como se desenvolve a relação entre empregado e empregador sofre influência direta da cultura organizacional das empresas.

Empresas que condenam práticas ilícitas e corruptas e que prezam pelo cumprimento das normas, pela valorização do empregado e “pela

⁵⁴² ALBARRACÍN, Juan Carlos Bajo. **Compliance Officers: ISO 19600**. Madrid: Ampell Consultores Asociados, [2015?], edição Kindle.

preocupação com o social”⁵⁴³ tendem a transferir essa cultura aos empregados, que passam a agir da mesma forma.

No entanto, empresas que não cumprem a legislação tendem também a não respeitar seus empregados, criando uma cultura organizacional de desrespeito e desvalorização dos empregados e de todos aqueles que com elas se relacionam.

Empresas que se concentram apenas nos resultados, sem considerar os processos, enaltecem a individualidade em vez do coletivo e possuem canal de comunicação deficiente favorecem a prática do assédio moral, tanto individual como organizacional. E, não obstante tenham fins e abrangências diferentes⁵⁴⁴, ambas as formas de agressão violam os direitos de personalidade dos empregados e são diretamente impactados pela cultura organizacional da empresa.

Luis Roberto Antonik elenca cinco tipos de cultura organizacional: (i) a que não incentiva os empregados a assumirem responsabilidades e é encontrada em empresas que são fracas institucionalmente, com dificuldades em definir funções e responsabilidades; (ii) a que é centrada no individualismo e é observada em empresas que não possuem colaboração entre as áreas, gerando dificuldades de gestão; (iii) a que incentiva a falta de comprometimento e é verificada em organizações cujos cargos são preenchidos politicamente; (iv) a que desenvolve a possibilidade de ascensão funcional baseada no desempenho e é encontrada em empresas que dão liberdade para os empregados discordarem e expressarem suas opiniões; e (v) a que cultiva a excelência e a *performance* com resultados e está presente em empresas que possibilitam o estudo e aperfeiçoamento constante, nas quais os empregados possuem o sentimento de pertencimento e acreditam no propósito empresarial⁵⁴⁵.

Assim, considerando que a cultura organizacional reflete a forma como a empresa desenvolve suas atividades e se relaciona com os seus parceiros, ela desempenha papel importante na implantação do programa de *compliance* e nos elementos que o compõe.

⁵⁴³ ANTONIK, Luis Roberto. *Compliance, ética, responsabilidade social e empresarial*. Rio de Janeiro: Alta Books, 2016. Edição Kindle.

⁵⁴⁴ O assédio individual é direcionado à vítima específica e tem por finalidade fazer com o empregado se desligue da empresa; o assédio coletivo atinge o conjunto de empregados da organização e tem como foco a produtividade e a eficiência.

⁵⁴⁵ ANTONIK, Luis Roberto. *Op. cit.*

4.2.2 A implantação do programa de *compliance*

4.2.2.1 O Código de conduta

A ética profissional constitui um conjunto de regras para guiar o exercício de determinada profissão e tem suas origens no juramento de Hipócrates, por volta do século IV a.C., texto que especifica as obrigações e os princípios éticos dos médicos. Os primeiros textos modernos sobre a conduta ética profissional surgiram no início do século XX, porém somente a partir da década de 1970 passaram a ganhar destaque e importância. Os códigos de ética profissional devem definir pelo menos nove itens: prestação dos atos e ações, observância à lei, confidencialidade, honestidade, integridade, lealdade, objetividade, respeitabilidade e transparência⁵⁴⁶.

Muitas vezes a expressão *código de ética* é utilizada como sinônima de *código de conduta*, porém tal referência não é correta. Ainda que o empregado possa ter o seu contrato de trabalho vinculado tanto ao código de conduta como ao código de ética da sua profissão, os dois institutos apresentam diferenças entre si. Enquanto o Código de Ética é elaborado pela entidade de classe e traz um conjunto de normas a serem seguidas no exercício de determinada profissão, o código de conduta refere-se a uma normatização interna da empresa, que, entre outras situações, trata da relação entre empregado e empregador⁵⁴⁷.

O código de conduta se traduz no regulamento da própria organização, tendo por objetivo “respaldar os negócios e atender à legislação do Direito do Trabalho, para que todas as decisões sejam tomadas com base na honestidade e no respeito às pessoas, aos clientes, aos fornecedores e ao público em geral”⁵⁴⁸.

Desse modo, o código de conduta deve definir os valores, os princípios éticos e a filosofia da empresa, bem como a vedação a práticas irregulares e/ou ilícitas e as respectivas medidas disciplinares em caso de descumprimento. Segundo Bruno Carneiro Maeda, os códigos de conduta devem:

⁵⁴⁶ ANTONIK, Luis Roberto. **Compliance, ética, responsabilidade social e empresarial**. Rio de Janeiro: Alta Books, 2016, edição Kindle.

⁵⁴⁷ *Idem, ibidem*.

⁵⁴⁸ ASSI, Marcos. **Gestão de compliance e seus desafios: como implementar controles internos, superar dificuldades e manter a eficiência dos negócios**. São Paulo: Saint Paul Editora, 2013, p. 39.

[...] estabelecer, de forma simples, clara e inequívoca, os valores e princípios éticos da empresa, incluindo a não tolerância a qualquer forma de corrupção, programas de *Compliance* efetivos demandam um conjunto mais amplo de políticas e, principalmente, de controles e procedimentos para mitigação dos riscos⁵⁴⁹.

Além de refletir a cultura da empresa, por meio dos valores e princípios, a utilização desse instrumento deve mencionar também a observância aos direitos humanos e a proteção do meio ambiente do trabalhador⁵⁵⁰.

A utilização do código de conduta por gestores e empregados constitui instrumento essencial para bom funcionamento do programa de *compliance*. Contudo, muitas vezes ele deixa de ser efetivo e não possui adesão dentro da organização. Entre as causas que levam à não aceitação do código de conduta, Robert Henry Sroul cita a dissonância entre o dizer e o agir, a existência de Códigos minimalistas ou muito extensos e a existência de conteúdo impositivo e disciplinar, que elimina o processo pedagógico e dificulta a adesão⁵⁵¹.

Os princípios que devem nortear a elaboração do código de conduta são o compromisso da empresa de adoção, integração e disseminação do Código de Conduta; a capacidade de fazê-lo ser cumprido; a publicidade acerca da existência do Código a todos que se relacionam com a empresa, interna ou externamente; a acessibilidade do Código de Conduta a todos; precisão e clareza das informações nele contidas; a responsabilidade e obrigatoriedade de prestação de contas pelas ações realizadas no âmbito do *compliance*⁵⁵².

⁵⁴⁹ MAEDA, Bruno Carneiro. Programas de *compliance* anticorrupção: importância e elementos essenciais. In: DEBBIO, Alessandra Del; MAEDA, Bruno Cordeiro; AYRES, Carlos Henrique (coord.). **Temas de anticorrupção e compliance**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, edição Kobo.

⁵⁵⁰ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Compliance, direito penal e Lei Anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2015, edição Kobo.

⁵⁵¹ SROUR, Robert Henry. Risco moral nas empresas e azares dos Códigos de Ética. A gestão de riscos de *compliance* como aliada da boa governança corporativa. In: CANDELORO, Ana Paula; BENEVIDES, Marilza M. (coord.). **Governança corporativa em foco: inovações e tendências para a sustentabilidade das organizações**. São Paulo: Saint Paul Editora, 2014, p. 61-62.

⁵⁵² ALBARRACÍN, Juan Carlos Bajo. **Compliance Officers: ISO 19600**. Madrid: Ampell Consultores Asociados, [2015?], edição Kindle.

Para Célia Lima Negrão e Juliana de Fátima Pontelo, o código de conduta deve se basear: (i) na transparência, representada pela clareza na relação da empresa com clientes internos ou externos; (ii) na sustentabilidade, isto é, no equilíbrio dos objetivos empresariais com o meio ambiental, social, econômico e financeiro; (iii) na integridade, isto é, agir de maneira transparente e honesta; (iv) na excelência, caracterizada pela eficiência no desenvolvimento da atividade empresarial; (v) no respeito pelas pessoas; e (vi) nas práticas que valorizem o meio ambiente⁵⁵³.

Portanto, para que o código de conduta seja efetivo e deixe de ser documento de mera intenção, é necessário que, entre outras características, tenha diretrizes justificadas e que estejam sujeitas a constante revisão, e, além disso, tenham linguagem de fácil compreensão, de forma a atingir todos os parceiros da empresa.

4.2.2.2 O treinamento dos empregados e executivos

Outro elemento importante na implantação do programa de *compliance* refere-se ao treinamento dos empregados e executivos da empresa. A capacitação daqueles que integram a organização, independentemente do nível hierárquico e da função exercida, desempenha papel essencial na adesão e efetividade do *compliance*.

Os treinamentos podem envolver as diversas áreas e atividades da empresa, incluindo não apenas questões relacionadas aos processos desenvolvidos, mas também questões voltadas para o desenvolvimento pessoal e o relacionamento dos empregados entre si, destes com os gestores e vice-versa.

Na temática relacionada ao assédio moral, o treinamento dos empregados e executivos com enfoque na dignidade da pessoa e no respeito ao próximo é fundamental para coibir práticas assediadoras no ambiente de trabalho. Além do treinamento visando orientar os empregados e gestores a não praticarem atos que atentem contra os direitos de personalidade do empregado, é importante também que a capacitação possibilite aos empregados identificar a existência do assédio moral no ambiente de trabalho, de modo a permitir a denúncia de tal prática.

⁵⁵³ NEGRÃO, Célia Regina P. Lima; PONTELO, Juliana de Fátima. *Compliance, controles internos e riscos*: a importância da área de gestão de pessoas. Brasília: Editora Senac, 2014, p. 74.

A utilização do treinamento para disseminação da cultura da tolerância à diferença e do respeito à individualidade do outro constitui ferramenta essencial no combate ao assédio moral e seus impactos nefastos ao empregado e ao ambiente de trabalho.

Ademais, o treinamento de empregados para identificar sinais de assédio é fundamental para a redução dos casos de abuso na relação de emprego. Muitas vezes, a vítima do assédio encontra-se tão fragilizada e coagida, que não consegue denunciar o agressor, por isso é importante que seja realizada a orientação dos empregados para que, ao perceberem a ocorrência de prática assediadora, denunciem-na.

Luis Roberto Antonik ressalta que muitas empresas, ao mesmo tempo que dispõem de canal direto para denúncias, “educam os funcionários sobre o tipo de atividade fraudulenta, ensinando-os a identificar ‘sinais’ em seus colegas”⁵⁵⁴.

O treinamento pode ser realizado de forma presencial ou à distância e deve envolver lições sobre a organização, sua visão, missão e valores, ou seja, deve refletir a cultura organizacional da empresa.

De acordo com Marco Cruz, para que o treinamento atinja seus objetivos ele deve conter os seguintes requisitos: (i) deve abranger os programas de *compliance* e as leis relacionadas ao negócio, ao combate à corrupção e prática trabalhista; (ii) deve ser realizado de acordo com as responsabilidades dos empregados ou grupo de empregados; (iii) deve incluir a possibilidade de sanar dúvidas e questionamentos; (iv) deve ser ministrado por pessoal interno, com exceção de situações específicas que exijam especialistas; (v) o material de suporte deve considerar o conhecimento, a experiência e as habilidades dos empregados; (vi) a empresa deve documentar todo o treinamento, inclusive o material disponibilizado e os dados dos empregados que participaram do treinamento; (vii) participação obrigatória nos treinamentos, e sua ausência deve ser considerada falta disciplinar⁵⁵⁵.

Além do treinamento dos empregados e dos executivos da empresa, o treinamento do *compliance officer* e das demais pessoas que integram a área de *compliance* também exerce influência na efetividade do programa de *compliance*. De acordo com Marcos Assi, muitas

⁵⁵⁴ ANTONIK, Luis Roberto. **Compliance, ética, responsabilidade social e empresarial**. Rio de Janeiro: Alta Books, 2016, edição Kindle.

⁵⁵⁵ CRUZ, Marco. **Fazendo a coisa certa – como criar, implementar e monitorar programas efetivos de compliance**. [S.l.: Simplíssimo], [s.d.], edição Kindle.

empresas estão investindo na formação desses profissionais para melhor atender às atribuições que a função exige⁵⁵⁶.

Portanto, torna-se imprescindível o treinamento adequado sobre as consequências e etapas que envolvem o programa de *compliance*; caso contrário, a sua efetividade e adesão por parte dos empregados e executivos resta prejudicada, aumentando os riscos e os custos sociais em razão da atuação desconforme.

4.2.2.3. O canal de denúncias

A estrutura organizacional de uma empresa não a torna mais ética, porém o modelo adotado pode auxiliar os mecanismos de controle e fiscalização de combate a práticas consideradas ilegais e antiéticas. A existência de canal aberto para denúncias por violação e desrespeito aos direitos e às garantias dos trabalhadores é instrumento essencial para bom funcionamento do programa de *compliance*, possibilitando à empresa servir-se de ações corretivas para reparar desvios durante a própria vigência do contrato de trabalho.

É por meio do canal de denúncias que grande parte das irregularidades é descoberta nas empresas. Segundo Luis Roberto Antonik, a taxa de descoberta de fraudes decorrentes de denúncias de empregados é 40% superior a outros métodos de identificação de fraudes⁵⁵⁷.

O canal de denúncias permite reduzir os riscos e as perdas para a empresa, pois o custo da irregularidade descoberta administrativamente é bem inferior ao custo apresentado quando ela é identificada por agentes externos, como órgãos fiscalizadores, por exemplo. De acordo com Célia Lima Negrão e Juliana de Fátima Pontelo, o impacto financeiro de fraudes descobertas por órgãos reguladores é em média de US\$ 1.000.000,00, enquanto as fraudes identificadas por meio de denúncias internas custam em média US\$ 144.000,00⁵⁵⁸.

⁵⁵⁶ ASSI, Marcos. **Gestão de *compliance* e seus desafios**: como implementar controles internos, superar dificuldades e manter a eficiência dos negócios. São Paulo: Saint Paul Editora, 2013, p. 140.

⁵⁵⁷ ANTONIK, Luis Roberto. ***Compliance, ética, responsabilidade social e empresarial***. Rio de Janeiro: Alta Books, 2016, edição Kindle.

⁵⁵⁸ NEGRÃO, Célia Regina P. Lima; PONTELO, Juliana de Fátima. ***Compliance, controles internos e riscos***: a importância da área de gestão de pessoas. Brasília: Editora Senac, 2014, p. 85.

Para que o canal de denúncias seja efetivo é necessário que a empresa garanta a confidencialidade e o anonimato das denúncias, a fim de evitar retaliações e práticas assediadoras. O acesso ao canal de denúncia pode dar-se de diversas formas, por meio da criação de linhas telefônicas sem identificação de chamadas, identificadas como *hotlines*, uso de e-mail, cartas e urnas que possibilitem a denúncia sem identificação do denunciante, além de espaço no sítio da empresa para denúncias anônimas⁵⁵⁹.

Os processos relacionados ao canal de denúncias devem mapear os assuntos que serão tratados no referido canal, mapeamento esse que deve contar com o envolvimento de outras áreas da empresa, a fim de agilizar a solução dos problemas. A identificação dos fatos e a interação com o denunciante, reportando ao mesmo o resultado alcançado com a investigação, gera credibilidade ao sistema de denúncia e faz com que o canal seja utilizado de forma constante⁵⁶⁰.

No âmbito do assédio moral, a existência de canal que garanta o anonimato e sigiloso das denúncias é fundamental para a eliminação da agressão, especialmente nas situações em que o assédio ocorre de forma vertical e é praticado pelo superior hierárquico, pois o canal pode ser o único meio para que o empregado denuncie a agressão sofrida de forma sistemática. Portanto, é necessário que a empresa explique de forma clara, abrangendo o maior número possível de pessoas, a forma como as irregularidades são apuradas e os canais existentes para denúncia, inclusive as questões relacionadas à confidencialidade e ao anonimato.

Da mesma forma que os outros elementos que formam o programa de *compliance*, o canal de denúncia exige constante monitoramento e melhoria dos processos para que produza os resultados esperados.

4.2.2.4 *Conflito de interesses*

No sistema capitalista, os empregados são remunerados por meio de salários, os executivos por meio de remunerações diferenciadas e benefícios adicionais (bônus, opções por ações, entre outros) e os sócios/acionistas pelos respectivos lucros/dividendos, o que pode gerar

⁵⁵⁹ CRUZ, Marco. **Fazendo a coisa certa – como criar, implementar e monitorar programas efetivos de *compliance***. [S.l.: Simplíssimo], [s.d.], edição Kindle.

⁵⁶⁰ NEGRÃO, Célia Regina P. Lima; PONTELO, Juliana de Fátima. ***Compliance, controles internos e riscos***: a importância da área de gestão de pessoas. Brasília: Editora Senac, 2014, p. 86.

conflitos de interesses⁵⁶¹. As diferentes formas de remuneração, bem como a busca de poder dentro da organização, podem fazer com que os interesses pessoais se sobreponham aos interesses da empresa ou ao bem-estar dos empregados, gerando, assim, o conflito de interesses.

Marcos Assi pontua que

O conceito de conflito de interesses surge sempre que uma das partes envolvidas em um processo de avaliação possui interesses ou conhecimentos próprios sobre o objeto da avaliação, que não partilhe com as outras partes, e dos quais possa se servir para retirar benefícios indevidos para si ou para terceiros⁵⁶².

O conflito de interesses na relação de emprego pode ser definido como a situação que se manifesta quando os interesses pessoais do empregado ou do gestor entram em conflito com as decisões ou ações a serem tomadas no ambiente de trabalho.

A ausência de separação de funções e controle dentro da organização contribui para a ocorrência de situações de conflito de interesses. Se na estrutura organizacional da empresa o gestor ou empregado responsável por conceder determinado benefício for também o beneficiário, resta evidenciado o conflito entre os interesses individuais do empregado e os objetivos da empresa. Luis Roberto Antonik ressalta para o risco que essa situação traz para a empresa:

Na área operacional, muitas empresas colocam seus próprios empregados como responsáveis pelo sistema de recompensas por desempenho, os quais são extremamente severos em punir falhas, mas benevolentes em recompensar regamente o sucesso alcançado. Alguns dos sistemas de recompensa por resultado adotados nas empresas

⁵⁶¹ SROUR, Robert Henry. Risco moral nas empresas e azares dos Códigos de Ética. A gestão de riscos de *compliance* como aliada da boa governança corporativa. In: CANDELORO, Ana Paula; BENEVIDES, Marilza M. (coord.). **Governança corporativa em foco: inovações e tendências para a sustentabilidade das organizações**. São Paulo: Saint Paul Editora, 2014, p. 51-54.

⁵⁶² ASSI, Marcos. **Gestão de *compliance* e seus desafios: como implementar controles internos, superar dificuldades e manter a eficiência dos negócios**. São Paulo: Saint Paul Editora, 2013, p. 67.

são incongruentes quando vistos sob a ótica da ética empresarial. Somos homens e somos todos iguais e, portanto, capazes de fraudar o sistema de recompensas para beneficiar o nosso próprio desempenho operacional⁵⁶³.

Problema semelhante ocorre quando a pessoa responsável pelos controles internos é também a responsável pelas áreas auditadas e pela aplicação das medidas corretivas e sanções disciplinares.

Desse modo, é importante a existência de controles internos e monitoramento que permitam identificar a existência desses conflitos e possibilitem a adoção de medidas corretivas, evitando-se, assim, prejuízos à empresa. Além disso, é necessário que funções e controles sejam segregados e bem definidos para reduzir situações que apresentem potencial conflito de interesses.

4.2.2.5 O monitoramento do compliance e as auditorias

A palavra *controlar* significa “efetuar interferências no comportamento, processo ou sistema para verificar se está de acordo com o resultado esperado”⁵⁶⁴. O controle interno tem por objetivo assegurar que as atividades desenvolvidas na empresa sejam realizadas de forma correta e conforme os processos estabelecidos, apontando eventuais falhas para que sejam adotadas medidas de correção.

Muitas empresas que não possuem controle adequado de suas operações sofrem com fraudes, erros e desvios que lhes geram enormes prejuízos. De acordo com Luis Roberto Antonik, empresas pequenas e sem gestão profissional geralmente possuem número menor de controles, o que faz com que sofram perdas maiores que grandes empresas⁵⁶⁵.

A existência de controles confiáveis permite a geração de relatórios e informações mais precisos que irão auxiliar a empresa no monitoramento do programa de *compliance* e na implantação de melhorias.

⁵⁶³ ANTONIK, Luis Roberto. ***Compliance, ética, responsabilidade social e empresarial***. Rio de Janeiro: Alta Books, 2016, edição Kindle

⁵⁶⁴ GIL, Antonio de Loureiro; ARIMA, Carlos Hideo; NAKAMURA, Wilson Toshiro. ***Gestão: controle interno, risco e auditoria***. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 100.

⁵⁶⁵ ANTONIK, Luis Roberto. *Op. cit.*

Para que o programa de *compliance* seja implantado e mantido com sucesso é necessário verificar se os procedimentos estabelecidos estão sendo devidamente cumpridos e se as falhas, quando existentes, estão sendo corrigidas. Segundo Marcos Assi, o *compliance* tende a ser mais efetivo quando se utiliza de outras áreas, como controles internos e auditorias, para efetuar sua gestão⁵⁶⁶.

A ausência de monitoramento do programa de *compliance*, por meio de auditorias e controles adequados, impede a verificação da efetividade do programa do *compliance* e correção de eventuais falhas. Para Juan Carlos Bajo Albarracín, a existência de declarações falsas por parte das empresas acerca dos mecanismos de controle e monitoramento constitui fraude, com implicações administrativas, penais e civis, e correspondem na prática a um *falso compliance*⁵⁶⁷.

A importância do monitoramento e dos controles é ressaltada por Ana Amélia de Conti Gomes ao afirmar que:

[...] não bastam os códigos de ética, normas de conduta, valores, princípios, políticas internas, leis e regulamentos se não há mecanismos que chequem se todos os empregados os têm claros e os cumprem adequadamente. É preciso ter um sistema de monitoramento constante, garantindo o cumprimento desses normativos para que o objetivo estratégico da companhia seja alcançado⁵⁶⁸.

O monitoramento está relacionado à identificação dos problemas de *compliance*, ou seja, verificar se o programa está alcançando os objetivos traçados, enquanto a auditoria refere-se à “revisão mais específica sobre determinados componentes do programa ou sobre regiões ou mercados específicos”⁵⁶⁹.

⁵⁶⁶ ASSI, Marcos. **Gestão de *compliance* e seus desafios**: como implementar controles internos, superar dificuldades e manter a eficiência dos negócios. São Paulo: Saint Paul Editora, 2013, p. 62.

⁵⁶⁷ ALBARRACÍN, Juan Carlos Bajo. **Compliance Officers: ISO 19600**. Madrid: Ampell Consultores Asociados, [2015?], edição Kindle.

⁵⁶⁸ GOMES, Ana Amélia de Conti. **Os diferentes tons da sustentabilidade**: lições de erros recentes. [S.l.: s.n.], [2016?], edição Kindle.

⁵⁶⁹ MAEDA, Bruno Cordeiro. Programas de *compliance* anticorrupção: importância e elementos essenciais. In: DEBBIO, Alessandra Del; MAEDA,

Nesse sentido, Alexandre de Cunha Serpa, ao tratar da diferenciação entre monitoramento e auditoria, esclarece que o primeiro deve ser realizado pelo responsável pelas atividades de *compliance*, enquanto a segunda deve ser realizada por alguém que não esteja relacionado com a atividade que será auditada⁵⁷⁰.

A auditoria inicialmente era aplicada apenas para as questões contábeis, porém, a partir dos anos 1950, ela se expandiu para outras áreas de gestão da empresa, como a gestão da qualidade, ambiental e prevenção de riscos relacionados ao trabalho⁵⁷¹. Embora o monitoramento e a auditoria sejam mecanismos distintos, eles são complementares, pois ambos conferem efetividade ao programa de *compliance*.

A auditoria tem por objetivo identificar possíveis violações e desvios praticados por empregados, executivos ou terceiros, e pode ser interna ou externa. A auditoria interna é realizada por empregados da própria empresa, enquanto a auditoria externa é terceirizada.

De acordo com Juan Carlos Bajo Albarracín, a ISO 19600:2014 indica que as auditorias internas devem ser realizadas com regularidade, sem, todavia, indicar prazo máximo de intervalo entre as mesmas. Ainda segundo o referido autor, a auditoria deve seguir uma série de procedimentos, iniciando-se pela preparação da auditoria, ou seja, deve-se verificar o que será auditado, quais normas e regulamentos serão apreciados; em seguida, deve-se determinar o setor da empresa que será auditado e definir o cronograma dos trabalhos; após as duas primeiras etapas, deve-se realizar a reunião inicial com os membros da área que será auditada; no quarto passo, busca-se a documentação e as informações necessárias para a verificação; na quinta etapa apresenta-se, em reunião com membros da área auditada, os resultados preliminares da auditoria; e na última etapa deve-se entregar o relatório de auditoria, contendo dentre outras informações, as inconsistências encontradas e as áreas a serem melhoradas⁵⁷².

Conquanto a auditoria seja instrumento para avaliação do programa de *compliance*, não se confunde com ele. Na auditoria, as atividades são avaliadas por amostragem e têm por objetivo certificar se

Bruno Cordeiro; AYRES, Carlos Henrique (coord.). **Temas de anticorrupção e *compliance***. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, edição Kobo.

⁵⁷⁰ SERPA, Alexandre da Cunha. ***Compliance descomplicado***: uma guia simples e direito sobre programas de compliance. [S.l.: s.n.], 2016, edição Kindle.

⁵⁷¹ ALBARRACÍN, Juan Carlos Bajo. ***Compliance Officers***: ISO 19600. Madrid: Ampell Consultores Asociados, [2015?], edição Kindle.

⁵⁷² ALBARRACÍN, Juan Carlos Bajo. *Op. cit.*

as normas e o processo estão sendo cumpridos. No *compliance*, as atividades são realizadas permanentemente e em todas as áreas da empresa, atuando de forma preventiva e corretiva. A diferença entre os dois institutos pode ser assim sintetizada:

As ações de *compliance* precisam se antecipar à auditoria. Quando a auditoria aponta uma desconformidade, significa que uma norma ou legislação foi descumprida. É neste ponto que o *compliance* deve atuar, para evitar as desconformidades e seus respectivos resultados desastrosos para a organização⁵⁷³.

Portanto, o programa de *compliance* efetivo depende de monitoramento adequado e da realização de auditorias que permitam encontrar desconformidades nos procedimentos adotados pela empresa e seus empregados.

A identificação das falhas, sem a adoção de medidas corretivas, torna o programa incompleto, pois permite que condutas irregulares continuem a ser práticas, o que gera riscos e custos desnecessários à empresa.

4.2.2.6 As medidas corretivas no âmbito do contrato de trabalho

Para que o programa de *compliance* seja considerado efetivo e alcance os objetivos de minimizar os riscos e prejuízos para a organização, é essencial que as falhas nos procedimentos e processos, quando verificados, sejam prontamente sanadas.

O processo de correção das falhas inclui o procedimento de investigação e, uma vez verificada a desconformidade, impõe-se a adoção de medidas para sua correção, conforme elucida Maurício Pepe de Lion:

Vale destacar, por oportuno, que fraudes e irregularidades estão presentes em qualquer organização, sejam elas brasileiras ou estrangeiras, sendo impossível sua irradicação. Em que pese, esse fato, é extremamente importante demonstrar aos empregados a existência de políticas, processo

⁵⁷³ NEGRÃO, Célia Regina P. Lima; PONTELO, Juliana de Fátima. *Compliance, controles internos e riscos*: a importância da área de gestão de pessoas. Brasília: Editora Senac, 2014, p. 51.

e controles bem definidos, visando identificar e minimizar violações, bem como implementar medidas para investigá-las e remediá-las⁵⁷⁴.

De acordo com a ISO 19600:2014, dentre as funções do *compliance officer* inclui-se a identificação da necessidade de se promover ações corretivas e, uma vez estabelecidas essas ações, deve fazer com que sejam implantadas, verificando, em momento posterior, a sua efetividade⁵⁷⁵. O acompanhamento das medidas corretivas é fundamental à efetividade do programa de *compliance*, pois sua ausência permite que as condutas desconformes sejam mantidas, aumentando os riscos de danos à empresa.

O processo de correção, na relação de emprego, inicia-se com a investigação da conduta supostamente irregular, estando inserida no poder diretivo do empregador. A investigação, no entanto, deve ser realizada dentro dos limites estabelecidos pela legislação, pois, embora o poder direito permita orientar e fiscalizar a execução do contrato de trabalho, o empregador deve fazê-lo respeitando os direitos de personalidade do empregado.

A investigação permite verificar se a conduta foi imprópria, as pessoas envolvidas e as normas e procedimentos violados. Na questão do assédio moral, a investigação visa apurar a conduta do assediador e, assim, subsidiar a empresa na execução de medidas necessárias à cessação do abuso perpetrado.

Entre os benefícios da investigação destacam-se a minimização dos riscos, o desligamento de indivíduos que agem em desacordo com as normas e a cultura da empresa, a redução dos prejuízos decorrentes de condutas irregulares e o fortalecimento do programa de *compliance* perante os empregados.

Segundo Alexandre da Cunha Serpa, para se evitar a ocorrência de fraudes no âmbito da organização três fatores devem ser removidos: a pressão ou motivação, a racionalização e a oportunidade⁵⁷⁶.

⁵⁷⁴ LION, Maurício Pepe de. Condução de Investigações Internas sob o ponto de vista trabalhista. In: DEBBIO, Alessandra Del; MAEDA, Bruno Cordeiro; AYRES, Carlos Henrique (Coord.). **Temas de anticorrupção e compliance**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, edição Kobo.

⁵⁷⁵ ALBARRACÍN, Juan Carlos Bajo. **Compliance Officers: ISO 19600**. Madrid: Ampell Consultores Asociados, [2015?], edição Kindle.

⁵⁷⁶ SERPA, Alexandre da Cunha. **Compliance descomplicado: uma guia simples e direito sobre programas de compliance**. [S.l.: s.n.], 2016, edição Kindle.

A pressão ou motivação se refere aos motivos que levam o empregado a agir em desacordo com a legislação ou normas internas da empresa. No assédio moral, muitos são os motivos que levam o agressor a assediar a vítima. No assédio horizontal, a dificuldade de convivência com as diferenças e a competitividade entre os empregados são exemplos de situações que podem motivar o colega de trabalho ou grupo de empregados a praticarem assédio contra determinado empregado. No assédio vertical, a atitude narcisista ou mesmo o medo de perder o cargo para o subordinado podem constituir motivos para que o superior hierárquico passe a investir contra a vítima, colocando-a em situações humilhantes e vexatórias. No caso do assédio organizacional, a pressão por resultados pode ser caracterizada como um dos principais motivos para a prática do assédio moral contra os empregados.

A eliminação de tais fatores pode ocorrer de diversas formas: com o desligamento do agressor quando seu comportamento agressivo estiver diretamente relacionado a problemas de personalidade; por meio de treinamentos, orientações e dinâmicas de integração, quando o assédio moral é praticado por um grupo de colaboradores; com a fixação de metas realistas aos empregados no caso do assédio organizacional; entre outras.

A racionalização corresponde à justificativa que o empregado utiliza para fundamentar sua conduta. No assédio moral, a supressão deste fator depende mais do empregado do que da atitude da empresa, no entanto, ações voltadas para a orientação e treinamento dos empregados podem auxiliar na mudança do comportamento do agressor, contribuindo, assim, para a interrupção da violência contra o empregado. A percepção do empregado acerca da tolerância da empresa com condutas ilegais também influencia na forma como o mesmo racionaliza a sua conduta.

A oportunidade, como elemento que favorece a prática de atos fraudulentos, decorre dos processos e procedimentos adotados pela empresa e dos poderes conferidos ao empregado. Para eliminar a oportunidade, cabe à empresa adotar medidas de monitoramento e controle dos processos e procedimentos realizados, a fim de identificar eventuais desvios. No âmbito do assédio moral, a verificação constante do clima organizacional, a realização de pesquisas de satisfação interna, o acompanhamento e o controle das licenças para tratamento de saúde dos empregados podem auxiliar a empresa na eliminação dos riscos decorrentes de referido fator.

Não existe fórmula para eliminação de cada um dos fatores acima apresentados, sendo que a escolha da medida a ser adotada dependerá do

tipo de assédio que está sendo praticado e os instrumentos de que dispõe a empresa para eliminá-lo.

No entanto, para que as correções produzam efeitos positivos nos programas de *compliance* é essencial que tais medidas sejam adotadas oportuna e tempestivamente, isto é, tão logo a falha e o respectivo autor da conduta desconforme sejam apurados. No caso do assédio moral, o desligamento por justa causa ou a aplicação de outra sanção disciplinar ao empregado agressor deve ser efetuada tão logo apurado o ato faltoso.

Além dos elementos acima indicados, outra questão relevante para a implantação do programa de *compliance* refere-se aos riscos e a sua gestão, o que impõe a necessidade de investigar-se de forma mais detalhada a influência dos riscos nos programas de *compliance*.

4.3 A GESTÃO DE RISCOS E A RELAÇÃO DE EMPREGO

4.3.1 Os riscos nos programas de *compliance*

A adoção do mecanismo de *compliance* pelas empresas tem por objetivo minimizar os riscos decorrentes de condutas indesejadas por parte de empregados, gestores e todos aqueles que se relacionam com a empresa, evitando ou o reduzindo as suas perdas. Nesse sentido, Marcella Blok salienta que a criação do *compliance* é voltada:

[...]à solidificação de práticas preventivas a partir da criação de procedimentos internos de controle, treinamento de pessoas e monitoramento do cumprimento de procedimentos, tudo de modo a mitigar riscos a partir do estreito cumprimento de leis e regulamentos existentes⁵⁷⁷.

Entretanto, para que as medidas de precaução adotadas no programa de *compliance* alcancem “níveis ótimos, é fundamental que a empresa conheça e entenda as principais áreas de risco a que está exposta em suas atividades e no mercado em que atua”⁵⁷⁸.

⁵⁷⁷ BLOK, Marcella. **Criminal Compliance**. [S.l.: s.], [data desconhecida], E-book.

⁵⁷⁸ MAEDA, Bruno Carneiro. Programas de *compliance* anticorrupção: importância e elementos essenciais. In: DEBBIO, Alessandra Del; MAEDA, Bruno Cordeiro; AYRES, Carlos Henrique (coord.). **Temas de anticorrupção e compliance**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, edição Kobo.

Os riscos relacionam-se às situações de incerteza quanto à ocorrência de eventos futuros que, caso se efetivem, trarão impactos diretos para a empresa. A ISO 19600:2014 define o risco como o efeito da incerteza sobre os objetivos do *compliance*⁵⁷⁹.

Dessa forma, o risco pode ser definido como a ausência de certeza em relação: (i) ao gerenciamento da totalidade dos sistemas adotados pela empresa; (ii) ao comportamento das pessoas que se relacionam com a organização, seja interna ou externamente; e (iii) à conduta de conformidade dos agentes para com as normas internas e externas.

Segundo Marilza M. Benevides, os riscos de *compliance* envolvem os eventos que estão em “desconformidade com leis, regulamentos e políticas internas da empresa”, e que podem gerar situações de corrupção e suborno, práticas anticoncorrências, vazamento de informações, assédio e discriminação, violação aos direitos humanos, conflitos de interesses, entre outros⁵⁸⁰.

Na relação de emprego, os riscos estão relacionados à conformidade das obrigações e deveres por empregados e empregadores. Nesse sentido, a mensuração do risco é importante para que seja efetuado o gerenciamento adequado do mesmo,

As principais estratégias para o gerenciamento dos riscos são: (i) *aceitar o risco*, caso em que a empresa não adota nenhuma medida e lida com suas consequências, pois, qualquer que seja ação tomada, não há eliminação ou redução das consequências do evento danoso; (ii) *eliminar o risco*, isto é, eliminar a fonte do risco; (iii) *controlar, ou mitigar, o risco*, ou seja, adotar medidas que reduzam a ocorrência dos danos, caso em que a tomada de decisão é baseada na relação custo/benefício para a empresa;

⁵⁷⁹ ALBARRACÍN, Juan Carlos Bajo. **Compliance Officers: ISO 19600**. Madrid: Ampell Consultores Asociados, [2015?], edição Kindle.

⁵⁸⁰ BENEVIDES, Marilza M. A gestão de riscos de *compliance* como aliada da boa governança corporativa. In: CANDELORO, Ana Paula; BENEVIDES, Marilza M. (coord.). **Governança corporativa em foco: inovações e tendências para a sustentabilidade das organizações**. São Paulo: Saint Paul Editora, 2014., p. 129-130.

(iv) *transferir o risco*⁵⁸¹, isto, deslocar para terceiro os riscos decorrentes da atividade, como por exemplo, a contratação de seguro⁵⁸².

A gestão dos riscos dentro dos programas de *compliance* implica a adoção de uma série de medidas que têm por objetivo melhorar a atuação da organização e reduzir os impactos negativos provenientes dos riscos, caso se materializem⁵⁸³.

Segundo Bruno Carneiro Maeda, o objetivo do mapeamento e da análise dos riscos:

[...] é identificar, antecipadamente, as principais áreas de risco e as principais situações e circunstâncias que podem aumentar as chances de que violações ou práticas ilícitas sejam cometidas. Ao invés de aguardar que problemas ocorram para agir de forma reativa, espera-se que empresas ajam de forma preventiva com base na antecipação dos principais problemas. Nesse sentido, é fundamental que o desenvolvimento de programas de *Compliance* seja pautado por um exercício específico de mapeamento e análise de riscos⁵⁸⁴.

As etapas do sistema de gestão de risco no âmbito do *compliance* compreendem a definição dos objetivos e as ferramentas que serão adotadas, a verificação e análise dos riscos a que a empresa está exposta e a adoção de medidas que tenham por objetivo eliminá-los ou reduzi-los.

⁵⁸¹ A transferência do risco tende a ocorrer nas situações em que o agente tem aversão ao risco. Todavia, o referencial teórico utilizado na pesquisa (subitem 3.4) considera que a aversão dos agentes ao risco é neutra, razão pela qual o nível de aversão não será abordado para fins de análise dos programas de *compliance* e dos custos sociais.

⁵⁸² SERPA, Alexandre da Cunha. **Compliance descomplicado**: uma guia simples e direito sobre programas de compliance. [S.l.: s.n.], 2016, edição Kindle.

⁵⁸³ BENEVIDES, Marilza M. A gestão de riscos de *compliance* como aliada da boa governança corporativa. In: CANDELORO, Ana Paula; BENEVIDES, Marilza M. (coord.). **Governança corporativa em foco**: inovações e tendências para a sustentabilidade das organizações. São Paulo: Saint Paul Editora, 2014, p. 130-131.

⁵⁸⁴ MAEDA, Bruno Cordeiro. Programas de Compliance Anticorrupção: importância e elementos essenciais. In: DEBBIO, Alessandra Del; MAEDA, Bruno Cordeiro; AYRES, Carlos Henrique (Coord.). **Temas de anticorrupção e compliance**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, edição Kobo.

A avaliação e a valorização dos riscos, isto é, a probabilidade de ocorrerem e suas consequências, influenciam diretamente a tomada de decisão do agente sobre as medidas de prevenção adotadas.

O descumprimento das normas e regras pela empresa e por seus empregados não implica necessariamente na materialização de suas consequências, pois a conduta desconforme pode, eventualmente, nunca ser descoberta. Todavia, o mecanismo de *compliance* tem caráter preventivo, motivo pelo qual a possibilidade da conduta ilegal ser ou não descoberta não entra no cálculo do risco.

O fator de risco está relacionado com o aumento de probabilidade de ocorrência de determinado evento⁵⁸⁵. Caso seja possível definir com precisão as condutas irregulares e suas consequências, as ações adotadas pela empresa levarão em consideração a probabilidade de ocorrência de tais prejuízos. No entanto, na hipótese de não ser possível precisar com exatidão as consequências decorrentes da conduta ilegal, a empresa tomará suas decisões com base na maior utilidade esperada ⁵⁸⁶(subitem 3.4).

4.3.2 Os tipos de riscos

Os riscos estão relacionados à incerteza de concretização de determinados acontecimentos, que podem trazer consequências positivas ou negativas para o indivíduo e às organizações. No contexto empresarial, a classificação dos riscos dependerá do critério adotado para análise.

Em relação às atividades desenvolvidas pela empresa, os riscos podem ser classificados como riscos inerentes ou riscos residuais⁵⁸⁷. Os riscos inerentes são aqueles a que a empresa está exposta em razão do exercício de sua atividade e não contemplam a existência de eventuais controles. Os riscos residuais referem-se aos riscos existentes após adoção dos controles e das medidas de prevenção. Para Juan Carlos Bajo

⁵⁸⁵ BARUKI, Luciana Veloso. **Riscos psicossociais e saúde mental do trabalhador: por um regime jurídico preventivo**. São Paulo: LTr, 2015, p. 31

⁵⁸⁶ *Por ejemplo, la probabilidad de una sanción leve es el 20% y la de una sanción grave el 80%, si la sanción leve es de 5.000 euros y la sanción grave de 20.000 euros, las consecuencias esperadas podemos valorarlas como: Consecuencias = (20% x 5.000) + (80% x 20.000) = 17.000 euros* (ALBARRACÍN, Juan Carlos Bajo. **Compliance Officers: ISO 19600**. Madrid: Ampell Consultores Asociados, [2015?], edição Kindle)

⁵⁸⁷ SERPA, Alexandre da Cunha. **Compliance descomplicado: uma guia simples e direito sobre programas de compliance**. [S.l.: s.n.], 2016, edição Kindle.

Albarracín, além dos riscos inerentes e residuais, existem os riscos atribuíveis que correspondem à diferença entre os riscos inerentes e os riscos residuais⁵⁸⁸.

No âmbito do *compliance*, a distinção entre riscos residuais e inerentes pode auxiliar a empresa na tomada de decisão quanto ao nível de prevenção (*compliance*) a ser adotado, pois medidas de *compliance* que não reduzem os riscos residuais, tendem a ser ineficientes.

No que se refere à área de exposição da empresa, os riscos podem ser classificados como estratégicos, operacionais ou financeiros⁵⁸⁹. Os riscos estratégicos estão relacionados às mudanças políticas e de mercado, à forma e ao tempo de reação das empresas a tais acontecimentos, e a ausência de acompanhamento das alterações legislativas e de regulação do setor pode ser considerada um risco estratégico que, se não for dimensionado adequadamente, pode comprometer a continuidade da própria atividade empresarial. Os riscos operacionais referem-se a prejuízos associados a falhas, mecânicas ou humanas, nos processos internos das empresas, que podem causar, além de danos financeiros, danos à imagem da corporação e prejuízos com reflexos sociais. Por fim, os riscos financeiros referem-se aos danos que podem advir da avaliação inadequada dos riscos provenientes do mercado, impactando diretamente na liquidez e no crédito da empresa.

Bruno Cordeiro Maeda classifica os riscos em internos e externos⁵⁹⁰. Os riscos internos estão relacionados com o nível de conscientização e conhecimento dos empregados e gestores sobre as normas e políticas adotadas pela empresa, o nível de rotatividade de empregados, o histórico de violações e investigações anteriores, entre outros. O risco externo, por sua vez, deve considerar os riscos específicos da atividade da empresa, o ambiente regulatório, o nível de envolvimento

⁵⁸⁸ ALBARRACÍN, Juan Carlos Bajo. **Compliance Officers: ISO 19600**. Madrid: Ampell Consultores Asociados, [2015?], edição Kindle.

⁵⁸⁹ BENEVIDES, Marilza M. A gestão de riscos de *compliance* como aliada da boa governança corporativa. In: CANDELORO, Ana Paula; BENEVIDES, Marilza M. (coord.). **Governança corporativa em foco: inovações e tendências para a sustentabilidade das organizações**. São Paulo: Saint Paul Editora, 2014, p. 128.

⁵⁹⁰ MAEDA, Bruno Cordeiro. Programas de Compliance Anticorrupção: importância e elementos essenciais. In: DEBBIO, Alessandra Del; MAEDA, Bruno Cordeiro; AYRES, Carlos Henrique (Coord.). **Temas de anticorrupção e compliance**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, edição Kobo.

da atividade da empresa com Poder Público, o modelo de negócios da empresa, entre outros.

Os riscos também podem ser avaliados em relação ao grau de exposição da empresa, hipótese em que os riscos podem ser caracterizados em risco depreciável, risco tolerável e risco máximo⁵⁹¹. No risco depreciável, os eventos adversos que podem se materializar são tão pequenos que a empresa não os considera como possíveis fontes de danos. O risco tolerável ou aceitável é quando a materialização do evento traz consequências para a empresa, porém seus impactos são tolerados e podem ser minimizados por medidas de precaução. O risco máximo corresponde ao limite máximo de risco que a empresa está disposta a suportar.

Em relação ao impacto do risco, o mesmo pode ser classificado em alto, médio ou baixo⁵⁹². O risco de alto grau tem grande probabilidade de acontecer, com impacto relevante para a empresa. Nos graus médio e pequeno, apesar da probabilidade de materialização do risco, as consequências para a empresa serão menores que na primeira hipótese.

Ainda que não seja possível identificar a integralidade dos riscos a que se sujeitam as partes, em suas relações econômicas e sociais, a análise detalhada dos riscos permite maior efetividade do programa de *compliance*. A avaliação deficiente dos riscos tende a fazer com o nível de precaução adotado seja ineficiente, pois quando os riscos são superestimados há excesso prevenção, e quando subestimados a prevenção adotada é insuficiente para redução dos danos, sendo que ambas as situações tendem a provocar desperdício de recursos e aumento dos custos sociais (item 3.5.1).

4.3.3 Análise dos riscos na relação de emprego

4.3.3.1 O risco na gestão de pessoas

A gestão de risco dentro do programa de *compliance* trabalhista envolve a investigação acerca dos riscos de demandas judiciais, fiscalização e imposição de penalidades, acidentes de trabalho, prejuízo à imagem da empresa junto a consumidores e clientes, entre outros.

⁵⁹¹ ALBARRACÍN, Juan Carlos Bajo. **Compliance Officers: ISO 19600**. Madrid: Ampell Consultores Asociados, [2015?], edição Kindle.

⁵⁹² SERPA, Alexandre da Cunha. **Compliance descomplicado: uma guia simples e direito sobre programas de compliance**. [S.l.: s.n.], 2016, edição Kindle.

Os riscos decorrentes de práticas indevidas estão relacionados a diversas situações, como dispensa ilegal, assédio moral e sexual, afronta aos direitos de personalidade, questões relacionadas à saúde e segurança do trabalho, pagamentos, controles de horários, benefícios concedidos e cumprimento de obrigações acessórias.

O fato da relação de emprego envolver indivíduos, com aspirações e necessidades diferentes, dentro do mesmo ambiente organizacional, torna desafiadora a gestão de pessoas, pois nem todos os riscos poderão ser avaliados adequadamente. Apesar disso, é importante que a empresa defina os seus pontos críticos e faça o gerenciamento destes riscos, implantando medidas que tenham por objetivo eliminar ou reduzir os riscos e os impactos decorrentes do descumprimento das obrigações trabalhistas. A implantação do programa de *compliance* deve priorizar as situações que exponham a empresa aos maiores riscos e prejuízos.

De acordo com Célia Lima Negrão e Juliana de Fátima Pontelo, a gestão de riscos na seara trabalhista deve contemplar o impacto do desligamento de pessoas do quadro da empresa, a análise dos sistemas e controles utilizados, eventuais deficiências dos processos e procedimentos adotados e os riscos decorrentes do ambiente externo sobre a organização⁵⁹³.

A gestão dos riscos na relação de emprego depende da identificação, mapeamento e avaliação da probabilidade de ocorrência do risco e de suas consequências, caso materializado. Para que a avaliação dos riscos seja considerada adequada é fundamental que as informações colhidas estejam em consonância com a realidade da empresa e do contrato de trabalho. Embora seja usual o empregado deter informação imperfeita dos riscos relacionados à relação de emprego, pode ocorrer do empregador encontrar-se nessa posição, hipótese em que o gerenciamento dos riscos não será efetivo (item 3.5.1). A avaliação inadequada dos riscos pode gerar prejuízos financeiros e de reputação à empresa.

A investigação dos riscos no âmbito da relação de emprego pressupõe controle de documentos e procedimentos relacionados ao contrato de trabalho, mas também conhecimento do posicionamento judicial dos temas relacionados ao direito do trabalho. Portanto, além dos riscos relacionados à corrupção, as empresas correm riscos também em outras áreas como:

⁵⁹³ NEGRÃO, Célia Regina P. Lima; PONTELO, Juliana de Fátima. *Compliance, controles internos e riscos: a importância da área de gestão de pessoas*. Brasília: Editora Senac, 2014, p. 43

[...] tributária e trabalhista por conta de discussões jurídicas acerca da incidência de determinados tributos e por conta também de reclamações trabalhistas de funcionários que se desligam da empresa.

No modelo de gerenciamento de risco da empresa recomenda-se dimensionar as perdas potenciais, diante da perspectiva de decisões tomadas na justiça ou na esfera administrativa sobre tributos que a empresa vem discutindo. O mesmo se aplica no caso de processos trabalhistas⁵⁹⁴.

A análise dos riscos pode ser efetuada com foco em diferentes perspectivas. Considerando-se a área de exposição da empresa (item 4.3.2), por exemplo, os riscos na área de gestão de pessoas podem ser classificados em: (i) riscos estratégicos que se referem à forma e ao tempo de reação das empresas às mudanças na regulação trabalhista; (ii) riscos operacionais que se referem a falhas mecânicas ou humanas no desenvolvimento das atividades empresariais, como os acidentes de trabalho; e (iii) riscos financeiros decorrentes da análise incorreta do mercado, influenciando, por exemplo, no número de empregados contratados ou desligados da empresa, o que traz reflexos financeiros à empresa.

Outra questão importante na gestão de riscos trabalhistas relaciona-se aos riscos psicossociais que podem ser definidos como as condições de trabalho que afetam a saúde física e emocional do empregado.

De acordo com Luciana Baruki Veloso, os riscos psicossociais estão relacionados à interação entre fatores humanos e condições de trabalho. A interação negativa entre esses elementos gera aumento dos riscos psicossociais. As condições de trabalho dizem respeito ao conteúdo do trabalho a ser desenvolvido e ao clima organizacional da empresa, enquanto que os fatores humanos se referem às necessidades e habilidades do empregado⁵⁹⁵.

⁵⁹⁴ GIL, Antonio de Loureiro; ARIMA, Carlos Hideo; NAKAMURA, Wilson Toshiro. **Gestão: controle interno, risco e auditoria**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 151

⁵⁹⁵ BARUKI, Luciana Veloso. **Riscos psicossociais e saúde mental do trabalhador: por um regime jurídico preventivo**. São Paulo: LTr, 2015, p. 33-36

Segundo estudo realizado pela OIT, os riscos psicossociais podem ser relacionados aos seguintes fatores: (i) sobrecarga quantitativa, que ocorre quando há pressão para realização de grande fluxo de trabalho em curto espaço de tempo; (ii) carga qualitativa insuficiente, ou seja, trabalho mecânico que não demanda exercício da criatividade e com pouca possibilidade de interação social; (iii) conflito de funções, que acontece quando as atribuições e a hierarquia na empresa não são bem definidas; (iv) falta de controle sobre a situação, que ocorre quando o empregado não possui qualquer controle sobre as tarefas realizadas; (v) falta de apoio social, isto é, quando o empregado não recebe apoio do superior hierárquico ou dos colegas de trabalho; (vi) estressores físicos, que são fatores que podem influenciar tanto física como quimicamente a saúde do trabalhador.⁵⁹⁶

Os riscos, decorrentes da interação negativa entre o empregado e o meio ambiente de trabalho, por vezes, são negligenciados pelas empresas. A ausência de gestão de tais riscos pode produzir danos materiais e morais ao empregado e prejuízos à empresa e à sociedade.

Dessa forma, a adoção de medidas de controle e monitoramento dos riscos psicossociais constitui elemento essencial na gestão da relação de emprego. A realização de pesquisas periódicas sobre o meio organizacional, isto é, a forma como o empregado percebe a empresa, pode auxiliar na identificação de tais riscos, possibilitando, assim, a adoção de medidas para reduzir ou eliminá-los.

4.3.2.2 *O assédio moral e a gestão de riscos*

Nos programas de *compliance*, os riscos referem-se à atuação não conforme da empresa em relação à legislação vigente e às próprias políticas e normas internas da organização.

O assédio de empregadores, o desrespeito aos direitos dos trabalhadores, a exploração de trabalho infantil, a utilização de trabalho escravo, a existência de local de trabalho prejudicial à saúde e integridade física dos trabalhadores são acontecimentos que geram grande risco à empresa.

A existência de gestores que violam constantemente os direitos de personalidade dos empregados representa grande risco às empresas,

⁵⁹⁶ LEVI, Lennart. Factores Psicosociales, Estres Y Salud. In: STELLMANN, Jeanne Mager (Directora de la publicación). **Enciclopedia de Salud y Seguridad em el Trabajo**. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1998, v. 2. Disponível em < <http://www.insht.es>>. Acesso em: 16 dez, 2016.

ocasionando-lhes perdas milionárias. A empresa de eletrônicos Samsung pagou R\$ 10 milhões, em acordo firmado com o Ministério Público do Trabalho, pela prática “de assédio moral por parte de alguns gestores, que teriam se referido aos empregados como ‘estúpidos’, ‘burros’ e ‘incompetentes’”⁵⁹⁷.

Diante disso, é importante que a organização empregue medidas que tenham por objetivo identificar as condutas de riscos e a implantação de ações corretivas para eliminação ou redução deles.

A primeira etapa para a gestão adequada dos riscos relacionados ao assédio moral é aceitar que os conflitos no ambiente de trabalho são inevitáveis, pois a percepção da empresa em relação à realidade de seu ambiente organizacional possibilita o emprego de medidas para apuração de eventuais riscos.

O assédio moral em muitas empresas ocorre porque é tolerado pela organização que trata a questão como sendo um problema pessoal entre o agressor e a vítima, sem qualquer relação com a empresa⁵⁹⁸.

Aliado a isso é fundamental que a empresa mantenha mecanismos apropriados de denúncia. O empregado, vítima de assédio moral, sente-se acuado e intimidado pelo agressor, o que dificulta a denúncia da agressão. Diante disso, uma das principais ferramentas para gestão do assédio, é a existência de canais simples e rápidos, que possibilitem ao empregado comunicar a violência moral de que é vítima. Nesse sentido, a criação de protocolos para o recebimento das denúncias e processo interno de investigação permite que o tema seja tratado com confidencialidade e imparcialidade, evitando, assim, eventuais represálias contra a vítima.

Outra questão que precisa ser observada na gestão de risco do assédio moral refere-se às deficiências no trabalho que provocam alto nível de estresse e conflitos na relação de emprego. A existência de estrutura deficiente, muito trabalho a ser realizado em pouco tempo, quadro de pessoal reduzido, ausência de sistema de controle dos processos e procedimentos das atividades executadas são elementos que podem contribuir para a ocorrência do assédio moral, gerando alto risco à empresa.

Nesse contexto, as avaliações individuais também podem constituir-se em risco para a ocorrência do assédio moral. As avaliações

⁵⁹⁷ ANTONIK, Luis Roberto. *Compliance, ética, responsabilidade social e empresarial*. Rio de Janeiro: Alta Books, 2016, edição Kindle.

⁵⁹⁸ ALBARRACÍN, Juan Carlos Bajo. *Compliance Officers: ISO 19600*. Madrid: Ampell Consultores Asociados, [2015?], edição Kindle.

individuais são instrumento de gestão utilizados pela empresa para verificar a performance individual do empregado. No entanto, a forma como essas avaliações são aplicadas e o uso inadequado de seus resultados podem criar problemas de interação na equipe de trabalho e fomentar a prática do assédio moral.

Luciana Veloso Baruki ressalta que:

Um dos graves problemas das avaliações individuais de desempenho é o fato de que elas pressupõem uma atitude de comparação [...]. O objetivo da avaliação, enquanto instrumento de gestão, é diferenciar os indivíduos, isto é, segregá-los de uma maneira tal que, se um empregado estiver bem avaliado, isto implicará dizer que alguém não está – ainda que a referência esteja em outros setores, ou mesmo em outras empresas. Consequentemente, em contexto organizacional qualquer (empresas, governo, universidades), é automática a associação do vocábulo “avaliação” com ideais de punição ou prêmio, o que gerou medo e fez com que as pessoas passassem a viver em função dela⁵⁹⁹.

A avaliação individual é meio importante para acompanhamento das atividades que estão sendo desenvolvidas e análise da adaptação do empregado à função desempenhada, servindo como instrumento de gestão para apuração da necessidade de melhorias e mudanças no ambiente de trabalho.

O problema se apresenta quando esse mecanismo é utilizado como forma de punição pelo empregador. Nesse caso, o empregado que tem o resultado da avaliação individual em patamar inferior ao alcançado pelos demais colegas ou aquém da meta estabelecida pelo gestor, passa a ser objeto de brincadeiras maliciosas ou de outras práticas que o expõe a situações humilhantes e constrangedoras, como a imposições de tarefas incompatíveis com as atribuições ou habilidades da vítima (item 2.2.3.1).

Portanto, o estabelecimento de políticas claras e transparentes, bem como o desenvolvimento de uma cultura organizacional que tenha como característica o incentivo à melhoria constante do trabalhador, e não a sua punição, são ferramentas importantes no processo de gestão dos riscos

⁵⁹⁹ BARUKI, Luciana Veloso. **Riscos psicossociais e saúde mental do trabalhador: por um regime jurídico preventivo**. São Paulo: LTr, 2015, p. 50

relacionados ao assédio moral. Evidente que a estipulação de sanções disciplinares e sua aplicação quando necessário são fundamentais para que a redução dos riscos no âmbito dos programas de *compliance* seja efetiva, contudo, estas sanções não podem ser utilizadas como instrumento principal na gestão de pessoas.

Nesse sentido, a pesquisa do clima organizacional, por meio de questionários internos e auditorias, é instrumento importante para que se visualizar os pontos deficitários que oferecem maior risco à organização.

A disseminação de uma política de tolerância zero em relação ao assédio moral faz parte do processo efetivo de gestão dos riscos, pois, a definição clara das posturas e condutas não admitidas pela empresa no ambiente de trabalho, possibilita que eventuais falhas sejam encontradas e corrigidas.

Nesse sentido, a pesquisa do clima organizacional, por meio de questionários internos e auditorias, é instrumento importante para identificação dos pontos deficitários que oferecem maior risco à organização.

4.4 O *COMPLIANCE* E A REDUÇÃO DOS CUSTOS SOCIAIS

4.4.1 A sustentabilidade na atividade empresarial

A sustentabilidade corporativa significa “assegurar o sucesso do negócio em longo prazo e, ao mesmo tempo, contribuir para o desenvolvimento econômico e social da comunidade e para um meio ambiente saudável e uma sociedade estável”⁶⁰⁰.

Desse modo, para que uma empresa seja considerada sustentável é necessário que sua atividade esteja baseada em três pilares: o lucro, o social e o ambiental⁶⁰¹.

O econômico e o social estão em constante interação, razão pela qual não é possível pensar o desenvolvimento econômico (manutenção das atividades empresariais) e a relação de emprego de forma dissociada. É necessário um novo olhar para as questões trabalhistas no âmbito da relação de emprego.

⁶⁰⁰ FERRAIUOLO JUNIOR, Carlos Alberto. **Gestão e Sustentabilidade Corporativa: Diálogos sobre gestão e sustentabilidade em empresa conscientes**. Curitiba: [s.n.], 2015, p. 20

⁶⁰¹ ANTONIK, Luis Roberto. **Compliance, ética, responsabilidade social e empresarial**. Rio de Janeiro: Alta Books, 2016, edição Kindle.

O auto interesse das partes (empregado e empregador) necessita ser relativizado, tendo por objetivo a manutenção da atividade empresarial e o desenvolvimento de uma relação de emprego baseada na dignidade da pessoa humana e na valorização do trabalho. A minimização do auto interesse não implica na renúncia a direitos, mas na construção de uma relação equilibrada e sustentável. Nesse sentido, a aproximação entre o direito do trabalho e a economia é essencial para o desenvolvimento socioeconômico.

Portanto, a interação da economia com os demais ramos da ciência é fundamental a sustentabilidade. Marlon Kamphorst e Neuro Zambam, ao tratarem do desenvolvimento sustentável enfatizam:

[...] a necessidade aproximação entre economia e ética, numa conjuntura que converge para o diálogo interdisciplinar, e demonstra os benefícios recíprocos quando unidas e visando as mesmas metas ou, quiçá, semelhantes. Seu distanciamento não produz efeitos positivos na economia do bem-estar, nem favorece o respeito aos agentes econômicos, ou contribui para a justa distribuição dos bens ou para a estruturação de políticas de desenvolvimento humanas e sustentáveis, entre outras áreas, condição que consideramos necessária para o desenvolvimento humano e econômico para qualquer sociedade⁶⁰².

Da mesma forma que a economia não pode ser abandonada, a responsabilidade social da empresa com os seus parceiros (clientes, empregados, fornecedores e outros) também é essencial para o desenvolvimento sustentável.

Segundo Luis Roberto Antonik, a responsabilidade social aos *stakeholders* (parceiros) inclui: (i) a responsabilidade ética que consiste em fazer o correto; (ii) a responsabilidade legal que é cumprir as normas e regulamentos, isto é, estar em *compliance*; (iii) a responsabilidade social que se refere ao tratamento conferido à comunidade, colaboradores, fornecedores e clientes, com o objetivo de promover o bem-estar; e (iv) a

⁶⁰² KAMPHORST, Marlon; ZAMBAM, Neuro. **Temas de Ética e Sustentabilidade na Visão de Amartya Sen**. [S.l.]: Editora Deviant, [s.d.], edição do Kindle.

responsabilidade econômica que se relaciona com os resultados da empresa, ou seja, geração de lucro através de uma boa administração⁶⁰³.

A boa administração, todavia, não autoriza a busca pelo lucro a qualquer custo e muito menos a sonegação de direitos trabalhistas, mas implica na gestão consciente que promove o desenvolvimento e bem-estar no ambiente de trabalho, proporcionando resultado social e economicamente mais eficiente. Esta visão se coaduna com o Princípio da Eficiência Econômico-Social, pois concilia critérios econômicos com os objetivos de justiça e bem-estar social (item 3.2.3).

Carlos Alberto Ferraiuolo Junior ressalta que:

[...] é preciso que as empresas melhorem suas relações sociais ou suas relações com todos ao seu redor, ou seja, com todos aqueles interessados na empresa como negócio ou como produtora e prestadora de serviços. Não é mais aquela velha história de lucro a todo custo. É preciso ser responsável por suas relações. A reputação de uma empresa pode ser seriamente abalada se houver, por exemplo, uso de mão-de-obra escrava ou semiescrava na sua cadeia de suprimentos⁶⁰⁴.

No âmbito internacional, a ideia de sustentabilidade e responsabilidade social da atividade empresarial é reforçada pelo Pacto Global, que elenca dez princípios relacionados aos Direitos Humanos, ao Trabalho, ao Meio Ambiente e ao Combate à Corrupção. O referido Pacto estabelece diretrizes a serem observados pelas empresas no desenvolvimento de sua atividade, com o objetivo de mobilizar a comunidade empresarial para adoção de referidos princípios. No âmbito do Trabalho, os quatro princípios estabelecidos são: apoiar a liberdade de associação e reconhecimento do direito à negociação coletiva, eliminar o trabalho forçado ou compulsório, abolir o trabalho infantil e eliminar a discriminação no emprego⁶⁰⁵.

⁶⁰³ ANTONIK, Luis Roberto. **Compliance, ética, responsabilidade social e empresarial**. Rio de Janeiro: Alta Books, 2016, edição Kindle.

⁶⁰⁴ FERRAIUOLO JUNIOR, Carlos Alberto. **Gestão e Sustentabilidade Corporativa: Diálogos sobre gestão e sustentabilidade em empresa conscientes**. Curitiba: [s.n.], 2015, p. 23.

⁶⁰⁵ O Pacto Global surgiu Fórum Econômico Mundial de 1999 com o objetivo de fomentar o crescimento sustentável. Disponível em:<<http://www.pactoglobal.org.br/>>. Acesso em: 16 dez. 2016.

O combate ao assédio moral no ambiente de trabalho e a adoção de medidas para redução dos custos sociais decorrentes de práticas assediadoras constituem-se fatores importantes para o desenvolvimento sustentável da relação de empregado e da atividade empresarial.

Portanto, considerando que as práticas sustentáveis pressupõem equilíbrio entre o econômico e o social, a utilização de modelos teóricos baseados na análise econômica do direito constitui-se instrumento essencial para a verificação da eficiência do mecanismo de *compliance* na redução os custos sociais.

4.4.2 A eficiência do *compliance* na redução dos custos sociais

A adoção de programa de *compliance* gera custos à empresa, porém, como ressalta Marcos Cruz, o retorno desse investimento pode ser observado pelas seguintes vantagens: ajuda na análise do comportamento dos empregados; aumento da probabilidade de identificar e prevenir condutas ilícitas; reação rápida a situações críticas; melhora da comunicação interna; maior segurança aos empregados para denúncia de situações irregulares; redução das perdas financeiras com multas, indenizações e tributos; melhora e consolidação da reputação da empresa perante clientes internos e externos⁶⁰⁶.

No âmbito da relação de emprego, mais especificamente no que diz respeito aos danos decorrentes do assédio moral, é possível constatar, sob a perspectiva da Análise Econômica do Direito, que a adoção dos programas de *compliance* representa medida eficiente na redução dos custos sociais, quando o nível de precaução atinge nível ótimo.

O nível ótimo de precaução, de acordo com o modelo teórico de Steven Shavell (subitem 3.4.2), é obtido no nível intermediário de precaução, e, de acordo com o modelo pesquisado, a ausência de precaução e a adoção de precaução excessiva são consideradas ineficientes, em comparação ao nível médio de precaução, pois apesentam custos sociais mais elevados, conforme se observa na tabelaa seguir⁶⁰⁷:

⁶⁰⁶ CRUZ, Marco. **Fazendo a coisa certa – como criar, implementar e monitorar programas efetivos de *compliance***. [S.l.: Simplíssimo], [s.d.], edição Kindle.

⁶⁰⁷ Adaptado de SHAVELL, Steven. **Economic Analysis of Accident Law**. Cambridge: Harvard University Press, 2007, p. 8, e BATTESINI, Eugênio. **Direito e economia: novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil**. São Paulo: LTr, 2011, p. 127.

Nível <i>compliance</i> (unidade física)	Custo do <i>compliance</i> (unidade monetária)	Probabilidade do assédio moral (%)	Dano do assédio (unidade monetária)	Expectativa de perdas/ indenização (unidade monetária)	Custo total do assédio moral ou custo social (unidade monetária)
Nenhum (0)	0	13,5	100	13,5	13,5
Médio (2)	2	10	100	10	12
Alto (4)	4	8,5	100	8,5	12,5

Tabela 3 *Análise dos custos de compliance*

Portanto, a ausência de qualquer medida de *compliance* pela empresa é economicamente ineficiente, pois, em comparação ao nível médio de precaução, a inexistência de medidas que diminuam o risco de assédio aumenta o valor da indenização a cargo do empregador, o que produz alto custo social. No mesmo sentido, a adoção de programa de *compliance* extremamente custoso ao empregador, sem que ocorra significativa redução do valor da indenização, também é ineficiente, pois produz custos sociais maiores do que aqueles gerados no nível médio de precaução.

A variação do nível de *compliance* dependerá das medidas adotadas para sua criação e manutenção, por exemplo, número de empregados da área de *compliance*, número de treinamentos realizados, formas de implantação do canal de denúncias, efetividade do programa de *compliance*, entre outros fatores que influenciam o seu custo, que poderão ser maiores ou menores, conforme a estrutura organizacional e o número de empregados.

Além disso, a relação entre o custo de manutenção do *compliance* e a redução da expectativa de perdas é influenciada pela efetividade do programa de *compliance*, pois a existência de problemas nos elementos que o compõem pode comprometer todo o programa, deixando-se de produzir os efeitos desejados na redução dos riscos relacionados ao assédio moral. A ausência de medidas corretivas no caso do assédio moral, por exemplo, prejudica a efetividade do próprio programa de *compliance*, pois a manutenção de condutas assediadoras tende a aumentar o risco relacionado aos prejuízos decorrentes da violação aos direitos de personalidade do empregado.

No que se refere ao custo de indenização (expectativa das perdas), outros prejuízos, como rotatividade de pessoal, custos com afastamentos por incapacidade, custos com os processos judiciais, custos com imagem, custos de produtividade, entre outros, podem ser considerados na definição do valor de perda esperado.

De acordo com pesquisas realizadas, cada 1,00 dólar gasto com *compliance* gera economia de 5,00 dólares para a organização, diferença essa gerada pela redução dos custos com processos judiciais, prejuízos à imagem e perdas na produção⁶⁰⁸. Contudo, a delimitação do valor custo-benefício da adoção do mecanismo de *compliance* é complexa, pois riscos relacionados à reputação e imagem da empresa, por exemplo, são de difícil mensuração.

Entretanto, o modelo teórico utilizado, para fins de investigação dos impactos do *compliance* na redução dos custos sociais, considera apenas o valor da indenização a ser recebida pelo empregado. Esse reducionismo do modelo teórico adotado não invalida o método de pesquisa escolhido, pois a utilização de modelos simplificados facilita a compreensão do problema investigado (subitem 3.4).

O modelo teórico apresentado demonstra que não é a mera adoção do programa de *compliance* que implicará a redução dos custos sociais. Como bem pontuam Renato de Mello Jorge Silveira e Eduardo Saad-Dinis, os programas de *compliance* não se limitam às práticas de controle interno, mas combinam inúmeros comportamentos decisórios no âmbito empresarial, de modo que os desafios enfrentados pelos gestores para cumprimento do programa de *compliance* podem gerar altos custos à atividade empresarial⁶⁰⁹.

Ainda que a implantação eficiente do mecanismo de *compliance* possa reduzir os prejuízos decorrentes do assédio moral, isso não implica necessariamente a redução dos custos sociais, na medida em que estes representam a soma do custo de prevenção e da expectativa de perda. Desse modo, o modelo apresentado tem por objetivo servir como instrumento de verificação do nível ótimo de *compliance* a ser adotado pela empresa, auxiliando-a na gestão e na redução dos custos sociais.

⁶⁰⁸ SCHILDER, Arnold *apud* SANTOS, Renato Almeida. **Compliance como ferramenta de mitigação e prevenção da fraude organizacional**. Disponível em: <https://www.editoraroncarati.com.br/v2/phocadownload/compliance_ferramenta_mitigacao.pdf>. Acesso em: 16 dez. 2016.

⁶⁰⁹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Compliance, direito penal e Lei Anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2015, edição Kobo.

O nível de *compliance* e sua eficiência na redução dos custos sociais sofrem também influência do nível de atividade do agente. O acréscimo da atividade empresarial pode implicar no aumento de risco do assédio moral quando o incremento da atividade vier acompanhado de pressão por melhores resultados, existência de estrutura deficiente e prazos exíguos.

No modelo apresentado por Steven Shavell (subitem 3.4.3), o nível de atividade considerado eficiente será aquele que produz maior benefício social, o que pode ser observado na Tabela abaixo⁶¹⁰.

Nível de atividade (unidade física)	Total de utilidades da atividade (unidade monetária)	Custo do <i>compliance</i> (unidade monetária)	Custo total <i>compliance</i> (unidade monetária)	Expectativa total das Perdas (unidade monetária)	Custo total das Perdas do assédio moral (unidade monetária)	Benefício social (unidade monetária)
0	0	2	0	0	0	0
1	40	2	2	10	12	28
2	60	2	4	20	24	36
3	69	2	6	30	36	33
4	70	2	8	40	48	22
5	68	2	10	50	60	8

Tabela 4 *Análise dos custos de compliance e dos custos de atividade*

Considerado a utilidade total obtida com o aumento da atividade e o custo total de *compliance*, o nível de atividade eficiente é obtido no nível 2, pois é o que traz maior benefício social [Benefício social = 28]. Nesse sentido, para fins de redução dos custos sociais decorrentes do assédio moral, o aumento da capacidade da atividade empresarial para o nível máximo [Nível de atividade = 5], não é eficiente, pois implica na redução do benefício social em comparação aos outros níveis de atividade.

Além disso, a partir do nível de atividade 3, não é socialmente desejável o incremento da atividade, pois a utilidade marginal obtida com o incremento da atividade [69 – 60 = 9], em comparação ao nível ótimo [Nível de atividade = 2], é inferior ao aumento do custo total das perdas do assédio moral [36 – 24 = 12].

⁶¹⁰ Adaptado de SHAVELL, Steven. **Economic Analysis of Accident Law**. Cambridge: Harvard University Press, 2007, p. 23, e BATTESINI, Eugênio. **Direito e economia: novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil**. São Paulo: LTr, 2011, p. 146.

Desse modo, considerando que a implantação e a manutenção do *compliance* podem reduzir os custos sociais, dependendo do nível de *compliance* e do nível de atividade adotados, cabe analisar se a previsão de tal mecanismo em legislação específica poderá servir de incentivo para sua implantação e redução dos riscos e danos relacionados ao assédio moral.

4.4.3 A Lei Anticorrupção brasileira: um modelo a seguir?

A Lei n. 12.846/2013⁶¹¹, conhecida como Lei Anticorrupção, trata da responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública. Além da repressão à corrupção, a referida lei tem também caráter pedagógico, de modo a prevenir a reiteração das condutas ilícitas e incentivar a fiscalização e controle das atividades empresariais pela própria empresa.

O art. 2º da referida Lei estabelece que a pessoa jurídica será responsabilizada objetivamente pelos atos lesivos que praticar contra a administração pública. Desse modo, ao adotar a regra da responsabilidade objetiva para imputação da responsabilidade às pessoas jurídicas, o legislador não deixa dúvidas quanto à obrigação da empresa em fiscalizar os atos de seus empregados, gestores e parceiros.

Fábio de Souza Aranha Cascione e Bruno Salles Pereira Ribeiro ressaltam que durante a tramitação do Projeto de Lei n. 6.826/2010, que culminou na aprovação da Lei Anticorrupção, foram apresentadas emendas tentando excluir a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas, porém, o legislador a manteve a fim de conferir efetividade à lei. Nesse sentido, os referidos autores esclarecem que:

A pessoa jurídica será responsabilizada independentemente da responsabilização de pessoas físicas que tenham participado da atividade ilícita, o que gera duas consequências. A primeira é a de que, mesmo que se identifique qual pessoa cometeu os atos ilícitos no desenvolver da atividade da pessoa abrangida, esta última

⁶¹¹ BRASIL. **Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013**. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm>. Acesso em: 16 dez. 2016.

permanece responsável pelos atos imputados. Em segundo lugar, ainda que não se identifique na estrutura organizacional da pessoa abrangida quem especificamente cometeu o ato ilícito, contanto que haja provas da ligação da atividade da pessoa abrangida com o ato ilícito, poderá haver a responsabilização⁶¹².

Essa obrigação faz com que as empresas adotem medidas de fiscalização, orientação e controles para que atos de corrupção não sejam cometidos por parceiros internos ou externos, bem como incentiva as empresas a mapearem e corrigirem eventuais irregularidades, de modo, a evitar ou reduzir os impactos decorrentes de eventual responsabilização. Portanto, a implantação e manutenção dos programas de *compliance* constitui-se mecanismo de proteção para a própria empresa.

O art. 7º, inciso VIII da Lei n. 12.846/2013, determina que na fixação das sanções, entre outros elementos, será sopesada a efetividade de programa de *compliance* implantado pela empresa. Assim, na dosimetria da sanção pecuniária a ser imposta à empresa, a existência do programa de *compliance* e a sua efetividade são fatores que influenciam no valor da multa a ser estipulada.

O Decreto n. 8.420⁶¹³, de 18 de março de 2015, que regulamenta a Lei Anticorrupção, disciplina, nos seus arts. 41 e 42, os requisitos necessários para que o programa de *compliance* seja considerado efetivo. O parágrafo único do art. 41 determina que a implantação e manutenção dos programas de *compliance* devem observar as características e os riscos das atividades de cada pessoa jurídica.

O art. 42 estabelece os parâmetros utilizados para avaliação da integridade do programa. De acordo com mencionado dispositivo, o *compliance* para ser efetivo deve demonstrar: (i) o comprometimento da alta direção com o programa; (ii) a extensão dos padrões e código de

⁶¹² CASCIONE, Fábio de Souza Aranha; RIBEIRO, Bruno Salles. Lei Anticorrupção – Visão Geral. In: CASCIONE, Fábio de Souza Aranha; RIBEIRO, Bruno Salles (org.). **Lei Anticorrupção: uma análise interdisciplinar**. São Paulo: LiberArs, 2015, p. 14.

⁶¹³ BRASIL. **Decreto n. 8.420, de 18 de março de 2015**. Regulamenta a Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm>. Acesso em: 16 dez. 2016.

conduta e políticas da empresa a todos os empregados, gestores e terceiros com os quais a empresa se relaciona; (iii) a realização de treinamentos periódicos; (iv) a análise periódica dos riscos; (v) registros contábeis completos e precisos; (vi) a existência de controles internos adequados; (vii) a adoção de procedimentos específicos para prevenir fraudes nos processos licitatórios; (viii) independência e estrutura adequada das áreas de *compliance*; (ix) a existência de canais de denúncia; (x) a existência de medidas disciplinares em caso de violação; (xi) procedimentos que assegurem a interrupção dos atos irregulares assim que verificados; (xiii) a diligência na contratação de terceiros; (xiv) a verificação de eventuais ilícitos ou vulnerabilidades nos processos de fusão, aquisição e reestruturação societárias; (xv) o monitoramento do programa de *compliance*; e (xvi) a transparência de doações a candidatos e partidos políticos.

Quando se tratar de microempresa ou empresa de pequeno porte, o parágrafo 3º do art. 42 prevê que na apuração da integridade do programa de *compliance* não serão exigidos a comprovação: de padrões e códigos de condutas estendidos a terceiros; da análise periódica dos riscos; da existência de estrutura específica para desempenho do *compliance*; canais de denúncia; da realização de diligências para a contratação de terceiros; da verificação de irregularidades em processo de fusão, aquisição e reestruturação societária; do monitoramento do programa *compliance*.

Os elementos trazidos na legislação Anticorrupção conferem objetividade à avaliação do programa de *compliance*, podendo este modelo ser adaptado para outras áreas, como a gestão de pessoas.

O modelo apresentado pela Lei Anticorrupção, por meio de sua regulamentação (Decreto n. 8.420/2015), em consonância com o princípio constitucional da igualdade, estabelece condições diferenciadas para as microempresas e empresas de pequeno porte. A legislação determina ainda que a estruturação, aplicação e atualização do programa de *compliance* sejam efetuadas de acordo com as características e os riscos atuais das atividades desenvolvidas pela empresa, o que permite adaptação do modelo aos mais diversos setores e atividades.

A utilização do *compliance*, como critério para fixação de eventual sanção, também pode ser estendida à esfera trabalhista nas questões relacionadas ao assédio moral. Contudo, o combate às práticas assediadoras pode ser mais efetivo, se além dos incentivos relacionados à punição e à responsabilização objetiva do empregador, forem criados incentivos positivos para a implantação e manutenção dos programas de *compliance* na seara trabalhista.

Os incentivos positivos podem ocorrer de diversas formas como, por exemplo, a concessão de linhas de créditos especiais, com taxas de juros menores ou condições diferenciadas, para empresas que comprovem adoção de mecanismos de *compliance* efetivos. Nesse sentido, Marcela Block enfatiza que:

Acredita-se que a nova lei possa ter impacto direto em outros campos da economia, como no mercado de crédito. As instituições financeiras, quando forem emprestar recursos para empresas que tenham certa participação de negócios com o poder público passarão a levar em conta os dispositivos desse novo instrumento legal. Empresas sem esses mecanismos (de proteção e integridade) vão pagar um custo mais alto. Pensa-se que as relações privadas também vão forçar as empresas a se adequar a essa nova lei⁶¹⁴.

A conscientização sobre a importância de adoção de programas de *compliance* no Brasil ainda é incipiente, voltada primordialmente para as questões relacionadas ao combate à corrupção e à lavagem de dinheiro. No entanto, a utilização de mecanismos de *compliance* como forma de redução dos custos sociais na relação de emprego pode trazer benefícios para empregados e empregadores, bem como para toda a sociedade.

A implantação de processos e procedimentos que tenham por objetivo reduzir os riscos decorrentes do assédio moral e os prejuízos às empresas reflete diretamente na saúde dos trabalhadores, o que implica na redução dos afastamentos do trabalho, dos pagamentos de benefícios previdenciários e dos custos com tratamentos de saúde.

Desse modo, a criação de lei incentivando a adoção de programas de *compliance* pode desempenhar papel importante na redução dos custos sociais.

⁶¹⁴ BLOK, Marcella. **Nova Lei Anticorrupção e o Compliance**. [S.l.: s.n.], [s.d.], edição Kindle.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As doenças associadas ao assédio moral estão cada vez mais presentes no cotidiano das relações de emprego, com reflexos perversos para o empregado, que tem a saúde e o convívio social abalados.

O absentismo no trabalho, a rotatividade de empregados, o pagamento de benefícios previdenciários e os custos com saúde para tratamento dos distúrbios físicos e emocionais, gerados pelas agressões sofridas no ambiente de trabalho, demonstram que o problema do assédio moral é complexo e produz reflexos não apenas para o empregado, mas também ao empregador e à sociedade.

A complexidade da questão impõe que a temática seja abordada sob nova perspectiva, com enfoque mais amplos que o caráter punitivo e compensatório de eventual indenização pecuniária.

A relação de emprego e a proteção do ordenamento jurídico a ela conferida são impactadas pelas transformações sociais e econômicas. Nesse sentido, a visão tradicional do direito do trabalho, como ciência isolada, não se coaduna com as necessidades de empregados e empregadores, exigindo-se um novo olhar para o problema do assédio moral.

Nesse sentido, é necessário pensar num novo modelo gestão dos conflitos de interesses gerados no âmbito da relação de emprego, um modelo sustentável que incorpore as mais diversas perspectivas e que tenha por objetivo a sustentabilidade da relação de emprego. Assim, a preservação de condições mínimas de trabalho com foco na proteção à dignidade da pessoa humana, deve também considerar seus impactos econômicos na atividade empresarial.

O combate ao assédio moral e o incentivo à adoção de medidas que tenham por objetivo prevenir os prejuízos decorrentes das práticas assediadoras são fundamentais para o desenvolvimento de uma relação de emprego mais justa e sustentável. A sustentabilidade pressupõe permanência; no entanto, isso somente será possível se as soluções para as demandas sociais considerarem as diversas perspectivas de uma mesma realidade. O incentivo à implantação e manutenção do mecanismo de *compliance* constitui ferramenta importante para a consecução de tais objetivos.

Porém, para que a implantação do programa de *compliance* seja eficiente é imprescindível a análise os custos sociais e dos benefícios de bem-estar gerados, a partir do nível de precaução e do nível de atividade desenvolvido pela empresa.

Nesse sentido, o nível *compliance* eficiente será aquele que proporcionar o menor custo social total, representado pela soma dos custos de *compliance* e das eventuais perdas geradas pelo assédio moral.

Portanto, a decisão acerca da implantação ou manutenção do *compliance*, além da redução das perdas, deve considerar também os custos totais e o nível de atividade adotado pelo agente, na medida em que a adoção de medidas de prevenção (*compliance*) extremamente custosas e que não reduzem o custo total dos danos é ineficiente, gera desperdício de recursos e compromete a sustentabilidade da relação de emprego e da própria atividade empresarial.

Questão importante a ser considerada na apreciação das políticas de combate ao assédio moral refere-se ao nível de atividade dos agentes. A busca por maior lucratividade tende a fazer com que as empresas aumentem sua atividade produtiva (nível de atividade), com redução nos custos operacionais, o que implica, por vezes, redução de estrutura física e pessoal, aumento de horas trabalhadas e pressão por resultados.

Desse modo, nem sempre o fomento ao incremento da atividade empresarial se mostra socialmente desejável, pois quando o aumento da atividade for inferior aos custos totais (prevenção e danos gerados), o benefício de bem-estar gerado com a atividade será menor que o desejável, e, portanto, ineficiente. Assim, a decisão acerca do aumento da atividade empresarial deve harmonizar o social e o econômico, de modo a permitir a interação entre os interesses do empregado e empregador.

Nessa perspectiva, ainda que o *compliance* seja um mecanismo novo e distante para a maioria das empresas brasileira, é essencial que se promovam ações incentivando a sua adoção, pois a implantação adequada pode efetivamente contribuir para a redução os custos sociais decorrentes do assédio moral na relação de emprego.

Ademais, a implantação do *compliance* permite sua adequação ao tamanho e atividade da empresa, gerando benefícios para os empregados, o empregador e a sociedade.

A dinâmica das relações econômicas e sociais não permite mais uma gestão que desconsidere a responsabilidade social da empresa com seus parceiros, em especial, seus empregados, da mesma forma que não autoriza a alocação de direitos, no âmbito da relação de emprego, sem considerar seus impactos econômicos no desenvolvimento da atividade.

O modelo gerado a partir das duas primeiras Revoluções Industriais já não se coaduna com o contexto social e econômico atual. Nesse sentido, é fundamental pensar um novo paradigma para a relação

de emprego, baseado na sustentabilidade e no desenvolvimento de uma relação de confiança e cooperação.

REFERÊNCIAS

- ACCIARRI, Hugo A. **Elementos da análise econômica do direito de danos**. Coord. Marcia Carla Ribeiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- ALBARRACÍN, Juan Carlos Bajo. **Compliance Officers: ISO 19600**. Madrid: Ampell Consultores Asociados, [2015?], edição Kindle.
- ANTONIK, Luis Roberto. **Compliance, ética, responsabilidade social e empresarial**. Rio de Janeiro: Alta Books, 2016, edição Kindle.
- AQUINO, São Tomás de. **Suma de Teologia**. Biblioteca de Autores Cristianos. Madrid: 2001, e-book.
- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Martin Claret, e-book.
- ASSI, Marcos. **Gestão de compliance e seus desafios: como implementar controles internos, superar dificuldades e manter a eficiência dos negócios**. São Paulo: Saint Paul Editora, 2013.
- BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2000.
- _____. **Proteção à intimidade do empregado**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009.
- BÉLGICA. **Directiva 200/78/CE, de 27 de novembro de 2000**. Estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na actividade profissional. Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu>>. Acesso em: 10 out. 2016.
- _____. **Resolução A5-0283/2001, de 28 de março de 2002**. Resolução do Parlamento Europeu sobre o assédio no local de trabalho. Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu>>. Acesso em: 10 out. 2016.
- BELMONTE, Alexandre Agra. **Danos morais no direito do trabalho: identificação e composição dos danos morais trabalhistas**. 3. ed. rev. e atual. conforme EC n. 45/2004. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- BENEVIDES, Marilza M. A gestão de riscos de *compliance* como aliada da boa governança corporativa. In: CANDELORO, Ana Paula; BENEVIDES, Marilza M. (coord.). **Governança corporativa em foco: inovações e tendências para a sustentabilidade das organizações**. São Paulo: Saint Paul Editora, 2014.
- BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins; GRAMPA, Victor Henrique. As ações afirmativas no direito do trabalho: unindo redistribuição e reconhecimento. In: CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; VILLATORE, Marco Antônio César (coord.). **CLT – 70 anos de consolidação**. São Paulo: Atlas, 2013.

BERTOTTI, Daniela. **A Organização Mundial do Comércio e as cláusulas sociais**. São Paulo: LCTe, 2015.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. Direito e justiça em São Tomás de Aquino. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 93, p. 339-359, jan. 1998. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67407>>. Acesso em: 06 dez. 2016.

BLOK, Marcella. **Nova Lei Anticorrupção e o Compliance**. [S.l.: s.n.], [s.d.], edição Kindle.

_____. **Criminal Compliance**. [S.l.: s.n.], [s.d.], edição Kindle.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 2006.

BORGES, Livia de Oliveira. As concepções do trabalho: um estudo de análise de conteúdo de dois períodos de circulação nacional. **Revista de Administração Contemporânea**, Rio de Janeiro: ANPAD, v. 3, n. 3, set./dez. 1999.

BORO, Atilio A. **Filosofia política moderna: de Hobbes a Marx**. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales – CLACSO; San Pablo: Depto. de Ciência Política – FFLCH – Universidade de São Paulo, 2006. Disponível em: <http://www.usp.br/cje/anexos/pierre/afilosofiapol%C3%ADticamodernadehobbesamarxatilio_a_boron.pdf>. Acesso em: 20 out. 2016.

BOTELHO, Martinho Martins; VILLATORE, Marco Antônio César. A articulação dos direitos humanos trabalhistas no Brasil: as soluções propostas pela teoria do reconhecimento. In: ALMEIDA, Guilherme Assis de; SANTOS, Enoque Ribeiro dos (coord.). **A teoria do reconhecimento sob a ótica do direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2016.

BRASIL. AGU. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/326624>. Acesso em: 15 out. 2016.

_____. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei PL n. 2.369/2003**. Dispõe sobre o assédio nas relações de trabalho. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=139681>>. Acesso em: 16 dez. 2016.

_____. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei PL n. 4.742/2001**. Introduz art. 146-A no Código Penal Brasileiro – Decreto-lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940, dispondo sobre o crime de assédio moral no trabalho. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=28692>>. Acesso em: 16 dez. 2016.

_____. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei PL n. 6.757/2010**. Altera dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, para dispor sobre coação moral. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=465837>>. Acesso em: 16 dez. 2016.

_____. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei PLP 303/2016**. Dispõe sobre o assédio nas relações de trabalho. Altera a Lei de Responsabilidade Fiscal para proibir o repasse de recursos federais aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios nas condições que especifica. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichade-tramitacao?idProposicao=2092519>>. Acesso em: 16 dez. 2016.

_____. **Constituição (1824). Constituição Política do Império do Brasil**. Rio de Janeiro, 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 16 dez. 2016.

_____. **Constituição (1891). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1891. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 16 dez. 2016.

_____. **Constituição (1934). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ, 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 06 abr. 2016.

_____. **Constituição (1937). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1937. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 16 dez. 2016.

_____. **Constituição (1946). Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ, 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 16 dez. 2016.

_____. **Constituição (1967). Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 16 dez. 2016.

_____. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 16 dez. 2016.

_____. **Decreto n. 10.358, de 31 de agosto de 1942.** Declara o estado de guerra em todo território nacional. Rio de Janeiro, RJ, 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D10358.htm#art2>. Acesso em: 16 dez. 2016.

_____. **Decreto n. 2.681, de 07 de dezembro de 1912.** Regula a responsabilidade civil das estradas de ferro. Rio de Janeiro, RJ, 1912. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2681_1912.htm>. Acesso em: 16 dez. 2016.

_____. **Decreto n. 3.678, de 30 de novembro de 2000.** Promulga a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3678.htm>. Acesso em: 16 dez. 2016.

_____. **Decreto n. 4.410, de 07 de outubro de 2002.** Promulga a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996, com reserva para o art. XI, parágrafo 1º, inciso “c”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4410.htm>. Acesso em: 16 dez. 2016.

_____. **Decreto n. 5.687, de 31 de janeiro de 2006.** Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/D5687.htm>. Acesso em: 16 dez. 2016.

_____. **Decreto n. 7.036, de 10 de novembro de 1944.** Reforma da Lei de Acidentes do Trabalho. Rio de Janeiro, RJ, 1944. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del7036.htm>. Acesso em: 16 dez. 2016.

_____. **Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943.** Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 06 abr. 2016.

_____. **Decreto-lei n. 73, de 21 de novembro de 1966.** Dispõe sobre o Sistema Nacional de Seguros Privados, regula as operações de seguros e resseguros e dá outras providências. Brasília, DF, 1966. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0073.htm>. Acesso em: 16 dez. 2016.

_____. **Emenda Constitucional (1926).** Emenda à Constituição Federal de 1891. Rio de Janeiro, 1926. Disponível em:

<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc%20de%203.9.26.htm>. Acesso em: 16 dez. 2016.

_____. **Emenda Constitucional n. 01 (1969)**. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Brasília, DF, 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 16 dez. 2016.

_____. **IBGC**. Disponível em: <<http://www.ibgc.org.br/index.php/ibgc/o-ibgc>>. Acesso em: 16 dez. 2016.

_____. **Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013**. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm>. Acesso em: 16 dez. 2016.

_____. **Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm>. Acesso em: 20 ago. 2016.

_____. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF, 2002. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 16 dez. 2016.

_____. **Lei n. 11.948, de 16 de junho de 2009**. Constitui fonte adicional de recurso para ampliação de limites operacionais do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/Lei/L11948.htm>. Acesso em: 06 abr. 2016.

_____. **Lei n. 9.029, de 13 de abril de 1995**. Proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/cCivil_03/LEIS/L9029.HTM>. Acesso em: 06 abr. 2016.

_____. **Lei n. 9.613, de 03 de março de 1998**. Dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o

Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9613.htm>. Acesso em: 16 dez. 2016.

_____. **Pacto Global.** Disponível em: <<http://www.pactoglobal.org.br/>>. Acesso em: 16 dez. 2016.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Dados correspondentes ao período de janeiro a setembro/2016.** Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/estatistica/litigiosidade>>. Acesso em: 16 dez. 2016.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Dados correspondentes ao período de janeiro a setembro/2016.** Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/web/guest/consolidacao-estatistica1>>. Acesso em: 16 dez. 2016.

BRUE, Stanley L. **História do pensamento econômico.** São Paulo: Thomson Learning, 2006.

CALABRESI, Guido. **The Cost of Accidents, a Legal and Economic Analysis.** New Haven and London: Yale University Press, 1970, edição Kobo.

CAMINO, Carmen. **Direito individual do trabalho.** 4. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Síntese, 2004.

CANDELORO, Ana Paula P. Governança corporativa e geração de valor: DNA adormecido, criação de marketing ou um feliz encontro? In: CANDELORO, Ana Paula P.; BENEVIDES, Marilza M. (coord.). **Governança corporativa em foco: inovações e tendências para a sustentabilidade das organizações.** São Paulo: Saint Paul Editora, 2014.

CANDIDO, Helena. **Assédio moral – acidente laboral.** São: Paulo, LTr, 2011.

CAPRONI, Henrique. **Centralidade e significados do trabalho.** Disponível em: <http://www.ufjf.br/angelo_esther/files/2012/10/2013-RH-I-Centralidade-do-trabalho-Henrique-Caproni.pdf>. Acesso em: 16 dez. 2016.

CASTELAR, Armando (org.). **Judiciário e economia no Brasil.** Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2009.

CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; JORGE NETO, Francisco Ferreira. Uma reflexão sobre a “subordinação” como elemento essencial da relação de emprego. In: CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; VILLATORE, Marco Antônio. **CLT – 70 Anos de Consolidação: uma reflexão social, econômica e jurídica.** São Paulo: Atlas, 2013.

- CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- CESARINO JR., Antônio Ferreira; CARDONE, Marly A. **Direito social: teoria geral do direito social, direito contratual do trabalho, direito protecionista do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1993.
- COASE, Ronald Harry. **A firma, o mercado e o direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- CORREA, Lara Cruz. Utilitarismo e moralidade: considerações sobre o indivíduo e o Estado. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, vol. 27, n. 79, jun. 2012.
- COUTINHO, Diego R. **Direito e economia política na regulação de serviços**. São Paulo: Saraiva, 2014.
- CRUZ, Marco. **Fazendo a coisa certa – como criar, implementar e monitorar programas efetivos de compliance**. [S.l.: Simplíssimo], [s.d.], edição Kindle.
- DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Fundamentos para uma adequada aplicação da teoria da responsabilidade civil no direito do trabalho. In: GOULART, Rodrigo Fortunato; VILLATORE, Marco Antônio (org.). **Responsabilidade civil nas relações de emprego: reflexões atuais**. São Paulo: LTr, 2015.
- _____. **Responsabilidade civil no direito do trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2014.
- FARAH, Bruno Leal. **Assédio moral e organizacional: novas modulações do sofrimento psíquico nas empresas contemporâneas**. São Paulo: LTr, 2016.
- FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria do direito e dos bens fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, edição Kobo.
- FERRAIUOLO JUNIOR, Carlos Alberto. **Gestão e Sustentabilidade Corporativa: Diálogos sobre gestão e sustentabilidade em empresa conscientes**. Curitiba: [s.n.], 2015, p. 20
- FERRARI, Irany; MARTINS, Melchíades Rodrigues. **Dano moral: múltiplos aspectos nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2011.
- FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito econômico**. 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- GICO JR., Ivo. Introdução ao direito e economia. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- GOMES, Ana Amélia de Conti. **Os diferentes tons da sustentabilidade: lições de erros recentes**. [S.l.: s.n.], [2016?], edição Kindle.

- GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. A recepção do instituto da ação afirmativa pelo direito constitucional brasileiro. **Revista de informação legislativa**, v. 38, n. 151, p. 129-152, jul./set. 2001. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/705>>. Acesso em: 16 dez. 2016.
- GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. Eficiência e direito: pecado ou virtude, uma incursão pela Análise Econômica do Direito. **Revista Jurídica da Faculdade de Direito do UNICURITIBA**, Curitiba, PR: Unicuritiba, Revista Eletrônica, v. 1, n. 28, p. 77-122, 2012. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/412/317>>. Acesso em: 16 dez. 2016.
- _____; _____. Princípio da eficiência econômico-social no direito brasileiro: a tomada de decisão normativo-judicial. **Sequência (Florianópolis)** [on-line], n. 68, p. 261-290, 2014. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2013v35n68p261>>. Acesso em: 05 maio 2015.
- GUEDES, Fernando Grass. **Assédio moral no direito do trabalho e a aplicação da teoria da indenização punitiva no quantum indenizatório**. 2015. 126 p. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2015. Disponível em: <<http://www.bu.ufsc.br/teses/PDPC1191-D.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2016.
- HIRIGOYEN, Marie-France. **Assédio moral: a violência perversa do cotidiano**. 15. ed. Trad. Maria Helena Kühner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2014.
- HUNT, E. K.; SHERMAN, Howard J. **História do pensamento econômico**. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 1997.
- KAMPHORST, Marlon; ZAMBAM, Neuro. **Temas de Ética e Sustentabilidade na Visão de Amartya Sen**. [S.l.]: Editora Deviant, [s.d.], edição do Kindle.
- KAUFMAN, Bruce E. The Economics of Regulation the Labor Market. In: DAU-SCHMIDT, Kenneth G.; HARRIS, Seth D.; LOBEL ORLY (org.). **Labor and Employment Law and Economics**. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2009.
- LEVI, Lennart. Factores Psicosociales, Estres Y Salud. In: STELLMANN, Jeanne Mager (Directora de la publicación). **Enciclopedia de Salud y Seguridad em el Trabajo**. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Socailies, 1998, v. 2. Disponível em <<http://www.insht.es>>. Acesso em: 16 dez, 2016.

- LION, Maurício Pepe de. Condução de investigações internas sob o ponto de vista trabalhista. In: DEBBIO, Alessandra Del; MAEDA, Bruno Cordeiro; AYRES, Carlos Henrique (coord.). **Temas de anticorrupção e compliance**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, edição Kobo.
- LODI, João Bosco. **Governança corporativa: o governo da empresa e o conselho de administração**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.
- MACEDO JR., Porto. **Ensaio de teoria do direito**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MACEDO, Ubiratan Borges de. **Liberalismo e justiça social**. São Paulo: IBRASA, 1995.
- MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Trad. Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- MAEDA, Bruno Carneiro. Programas de *compliance* anticorrupção: importância e elementos essenciais. In: DEBBIO, Alessandra Del; MAEDA, Bruno Cordeiro; AYRES, Carlos Henrique (coord.). **Temas de anticorrupção e compliance**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, edição Kobo.
- SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Breves considerações sobre a história do direito do trabalho no Brasil. In: CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; SOUTO MAIOR, Jorge Luiz (org.). **Curso de direito do trabalho: teoria geral do direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2007. 1 v.
- _____. **Curso de direito do trabalho: a relação de emprego**. São Paulo: LTr, 2008. v. II.
- _____; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. O que é direito social? In: CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; SOUTO MAIOR, Jorge Luiz (org.). **Curso de direito do trabalho: teoria geral do direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2007. 1 v.
- MANHABUSCO, José Carlos; MANHABUSCO, Giancarlo Camargo. **Responsabilidade civil objetiva do empregador decorrente de acidente do trabalho e do risco da atividade**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010.
- MARTINS, Sergio Pinto. **Assédio moral no emprego**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- MELLO, Roberta Dantas de. **Relação de emprego e direito do trabalho: papel histórico, crise e renascimento**. São Paulo: LTr, 2015.
- MELO, Nehemias Domingos de. **Dano moral trabalhista: doutrina e jurisprudência**. 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2007.
- MENDONÇA, Diogo Naves. **Análise econômica da responsabilidade civil: o dano e sua quantificação**. São Paulo: Atlas, 2012.

- MENEZES, Cláudio Armando Couce de. Contrato de trabalho (noções, objeto, características, elementos e nulidade. Relação de trabalho e emprego). In: CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; SOUTO MAIOR, Jorge Luiz (org.). **Curso de direito do trabalho: direito individual do trabalho**. São Paulo: LTr, 2008. 2 v.
- MORAES FILHO, Evaristo; MORAES, Antonio Carlos Flores. **Introdução ao direito do trabalho**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: LTr, 1991.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do trabalho. Relações individuais e coletivas do trabalho**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____; FERRARI, Irany; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **História do trabalho, do direito do trabalho e da justiça do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2011.
- NEGRÃO, Célia Regina P. Lima; PONTELO, Juliana de Fátima. **Compliance, controles internos e riscos: a importância da área de gestão de pessoas**. Brasília: Editora Senac, 2014.
- NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- OLIVEIRA, Paulo Eduardo Vieira de. **Assédio moral no trabalho: caracterização e consequências**. São Paulo: LTr, 2013.
- OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional**. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: LTr, 2009.
- PAGOTTO, Leopoldo. Esforços globais anticorrupção e seus reflexos no Brasil. In: DEBBIO, Alessandra Del; MAEDA, Bruno Cordeiro; AYRES, Carlos Henrique (coord.). **Temas de anticorrupção e compliance**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, edição Kobo.
- PAPA LEÃO XIII. **Encíclica Rerum Novarum**. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html>. Acesso em: 16 dez. 2016.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 8. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- PIKETTY, Thomas. **O capital no século XXI**. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.
- PORTO, Antônio José Maristrello. Análise econômica da responsabilidade civil. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- POSNER, Richard A. **El análisis económico del derecho**. 2. ed. México: FCE, 2007.

- RAMOS, Alexandre Luiz. **Fundamentos para uma nova teoria da relação de emprego no Brasil do século XXI e a dignidade da pessoa humana**. Florianópolis, 2006. 306 f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito.
- REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1979.
- RENAUT, Anne. Acoso psicológico, nuevo mal vinculado a la organización del trabajo. La violencia en el trabajo. **Educación Obrera**, n. 133, p. 1-6, abr. 2003.
- REZENDE FILHO, Cyro de Barros. **História econômica geral**. 10. ed. São Paulo: Contexto, 2013.
- RIBEIRO, Marcia C. P.; DINIZ, Patrícia D. F. *Compliance* e Lei Anticorrupção nas empresas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 52, n. 205, p. 87-105, jan./mar. 2015.
- RODRIGUES, José Antonio; MENDES, Gilmar de Melo. **Governança corporativa: estratégias para geração de valor**. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2004.
- RUFINO, Regina Célia Pezzuto. **Assédio moral no âmbito da empresa**. São Paulo: LTr, 2006.
- SALAMA, Bruno Meyerhof. **A história do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner**. Disponível em: <https://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/35/>. Acesso em: 16 dez. 2016.
- SALVADOR, Pablo; GÓMEZ, Carlos. El derecho de daños y la minimización de los costes de los accidentes. **Revista Sub Judice: Justiça e Sociedade**, n. 34, Parte II, jan./mar. 2006.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. Os direitos humanos na pós-modernidade. **Direito e sociedade**, Coimbra, n. 4, p. 1-12, mar. 1988. Disponível em: <<http://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/ficheiros/10.pdf>>. Acesso em: 16 dez. 2016.
- SANTOS, Marco Fridolin dos. **Acidente de trabalho entre a seguridade social e a responsabilidade civil: elementos para uma teoria do bem-estar e da justiça social**. São Paulo: LTr, 2015.
- SCABIN, Roseli Fernandes. O direito do trabalho como limitador do poder econômico. In: CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; VILLATORE, Marco Antônio César (coord.). **CLT – 70 Anos de Consolidação: uma reflexão social, econômica e jurídica**. São Paulo: Atlas, 2013.

- SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. Trad. Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.
- SERPA, Alexandre da Cunha. **Compliance descomplicado: uma guia simples e direito sobre programas de compliance**. [S.l.: s.n.], 2016, edição Kindle.
- SHAVELL, Steven. **Economic Analysis of Accident Law**. Cambridge: Harvard University Press, 2007.
- SCHILDER, Arnold *apud* SANTOS, Renato Almeida. **Compliance como ferramenta de mitigação e prevenção da fraude organizacional**. Disponível em: <https://www.editoraroncarati.com.br/v2/phocadownload/compliance_ferramenta_mitigacao.pdf>. Acesso em: 16 dez. 2016
- SILVA JR., João Silvestre da. **Afastamento do trabalho por transtornos mentais e fatores associados: um estudo caso-controle entre os segurados da Previdência Social**. 2012. 124 p. Dissertação (Mestrado em Saúde Ambiental) – Faculdade de Saúde Pública, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/6/6134/tde-26102012-134845/pt-br.php>>. Acesso em: 05 ago. 2016.
- SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Teoria jurídica do assédio e sua fundamentação constitucional**. São Paulo: LTr, 2012.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Compliance, direito penal e Lei Anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2015, edição Kobo.
- SOARES, Celso. **Direito do trabalho: a realidade das relações sociais**. São Paulo: LTr, 2015.
- SOUZA, Washington Peluso Albino. **Direito econômico do trabalho**. Belo Horizonte: Fundação Brasileira de Direito Econômico, 1985.
- SROUR, Robert Henry. Risco moral nas empresas e azares dos Códigos de Ética. A gestão de riscos de *compliance* como aliada da boa governança corporativa. In: CANDELORO, Ana Paula; BENEVIDES, Marilza M. (coord.). **Governança corporativa em foco: inovações e tendências para a sustentabilidade das organizações**. São Paulo: Saint Paul Editora, 2014.
- STEPHAN, Cláudia Coutinho. **O princípio constitucional da dignidade e o assédio moral no direito do trabalho de Portugal e do Brasil**. São Paulo: LTr, 2013.
- SÜSSEKIND, Arnaldo *et al.* **Instituições de direito do trabalho**. 19. ed. São Paulo: LTr, 2000. 1 v.

- SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio *et al.* **Instituições de direito do trabalho**. 19. ed. São Paulo: LTr, 2000. 1 v.
- TEIXEIRA, João Luís Vieira. **O assédio moral no trabalho**: conceito, causas e efeitos, liderança *versus* assédio, valoração do dano e sua prevenção. São Paulo: LTr, 2016.
- TOKARS, Fábio Leandro. Assimetria informacional. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (coord.). **O que é análise econômica do direito**: uma introdução. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- VILLA, Marco Antonio. **A história das constituições brasileiras**. São Paulo: Leya, 2001.
- WEBER, Max. **História geral da economia**. São Paulo: Mestre Jou, 1968.
- WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- WYZYKOWSKI, Adriana; BARROS, Renato da Costa Lino de Goes; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Assédio moral laboral e direitos fundamentais**. São Paulo: LTr, 2014.