

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP
ESCOLA DA DIREITO DE BRASÍLIA – EDB
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

ANTÔNIO BRAGA DA SILVA JÚNIOR

O tratamento favorecido às pequenas empresas: um custo social que não cabe a
seus empregados

Brasília

2017

ANTÔNIO BRAGA DA SILVA JÚNIOR

O tratamento favorecido às pequenas empresas: um custo social que não cabe a
seus empregados

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional.

Brasília

2017

ANTÔNIO BRAGA DA SILVA JÚNIOR

O tratamento favorecido às pequenas empresas: um custo social que não cabe a
seus empregados

Esta dissertação foi julgada adequada para a obtenção do título de Mestre em Direito e aprovada pela Coordenação do Curso de Pós-Graduação em Direito Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, na linha de pesquisa Direito e Garantias Fundamentais.

Professor Doutor Roberto Freitas Filho (Orientador)

Professor Doutor Roger Stiefelmann

Professor Doutor Paulo Gustavo Gonet Branco

Coordenador do Curso Professor Paulo Gustavo Gonet Branco

Brasília, ____ de _____ de 2017.

Dedico primeiramente este trabalho a Deus, que incessantemente me oportuniza proteção e iluminação para o gozo dessa prazerosa arte de viver.

A minha mãe, que desafia a finitude dos melhores adjetivos da língua portuguesa e que só não figura aqui como primeira homenageada porque antes vem o Nosso Criador, por ensinar e, mais que isso, praticar o que é o amor incondicional, inabalável e eterno (capaz até mesmo de me fazer um nó na garganta pela simples escrita destas linhas)

A meu pai, meu fiel norteador, em quem tenho profundo orgulho de me espelhar não apenas no nome, mas na garra de vencer, que cuidadosamente se harmoniza com a humildade de viver.

A meus irmãos, a companheiríssima Chris, e amigos, que com humor, leveza, inspiração e, sobretudo, amor me colocam nesse momento diante da impossível tarefa de retribuir todo o carinho que tenho a honra de estar inebriado.

E assumindo o risco da citação nominal, *agradeço* à Chris (novamente), pelo especial auxílio nesta empreitada, principalmente com a incansável elaboração e reedição de tabelas e manipulações de dados empíricos. Ao Paulo Sillas, Laudiemy e Celso Amorim, colegas Auditores-Fiscais do Trabalho, que tanto discutiram e engrandeceram as abordagens teóricas e me auxiliaram na superação dos inúmeros óbices à coleta dos dados fiscais primários. Ao amigo Giovani (Jaú!), que, além de pacientemente ouvir e debater o tema deste trabalho, muito me ajudou com os acessos ao acervo da biblioteca do Tribunal Superior do Trabalho.

Quando alguém pegar com suas mãos o texto das leis trabalhistas de um país, saiba que ali estão séculos de sofrimentos calados ou de revoltas e que aquelas páginas, nas entrelinhas da composição em linotipo, foram escritas a sangue e fogo, porque, até hoje, infelizmente, nenhuma classe dominante abriu mão de seus privilégios apenas por ideais de fraternidade ou por espírito de amor aos homens.

Mozart Victor Russomano

RESUMO

A presente dissertação tem por objetivo central a reflexão acerca da tensão constitucional entre o tratamento favorecido às pequenas empresas e a efetividade dos direitos fundamentais trabalhistas dos respectivos empregados. Orientado pela determinação de tratamento diferenciado às pequenas empresas nacionais, entendeu por bem o legislador, dentre outros meios, concretizar tais diretrizes no âmbito dos direitos laborais, restringindo em parte o aparato de proteção laboral dos respectivos empregados ao argumento de simplificação e consequente redução do custo para o setor. Todavia, se por um lado da realidade social observam-se pequenas empresas carentes de tutela do Estado diante do acirrado mercado concorrencial, de outro lado, tão ou mais hipossuficientes, figuram os empregados ocupados nesse seguimento, igualmente depositários da atenção protetiva da Constituição. Foi a partir desse contexto que surgiram os impulsos motivadores da presente pesquisa, concernentes, num primeiro momento, à aferição empírica da realidade socioeconômica e das efetivas condições de trabalho nas pequenas empresas, seguido da perquirição dos limites às flexibilizações impostas pelo legislador ordinário aos direitos fundamentais trabalhistas, culminando, por fim, com a investigação de alternativas legais para a instrumentalização do comando veiculado nos artigos 170, IX, e 179 da Constituição. Por meio de um enfoque sócio-jurídico em que se levou em conta não apenas as disposições normativas constitucionais, mas também as diretrizes morais relacionadas ao valor do trabalho humano e os elementos de suporte fático do mundo laboral, propôs-se uma reflexão crítica acerca do ajuste das ações restritivas promovidas ou intentadas pelo legislador pátrio em relação aos direitos fundamentais trabalhistas, a partir da qual se concluiu que a relativização de direitos trabalhistas não encontra respaldo constitucional como meio de efetivação do tratamento favorecido às pequenas empresas, sob pena inclusive de se intensificar a consolidação de uma verdadeira “subclasse” de trabalhadores no segmento, desprovidos da proteção integral do ordenamento jurídico trabalhista. Trata-se de um tema que, ao passo que evidente na realidade nacional, apresenta-se inexplorado no âmbito acadêmico, daí incorrendo uma abordagem inovadora, multidisciplinar, voltada ao intuito não apenas descritivo do problema, mas também construtivo, contributivo à tutela social do trabalhador brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Constitucional. Direitos fundamentais trabalhistas. Efetividade. Pequenas empresas. Tratamento favorecido.

ABSTRACT

The main objective of this dissertation is the analysis of the constitutional balance between the favored treatment to small businesses and the effectiveness of the fundamental labor rights for their employees. Guided by the constitutional determination of favored treatment to small enterprises, the legislator implemented such directives in detriment of labor rights, restricting part of the labor protection apparatus through the argument of simplification and consequent reduction of cost. However, if on the one hand there are small business lacking the protection of the State in the face of the competitive market, on the other hand are the employees, also dependent on the protection of the Constitution. It was from this context that the motivating to the present research emerged, concerning, first, the empirical assessment of socioeconomic reality and effective working conditions in small companies, followed by the examination of the constitutional limits to the flexibilizations imposed by the ordinary legislator on labour rights, and finally by the investigation of legal alternatives to materialize the command in articles 170, IX, and 179 of the Brazilian Constitution. Through a socio-legal approach that took into account not only constitutional normative provisions, but also the moral guidelines related to the value of human work and the factual elements of work relations, a critical constitutional reflection was proposed on the restrictive actions promoted or attempted by the Brazilian legislator on fundamental labor rights, from which it was concluded that the relativization of labor rights does not find constitutional support as a way of realizing favored treatment to small companies, under penalty of intensifying a "subclass" of workers in the segment, deprived of full protection of the labor legal system. It is an issue that, while evident in the national reality, is unexplored in the academic field, which implies an innovative, multidisciplinary approach, aimed at not only describing the problem, but also contributing to social protection of the Brazilian workers.

KEYWORDS: Constitutional law. Labor fundamental rights. Effectiveness. Small businesses. Favorable treatment.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
Detalhamento metodológico da pesquisa empírica	15
1. O PROBLEMA: as pequenas empresas e sua realidade trabalhista	
1.1. Conceituação das pequenas empresas	22
1.1.1. Critérios para classificação do porte empresarial	22
1.1.2. Definição de pequenas empresas no Brasil	25
1.1.3. Critérios de definição de pequenas empresas na legislação trabalhista nacional	26
1.2. Representatividade das pequenas empresas na economia do trabalho e sua relevância social	28
1.3. Fragilidade das pequenas empresas justificadora de um marco jurídico protecionista	31
1.4. Previsão de tratamento favorecido às pequenas empresas e sua concretização na legislação nacional	33
1.5. Concretização do tratamento favorecido às pequenas empresas no âmbito do Direito do Trabalho	36
1.5.1. Dispensa do controle de jornada em empresas com até 10 (dez) empregados (art. 74, §2º, da CLT) e a fixação do tempo médio de trajeto em Micro e Pequenas Empresas (art. 58, §3º, da CLT)	36
1.5.2. Dispensa da função social de contratação de aprendizes pelas Micro e Pequenas Empresas (art. 51, III, da LC n.º 123/2006)	39
1.5.3. Medidas de intuito desburocratizante (incisos I, II, e IV do artigo 51 da LC n.º 123/2006)	41
1.5.4. Prerrogativa às pequenas empresas do instituto da Dupla Visita em detrimento do poder de polícia da Inspeção do Trabalho (artigo 6º, §3º, da Lei nº 7.855/89 e art. 55, §1º, da LC n.º 123/2006)	43
1.5.5. Proposta do Simples Trabalhista (PL n.º 450/2015)	46
1.6. A realidade empírica das relações de trabalho nas pequenas empresas	49
1.6.1. Trabalho análogo ao de escravo nas pequenas empresas	51
1.6.2. Trabalho infantil nas pequenas empresas	54
1.6.3. Acidentes de trabalho fatais nas pequenas empresas	58
1.6.4. Débitos de FGTS em pequenas empresas	61
2. PERSPECTIVA HISTÓRICO-CONSTITUCIONAL E JUSFILOSÓFICA DO DIREITO DO TRABALHO	
2.1. A exaustão do paradigma juspositivista kelseniano	66
2.2. O novo paradigma jusfilosófico	69
2.2.1. A abertura axiológica do sistema jurídico	71
2.2.2. A normatividade dos princípios	72
2.2.3. A constitucionalização do Direito	74
2.2.4. Direitos Fundamentais centrados na dignidade da pessoa humana	77
2.3. O Direito constitucional do Trabalho e o pós-positivismo	79
2.3.1. O movimento pendular da história constitucional do Direito do Trabalho em face das transformações políticas e socioeconômicas	79
2.3.2. A renovação juslaboral: o Direito do Trabalho no constitucionalismo democrático brasileiro	88
2.3.3. O Direito constitucional do Trabalho no contexto pós-positivista	90

3. A FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS TRABALHISTAS	
3.1. A centralidade do trabalho humano na Constituição da República	94
3.2. A tarefa do trabalho na afirmação da dignidade humana	96
3.3. Direitos trabalhistas como direitos fundamentais	98
3.4. Uma análise funcional dos direitos fundamentais trabalhistas	101
3.4.1. A complexa tarefa de categorização doutrinária perante a multifuncionalidade dos direitos fundamentais na Constituição	102
3.4.2. Os direitos fundamentais sociais e sua bipolaridade entre direitos de defesa e direitos a prestações	104
3.4.3. A identificação funcional dos direitos fundamentais trabalhistas como direitos sociais predominantemente de defesa, pela perspectiva do empregador	106
3.4.4. A identificação funcional dos direitos fundamentais trabalhistas como direitos sociais a prestações jurídicas ou de defesa (proteção à derrogação), pela perspectiva do Estado	107
3.5. Decorrências da fundamentalidade dos direitos trabalhistas: a aplicação do regime jurídico jusfundamental e o problema da eficácia	109
3.5.1. Aplicabilidade imediata prevista no artigo 5º, §1º, da Constituição da República	109
3.5.2. Dever de proteção	111
3.5.3. Proibição do retrocesso social diante das especificidades do problema	114
 4. A CONTRAPOSIÇÃO ENTRE A PROTEÇÃO SOCIAL DO TRABALHADOR E O TRATAMENTO FAVORECIDO ÀS PEQUENAS EMPRESAS	
4.1. Teoria dos limites dos direitos fundamentais aplicada ao problema	120
4.1.1. Âmbito de proteção dos direitos fundamentais trabalhistas diante de medidas restritivas eleitas pelo legislador para a concretização do tratamento favorecido	122
4.1.2. Limites às medidas legislativas limitadoras	126
4.1.2.1. Proteção essencial dos direitos fundamentais trabalhistas	127
4.1.2.2. A análise da proporcionalidade da intervenção legislativa	134
4.1.2.2.1. A adequação (eficácia) das restrições trabalhistas para a consecução do tratamento favorecido	139
4.1.2.2.2. A (des)necessidade (ineficiência) das restrições trabalhistas	141
4.1.2.3. Vedação constitucional à restrição casuística anti-isonômica	145
4.2 A valorização do trabalho humano diante dos interesses mercadológicos das pequenas empresas	148
4.2.1. A predileção constitucional pelo trabalho humano	149
4.2.2. O valor trabalho inserido na própria Ordem Econômica instituída	151
4.2.3. A valorização do trabalho humano exaltada no âmbito da OIT	154
4.2.4. O trabalho humano diante dos interesses mercadológicos: análise da questão pela perspectiva político-moral	156
4.2.4.1. A valorização do trabalho humano como uma interpretação moralmente coerente	157
4.2.4.2. A tutela ao trabalho humano como uma questão de <i>igualdade</i>	162

5. PROPOSTAS ALTERNATIVAS À INSTRUMENTALIZAÇÃO DO TRATAMENTO FAVORECIDO ÀS PEQUENAS EMPRESAS	
5.1. A materialização do tratamento favorecido na experiência internacional	165
5.1.1.Estados Unidos da América	165
5.1.2.Alemanha	167
5.1.3.Itália	169
5.1.4.Portugal	170
5.2. Propostas ao sistema brasileiro	171
5.2.1.Efetivo acesso ao crédito	171
5.2.2.Capacitação, associativismo e incentivo à inovação	174
5.2.3.Isenções tributárias	176
5.2.4.Prioridade em compras públicas	179
5.3. A socialização dos custos como alternativa	182
 CONCLUSÃO	 185

INTRODUÇÃO

É notória a importância das pequenas empresas no cenário socioeconômico nacional, mormente diante das relações trabalhistas. A título ilustrativo, de acordo com os últimos dados oficiais do Ministério de Trabalho – MTb obtidos a partir da Relação Anual de Informações Sociais – RAIS¹ ativa² do ano de 2014, dos 3,8 milhões de empresas privadas formais que estabeleceram vínculo empregatício em 2014, 65,9% refere-se a Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, sendo certo, ainda, que 83,5% desse grupo corresponde a empresas com até 10 (dez) empregados.

Malgrado sua representatividade na realidade nacional, as pequenas empresas assumem notória fragilidade concorrencial no mercado econômico diante de médias e grandes empresas, fato que as apresentam carentes de proteção do Estado. Não por outro motivo a Constituição da República de 1988 incluiu no bojo de princípios da Ordem Econômica “o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte (...)” (art.170, IX), visando a incentivá-las “pela simplificação de obrigações” legais (art. 179) e pela consequente redução dos custos.

A fim de instrumentalizar essa diretriz constitucional de tratamento favorecido às pequenas empresas, o legislador brasileiro entendeu por bem adotar diversas medidas ao longo da vigência da Constituição de 1988. Em obediência ao recorte temático trabalhista do presente trabalho, cumpre destacar as instrumentalizações havidas especificamente no âmbito juslaboral em favor das pequenas empresas, a saber: a dispensa do efetivo controle de jornada dos empregados³, a dispensa da obrigação de pequenas empresas empregar aprendizes⁴, em

¹ A Relação Anual de Informações Sociais – RAIS é uma base de dados informatizados mantida pelo atual Ministério do Trabalho - MTb (antigo Ministério do Trabalho e Emprego – MTE), para o qual todas as empresas formalmente estabelecidas no país deve apresentar, anualmente, informações detalhadas sobre a atividade empresarial e sobre cada um de seus empregados (ou a informação de que não possui empregado), como, por exemplo, período do vínculo, idade, sexo, remuneração, função exercida. Instituída pelo Decreto nº 76.900, de 23/12/75, a RAIS tem por objetivo o provimento de dados para a elaboração de estatísticas do trabalho, definição de políticas públicas e sociais e planejamento da Auditoria-Fiscal do Trabalho. *Manual de Orientação da Relação Anual de Informações Sociais (RAIS): ano-base 2015*. – Brasília: MTPS, 2015. 49 p.

² A Relação Anual de Informações Sociais – RAIS possui dois grandes bancos de dados. As empresas que não possuíram vínculo empregatício no ano-base declaram suas informações mediante a RAIS NEGATIVA, assim denominada pela ausência de vínculos empregatícios a informar. Todas as demais empresas, que em algum mês do ano estabeleceram relação empregatícia, têm suas informações sociais armazenadas no banco de dados principal, conhecido como RAIS ATIVA. *Manual de Orientação da Relação Anual de Informações Sociais (RAIS): ano-base 2015*. – Brasília: MTPS, 2015.49 p.

³CLT, art. 74, §2º - Para os estabelecimentos de mais de dez trabalhadores será obrigatória a anotação da hora de entrada e de saída, em registro manual, mecânico ou eletrônico, conforme instruções a serem expedidas pelo Ministério do Trabalho, devendo haver pré-assinalação do período de repouso. (Redação dada pela Lei nº 7.855, de 24.10.1989).

CLT, art. 58, §3º - Poderão ser fixados, para as microempresas e empresas de pequeno porte, por meio de acordo ou convenção coletiva, em caso de transporte fornecido pelo empregador, em local de difícil acesso ou não

contramão às políticas sociais de inserção de aprendizes no mercado de trabalho, bem como, ainda, a instituição da Dupla Visita⁵ em detrimento do poder de polícia da Inspeção do Trabalho. E, paralelo às medidas de tratamento favorecido já vigentes, tramita ainda no Congresso Nacional o Projeto de Lei n.º 450/2015, conhecido como proposta da Lei do “Simples Trabalhista”, que prevê diversas medidas juslaborais flexibilizantes adicionais⁶ às pequenas empresas nacionais.

Ocorre que, por outro lado dessas medidas legais de favorecimento, tão ou mais hipossuficientes encontram-se os empregados que laboram nesse segmento empresarial. Ante a necessidade de tutela perante o poder econômico, os direitos sociais trabalhistas apresentam-se assegurados por uma proteção igualmente constitucional, estampada expressamente nos Títulos dos Princípios Fundamentais (art. 1º), dos Direitos e Garantias Fundamentais (arts. 6º e 7º), Da Ordem Econômica e Financeira (art. 170) e Da Ordem Social (art. 193) da Constituição da República, firmando-se como precursores da valorização do labor humano e da justiça econômico-social.

Apesar do aparato constitucional de proteção social do trabalhador, o olhar empírico para o cotidiano laboral indica uma precariedade das condições laborais havidas nas pequenas empresas, onde, na prática, são notadas corriqueiras vulnerações das condições laborais mínimas indicadoras de degradância no trabalho, maior incidência de trabalho infantil, frequentes ocorrências de acidentes de trabalho, displicência no adimplemento das obrigações salariais, dentre tantas outras realidades indignas, mormente quando comparado esse cenário à situação laboral havida nas médias e grandes empresas nacionais.

Está-se, pois, diante de uma intrigante tensão constitucional entre o tratamento favorecido às pequenas empresas e a efetividade dos direitos fundamentais sociais dos respectivos empregados, cujos impactos se medem nos campos social, político e econômico do país. Desse contexto temático, surgem os problemas centrais colocados à reflexão: existe,

servido por transporte público, o tempo médio despendido pelo empregado, bem como a forma e a natureza da remuneração. (Incluído pela Lei Complementar nº 123, de 2006)

⁴ LC n.º 123/2006 (Estatuto das Micro e Pequenas Empresas), art. 51 - As microempresas e as empresas de pequeno porte são dispensadas: (...) III - de empregar e matricular seus aprendizes nos cursos dos Serviços Nacionais de Aprendizagem;

⁵ LC n.º 123/2006 (Estatuto das Micro e Pequenas Empresas), art. 55, §1º - Será observado o critério de dupla visita para lavratura de autos de infração, salvo quando for constatada infração por falta de registro de empregado ou anotação da Carteira de Trabalho e Previdência Social – CTPS, ou, ainda, na ocorrência de reincidência, fraude, resistência ou embaraço à fiscalização.

⁶ Dentre as diversas propostas veiculadas no mencionado projeto do Simples Trabalhista às pequenas empresas, destacam-se elastecimento do prazo para quitação das verbas rescisórias para até 1 (um) ano, a possibilidade de norma coletiva fixar pisos salariais inferiores aos vigentes e, ainda, possibilidade de acordo individual prever redução do percentual de FGTS para 2%, fracionamento das férias em três períodos ou mesmo o fracionamento do 13º salário em até 6 (seis) parcelas, tal como se verá no item 1.5.5, adiante.

de fato, uma concentração da precarização das condições trabalhistas nas pequenas empresas nacionais? A partir da realidade fática investigada, diante da atual ordem democrático-constitucional, em que medida está o legislador autorizado a concretizar o tratamento favorecido às pequenas empresas na seara juslaboral, tendo em mente o regime jurídico fundamental, a teoria dos limites às restrições promovidas pelo legislador e a lógica antropocêntrica da Constituição aplicados aos direitos fundamentais trabalhistas daqueles respectivos empregados? Observados os parâmetros constitucionais, quais alternativas teria o legislador brasileiro para instrumentalizar o tratamento favorecido determinado nos artigos 170, IX, e 179 da Constituição?

É sobre esse objeto de pesquisa que doravante iremos nos debruçar, utilizando-nos de um enfoque sócio-jurídico em que se leve em conta não apenas as disposições normativas constitucionais, mas também as diretrizes metanormativas relacionadas à tutela constitucional do trabalho humano e os elementos de suporte fático advindos das situações concretas observadas no mundo laboral. Tais fatores de análise viabilizarão, juntos, uma reflexão realística acerca do ajuste constitucional das ações restritivas promovidas ou intentadas pelo legislador pátrio em relação aos direitos fundamentais trabalhistas no trato dessa colisão entre comandos constitucionais.

Trata-se de um problema de pesquisa que atende à condição definida por este pesquisador desde o início dos trabalhos de pós-graduação: o ineditismo da temática constitucional e a correlação com a experiência profissional pessoal.⁷ Bem se sabe que temas inovadores carregam atrás de si um desafio imanente, relacionado à falta de bibliografia e de amadurecimento doutrinário, além de escassez de dados empíricos. Mas felizmente, para além disso, carregam igualmente o desafio. A novidade desperta a curiosidade do pesquisador e alimenta a vontade de contribuir com o mundo acadêmico e, quiçá, com o ordenamento jurídico vindouro neste país.

Foi essa busca pelo ineditismo do tema e pela atenção à realidade laboral, associados ao objetivo de elaboração de um trabalho construtivo, e não apenas descritivo, que geraram a motivação para a elaboração de um estudo mais aprofundando sobre o atrito

⁷ A escolha do referido problema de pesquisa surgiu a partir da prática profissional na Inspeção do Trabalho. No cotidiano do Auditor-fiscal do Trabalho, cuja mais nobre função institucional está relacionada à fiscalização do cumprimento das normas trabalhistas e, conseqüentemente, à proteção *in concreto* do trabalhador hipossuficiente diante das relações empregatícias, nota-se com clarividência a mitigação da efetividade dos direitos fundamentais trabalhistas no setor das pequenas empresas. Como regra, observam-se nas pequenas empresas uma maior concentração de resgates de trabalho análogo ao de escravo e de afastamento de trabalhadores infantis, frequentes ocorrências de acidentes graves de trabalho, jornadas de trabalho exaustivas, muitas vezes sem a devida contraprestação, atrasos salariais, dentre tantas outras realidades indignas.

constitucional entre o tratamento favorecido às pequenas empresas e as normas protetivas trabalhistas, relacionando Direito Constitucional, Direito do Trabalho e Direito Empresarial.

Para desenvolvimento do problema de pesquisa e atingimento do seu objetivo central, o trabalho será organizado em cinco capítulos.

O primeiro capítulo, de abordagem empírica exploratória, com o intuito de apresentação do problema de pesquisa, descreverá a situação social, econômica e jurídica das pequenas empresas no cenário nacional, observado o recorte temático atinente às relações trabalhistas no setor. Serão inicialmente abordados os diversos métodos de classificação de pequenas empresas nas políticas públicas e na legislação nacional (tópico 1.1), a relevância socioeconômica do setor na economia do trabalho (tópico 1.2) e a fragilidade das pequenas empresas no mercado concorrencial (tópico 1.3). O tópico 1.4, por sua vez, descreverá o aparato normativo de tutela das pequenas empresas, e, obedecido o recorte temático do trabalho, enfocará a instrumentalização infraconstitucional do tratamento favorecido especificamente no âmbito do Direito do Trabalho. E, como marco principal de apresentação do problema de pesquisa, o capítulo inicial centrar-se-á na exposição da realidade empírica das condições de trabalho havidas nas pequenas empresas nacionais (tópico 1.5), em um método indutivo, observadas as condições contratuais dos vínculos empregatícios e as condições de saúde e segurança no ambiente de trabalho do setor.⁸

O segundo capítulo, por sua vez, tratará da introdução do referencial teórico da pesquisa. Realizará uma contextualização do Direito do Trabalho no atual paradigma constitucional, assentando as bases jusfilosóficas para a análise do mencionado problema de pesquisa. Propõe-se uma readequação do modelo justtrabalhista tradicional, centrado na lógica formal, neutra e avaliativa do positivismo jurídico, agora a partir dos referenciais filosófico-jurídicos do pós-positivismo, caracterizado pela comunicação do ordenamento jurídico aos valores pulsantes na sociedade, pela normatividade dos princípios, pelo foco na Constituição como fonte das normas fundamentais e pela consolidação dos direitos fundamentais centrados na dignidade da pessoa humana. A partir do paradigma pós-positivista, o Direito do Trabalho vislumbraria um novo modo de enxergá-lo, apto ao atendimento dos objetivos constitucionais atinentes à justiça social e valorização humana no novo século, em consonância com a atual ordem democrático-constitucional.

O terceiro capítulo, ancorado nas premissas teórico-filosóficas assentadas no capítulo anterior, cingir-se-á à afirmação da fundamentalidade das normas sociais trabalhistas

⁸ O detalhamento metodológico da pesquisa empírica foi descrito nas páginas abaixo, na parte final desta Introdução.

no contexto constitucional hodierno. Em sua parte inicial, o capítulo abordará a centralidade do trabalho humano na Constituição da República de 1988 e a nobre associação do ordenamento jurídico trabalhista ao intuito de afirmação da dignidade da pessoa humana, para, daí, perquirir acerca da marca da fundamentalidade tanto formal quanto material desse ramo jurídico. Na etapa consecutiva, o terceiro capítulo desenvolverá as decorrências do regime jurídico dos direitos fundamentais aplicado ao Direito do Trabalho, notadamente o postulado da aplicabilidade imediata veiculado expressamente no artigo 5º, §1º, da Constituição, o dever dos poderes constituídos à eficácia protetiva dos direitos laborais e, por fim, a vedação ao retrocesso social trabalhista.

O quarto capítulo, evidenciador do método hipotético-dedutivo do trabalho, revisitará o problema de pesquisa por meio de uma análise crítica, lançando mão, para tanto, das premissas jusfundamentais alcançadas nos capítulos anteriores, bem como do instrumental teórico avalizado pela doutrina constitucional de referência.⁹ No tópico 4.1, por meio da *teoria dos limites* aos direitos fundamentais, será realizada uma análise circunstancial da colisão entre o modo eleito pelo legislador para a concretização do tratamento favorecido às pequenas empresas e os direitos fundamentais dos trabalhadores do setor, observados os impactos das medidas infraconstitucionais hoje existentes em relação às condições de trabalho dos empregados desse setor econômico. O tópico 4.2, por sua vez, propondo-se à análise do problema de pesquisa não por meio de critérios teórico-metodológicos típicos de uma racionalidade procedimental, mas sim com a preocupação de adentrar no conteúdo moral da discussão, por um prisma axiológico, tratará do valor do trabalho humano diante da ordem econômica e dos interesses mercadológicos que a envolvem, culminando, por fim, com uma perspectiva jusfilosófica política e moral da temática.

O quinto capítulo, de abordagem propositiva, analisará as diversas formas alternativas de que dispõe o legislador brasileiro para a concretização dos comandos de favorecimento erigidos nos artigos 170, IX e 179 da Constituição. Num primeiro momento, com fins inspirativos, será analisada a materialização do tratamento favorecido na experiência internacional. A partir daí, buscar-se-á parâmetros para medidas alternativas ao legislador

⁹ Na pesquisa bibliográfica foram consultados autores nacionais de referência quanto à teoria dos limites aos direitos fundamentais, que embasaram suas pesquisas e obras diretamente na fonte da doutrina alemã e na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão – origem da teoria dos limites. É o caso de Ingo W. Sarlet, Virgílio Afonso da Silva, Gilmar Mendes, que, até mesmo por dominarem a língua alemã, usam em suas obras referências diretas à doutrina alemã e à jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão. Ao tratarmos do problema à luz a jusfilosofia moral, nos valeremos da teoria de Ronald Dworkin, autor referência no aspecto, que defende de forma abertamente enfática a leitura política e moral da Constituição.

brasileiro, a partir dos quais serão propostos meios alternativos ao tratamento favorecido dirigido às pequenas empresas, em consonância com as diretrizes constitucionais.

É essa, portanto, a estrutura do presente trabalho que, ao tratar de aspectos e perspectivas diversas do problema de pesquisa ao longo de cinco capítulos, busca examiná-lo da forma mais completa quanto possível diante das limitações temporais e físicas desta dissertação. A intenção aqui depositada foi lançar luzes sobre um tema que, apesar de extremamente representativo no âmbito social, econômico e jurídico das diretrizes constitucionais, se mostra carente de atenção acadêmica na perspectiva do Direito Constitucional do Trabalho. Almeja-se, assim, lançar algumas considerações teóricas e dados empíricos que contribuam com a reflexão aprofundada sobre o tema e que possam, daí, assumir um caráter construtivo em favor da tutela social do trabalho brasileiro.

Detalhamento metodológico da pesquisa empírica

Aferição da realidade socioeconômica das pequenas empresas na economia do trabalho

O capítulo inicial abordará os diversos métodos qualitativos e quantitativos de classificação de pequenas empresas nas políticas públicas e na legislação nacional (tópico 1.1), observado que, no âmbito da legislação juslaboral, a classificação se dá por meio dos critérios quantitativos relacionados à receita bruta anual - critério tributário - e ao número de empregados - critério empregatício. Por essa razão, foram definidos esses critérios tributário e empregatício para a definição de pequenas empresas ao longo das análises de dados do presente trabalho.

Para a verificação da representatividade das pequenas empresas na economia do trabalho (tópico 1.2), e com o intuito de expor a relevância socioeconômica do setor, a pesquisa empírica foi formulada a partir de dados primários¹⁰ extraídos da Relação Anual de Informações Sociais – RAIS¹¹. Instituída e regulada pelo Decreto n.º 76.900/1975, a RAIS é

¹⁰ São definidos como primários os dados empíricos colhidos e processados diretamente pelo pesquisador, analisados para a própria investigação, tendo a favor de si como principal característica, portanto, o ineditismo. Secundários, por sua vez, são aqueles derivados de estudos e análises já realizados por outros pesquisadores ou institutos. GUSTIN, Miraci Barbosa de Souza; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 75.

¹¹ A Relação Anual de Informações Sociais – RAIS foi definida neste trabalho como fonte de dados empíricos acerca do mercado de trabalho nacional em razão da abrangência e elevada quantidade de informações detalhadas que possui, bem como – e principalmente – pela facilidade de acesso que tenho no Ministério do Trabalho e Previdência Social – MTPS, onde ocupo o cargo público de Auditor-Fiscal do Trabalho. Apesar das vantagens dessa fonte de dados, importante registrar, por outro lado, a limitação que a RAIS possui diante das omissões, declarações fora do prazo legal, erros de preenchimento, que, malgrado configurem infrações administrativas (Decreto n.º 76900/1975, artigo 7º, c/c Lei 7.998/90, art. 24), ainda sim são verificados nas

um registro administrativo, composto por dados informatizados gerenciados pelo atual Ministério do Trabalho– MTb (antigo Ministério do Trabalho e Emprego – MTE), para o qual todas as empresas formais nacionais estão obrigadas a prestar informações anuais detalhadas sobre a atividade empresarial e sobre as características dos eventuais vínculos empregatícios mantidos no ano-base como, por exemplo, período do vínculo, idade, sexo, remuneração, função exercida. Formada por dois grandes bancos de dados distintos, a RAIS NEGATIVA – assim denominada pela ausência de vínculos empregatícios a informar – é composta de informações de empresas que não possuíram vínculo empregatício no ano-base. A RAIS ATIVA, por sua vez, é o banco de dados principal formado pelas informações prestadas por todas as demais empresas que em algum mês do ano estabeleceram relação empregatícia.¹²

A partir da coleta de dados primários extraídos do banco de informações da RAIS ativa do ano de 2014 – divulgada pelo MTPS em 09/09/2015¹³ e, portanto, correspondente aos dados consolidados mais recentes disponíveis –, foi possível extrair e consolidar em tabelas¹⁴ a significância numérica de pequenas empresas frente ao total de empresas nacionais, a proporção de vínculos empregatícios havidos nas pequenas empresas em relação à totalidade nacional e, ainda, a massa remuneratória aplicada no mercado de trabalho pelo setor, sempre observados – vale frisar – os critérios tributário e empregatício para a definição de pequenas empresas nas análises dos dados.

Seguindo o objetivo de apresentação da realidade socioeconômica das pequenas empresas (tópico 1.3), foram utilizadas informações estatísticas divulgadas pelo Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas – SEBRAE para exposição da fragilidade do segmento no mercado concorrencial. Optou-se por utilizar as informações estatísticas do

informações prestadas pelas empresas. Essas limitações, contudo, por serem eventuais e esporádicas, não têm o condão de prejudicar a validade dos dados contidos na RAIS – vista no Poder Executivo Federal como o mais completo banco de dados sociais das empresas nacionais.

¹² BRASIL. *Manual de Orientação da Relação Anual de Informações Sociais (RAIS): ano-base 2015*. – Brasília: MTPS, 2015. 49 p.

¹³ O banco de dados completo da RAIS é disponível em <<http://www.rais.gov.br/sitio/index.jsf>>. Acesso em 27/03/2016.

¹⁴ Apenas a título de elucidação terminológica, mais especificamente no que concerne à diferenciação entre os instrumentos *tabela* e *quadro* para a apresentação de dados em trabalhos científicos, convém assentar que a opção por *tabela* na ocasião se deu em razão do que dispõe as normas técnicas respectivas. Diz a seção 3.32 da NBR 14724:2011 ser *tabela* uma “forma não discursiva de apresentar informações das quais o dado numérico se destaca como informação central”. A informação central a ser transmitida em uma tabela, portanto, serão dados numéricos. Já *quadro* é definido na seção 4.2.1.9 da mesma NBR como uma “ilustração”, de modo que, apesar do laconismo da definição, extrai-se ser o quadro utilizado a *contrario sensu*, quando a informação a ser transmitida não se referir a número, mas sim a textos, símbolos, fluxogramas ou, de uma forma geral, a dados qualitativos. ABNT - Associação Brasileira de Normas Técnicas. *NBR 14724: Informação e documentação - Trabalhos acadêmicos - apresentação*. Rio de Janeiro, 2011. Disponível em <http://www.oabce.org.br/arquivos/2011-05-03_20-36-06-ABNT-2011.pdf>. Acesso em 27/03/2016.

Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas – SEBRAE por ser esta uma entidade de âmbito nacional, com expressiva representatividade do setor.¹⁵

Mediante dados secundários veiculados pelo SEBRAE na coleção estudos e pesquisas *Sobrevivência das Empresas no Brasil*¹⁶, foi possível organizar tabela com a taxa de mortalidade das pequenas empresas nacionais com até dois anos de atividade.

Aferição da realidade das condições das relações trabalhistas nas pequenas empresas

Ainda no primeiro capítulo do trabalho, para a exposição da realidade empírica das condições de trabalho nas pequenas empresas (tópico 1.6), utilizou-se igualmente pesquisa empírica, dessa vez a partir de dados oficiais do Ministério do Trabalho e Previdência Social - MTPS oriundos da atividade fiscalizatória promovida pela Inspeção do Trabalho¹⁷, a fim de se comparar as condições de trabalho das pequenas empresas em relação às médias e grandes, observada a realidade nacional.

Optou-se por utilizar como fonte de pesquisa dados primários consolidados pela Inspeção do Trabalho, por ser este o órgão do Poder Executivo Federal responsável pela auditoria das condições trabalhistas privadas em todo o território nacional e os mais diversos setores econômicos trabalhistas, o que confere, assim, amplitude e variabilidade ao conjunto de dados coletados.¹⁸

¹⁵ Constituída formalmente como serviço social autônomo, o SEBRAE apresenta-se como entidade paraestatal sem fins lucrativos com o objetivo de promover a competitividade e o desenvolvimento sustentável das pequenas empresas brasileiras. Além da sede nacional, em Brasília, a entidade conta com unidades descentralizadas nos 26 estados, onde mantém contínuo contato com o setor por meio de serviços de assistência e capacitações e, assim, possui aptidão para colher informações detalhadas e atualizadas das pequenas empresas de todo o território nacional. Disponível em < <http://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae>>. Acesso em 27/03/2016.

¹⁶ SEBRAE (org.). *Sobrevivência das Empresas no Brasil*. Coleção estudos e pesquisas. São Paulo, 2013. 69p. p. 19-20. Vide Quadro 04, no anexo II.

¹⁷ Prevista no artigo 21, inciso XXIV, da Constituição da República de 1988 e igualmente na Convenção n.º 81 da OIT (ratificada pelo Brasil inicialmente em 25/04/1957 e promulgada pelo Decreto n.º 41.721/1957, com posterior revigoração da ratificação pelo Decreto n.º 95.461/1987), a Inspeção do Trabalho, organizada pela União, constitui-se como órgão administrativo nacional responsável pelo Poder de Polícia Administrativa trabalhista, responsável pela auditoria das relações de trabalho privadas. Atualmente vinculada ao Ministério do Trabalho e Previdência Social – MTPS, a Inspeção do Trabalho, com suas atribuições funcionais descritas nos artigos 626 e seguintes da CLT, na Lei n.º 10.593/2002 e no Decreto n.º 4.552/2002 (Regulamento da Inspeção do Trabalho), é responsável pela fiscalização das condições de saúde e segurança no ambiente de trabalho, pela aplicação da legislação trabalhista celetista e extravagante, pelo cumprimento dos acordos e convenções coletivos autonomamente estipulados pelas entidades sindicais representativas das categorias econômicas e profissionais, pelo cumprimento das convenções internacionais internalizadas pelo Brasil em matéria trabalhista, pela arrecadação da Contribuição Sindical a que se referem os artigos 578 e seguintes da CLT e, ainda, pela fiscalização do devido recolhimento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS e Contribuição Social regulada na Lei Complementar n.º 110/2001.

¹⁸ Como já referido na justificativa do tema de pesquisa relatado na introdução deste trabalho, a razão adicional para a utilização dos dados empíricos da Inspeção do Trabalho relaciona-se ao fato deste autor ocupar atualmente o cargo de Auditor-Fiscal do Trabalho, com facilidade de acesso ao banco de dados informatizados do Sistema Federal de Inspeção do Trabalho – SFIT.

Importante esclarecer que, na rotina fiscal, todos os resultados da Inspeção do Trabalho são obrigatoriamente registrados no banco de dados informatizados do Sistema Federal de Inspeção do Trabalho – SFIT, nos termos da Portaria MTE n.º 546/2010, mais especificamente seus artigos. 6º e 7º. Esses resultados fiscais são materializados por meio de documentos denominados Relatórios de Inspeção – RI, lavrados pelo Auditor-Fiscal (ou grupo de Auditores-Fiscais) ao término de cada ação fiscal desenvolvida no âmbito de competência da Inspeção do Trabalho.¹⁹

Em todo RI lavrado após conclusão de ação fiscal, são assentados pelo Auditor-Fiscal responsável a identificação do empregador²⁰, o número de trabalhadores do estabelecimento e de empregados alcançados pela inspeção, identificação dos Auditores-Fiscais envolvidos, e, em especial, os resultados fiscais por cada atributo trabalhista auditado²¹. Os RIs são registrados mensalmente no banco de dados informatizados do Sistema Federal de Inspeção do Trabalho – SFIT²².

Dentre os diversos projetos²³ nacionais desenvolvidos pela Inspeção do Trabalho, optou-se pela coleta de resultados fiscais de atributos trabalhistas com maior aptidão para evidenciação das condições concretas de labor nas empresas, observados não apenas as condições contratuais dos vínculos empregatícios, mas também as condições de saúde e segurança no ambiente de trabalho. Dessa forma, foram selecionados como fonte de pesquisa

¹⁹ Importante registrar, ainda, que em um mesmo RI é possível conter resultados fiscais atinentes a mais de um projeto. Exemplificativamente, se em uma ação fiscal dirigida ao combate ao trabalho análogo ao de escravo foram também verificadas irregularidades quanto ao trabalho infantil e quanto a atributos salariais, com reflexos em FGTS, todas essas informações constarão obrigatoriamente no RI referente àquela ação fiscal deflagrada.

²⁰ Para a identificação do empregador, o RI conterá Razão Social, nome fantasia, número do CNPJ, CEI ou CPF e endereço do estabelecimento fiscalizado. BRASIL. *Sistema Federal de Inspeção do Trabalho*: manual do usuário. Brasília, Ministério do Trabalho e Emprego – MTE, 2008. 58 p. p. 14-20.

²¹ Para registro dos resultados de fiscalização, o RI contemplará os seguintes atributos de legislação trabalhista: registro de emprego, jornada, descanso, salários, FGTS, Seguro Desemprego, além de registrar os resultados fiscais em saúde e segurança do trabalho (Normas Regulamentadoras), Trabalho Infantil, Inserção de Pessoas com Deficiência e Trabalho Análogo ao de Escravo. BRASIL. *Sistema Federal de Inspeção do Trabalho*: manual do usuário. Brasília, Ministério do Trabalho e Emprego – MTE, 2008. 58 p. p. 26-33.

²² Oportuno esclarecer que os dados analíticos de ações fiscais registrados no banco de dados informatizados do Sistema Federal de Inspeção do Trabalho – SFIT estão protegidos por sigilo fiscal, por revelarem dados contábeis e informações detalhadas acerca da organização empresarial, nos termos do artigo 35 do Decreto n.º 4.552/2002 (Regulamento da Inspeção do Trabalho). Entretanto, os dados coletados na presente pesquisa serão trabalhados e expostos apenas quantitativamente, por meio de resultados numéricos massivos, sem qualquer explicitação de dados analíticos sigilosos.

²³ Os projetos estratégicos desenvolvidos pela Inspeção do Trabalho correspondem a ações coordenadas em âmbito nacional pela Secretaria de Inspeção do Trabalho – SIT do Ministério do Trabalho e Previdência Social – MTPS a partir das diretrizes disciplinadas no Plano Plurianual – PPA. Inspirada no PPA 2016-2019, mais especificamente no Programa “Promoção do Trabalho Decente e Economia Solidária” sob responsabilidade MTPS, a Inspeção do Trabalho possui atualmente como projetos internos I- Combate ao Trabalho Análogo ao de Escravo; II- Combate ao Trabalho Infantil; III- Inserção de Aprendiz no Mercado de Trabalho; IV- Prevenção e Análise de Acidentes e Doenças de Trabalho; V- Normatização em Saúde e Segurança do Trabalho; VI- Inserção de Pessoas com Deficiência e Reabilitados no Mercado de Trabalho; VII- Auditoria de Débitos de FGTS; VIII- Combate à Informalidade e Fraudes nas Relações de Emprego.

os seguintes resultados fiscais: a) Relatórios de Inspeção – RI de ações fiscais de Combate ao Trabalho Análogo ao de Escravo²⁴, por disponibilizarem dados acerca da precariedade das condições básicas de trabalho; b) RI de ações fiscais de Combate ao Trabalho Infantil²⁵, por veicularem dados quanto à regularidade na utilização da mão de obra de crianças e adolescentes, denotando a precariedade das condições subjetivas dos trabalhadores; c) RI de ações fiscais em que houve análise de acidentes de trabalho fatais²⁶, por disponibilizarem informações detalhadas de ocorrências fatais em ambiente laboral no país, evidenciando as condições de saúde e segurança no ambiente de trabalho e; d) RI de ações fiscais em que houve auditoria do atributo FGTS²⁷, por estarem diretamente associadas ao adimplemento das obrigações remuneratórias dos empregados;

Os resultados fiscais de cada atributo fiscal trabalhista (letras “a”, “b”, “c” e “d” acima) compuseram tabelas próprias de análise das condições concretas de trabalho nas pequenas empresas em comparação às condições de trabalho nas médias e grandes empresas. Com o intuito de evidenciar a realidade das relações de trabalho enfrentadas pela Inspeção do Trabalho, em cada tabela foram apurados os números de ações fiscais em que se detectou irregularidade quanto ao atributo em questão e, desse total, qual o percentual de concentração dessas irregularidades em pequenas empresas nacionais comparado ao percentual de concentração de irregularidades em médias e grandes empresas. Foram, ainda, calculadas as taxas proporcionais de ocorrência de irregularidade em razão do número de mão de obra absorvida pelo setor, observada igualmente uma proposta comparativa.

²⁴ Os registros fiscais de resgate de trabalho análogo ao de escravo constam dos Relatórios de Inspeção – RI sempre que a Inspeção do Trabalho verifica referida infração em qualquer uma das modalidades descritas no artigo 149 do Código Penal. Os procedimentos fiscais de resgate de trabalho análogo ao de escravo são detalhados pela Instrução Normativa n.º 91/2011 da Secretaria de Inspeção do Trabalho.

²⁵ Os registros fiscais de afastamento de trabalho infantil constam dos Relatórios de Inspeção – RI sempre que a Inspeção do Trabalho se depara com uma situação de trabalho infantil proibido, assim definidas as atividades listadas no Decreto n.º 6.481/2008 (Lista das Piores Formas de Trabalho Infantil), que regulamenta a Convenção n.º 182 da OIT quanto à proibição das piores formas de trabalho infantil. Os protocolos fiscais relacionados ao afastamento de trabalho infantil são detalhados na Instrução Normativa n.º 102/2013 da Secretaria de Inspeção do Trabalho.

²⁶ Os registros fiscais de acidente de trabalho fatal constam dos Relatórios de Inspeção – RI sempre que a Inspeção do Trabalho desenvolve auditoria para análise dos fatores causais (eventos adversos) que contribuíram direta ou indiretamente para o acidente fatal no ambiente laboral. Tanto os empregadores quanto as autoridades policiais, quando cientes da ocorrência de acidente fatal, têm a obrigação de comunicar imediatamente o fato ao órgão local do Ministério do Trabalho e Previdência Social - MTPS, nos termos do artigo 157, I, da CLT, combinado com o item 34.16.9 da NR-34 do MTPS. Os procedimentos fiscais para as análises de acidentes de trabalho são descritos na Instrução Normativa n.º 88/2010 da Secretaria de Inspeção do Trabalho.

²⁷ Sempre que auditados os atributos salariais de uma relação de emprego e verificado débitos pendentes, a Inspeção do Trabalho tem por dever funcional a correspondente lavratura de Notificação de Débito de FGTS e Contribuição Social, de acordo com o artigo 18, IV, do Regulamento da Inspeção do Trabalho (Decreto n.º 4.552/2002), que regulamenta a Lei n.º 10.593/2002, com detalhamentos na Instrução Normativa n.º 99/2012 da Secretaria de Inspeção do Trabalho.

Para a análise comparativa dos resultados fiscais de cada atributo, foram utilizados para a classificação de pequenas empresas os critérios tributário (LC n.º 123/2006) e empregatício (Lei n.º 7.855/1989), em coerência com os critérios havidos na legislação juslaboral²⁸. Quanto ao critério tributário, foi possível definir as Micro e Pequenas empresas na coleta de dados pelas siglas ME (ou MEI²⁹) e EPP, obrigatoriamente registradas ao final da Razão Social³⁰; as médias e grandes empresas foram identificadas no banco de dados por exclusão, ou seja, pela ausência das siglas ME e EPP na Razão Social. Quanto ao critério empregatício, as empresas com até 10 (dez) empregados foram identificadas pela informação contida no Relatório de Inspeção – RI, em que o Auditor-Fiscal do Trabalho obrigatoriamente registra o número de empregados existentes na empresa fiscalizada; da mesma forma foram identificadas as empresas com mais de 10 (dez) empregados.

Para definição da amostragem dos dados fiscais coletados, a pesquisa obedeceu o recorte temporal referente aos 3 (três) últimos anos completos – 2013, 2014, 2015. Este recorte refere-se aos três últimos anos completos de resultados fiscais consolidados pela Inspeção do Trabalho – mais recentes, portanto. Ademais, trata-se de um lapso temporal trienal que, ao passo que largo o suficiente para evidenciar resultado fidedigno da realidade trabalhista observada, apresenta dados em quantidade razoavelmente coletável e manipulável.

A partir dos dados fiscais categorizados da forma supramencionada, tendo em vista a presença fiscal em todo o território nacional e nos mais diversos setores econômicos trabalhistas, foi possível obter uma amostragem ampla e diversificada desses dados primários, capaz de aferir com validade e fidedignidade³¹ a realidade empírica das condições de trabalho

²⁸ Para maiores detalhes quanto aos critérios de classificação de pequenas empresas na legislação trabalhista, vide o tópico 1.1.3 deste trabalho.

²⁹ Criado pela Lei Complementar n.º 128/2008, o Micro Empreendedor Individual – MEI (empresário individual com receita bruta anual de até R\$36 mil) possui enquadramento tributário já contido na definição de Microempresas – ME (empresas com receita bruta anual até R\$ 360 mil), razão por que neste trabalho adotaremos apenas a referência à ME. Para maiores detalhes quanto ao enquadramento tributário das pequenas empresas, vide o tópico 1.1.2 deste trabalho.

³⁰ A Secretaria da Receita Federal - SRF, com base no artigo 72 da LC n.º 123/2006, exige que a pequena empresa adicione à Razão Social registrada no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica – CNPJ a sigla ME para microempresas e EPP para empresas de pequeno porte. Assim diz o mencionado dispositivo legal: “Art. 72. As microempresas e as empresas de pequeno porte, nos termos da legislação civil, acrescentarão à sua firma ou denominação as expressões “Microempresa” ou “Empresa de Pequeno Porte”, ou suas respectivas abreviações, “ME” ou “EPP”, conforme o caso, sendo facultativa a inclusão do objeto da sociedade.” Para as empresas que não observarem a obrigação legal, o sistema CNPJ administrado pela SRF a partir de 30/08/2012 passou a agregar automaticamente a partícula ME ou EPP. Previsto posteriormente pela LC n.º 128/2008, os Micro Empreendedores Individuais – MEI seguem a mesma lógica. Disponível em <<http://www.receita.fazenda.gov.br/novidades/informa/novaversaocnpj.htm>> . Acesso em 02/04/2016.

³¹ De acordo com pesquisadora britânica Lisa Webley, uma pesquisa quantitativa tem por critérios de qualidade a validade e a fidedignidade. Validade – validity – refere-se à qualidade da pesquisa jurídica quantitativa que define em que medida a pesquisa aferiu fidedignamente o fenômeno, observadas a fonte, a coleta e a manipulação dos dados. Fidedignidade – reliability – refere-se à característica por meio da qual a pesquisa

nas pequenas empresas em comparação com a realidade das médias e grandes empresas nacionais.

jurídica daria os mesmos resultados se fosse realizada em diferentes condições, observados os instrumentos e os procedimentos utilizados. WEBLEY, Lisa. Chapter 38 – Qualitative approaches to empirical legal research. In: CANE, Peter; KRITZER, Herbert M.(orgs). *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 08.

1. O PROBLEMA: as pequenas empresas e sua realidade trabalhista

1.1. Conceituação das pequenas empresas

O senso comum indicaria a definição de pequena empresa como, em geral, uma empresa de estrutura elementar, com baixo volume de transações e de faturamento, com poucos empregados, simplificada em sua distribuição interna de setores e atividades e, ainda, relativamente informal, permeada de improvisações e amadorismo quanto ao modo de condução.

Sem a intenção de se desconsiderar a relevância do senso comum como ponto de partida para a análise que ora se inicia, mas ciente da necessidade de se repelir o subjetivismo e a imprecisão que naturalmente o envolvem, convém de plano, a partir de uma preocupação metodológica quanto à conceituação, a análise dos critérios doutrinários para a definição de pequena empresa – expressão esta referidas vezes citada no texto constitucional, tal como nos artigos 146³², 170³³ e 179³⁴.

A partir daí, poderemos perquirir com maior precisão quais os critérios atualmente utilizados pela legislação infraconstitucional nacional para a definição de pequena empresa, de modo a termos maior clareza conceitual desse segmento empresarial foco do presente trabalho.

1.1.1. Critérios para classificação do porte empresarial

Não existe critério único universalmente aceito para se definir o porte de uma empresa em pequena, média ou grande, ou mesmo sequer há uniformidade da utilização dessas três categorias. E essa ausência de uniformidade classificatória se explica pela diversidade de tipos empresariais, que exploram os mais distintos setores econômicos e nas mais diversas formas de organização produtiva, ora empregando grande número de empregados, mas mediante singela estrutura interna e pouca rotatividade de capital, ora

³² Constituição da República, art. 146: Cabe à lei complementar: (...)

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: (...)

d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as *microempresas e para as empresas de pequeno porte*, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no art. 155, II, das contribuições previstas no art. 195, I e §§ 12 e 13, e da contribuição a que se refere o art. 239 (grifo nosso).

³³ Constituição da República, art. 170: A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...)

IX - tratamento favorecido para as *empresas de pequeno porte* constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País (grifo nosso).

³⁴ Constituição da República, art. 179: A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às *microempresas e às empresas de pequeno porte*, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei (grifo nosso).

transacionando vultosos valores por meio de complexa estrutura organizacional, mas com o número pequeno ou até mesmo nulo de empregados.

Em que pese essa diversidade de critérios classificatórios decorrente da heterogeneidade empresarial, que quando utilizados isoladamente alcançarão realidades empresariais possivelmente distintas, é possível notar na doutrina a consolidação de três principais critérios: o qualitativo, referente ao modo de organização interna da empresa; o quantitativo, referente a dados econômicos; e, ainda, eventualmente o critério misto, com a cominação dos dois critérios anteriores.³⁵

O critério qualitativo é caracterizado pela definição do porte de uma empresa mediante uma análise interna de sua estrutura, meios de condução e estilo de gestão. Tem como parâmetro o perfil e as atitudes dos pequenos dirigentes e suas percepções do ambiente externo, retratando a dinâmica das ações gerenciais dos gestores. Embasa-se, pois, no funcionamento da empresa, mediante análise da movimentação dos seus bens materiais e humanos, operação com fornecedores e clientes, bem como operações financeiras.³⁶ Nesse critério qualitativo, são definidas como pequenas as empresas que: usam trabalho próprio ou de familiares; não possuem administração especializada fora da empresa; não pertencem a grupos econômicos; não têm produção em escala; têm organizações rudimentares; possuem baixa relação entre investimento e mão-de-obra.³⁷

Entretanto, a utilização do critério qualitativo para definição do porte da empresa se mostra pouco útil academicamente ou mesmo no âmbito estatal para definição de políticas públicas. Isso porque demanda a averiguação minuciosa do processo interno empresarial, em análises individualizadas. Além disso, o critério qualitativo caracteriza-se por ser

³⁵ LEONE, Nilda Maria de Clodoaldo Pinto Guerra. A dimensão física das pequenas e médias empresas: à procura de um critério homogeneizador. *Revista de Administração de Empresas*. São Paulo, vol. 31, abril/jun 1991, pp. 53-59. p. 55-57.

³⁶ LEONE, Rodrigo José Guerra; LEONE, Nilda Maria de Clodoaldo Pinto Guerra. Pequenas e médias empresas: contribuições para a discussão sobre por que e como medir o seu tamanho. *RAUnP - Revista Eletrônica do Mestrado Profissional em Administração da Universidade Potiguar*, v. 4, n. 1, art. 6, p. 67-83, 2011.p. 74-75

³⁷ A título de exemplo de utilização do critério qualitativo para a definição de pequena empresa no Brasil, citam-se os estudos havidos no Governo Militar quando da edição do Programa Especial de Apoio à Pequena e Média Empresas Nacionais (Decreto n.º 77.941/76), em que se utilizavam os seguintes critérios qualitativos para definição da pequena empresa alvo do programa governamental: baixa relação entre investimento e mão de obra empregada, decorrente de menor complexidade da produção (o que as capacitava a gerar emprego a menor custo econômico); menor dependência de tecnologia externa; papel complementar às atividades industriais mais complexas, dentre outros. Nesse mesmo sentido é possível citar, ainda, a definição de pequeno comerciante no Decreto-Lei n.º 486/69, que, apesar de combinar o critério quantitativo referente à renda bruta anual, utilizava cumulativamente os critérios qualitativos natureza artesanal da atividade e predominância do trabalho próprio e de familiares. LEONE, Nilda Maria de Clodoaldo Pinto Guerra. A dimensão física das pequenas e médias empresas: à procura de um critério homogeneizador. *Revista de Administração de Empresas*. São Paulo, vol. 31, abril/jun 1991, pp. 53-59. p. 58.

demasiadamente subjetivo, aproximado mais ao método especulativo, furtando-se, pois, à neutralidade essencial³⁸ à criação básica do objeto científico.

Por sua vez, o critério quantitativo define o porte de uma empresa por meio de resultados da atividade produtiva, mensurando-a mediante dados econômicos ou registros contábeis que demonstrem situações específicas do desempenho organizacional. Enquanto o critério qualitativo refere-se à dinâmica da empresa, o quantitativo apresenta-se estático, retratando uma fotografia externa da situação empresarial em determinado momento de avaliação.³⁹ Por serem critérios objetivos, mostram-se mais fáceis de se extrair e de se comparar mediante parâmetros, sendo, portanto, largamente utilizados na doutrina e na legislação.

Dentro do critério quantitativo, são apontados ainda diversos subcritérios, tais como número de empregados, receita bruta anual, valor do capital social, patrimônio da empresa. Os subcritérios do capital social e do patrimônio da empresa têm a vantagem de apresentar melhor visualização do dimensionamento físico empresarial. A receita bruta anual, por sua vez, é largamente utilizada por evidenciar o fôlego econômico-financeiro e o tamanho do mercado das empresas, denotando sua fonte de riqueza.⁴⁰ Pecam, contudo, por desconsiderarem diferenças de lucratividade ou de modo de produção e de aplicação do capital, o que pode levar ao enquadramento distorcido de empresas. Têm, ainda, a fragilidade referente à inexatidão dos dados contábeis, diante do imprevisto e da precariedade dos sistemas contábeis nas pequenas empresas. Já o subcritério referente ao número de empregados tem por mérito a simplicidade de coleta, evitando entraves por inexatidão dos dados contábeis e por dificuldade de acesso por segredo comercial ou fiscal.⁴¹ Mas igualmente peca por desconsiderar o modo de produção das empresas, que, tal como ocorre

³⁸ POPPER, Karl. A lógica da pesquisa científica. 7ª ed. Tradução de Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix. 1998. p. 46 e ss.

³⁹ LEONE, Rodrigo José Guerra; LEONE, Nilda Maria de Clodoaldo Pinto Guerra. Pequenas e médias empresas: contribuições para a discussão sobre por que e como medir o seu tamanho. *RAUnP - Revista Eletrônica do Mestrado Profissional em Administração da Universidade Potiguar*, v. 4, n. 1, art. 6, p. 67-83, 2011.p. 72-74

⁴⁰ A receita bruta anual é subcritério definidor de pequena empresa em países como, por exemplo, Uruguai, Venezuela, Estados Unidos (na maioria dos estados), Dinamarca, Espanha, Itália e Israel. ZANLUCHI, César Maurício. A Tributação Diferenciada para Pequenas Empresas. *Revista Argumentum*, Universidade de Marília, vol. 6, 2006. p. 131

⁴¹ Países como o México, Irlanda, Alemanha, Suíça, Irã e Austrália definem empresa de pequeno porte ao número de empregados. ZANLUCHI, César Maurício. A Tributação Diferenciada para Pequenas Empresas. *Revista Argumentum*, Universidade de Marília, vol. 6, 2006. p. 131

com aquelas do ramo de tecnologia, empregam pouquíssimos ou nenhum empregado, apesar de apresentarem elevados faturamentos.⁴²

Malgrado essas inconsistências atinentes aos critérios quantitativos, ainda sim são eles os mais utilizados, por veicularem – frise-se – dados objetivos que são mais fáceis de serem definidos, coletados e manipulados. Proporcionam, assim, maior segurança ao pesquisador e às políticas públicas estatais, notadamente quanto à aplicação das normas jurídicas benevolentes decorrentes do tratamento constitucional favorecido às pequenas empresas – conforme será desenvolvido adiante.

1.1.2. *Definição de pequenas empresas no Brasil*

Diversos são os subcritérios quantitativos classificatórios de pequena empresa no âmbito das políticas públicas e da legislação nacional, que variam de acordo com os objetivos de utilização.

O Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas – SEBRAE, por exemplo, define o porte da empresa em micro, pequena, média ou grande a partir do número de pessoas ocupadas – aí incluídos os sócios-proprietários atuantes – e do setor econômico em que a empresa desenvolve duas atividades⁴³. Para o SEBRAE, então, no setor de Comércio e Serviços, serão microempresas aquelas que ocuparem até 9 (nove) pessoas; pequenas empresas as que ocuparem de 10 (dez) a 49 (quarenta e nove) pessoas; médias as que ocuparem de 50 (cinquenta) a 99 (noventa e nove) pessoas; e grandes as que ocuparem a partir de 100 (cem) pessoas. Já no setor da Indústria e Construção Civil, serão microempresas aquelas que ocuparem até 19 (dezenove) pessoas; pequenas empresas aquelas que ocuparem de 20 (vinte) até 99 (noventa e nove) pessoas; médias as que ocuparem de 100 (cem) a 499 (quatrocentos e noventa e nove) pessoas; e grandes empresas as que ocuparem a partir de 500 (quinhentas) pessoas.⁴⁴

O Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES, por sua vez, principal fomentador financeiro público para Micro e Pequenas Empresas, utiliza o critério quantitativo referente à receita bruta anual para definição de pequenas empresas, independentemente do setor econômico⁴⁵. Segundo o agente financiador, serão consideradas Microempresas as que possuírem uma receita anual até R\$ 2,4 milhões; Empresas de Pequeno

⁴² DIESTE, Juan Francisco. *Relações de Trabalho nas Pequenas e Médias Empresas*. Tradução Edílson Alkmim Cunha. São Paulo. LTR. 1997. p. 27-28.

⁴³ SEBRAE (org.). *Anuário do Trabalho na Micro e Pequena Empresa 2014*, São Paulo, 2015. 296p. p. 17.

⁴⁴ Vide Quadro 01, no anexo I.

⁴⁵ O BNDES definiu ultimamente o critério de classificação das empresas por meio da Circular n.º 34/2011. Disponível em <http://www.bndes.gov.br/Institucional/Apoio_Financeiro/porte.html>. Acesso em 06/03/2016.

Porte as que possuírem receita anual no intervalo entre R\$ 2,4 milhões até R\$16 milhões; Médias empresas que obtiverem receita entre R\$16 milhões e R\$ 90 milhões. Médias-Grandes aquelas com receita anual entre R\$ 90 milhões e R\$ 300 milhões. E Grandes as empresas com receita anual bruto superior a R\$ 300 milhões.⁴⁶

Na legislação tributária, notadamente no denominado Estatuto Nacional das Micro e Pequenas Empresas (Lei Complementar n.º123/2006), o porte da empresa é igualmente definido pela receita bruta anual, mas em patamares inferiores àqueles utilizados pelo BNDES. Desse modo, para a legislação tributária, Microempresas - ME são definidas atualmente como aquelas com receita anual até R\$ 360 mil; Empresas de Pequeno Porte – EPP as com receita anual entre R\$ 360 mil e R\$ 3,6 milhões⁴⁷. E mais recentemente uma nova categoria foi introduzida no gênero pequenas empresas pela Lei Complementar n.º 128/2008, que, ao criar o Micro Empreendedor Individual - MEI, os definiu como pessoa que trabalha por conta própria, com possibilidade de admitir até 1 (um) empregado, e que obtenha uma receita bruta anual de até R\$60 mil.⁴⁸ Entretanto, como o enquadramento tributário dos MEI está contido na definição de ME, neste trabalho adotaremos apenas a referência à ME.⁴⁹

Essa falta de uniformização de critérios para classificações das pequenas empresas nacionais pode trazer distorções quando comparados números estatísticos de diferentes fontes, fato que enseja cautela e atenção do pesquisador na coleta e comparação de dados, bem como transparência na veiculação da fonte de informações e dos respectivos critérios adotados.

1.1.3. Critérios de definição de pequenas empresas na legislação trabalhista nacional

Da mesma forma como observado nos órgãos estatais e paraestatais responsáveis por políticas públicas, a legislação trabalhista igualmente se utiliza de distintos critérios para definição das pequenas empresas.

⁴⁶ Vide Quadro 02, no anexo I.

⁴⁷ Oportuno registrar que recentemente, em 28 de outubro de 2016, foi sancionada a Lei Complementar n.º 155/2016, para, dentre outras alterações na Lei Complementar n.º 123/2006, modificar o artigo 3º no sentido de elevar o teto de enquadramento como pequena empresa de R\$ 3,6 milhões para R\$ 4,8 milhões de receita bruta anual. A vigência, contudo, se dará a partir de janeiro de 2018, nos termos do artigo 11 do referido diploma legal. Disponível em <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/10/27/sancionado-novo-limite-para-enquadramento-de-microempresas-no-simples-nacional>>. Acesso em 01/11/2016.

⁴⁸ Em outubro de 2016, foi sancionada a Lei Complementar n.º 155/2016, para, dentre outras alterações na Lei Complementar n.º 123/2006, modificar o artigo 18-A para elevar o teto de enquadramento do MEI, de R\$ 60 mil para R\$ 81 mil de receita bruta anual. A vigência, contudo, se dará a partir de janeiro de 2018, nos termos do artigo 11 do referido diploma legal. Disponível em <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/10/27/sancionado-novo-limite-para-enquadramento-de-microempresas-no-simples-nacional>>. Acesso em 01/11/2016.

⁴⁹ Vide Quadro 03, no anexo I.

Com efeito, a Lei n.º 7.855, de 24 de outubro de 1989, ao disciplinar diversos artigos da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT atinentes ao contrato de trabalho e ao poder de polícia administrativa da Inspeção do Trabalho, alterou a redação original do artigo 74 da CLT o §2º, a fim de dispensar as pequenas empresas – assim definidas aquelas com até 10 (dez) empregados – do controle de horário de seus empregados. Diz mencionado dispositivo:

§ 2º Para os estabelecimentos de mais de dez trabalhadores será obrigatória a anotação da hora de entrada e de saída, em registro manual, mecânico ou eletrônico, conforme instruções a serem expedidas pelo Ministério do Trabalho, devendo haver pré-assinalação do período de repouso.

Da referida redação do artigo 74, §2º, da CLT, é possível inferir, pois, que o legislador entendeu por bem definir pequena empresa mediante o critério quantitativo referente ao número de empregados. Entendeu-se que as empresas com dez ou menos empregados, em razão da simplicidade de suas relações empregatícias, estariam dispensadas da obrigação legal de registrar formalmente as jornadas de trabalho de seus empregados.

Por outro lado, diferente é o critério de definição de pequena empresa utilizado pela já mencionada Lei Complementar n.º 123/2006 (Estatuto Nacional das Micro e Pequenas Empresas), que possui em seu Capítulo VI disposições dirigidas especificamente para as relações trabalhistas. De acordo com o artigo 3º do Estatuto, com a redação ainda vigente⁵⁰, serão definidas como microempresas e empresas de pequeno porte:

Art. 3º Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte, a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que:

I - no caso da microempresa, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais); e

II - no caso da empresa de pequeno porte, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais)

⁵⁰ Repise-se que em outubro de 2016 foi sancionada a Lei Complementar n.º 155/2016, para, dentre outras alterações na Lei Complementar n.º 123/2006, modificar o artigo 3º no sentido de elevar o teto de enquadramento como pequena empresa de R\$ 3,6 milhões para R\$ 4,8 milhões de receita bruta anual. A vigência, contudo, se dará a partir de janeiro de 2018. Disponível em <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/10/27/sancionado-novo-limite-para-enquadramento-de-microempresas-no-simples-nacional>>. Acesso em 01/11/2016.

Nota-se, daí, que o Estatuto Nacional das Micro e Pequenas Empresas define pequenas empresas a partir do critério quantitativo atinente à receita bruta anual⁵¹. E, uma vez enquadrados pela legislação tributária como Micro ou Pequenas Empresas, esses empregadores gozarão de diversos benefícios definidos no Estatuto, dentre eles o tratamento jurídico diferenciado no âmbito trabalhista, consoante Capítulo VI intitulado “Da Simplificação das Relações de Trabalho”.

Observado, portanto, os critérios utilizados para a definição de pequena empresa no âmbito trabalhista, no decorrer deste trabalho – e tendo em vista o recorte temático – utilizaremos concomitantemente as duas formas de classificação: pela receita bruta anual, consoante critério tributário da LC n.º 123/2006 majoritariamente utilizado no ordenamento jurídico nacional e, reflexamente, nas políticas públicas nacionais; e pelo número de empregados, consoante critério empregatício utilizado pela Lei n.º 7.855/1989 alteradora da CLT. Denominaremos, doravante, como *critérios tributário* e *empregatício*, respectivamente.

Serão, então, considerados neste trabalho como pequenas empresas, nominalmente, as Micro e Pequenas Empresas (critério tributário) e as empresas com até 10 (dez) empregados (critério empregatício), em consonância com os critérios utilizados no ordenamento jurídico trabalhista.

1.2. Representatividade das pequenas empresas na economia do trabalho e sua relevância social

As pequenas empresas possuem uma representatividade numérica significativa na economia brasileira. De acordo com dados oficiais do Ministério de Trabalho – MTb obtidos a partir da Relação Anual de Informações Sociais – RAIS⁵² *ativa*⁵³ do ano de 2014 – últimos

⁵¹ Ainda de acordo com o artigo 3º da Lei Complementar n.º 123/2006, seu § 1º conceitua receita bruta como “o produto da venda de bens e serviços nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado nas operações em conta alheia, não incluídas as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos”.

⁵² A Relação Anual de Informações Sociais – RAIS é uma base de dados informatizados mantida pelo Ministério do Trabalho – MTb, para o qual todas as empresas formalmente estabelecidas no país deve apresentar, anualmente, informações detalhadas sobre a atividade empresarial e sobre cada um de seus empregados (ou a informação de que não possui empregado), como, por exemplo, período do vínculo, idade, sexo, remuneração, função exercida. Instituída pelo Decreto nº 76.900, de 23/12/75, a RAIS tem por objetivo o provimento de dados para a elaboração de estatísticas do trabalho, definição de políticas públicas e sociais e planejamento da Auditoria-Fiscal do Trabalho. *Manual de Orientação da Relação Anual de Informações Sociais (RAIS): ano-base 2015*. Brasília, Ministério do Trabalho e Previdência Social - MTPS, 2015. 49 p.

⁵³ A Relação Anual de Informações Sociais – RAIS possui dois grandes bancos de dados. As empresas que não possuíram vínculo empregatício no ano-base declaram suas informações mediante a RAIS NEGATIVA, assim denominada pela ausência de vínculos empregatícios a informar. Todas as demais empresas, que em algum mês do ano estabeleceram relação empregatícia, têm suas informações sociais armazenadas no banco de dados principal, conhecido como RAIS ATIVA. *Manual de Orientação da Relação Anual de Informações Sociais (RAIS): ano-base 2015*. Brasília, Ministério do Trabalho e Previdência Social - MTPS, 2015.49 p.

dados disponíveis –, havia no Brasil 3,8 milhões de empresas privadas⁵⁴ formais que estabeleceram vínculo empregatício em 2014, sendo que, desse total, 65,9% refere-se ao somatório de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – assim classificadas pelo critério tributário (LC n.º 123/2006).⁵⁵

Ao modificarmos o critério de classificação de pequena empresa para o empregatício, essa realidade de grande representatividade no mercado de trabalho se evidencia ainda mais. Consoante dados extraídos igualmente da RAIS ativa 2014, as empresas com até 10 (dez) empregados correspondem a 83,5% do total de 3,8 milhões de empresas privadas.⁵⁶

Nota-se, daí, que, por qualquer dos dois critérios de classificação de pequenas empresas – o tributário ou o empregatício –, esse nicho empresarial composto pelos pequenos empreendimentos comerciais representa a grande maioria das unidades produtivas na economia nacional, figurando, dessa forma, como protagonistas da ordem econômica e social.

Paralelo a essa significância do número de pequenas empresas no Brasil, convém a explicitação da *representatividade do setor no mercado de trabalho*. Ainda de acordo com a mesma base de dados da RAIS ativa 2014, quando observada a mão de obra absorvida pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, essas pequenas empresas apresentam-se responsáveis por 36,1% dos 38,6 milhões de vínculos empregatícios formais havidos no país.⁵⁷

E, a partir do critério de classificação empregatício, as pequenas empresas com até 10 (dez) empregados mostram-se responsáveis por 21,4% dos 38,6 milhões de vínculos empregatícios formais, de acordo com a mesma base de dados.⁵⁸

Se observarmos, por sua vez, a *massa remuneratória* aplicada no mercado de trabalho pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, tem-se que, dos R\$ 873,5 bilhões pagos a título remuneratório em 2014 aos trabalhadores brasileiros, R\$ 214,7 bilhões

⁵⁴ Para definição de empresa privada no banco de dados da RAIS, foi utilizado como critério de pesquisa “empresas privadas” e “entidades sem fins lucrativos”, de modo a aproximar o resultado o máximo possível da definição de empregador referida na CLT, especificamente no artigo 2º, *caput* e §1º. Assim define a CLT: “Art. 2º. Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço. § 1º - Equiparam-se ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados”.

⁵⁵ Vide Tabela 01-A, no anexo II.

⁵⁶ Vide tabela 01-B, no anexo II.

⁵⁷ Vide tabela 02-A, no anexo II.

⁵⁸ Vide tabela 02-B, no anexo II.

foram oriundos dessas Micro e Pequenas Empresas, conforme dados da RAIS *ativa* 2014, o que representa 24,6% da massa salarial circulada no mercado de trabalho.⁵⁹

E, pelo critério de classificação empregatício, as pequenas empresas com até 10 (dez) empregados foram responsáveis por R\$ 138,7 bilhões de salários pagos no mercado de trabalho, valor esse correspondente a 15,9% dos R\$ 873,5 bilhões de montante salarial pago em 2014.⁶⁰

A importância do seguimento das pequenas empresas para a economia brasileira se evidencia, outrossim, pela taxa de crescimento do setor nos na última década. De acordo com o último estudo divulgado pelo Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas – SEBRAE, as empresas classificadas pelo instituto como Micro e Pequenas⁶¹ apresentaram de 2003 a 2013 um “aumento de 33,8% no número de estabelecimentos, o que fez dobrar o número de empregos formais gerados por estes estabelecimentos”.⁶²

Oportuno acrescentar, paralelo aos mencionados números atinentes à representatividade quantitativa, que as pequenas empresas nacionais também se destacam no cenário econômico em razão da característica de pulverização e adaptação às demandas e às mais diversas realidades locais e regionais em que se encontram implantadas. Ainda que dispostas de forma disseminada, quando observadas em conjunto essas pequenas empresas assumem elevado potencial para o desenvolvimento das mais longínquas regiões do vasto território nacional, contribuindo, assim, para a plena circulação de riquezas, o desenvolvimento nacional e a redução das desigualdades sociais e regionais, nos moldes dos objetivos fundamentais estampados no artigo 3º da Constituição da República⁶³.

Não bastasse essa característica geopolítica de dinamismo, adaptação e desenvolvimento regional, as pequenas empresas se destacam no cenário social também por atuarem predominantemente no mercado de baixa tecnologia, absorvendo mão de obra com

⁵⁹ Vide tabela 03-A, no anexo II.

⁶⁰ Vide tabela 03-B, no anexo II.

⁶¹ Oportuno repisar que o SEBRAE define o porte da empresa em micro, pequena, média ou grande a partir do critério referente ao número de pessoas ocupadas e do setor econômico em que a empresa desenvolve suas atividades. Assim, no setor de comércio, são Micro e Pequenas empresas aquelas com até 9 (nove) e 19 (dezenove) ocupados, respectivamente, e, no setor de indústria e construção civil, aquelas com até 19 (dezenove) e 49 (quarenta e nove) ocupados, respectivamente. Difere, portanto, do critério tributário utilizado neste trabalho com base no ordenamento jurídico nacional e na maioria das políticas públicas nacionais.

⁶² Números elaborados pelo DIEESE e veiculados pelo SEBRAE no Anuário do Trabalho nas Micro e Pequenas empresas 2014, a partir de dados da RAIS/MTE 2013. SEBRAE (org.). *Anuário do Trabalho na Micro e Pequena Empresa 2014*. 7ª ed. São Paulo, 2015. 296p. p. 27.

⁶³ Constituição da República, art. 3º: Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

baixa qualificação profissional e baixa faixa etária, configurando, nessa medida, a porta de entrada de grande parcela da mão de obra nacional, aí incluído os jovens em primeiro emprego.⁶⁴

Frente a esses dados empíricos referentes ao reflexo das pequenas empresas na economia do trabalho, é possível notar a importância e o destaque que esse seguimento assume no cenário socioeconômico brasileiro, notadamente no mundo laboral.

1.3. Fragilidade das pequenas empresas justificadora de um marco jurídico protecionista

Conforme visto no tópico antecedente, o protagonismo contemporâneo das pequenas empresas no cenário socioeconômico mostra-se um fenômeno evidente, e, mais que isso, crescente no País.

Entretanto, quando observamos pela perspectiva histórica, podemos notar que esse protagonismo nem sempre existiu. Ao contrário, conforme ressalta Juan Francisco Dieste em sua obra *Relações de trabalho nas pequenas e médias empresas*, enquanto nas décadas de 60 e 70 “muitos economistas e escolas econômicas, seduzidas por uma espécie de macrofilia ou ‘idolatria do gigantismo’, profetizaram o desaparecimento, em longo prazo, das unidades produtivas menores”, apenas na década de 80 é que essa tendência se inverte⁶⁵. A partir daí é que a concentração da população empregada, que antes se dava em grandes estabelecimentos comerciais e principalmente industriais, passava paulatinamente a se dirigir às pequenas empresas.

E o motivo para a tendência de aumento do número de pequenos estabelecimentos e da concentração de trabalhadores no setor – que, oportuno dizer, não se resumia apenas ao Brasil, mas a todo o mundo industrializado – pode ser em grande medida atribuído à grave crise do petróleo na década de 70, que, ao gerar significativas mudanças nos meios de produção, impulsionou o desenvolvimento econômico das pequenas empresas como uma alternativa à crise. Naquele cenário, o desemprego advindo da retração das grandes companhias conduzia os trabalhadores à procura de meio alternativo no mercado, quer assumido empregos em estabelecimentos periféricos, quer como empreendedores por conta própria.⁶⁶ A necessidade fazia enxergar novas oportunidades.

⁶⁴ SEBRAE (org.). *Anuário do Trabalho na Micro e Pequena Empresa 2014*. 7ª ed. São Paulo, 2015. 296p. p. 32.

⁶⁵ DIESTE, Juan Francisco. *Relações de trabalho nas pequenas e médias empresas*. Tradução Edilson Alkimim Cunha. São Paulo: LTr, 1997. p. 20-21.

⁶⁶ POTOBSKY, Geraldo Von. *Revista internacional del trabajo*, vol. 112, nº 1, p. 75-107. 1993. p. 79.

Nota-se, daí, a partir do nascedouro do desenvolvimento das pequenas empresas, que as próprias origens históricas evidenciam a fragilidade do setor. Na medida em que a procura pelas pequenas empresas se dava em razão do fracasso econômico das grandes companhias, seu desenvolvimento ocorria em grande parte motivado pela disposição ao amadorismo, ao improviso, à informalidade.

Essa debilidade decorrente do amadorismo e despreparo técnico observado como regra no setor, aliada ao fato de as pequenas empresas se apresentarem nacionalmente dispersas e pulverizadas em distintas unidades dissociadas entre si, denotam as origens da fragilidade concorrencial que assumem no mercado econômico.

A propósito, de acordo com pesquisa divulgada pelo SEBRAE em 2013 a partir de dados quantitativos disponibilizados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, a taxa de mortalidade das pequenas empresas nacionais com até dois anos de atividade foi de 24,4% em 2010. Nos anos anteriores, essa taxa de mortalidade alcançou índices ainda maiores, correspondentes a 24,9% em 2009 e, mais ainda, 26,4% em 2008.⁶⁷

Ainda mediante dados divulgados pelo SEBRAE, desta vez restritos ao estado de São Paulo⁶⁸ a partir de pesquisa de campo para verificação *in loco* dos fatores causais da mortalidade empresarial, as principais causas apontadas para os altos índices de mortalidade das pequenas empresas são, na ordem de representatividade apontada pelos entrevistados: falta de planejamento prévio, indicando um perfil empreendedor pouco desenvolvido; má gestão empresarial, diante de falta de conhecimentos gerenciais e instalações inadequadas; e insuficiência de políticas públicas de apoio aos pequenos negócios.⁶⁹

Dessa forma, diante de elevados índices de mortalidade evidenciadores da fragilidade das pequenas empresas no mercado, e considerando a importância do setor para o

⁶⁷ Números veiculados pelo SEBRAE na coleção estudos e pesquisas *Sobrevivência das Empresas no Brasil*, a partir de dados da Secretaria da Receita Federal do Brasil até 2010. De acordo com a nota metodológica divulgada nos estudos do SEBRAE, foram utilizados como parâmetros para definição da condição de nascimento, atividade e encerramento das atividades: a inscrição de dados na base de CNPJ, além do adimplemento das obrigações tributárias referentes ao Simples Nacional e à Declaração de Imposto de Renda Pessoa Jurídica – DIRPJ, com respectiva informação da situação cadastral da empresa. SEBRAE (org.). *Sobrevivência das Empresas no Brasil*. Coleção estudos e pesquisas. São Paulo, 2013. 69p. p. 19-20. Vide Quadro 04, no anexo II.

⁶⁸ Importante registra que o SEBRAE Nacional não utiliza como metodologia de coleta de dados as pesquisas de campo, valendo-se exclusivamente de análises comparativas de dados extraídos de bancos oficiais. Diante dessa razão, com o fim de apresentarmos dados coletados *in loco* referentes aos motivos declarados para extinção das empresas, utilizamos como fonte de dados o SEBRAE São Paulo, com informações da unidade da federação que notadamente concentra o maior número de empresas no país. De acordo com o SEBRAE-SP, foram feitas 1.846 entrevistas com sócios-proprietários no estado.

⁶⁹ SEBRAE-SP (org.). *Causa Mortis: o sucesso e o fracasso das empresas nos primeiros cinco anos de vida*, São Paulo, julho/2014.

desenvolvimento não apenas econômico, mas também social do País, faz-se necessária e justificada a intervenção do Estado no sentido um tratamento jurídico favorecido ao setor.

Não por outro motivo, até mesmo a Recomendação 189 da Organização Internacional do Trabalho - OIT⁷⁰, de 17 de junho de 1998, ao reconhecer as pequenas empresas como essenciais ao crescimento e desenvolvimento econômico em escala mundial e partindo da premissa de fragilidade do setor diante das médias e grandes companhias, recomenda a adoção de um marco político e jurídico protecionista para fomento aos pequenos empreendedores. Nesse sentido, o documento da OIT recomenda aos Estados que, além de políticas públicas fiscais e de emprego dirigidas à promoção do desenvolvimento econômico das pequenas empresas, estabeleçam a elas igualmente disposições jurídicas apropriadas, que promovam a criação de pequenas empresas longevas e competitivas, em especial quanto ao direito de propriedade, normas contratuais e regime tributário diferenciado. E, em amparo à proteção social dos empregados atuantes nessas pequenas empresas, a Recomendação 189 registra que essas políticas públicas e regimes jurídicos dirigidos às pequenas empresas sejam ainda capazes de fornecer oportunidades de emprego em condições sociais adequadas, resguardando, de forma expressa, a aplicação não discriminatória legislação trabalhista.

1.4 Previsão constitucional de tratamento favorecido às pequenas empresas e sua concretização na legislação nacional

Dada a importância econômica e social das pequenas empresas no cenário nacional, associada ainda à necessária criação de mecanismos de fomento à subsistência do setor em meio ao acirrado mercado concorrencial empresarial, a Constituição da República de 1988, no Título VII – “Da Ordem Econômica e Financeira”, Capítulo I – “Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica” –, em seus artigos 170, IX e 179 deixa clara a diretriz de tratamento diferenciado às pequenas empresas, quando assim dispõe:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos, existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão à microempresa e à empresa de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento

⁷⁰ Trataremos da Recomendação n.º 189 da OIT de forma mais detida no item 4.2.3, quando será examinada, no âmbito internacional, a exaltação do trabalho humano diante dos interesses mercadológicos das pequenas empresas.

jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

A fim de concretizar a diretriz de tratamento constitucional favorecido às pequenas empresas, várias iniciativas de implementação foram tomadas no ordenamento jurídico infraconstitucional pelo Poder Legislativo nas últimas duas décadas.

Precursora na regulamentação do tratamento favorecido às pequenas empresas após o advento da Constituição da República de 1988, a Lei n.º 8.864, de 28 de março de 1994, foi o primeiro diploma legal a prever um arcabouço jurídico diferenciado para o setor.⁷¹ Cuidou em estabelecer a definição de classificação de microempresa e empresa de pequeno porte a partir do critério tributário atinente à receita bruta anual – critério este utilizado até os dias atuais, como se verá adiante –, bem como definir vantagens de cunho administrativo, fiscal, previdenciário, trabalhista e creditício, com a simplificação do registro da empresa e da declaração anual de rendimentos, o recolhimento unificado das contribuições previdenciárias, a fiscalização predominantemente orientadora da Inspeção do Trabalho e a previsão de fomento creditício e de minoração dos encargos financeiros.

Em 5 de dezembro de 1996, a Lei nº 9.317, de natureza essencialmente tributária, redefiniu as condições de enquadramento para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, elevando os patamares de enquadramento, além de criar o chamado Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições – SIMPLES, com esmiuçamento da forma simplificada de arrecadação tributária e previdenciária em documento único, em sistema integrado.⁷² Foi, por essa razão, batizada de Lei do Simples. Por concentrar seu regramento à área tributária, não regou as leis anteriores, que como visto traziam vantagens em diversas outras áreas.

Em seguida, a Lei n.º 9.841 de 5 de outubro de 1999 institui o Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, dispondo de forma mais completa e pormenorizada sobre o tratamento jurídico diferenciado, simplificado e favorecido previsto

⁷¹ Antes da Constituição da República de 1988, contudo, havia a Lei n.º 7.256, de 27 de novembro de 1984, primeiro instrumento legal a reconhecer a microempresa no Brasil. Traçava-se daí as primeiras linhas de previsão de um tratamento favorecido nos âmbitos administrativo, tributário, previdenciário, trabalhista e creditício.

⁷² A simplificação tributária advinda com a Lei n.º 9.317/1996 materializava-se em recolhimento unificado de seis tributos federais, de acordo com seu artigo 3º: a) Imposto de Renda Pessoa Jurídica – IRPJ, b) Contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público – PIS/PASEP, c) Contribuição Social sob o Lucro Líquido – CSLL, d) Contribuição para o financiamento da Seguridade Social – COFINS, e) Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI e f) Contribuição Patronal Previdenciária – CPP para a Seguridade Social. A alíquota única incidia sobre a receita bruta acumulada no ano, tal como ocorre com o SIMPLES atualmente vigente pela LC n.º 123/2006.

nos artigos 170 e 179 da Constituição da República. Além de recepcionar todo o regramento da Lei do Simples, elevou mais uma vez os patamares de enquadramento em Micro e Pequenas Empresas, acrescentou a política de compras governamentais prioritárias a pequenas empresas e previu vantagens adicionais no regime administrativo, previdenciário, trabalhista e apoio creditício, revogando as antigas Leis n.º 7.256/1984 e n.º 8.864/1994.

Mais recentemente, diante da reserva legal qualificada promovida pela Emenda Constitucional n.º 42/2003⁷³ no sentido de reservar à lei complementar a concretização do tratamento favorecido às pequenas empresas, a Lei Complementar n.º 123 de 14 de dezembro de 2006 trouxe a previsão do novo Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte. Na ocasião, o legislador ratificou e ampliou as vantagens de cunho administrativo, fiscal, previdenciário, trabalhista e creditício aos pequenos empreendimentos, prevendo ao setor a preferência às licitações públicas e a simplificação de exportações (Capítulo V), prerrogativas e simplificações das relações de trabalho (Capítulo VI), a prerrogativa de fiscalização prioritariamente orientadora por parte do Poder de Polícia Administrativa (Capítulo VII), o fomento ao associativismo (Capítulo VIII) e as políticas de estímulo ao crédito bancário público (Capítulo IX) e à inovação empresarial (Capítulo X).

Ainda mediante a Lei Complementar n.º 123/2006, o legislador elasteceu, ademais, o sistema de recolhimento unificado de tributos conhecido como Simples Nacional,

⁷³ A EC n.º 42/2003 fez incluir no artigo 146, III, da Constituição a alínea “d” e o respectivo parágrafo único, nos seguintes termos: “Art. 146. Cabe à lei complementar: (...)”

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: (...)

d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no art. 155, II, das contribuições previstas no art. 195, I e §§ 12 e 13, e da contribuição a que se refere o art. 239.

Parágrafo único. A lei complementar de que trata o inciso III, d, também poderá instituir um regime único de arrecadação dos impostos e contribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, observado que:

I - será opcional para o contribuinte;

II - poderão ser estabelecidas condições de enquadramento diferenciadas por Estado;

III - o recolhimento será unificado e centralizado e a distribuição da parcela de recursos pertencentes aos respectivos entes federados será imediata, vedada qualquer retenção ou condicionamento;

IV - a arrecadação, a fiscalização e a cobrança poderão ser compartilhadas pelos entes federados, adotado cadastro nacional único de contribuintes.

doravante abarcando tributos inclusive de competência estadual e municipal⁷⁴, nos moldes da permissão constitucional advinda com a Emenda Constitucional n.º 42/2003. Por reunir todo o regramento de tratamento favorecido antes delineado para as pequenas empresas, mas com maior minúcia e maior abrangência das vantagens jurídicas, o diploma legal benevolente passou a ser conhecido como Lei do Super Simples.

Atualmente, atualizada pela Lei Complementar n.º 147, de 07 de agosto de 2014, que ampliou a opção do Simples Nacional a vários segmentos da economia e alargou ainda mais o tratamento favorecido às pequenas empresas quanto à simplificação dos processos de registro, alteração e fechamento das pequenas empresas, a Lei Complementar n.º 123/2006 apresenta-se hoje como o principal instrumento de concretização do tratamento constitucional favorecido a que se referem os artigos 170, IX, e 179 da Constituição da República.

1.5. Concretização do tratamento favorecido às pequenas empresas no âmbito do Direito do Trabalho

Especificamente quanto ao âmbito jurídico-trabalhista – em consonância com o recorte temático do presente trabalho –, diversas foram as medidas juslaborais de concretização do tratamento favorecido promovidas pelo legislador infraconstitucional desde a promulgação da Constituição da República de 1988. Passemos, então, à análise pormenorizada, a fim de apresentarmos o atual panorama do direito material trabalhista aplicado às pequenas empresas.

1.5.1. Dispensa do controle de jornada em empresas com até 10 (dez) empregados (art. 74, §2º, da CLT) e a fixação do tempo médio de trajeto em Micro e Pequenas Empresas (art. 58, §3º, da CLT)

A jornada de trabalho ocupa posição de centralidade no mundo laboral, despertando interesse trilateral nas relações de trabalho. No tocante aos interesses obreiros, relaciona-se diretamente à contraprestação pela força de trabalho oferecida, ao descanso salutar intrajornada e entrejornadas, à repercussão no convívio social e familiar e no direito

⁷⁴ De acordo com o artigo 13 da LC 123/2006, o novo regramento do Simples Nacional abrange o recolhimento mensal unificado dos seguintes impostos e contribuições: I - Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica - IRPJ; II - Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI; III - Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL; IV - Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS; V - Contribuição para o PIS/Pasep; VI - Contribuição Patronal Previdenciária - CPP para a Seguridade Social (exceto empresas do setor de engenharia civil, paisagismo e decoração, vigilância, limpeza e conservação e serviços advocatícios, que terão as CPP arrecadadas separadamente na forma do anexo IV da LC 123/2006); VII - Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS (competência originalmente estadual) em operações próprias, ressalvado hipótese de substituição tributária; VIII - Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISS (competência originalmente municipal), em operações próprias, ressalvado hipótese de retenção na fonte.

fundamental ao lazer. De outro lado, quanto aos interesses patronais, o tema jornada embasa as investidas tendentes a uma maior produtividade do trabalho, já que associada ao principal interesse empresarial: a apropriação dos serviços prestados. E, quanto ao interesse público, a jornada assume função determinante nas questões de saúde e segurança no trabalho, pois capaz de determinar a potencialidade do efeito insalubre, do risco da periculosidade e, ainda, de figurar como fator causal de acidentes de trabalho, tornando-se questão de ordem pública.⁷⁵

Por sempre ocupar a pauta das discussões laborais ao longo da construção e consolidação dos direitos trabalhistas, a jornada de trabalho é responsável atualmente por inspirar a maior parte das normas constitucionais e infraconstitucionais estatais e das normas autônomas⁷⁶ dirigidas ao regramento das relações de trabalho.

Caracterizada como o lapso temporal em que o empregado se coloca à disposição do empregador, aguardando ou executando as funções contratuais, a jornada de trabalho depende de um controle concreto para sua definição, fiscalização e contraprestação. É dizer, para que seja possível a aferição da jornada no plano concreto, de modo a se definir o tempo de trabalho efetivamente prestado pelo trabalhador, pressupõe-se a existência de alguma forma de controle sobre esse tempo de labor.

Nesse sentido, o Direito do Trabalho acolheu a regra geral no sentido de que as jornadas de trabalho deverão ser controladas documentalmente, a partir do poder diretivo do empregador⁷⁷, a quem cabe anotar o horário de trabalho, dia a dia, de todos os empregados. A única discricionariedade nessa obrigação legal, vale dizer, refere-se ao modo de anotação da jornada, que, de acordo com a conveniência para a empresa, pode se dar em registro manual, mecânico ou eletrônico, nos termos do artigo 74, §2º, da CLT.

Em que pese o pressuposto lógico e jurídico em favor do controle de jornada nas relações de trabalho, necessária até mesmo para a fiscalização do tempo de serviço não apenas pelo Estado, mas inclusive pelo empregador e pelo próprio trabalhador, fato é que o legislador

⁷⁵ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 14ª ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 927-929.

⁷⁶ Importante registrar que o sistema jurídico trabalhista apresenta-se com algumas particularidades frente ao direito comum, especialmente quando observadas as fontes formais do Direito do Trabalho. É que o sistema jurídico laboral se compõe não apenas por normas editadas e impostas imperativamente pelo Estado aos particulares, mas também por normas jurídicas advindas do poder negocial das partes, seja no âmbito individual mediante o contrato de emprego e regramentos empresariais, seja no âmbito coletivo, por meio dos acordos e convenções coletivos, que tiveram sua normatividade expressamente resguardada no texto constitucional (art. 7º, XXVI). Ao primeiro grupo a doutrina dá o nome de normas heterônomas, ou estatais. Ao segundo grupo, normas autônomas, emanadas da vontade das partes. BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 122-123.

⁷⁷ Nos termos do *caput* do artigo 2º da CLT, o empregador possui a favor de si o direito potestativo de direção da prestação dos serviços, entendido este como o conjunto de prerrogativas atinentes à direção, fiscalização e controle do trabalho prestado. DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 14ª ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 969.

nacional entendeu por bem excepcionar essa obrigação legal aos pequenos estabelecimentos empresariais. Com efeito, a Lei n.º 7.855, de 24 de outubro de 1989, em seu artigo 1º, alterou a redação do artigo 74, §2º, da CLT para isentar as empresas com até 10 (dez) trabalhadores da obrigação de controle da jornada de seus respectivos empregados. Assim passou a ser redigido o artigo 74, §2º, da CLT:

Art. 74, §2º - Para os estabelecimentos de mais de dez trabalhadores será obrigatória a anotação da hora de entrada e de saída, em registro manual, mecânico ou eletrônico, conforme instruções a serem expedidas pelo Ministério do Trabalho, devendo haver pré-assinalação do período de repouso.

Em uma técnica redacional invertida, portanto, e sob uma justificativa de simplificação das exigências administrativas sobre o pequeno empresário, a legislação nacional passava a dispensar as empresas com 10 (dez) ou menos empregados do controle de jornada.

Ademais, na esteira da medida legal de isenção do controle de jornada, mais recentemente a Lei Complementar n.º 123/2006 trouxe um favorecimento adicional às pequenas empresas no tocante ao cômputo do tempo de serviço dos respectivos empregados: a possibilidade de prefixação, via norma coletiva, do tempo médio despendido pelo empregado entre sua residência e o local de trabalho quando transportado em meio particular do empregador ante a indisponibilidade de transporte público, bem como a possibilidade de alteração da natureza jurídica da parcela regularmente salarial, nos termos do artigo 58, §3º, da CLT⁷⁸.

Trata-se, pois, primeiramente da autorização para a definição ficta das denominadas horas *in itinere*⁷⁹ por norma coletiva, em detrimento do efetivo tempo gasto no deslocamento pelo empregado, o que autoriza a Micro ou Pequena Empresa a computar no tempo de serviço – e, conseqüentemente, nos limites de jornada – do empregado apenas um lapso temporal pré-fixado, ainda que na realidade o trabalhador despenda um tempo maior para realizar o deslocamento até o local de difícil acesso em que a empresa definiu se

⁷⁸ A Lei Complementar n.º 123/2006 introduziu o §3º ao artigo 58 da CLT, nos seguintes termos: “§ 3º. Poderão ser fixados, para as microempresas e empresas de pequeno porte, por meio de acordo ou convenção coletiva, em caso de transporte fornecido pelo empregador, em local de difícil acesso ou não servido por transporte público, o tempo médio despendido pelo empregado, bem como a forma e a natureza da remuneração.”

⁷⁹ As denominadas horas *in itinere* – ou horas de percursos – referem-se ao tempo em que o trabalhador fica à disposição do empregador durante deslocamento até o local do trabalho, por condução fornecida pelo empregador em consequência da localização do ambiente de trabalho em local de difícil acesso ou em horário não servido por transporte público regular. Esse tempo de deslocamento é incorporado ao tempo de serviço do empregado, compondo a sua jornada e, portanto, contabilizando para a aferição dos limites de jornada. São atualmente regulamentadas pelo artigo 58, §§2º e 3º da CLT e pela Súmula n.º 90 do Tribunal Superior do Trabalho – TST.

estabelecer ou em horário não comercial em que a empresa optou por funcionar.⁸⁰ Visou o legislador, nessa ocasião, criar meio de redução dos custos operacionais de registro e posterior apuração do tempo gasto no transporte particular da empresa, além da redução da contraprestação da mão de obra para o segmento empresarial.

Em seguida, trata a benesse legal da possibilidade de imputação negocial de natureza indenizatória às horas *in itinere*, de modo que os eventuais valores pagos a esse título não sejam incorporados à base de cálculo salarial do empregado e, daí, não repercutam nas demais verbas remuneratórias devidas. Logo, a intenção da medida legislativa cinge-se igualmente à redução dos custos da mão de obra para o pequeno estabelecimento.⁸¹

1.5.2. Dispensa da função social de contratação de aprendizes pelas Micro e Pequenas Empresas (art. 51, III, da LC n.º 123/2006)

Conforme visto em tópico precedente, os principais fatores que evidenciam a importância social das pequenas empresas no cenário nacional são, além da alta representatividade numérica no cenário econômico e da elevada absorção de mão de obra, a sua pulverização no vasto território nacional. Nesse sentir, as pequenas empresas representam em grande medida a principal oportunidade de emprego para o trabalhador deslocado dos grandes centros econômicos, mormente quando se intenta o ingresso no mercado de trabalho.

É nesse contexto de profissionalização e oportunidade de ingresso no mercado laboral que se destaca o instituto da aprendizagem no Direito do Trabalho. De acordo com o artigo 428 da CLT⁸², a aprendizagem é um contrato de trabalho especial, por prazo

⁸⁰ Ainda no tocante às horas *in itinere*, mais especificamente quanto aos limites da negociação coletiva, a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho – TST havia consolidado o entendimento de limitação da possibilidade de fixação média das horas de percurso a até 50% do tempo real gasto pelo empregado, sob pena de se considerar abuso na redução, equivalente, na prática, à supressão do direito. Nesse sentido são os precedentes: TST-E-ARR-175-59.2011.5.09.0025 (DEJT 20/02/2015); TST-AgR-E-RR-185000-74.2008.5.09.0242, (DEJT 19/12/2014); TST-E-RR-136-84.2010.5.15.0072 (DEJT 30/08/2013). Mais recente, contudo, foi a decisão do Supremo Tribunal Federal, pela relatoria do Min. Teori Zavaski, que deu guarida constitucional à norma coletiva supressora das horas *in itinere* quando previstas outras vantagens normativas compensatórias, reforçando a prevalência do negociado sobre o legislado, no particular (STF-RE 895.759/PE, DJe 13/09/2016). Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/Tema=762>>. Acesso em 02/11/2016.

⁸¹ Ainda quanto à jurisprudência aplicável às horas *in itinere*, mais especificamente quanto à alteração da natureza da verba por meio de negociação coletiva, o Pleno do Tribunal Superior do Trabalho – TST julgou em setembro de 2016, mesmo após o precedente flexibilizatório do STF citado logo acima, não ser possível norma coletiva alterar a natureza salarial das horas *in itinere*. Venceu a tese do Min. João Orestes Dalazen, que assentou não ser a autonomia negocial coletiva absoluta, bem como que o precedente STF (RE 895.759/PE) se distinguiria dessa hipótese de alteração da natureza jurídica da verba. O julgamento se deu no processo TST-RR-205900-57.2007.5.09.0325. Disponível em <http://www.tst.jus.br/mais-lidas/-/asset_publisher/P4mL/content/tst-mantem-invalidade-de-clausula-de-acordo-coletivo-sobre-horas-de-deslocamento/>. Acesso em 02/11/2016.

⁸² Consolidação das Leis do Trabalho, art. 428. Contrato de aprendizagem é o contrato de trabalho especial, ajustado por escrito e por prazo determinado, em que o empregador se compromete a assegurar ao maior de 14

determinado de até dois anos e em jornada reduzida⁸³, em que o empregador vale-se da mão de obra do adolescente maior de quatorze anos e do adulto menor de vinte e quatro anos, inclusive com a vantagem de redução da alíquota de FGTS sobre o salário pago (de 8% para 2%⁸⁴) e, em contrapartida, se compromete a inscrevê-lo em programa de aprendizagem para formação técnico-profissional, seja em cursos profissionalizantes oferecidos pelos Serviços Nacionais de Aprendizagem – conhecidos como sistema “S”⁸⁵ -, seja em outras escolas técnicas de educação ou entidades sem fins lucrativos que tenham por objetivos a assistência ao adolescente e à educação profissional. O aprendiz, por sua vez, se compromete a executar com zelo e diligência as tarefas laborais necessárias à etapa prática dessa formação no ambiente da empresa, devendo manter-se inscrito no programa de aprendizagem para formação técnico-profissional e, paralelamente, comprovar a matrícula e a frequência à escola caso não concluído o ensino médio.

Utilizando-se da função social da empresa (CF, art. 5º, XXIII⁸⁶) e em consonância com o dever constitucional de proteção especial do jovem por meio da educação e profissionalização (CF, art. 227, §3º⁸⁷), portanto, o instituto da aprendizagem reveste-se de importante valor social e comunitário, na medida em que abre espaço para a preparação profissional, com instrução teórica e prática, de jovens e adultos na fase de ingresso no mercado de trabalho, sem prejuízo do desenvolvimento educacional do aprendiz. Diante dessa

(quatorze) e menor de 24 (vinte e quatro) anos inscrito em programa de aprendizagem formação técnico-profissional metódica, compatível com o seu desenvolvimento físico, moral e psicológico, e o aprendiz, a executar com zelo e diligência as tarefas necessárias a essa formação.

§ 1º A validade do contrato de aprendizagem pressupõe anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social, matrícula e frequência do aprendiz na escola, caso não haja concluído o ensino médio, e inscrição em programa de aprendizagem desenvolvido sob orientação de entidade qualificada em formação técnico-profissional metódica. (...)

⁸³ Consolidação das Leis do Trabalho, art. 432. A duração do trabalho do aprendiz não excederá de seis horas diárias, sendo vedadas a prorrogação e a compensação de jornada.

§ 1º O limite previsto neste artigo poderá ser de até oito horas diárias para os aprendizes que já tiverem completado o ensino fundamental, se nelas forem computadas as horas destinadas à aprendizagem teórica.

⁸⁴ Lei n.º 8.036/1990, art. 15, § 7º. Os contratos de aprendizagem terão a alíquota a que se refere o *caput* deste artigo [8%] reduzida para dois por cento.

⁸⁵ As entidades paraestatais classificadas doutrinariamente como serviço social autônomo, mais conhecidas como sistema “S”, que oferecem cursos profissionalizantes são atualmente o Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial - SENAI, Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial - SENAC, Serviço Nacional de Aprendizagem Rural - SENAR, Serviço Nacional de Aprendizagem em Transportes - SENAT, Serviço Nacional de Aprendizagem do Cooperativismo – SESCOOP. Disponível em <<http://www.mtps.gov.br/servicos-do-ministerio/servicos-do-trabalho/servicos-nos-estados/aprendizagem>>. Acesso em 19/03/2016.

⁸⁶ Constituição da República, art. 5º, XXIII - a propriedade atenderá a sua função social.

⁸⁷ Constituição da República, art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (...) § 3º O direito à proteção especial abrangerá os seguintes aspectos: I - idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7º, XXXIII; II - garantia de direitos previdenciários e trabalhistas; III - garantia de acesso do trabalhador adolescente e jovem à escola;

importância social associada à profissionalização, educação e cidadania dos jovens, a aprendizagem constitui inclusive objeto de cota social a ser cumprida pelos estabelecimentos empregadores, num percentual de no mínimo 5% (cinco por cento) e no máximo 15% (quinze por cento) do total de empregados cujas funções demandem formação profissional⁸⁸.

Compulsando a Lei Complementar n.º 123/2006, contudo, mais especificamente o seu artigo 51, verifica-se que uma das flexibilizações havida no âmbito trabalhista sob o fundamento de simplificação das relações laborais para as pequenas empresas deu-se sobre o regramento dos menores aprendizes. De acordo com o artigo 51, III, da mencionada lei, o microempresário e o empresário de pequeno porte estão desobrigados de empregar e matricular aprendizes. Eis o teor do dispositivo legal contemplado no Estatuto Nacional das Micro e Pequenas Empresas:

Art. 51. As microempresas e as empresas de pequeno porte são dispensadas:
(...)
III - de empregar e matricular seus aprendizes nos cursos dos Serviços Nacionais de Aprendizagem; (...)

Da forma como concretizado o tratamento favorecido na Lei Complementar n.º 123/2006, portanto, o legislador infraconstitucional deliberou isentar as pequenas empresas da responsabilidade social atinente à profissionalização e educação do jovem aprendiz. E, ao fazê-lo, de acordo a redação que foi dada ao dispositivo, dispensou as pequenas empresas da obrigação de contratar aprendizes e ainda abriu espaço à interpretação de que, na hipótese de optar por contratá-los, as pequenas empresas estariam dispensadas de manter os aprendizes matriculados nos cursos profissionalizantes, desconsiderando o aspecto educacional do instituto.⁸⁹

1.5.3 Medidas administrativo-trabalhistas de intuito desburocratizante (incisos I, II, e IV do artigo 51 da LC n.º 123/2006)

Além da dispensa da contratação de aprendizes referida no tópico antecedente, o artigo 51 da Lei Complementar n.º 123/2006 contempla também outras três medidas dirigidas às obrigações trabalhistas nas pequenas empresas. São os incisos I, II, e IV do dispositivo, que, no intuito de desburocratização das relações de trabalho, assim dispõem:

⁸⁸ Consolidação das Leis do Trabalho, art. 429. Os estabelecimentos de qualquer natureza são obrigados a empregar e matricular nos cursos dos Serviços Nacionais de Aprendizagem número de aprendizes equivalente a cinco por cento, no mínimo, e quinze por cento, no máximo, dos trabalhadores existentes em cada estabelecimento, cujas funções demandem formação profissional. (...).

⁸⁹ OLIVEIRA, Laura Machado de. O menor aprendiz frente ao estatuto da microempresa e empresa de pequeno porte. *Revista Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 90, jul. 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9817>. Acesso em 06/04/2016.

Art. 51. As microempresas e as empresas de pequeno porte são dispensadas:
 I - da afixação de Quadro de Trabalho em suas dependências;
 II - da anotação das férias dos empregados nos respectivos livros ou fichas de registro;
 (...)
 IV - da posse do livro intitulado “Inspeção do Trabalho”;
 V - de comunicar ao Ministério do Trabalho e Emprego a concessão de férias coletivas.

Da simples leitura do inciso I acima transcrito podemos verificar a singeleza da prerrogativa conferida aos pequenos estabelecimentos, que passaram a estar dispensados simplesmente da afixação – quer dizer, dispensa da obrigação de publicidade interna – do Quadro de Trabalho, entendido este como documento em que consta a relação de empregados e as respectivas jornadas contratuais⁹⁰. Mantém-se, todavia, a obrigatoriedade da elaboração e da posse do Quadro de Trabalho na empresa, sem maiores repercussões práticas no sentido da simplificação das relações trabalhistas.

Da mesma forma, os incisos II e IV, ao dispensarem as pequenas empresas da anotação das férias dos empregados nos respectivos livros ou fichas de registro⁹¹ e da posse do livro de Inspeção do Trabalho⁹², pouco contribuem para o objetivo do artigo 51 do Estatuto de conferir simplificação às relações de trabalho, uma vez que essas obrigações flexibilizadas não correspondem a rotinas habituais nas empresas, pouco influenciando, assim, no cotidiano das relações de trabalho.

Por sua vez, o inciso V do mesmo artigo 51 do Estatuto dispensa a obrigação de comunicação formal de férias *coletivas* ao Ministério do Trabalho e Emprego – atual

⁹⁰ Diz o artigo 74 da CLT, “O horário do trabalho constará de quadro, organizado conforme modelo expedido pelo Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio, e afixado em lugar bem visível. Esse quadro será discriminativo no caso de não ser o horário único para todos os empregados de uma mesma seção ou turma”.

⁹¹ Nos termos do artigo 41 da CLT, “Em todas as atividades será obrigatório para o empregador o registro dos respectivos trabalhadores, podendo ser adotados livros, fichas ou sistema eletrônico, conforme instruções a serem expedidas pelo Ministério do Trabalho”. O parágrafo único do artigo 41 da CLT complementa a determinação do registro ao dispor que “Além da qualificação civil ou profissional de cada trabalhador, deverão ser anotados todos os dados relativos à sua admissão no emprego, duração e efetividade do trabalho, *a férias*, acidentes e demais circunstâncias que interessem à proteção do trabalhador.” (grifo nosso) Cada período aquisitivo e concessivo de férias, portanto, deverá ser expressamente consignado no livro de registro de empregado, que contempla o resumo das principais informações acerca da história do vínculo empregatício.

⁹² De acordo com o artigo 628, §1º, da CLT, “Ficam as empresas obrigadas a possuir o livro intitulado ‘Inspeção do Trabalho’, cujo modelo será aprovado por portaria Ministerial.” Dessa forma, em regra todas as empresas devem ter em suas dependências o Livro de Inspeção do Trabalho, à disposição não apenas da Fiscalização, mas também dos próprios trabalhadores, entes sindicais e demais interessados, em que constará o histórico das auditorias havidas na empresa, com informações acerca do período fiscalizado, irregularidades encontradas, orientações fiscais e autos de infração lavrados. O modelo de Livro de Inspeção do Trabalho é regulado pela Portaria MTE nº 3.158/1971.

Ministério do Trabalho e Previdência Social – disciplinada no artigo 139, §2º, da CLT⁹³. Porém, resulta mantida a obrigatoriedade das pequenas empresas de comunicação das férias coletivas ao sindicato e da fixação de aviso no local de trabalho referidas no §3º⁹⁴ do mesmo dispositivo legal.

Por fim, com o objetivo de facilitação e simplificação das obrigações em medicina e segurança do trabalho, o lacônico artigo 50 da Lei Complementar n.º 123/2006 busca promover o associativismo das pequenas empresas para cumprimento de obrigações atinentes à prevenção em saúde e segurança do trabalhador que as Micro e Pequenas Empresas. Estabelece a diretriz no sentido de que o setor “será estimulado pelo poder público e pelos Serviços Sociais Autônomos a formar consórcios para acesso a serviços especializados em segurança e medicina do trabalho”, sendo certo que até o presente momento não houve regulamentação do citado dispositivo para colocar em prática a diretriz legal.

Dessa forma, em que pese o propalado intuito de desburocratização das relações de trabalho divulgado no enunciado do Capítulo VI do Estatuto Nacional das Micro e Pequenas Empresas, intitulado “Da Simplificação das Relações de Trabalho”, são essas as singelas medidas de simplificação das rotinas administrativo-trabalhistas previstas no Estatuto Nacional das Micro e Pequenas Empresas.

1.5.4. Prerrogativa às pequenas empresas do instituto da Dupla Visita em detrimento do poder de polícia da Inspeção do Trabalho (artigo 6º, §3º, da Lei nº 7.855/89 e art. 55, §1º, da LC n.º 123/2006).

A Inspeção do Trabalho, ao materializar o poder de polícia administrativa no âmbito das relações de trabalho, possui como atribuições funcionais não apenas a imposição de multas e as medidas administrativas restritivas atinentes a embargos e interdições de atividades, mas também o poder-dever de orientar e advertir os empregadores sujeitos à Inspeção do Trabalho e os empregados quanto ao cumprimento da legislação trabalhista, consoante sua Lei de regência n.º 10.593/2002 e seu respectivo Decreto n.º 4.552/2002 (Regulamento da Inspeção do Trabalho).

⁹³ Consolidação das Leis do Trabalho, art. 139 - Poderão ser concedidas férias coletivas a todos os empregados de uma empresa ou de determinados estabelecimentos ou setores da empresa. (...)

§ 2º - Para os fins previstos neste artigo, o empregador comunicará ao órgão local do Ministério do Trabalho, com a antecedência mínima de 15 (quinze) dias, as datas de início e fim das férias, precisando quais os estabelecimentos ou setores abrangidos pela medida.

⁹⁴ Consolidação das Leis do Trabalho, art. 139, §3º - Em igual prazo [antecedência de 15 (quinze) dias], o empregador enviará cópia da aludida comunicação aos sindicatos representativos da respectiva categoria profissional, e providenciará a afixação de aviso nos locais de trabalho.

É no sentido do cumprimento desse dever legal de orientação que se sustenta o instituto da Dupla Visita, consistente, como o próprio nome indica, na realização de duas visitas ao empregador fiscalizado. A primeira visita dá-se para a inspeção do local de trabalho e, em caso de constatação de irregularidades, para a instrução do empregador no sentido da regularização das condições trabalhistas. A segunda visita, sem prazo definido, ocorrerá para verificação do cumprimento das instruções anteriores e, se for o caso de renitência, para a consequente lavratura de autos de infração.

Prevista desde a septuagenária redação da CLT (Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943), o instituto da Dupla Visita foi idealizado originariamente – e com vigência até os dias atuais – para instrução quanto a novidades legislativas ou para instrução de empresas recém inauguradas⁹⁵. Assim previu o artigo 627 da CLT:

Art. 627 - A fim de promover a instrução dos responsáveis no cumprimento das leis de proteção do trabalho, a fiscalização deverá observar o critério de dupla visita nos seguintes casos:

- a) quando ocorrer promulgação ou expedição de novas leis, regulamentos ou instruções ministeriais, sendo que, com relação exclusivamente a esses atos, será feita apenas a instrução dos responsáveis;
- b) em se realizando a primeira inspeção dos estabelecimentos ou dos locais de trabalho, recentemente inaugurados ou empreendidos.

Até então, o panorama do instituto da Dupla Visita era definido pelas duas hipóteses referidas acima, referentes à novidade da legislação trabalhista ou à instrução inicial das empresas recém-inauguradas, quaisquer que fossem os tipos de infração.

Em 24 de outubro de 1989, entretanto, adveio a Lei n.º 7.855, que ampliou o instituto. Determinava a mencionada lei que a Dupla Visita deveria ser cumprida, além das hipóteses celetistas de novidade normativa e estabelecimento recém inaugurado, quando se tratasse de pequena empresa, assim definida aquelas com até 10 (dez) empregados, excetuado infração por falta de registro de empregado (informalidade no emprego) bem como fraude, resistência ou embaraço à Inspeção do Trabalho. Assim diz o ainda vigente artigo 6º, §3º, da Lei n.º 7.855/1989:

Art. 6º, §3º - Será observado o critério de dupla visita nas empresas com até dez empregados, salvo quando for constatada infração por falta de registro de empregado, anotação da sua Carteira de Trabalho e Previdência Social e na ocorrência de fraude, resistência ou embaraço à fiscalização.

⁹⁵ O Decreto n.º 55.841, de 15 de março de 1965, que veiculava o primeiro regulamento da Inspeção do Trabalho (hoje previsto pelo Decreto n.º 4552/2002), determinava em seu artigo 18 que o prazo para definição de empresas “recém-inauguradas” e “novas leis” para fins do critério de dupla visita restringia-se a 90 (noventa) dias a contar do funcionamento da nova empresa ou da vigência da nova legislação. Atualmente o Decreto n.º 4552/2002 (Regulamento da Inspeção do Trabalho) prevê esse mesmo prazo no artigo 23, §1º.

E, mais recentemente, a Lei Complementar n.º 123/2006, com redação alterada pela novel Lei Complementar nº 147, de 2014, ampliou ainda mais o instituto da Dupla Visita, prevendo-a a qualquer Micro e Pequena empresa, independentemente do número de empregados, mantidas as exceções referentes à infração por falta de registro de empregado e por fraude, resistência ou embaraço à Inspeção do Trabalho. Eis o teor do artigo 55 da Lei Complementar n.º 123/2006 (grifo nosso):

Art. 55. A fiscalização, no que se refere aos aspectos *trabalhista*, metrológico, sanitário, ambiental, de segurança e de uso e ocupação do solo das microempresas e empresas de pequeno porte, deverá ter natureza prioritariamente orientadora, quando a atividade ou situação, por sua natureza, comportar grau de risco compatível com esse procedimento.

§ 1º Será observado o critério de dupla visita para lavratura de autos de infração, salvo quando for constatada infração por falta de registro de empregado ou anotação da Carteira de Trabalho e Previdência Social – CTPS, ou, ainda, na ocorrência de reincidência, fraude, resistência ou embaraço à fiscalização.

Dessa forma, diante do histórico de regulamentação e progressivo elastecimento do instituto, atualmente a Dupla Visita possui a seguinte aplicação concomitante: a) promulgação ou expedição de novas leis, regulamentos ou instruções ministeriais e primeira inspeção nas empresas recentemente inauguradas, durante o prazo de 90 (noventa) dias; b) quando se tratar de empresas com até 10 (dez) empregados ou de Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, salvo quando for constatada infração por falta de registro de empregado ou de anotação da CTPS, bem como na ocorrência de reincidência⁹⁶, fraude, resistência ou embaraço à fiscalização.

A Dupla Visita constitui, portanto, mais um instituto eleito pelo legislador pátrio como modo de concretização do tratamento favorecido dirigido às pequenas empresas, assim definidas, de acordo com a legislação supramencionada, como aquelas com até 10 (dez) empregados (critério empregatício) ou Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (critério tributário).

Sem a pretensão de discorrer acerca do mérito e da efetividade da Dupla Visita – o que fugiria ao escopo deste trabalho –, importa registrar objetivamente que o instituto constitui uma benesse trabalhista àqueles pequenos empregadores que incorrerem em infrações contra o ordenamento jurídico trabalhista. Tendo em vista que a Inspeção do

⁹⁶ Apesar de na LC 123/2006, artigo 55, constar a exceção “reincidência” como exceção à dupla visita, fato é que essa previsão legal é prescindível, uma vez que, pela definição do próprio instituto da Dupla Visita, a hipótese de reincidência de infração se confunde com a não regularização após a primeira visita fiscal – o que de qualquer modo enseja a lavratura do respectivo auto de infração.

Trabalho já tem como dever funcional a orientação e advertência de todos os administrados, independentemente se enquadrados ou não em infração trabalhista, tem-se que o único intuito do favorecimento em questão dirige-se, na prática, ao perdão administrativo da conduta infracional já consumada e verificada em pequenas empresas no ato da primeira visita fiscal.

Dessa forma, essa benesse aos empregadores infratores, ao gerar um tratamento equivalente com os empregadores que a duras custas se mantém em retidão de conduta, acaba por constituir um desestímulo à estrita observância do ordenamento jurídico trabalhista, em consequente prejuízo às condições empregatícias do setor.

1.5.5. Proposta do Simples Trabalhista (PL n.º 450/2015)

Paralelo às medidas juslaborais de tratamento favorecido já concretizadas às pequenas empresas pelo legislador infraconstitucional, importante registrar também a proposta legal veiculada originariamente no Projeto de Lei n.º 951/2011, que atualmente tramita no Congresso Nacional sob o Projeto de Lei n.º 450/2015, denominado “Lei do Simples Trabalhista”.⁹⁷

O “Simples Trabalhista” foi idealizado como programa facultativo aos Micro e Pequenos Empresários, aplicável aos vínculos empregatícios ainda não formalizados pelos respectivos empregadores.⁹⁸ De acordo com seu artigo 1º, então, possui o pretenso objetivo de promoção de emprego formal no âmbito dessas pequenas empresas.⁹⁹

Foram propostos três grupos de medidas flexibilizantes do direito material trabalhista no Projeto de Lei em comento. Primeiramente, medidas legais havidas no corpo do próprio Projeto, diretamente aplicáveis no âmbito das Micro e Pequenas Empresas optantes pelo “Simples Trabalhista”. Um segundo grupo é formado por diversas autorizações no sentido de que as negociações coletivas possam relativizar normas trabalhistas para o setor, à margem da legislação trabalhista. E um terceiro grupo refere-se às aberturas para regulamentações de direitos diretamente via acordos individuais entre empregados e pequenos empregadores, independentemente do que decidido no âmbito coletivo da categoria.

⁹⁷ O inteiro teor do Projeto de Lei consta no Anexo IV.

⁹⁸ PL 450/2015, art. 2º, § 1º - O Simples Trabalhista somente se aplica aos trabalhadores de microempresas e empresas de pequeno porte que não estejam registrados nos termos do art. 13 e 29 da CLT.

⁹⁹ Vale registrar, contudo, que o Projeto em questão, em recente parecer da Comissão do Trabalho, Administração e Serviço Público da Câmara dos Deputados (parecer de 13/04/2015 – Dep. Laércio Oliveira), foi aceita uma emenda que suprimiu mencionada restrição do Simples Trabalhista apenas aos vínculos empregatícios ainda não formalizados, passando a ser proposto a todos os vínculos empregatícios da pequena empresa optante. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=948977>>. Acesso em 27/05/2016.

Quanto ao primeiro grupo, prevê o Projeto de Lei que o empregado poderá a qualquer tempo sacar o saldo de FGTS depositado em seu nome ao longo do contrato, desde que, comprovadamente, para custeio de gastos com sua qualificação profissional¹⁰⁰. Com aplicabilidade direta após a vigência, o Projeto de benevolências trabalhistas às pequenas empresas prevê, adicionalmente, o elastecimento do prazo para quitação das verbas rescisórias dos empregados para até 1 (um) ano, inclusive débitos referentes a empregados com vínculos anteriores à opção pelo Simples Trabalhista. Diz a proposta, ainda, que, uma vez efetivado o pagamento rescisório no novo prazo, estaria extinta a pretensão punitiva do Estado quanto às respectivas infrações administrativas.¹⁰¹

No tocante ao segundo grupo de medidas flexibilizantes, o Projeto do “Simples Trabalhista” prevê a possibilidade de acordos ou convenções coletivas: fixar regime especial de piso salarial - REPIS, autorizando que pequenas empresas pratiquem patamares remuneratórios próprios menores do que o piso vigente para a categoria profissional¹⁰²; estabelecer critérios próprios para participação dos empregados nos lucros e resultados da pequena empresa, à margem das diretrizes legais estabelecidas na já consolidada Lei n.º 10.101/2001¹⁰³; e permitir irrestritamente o trabalho aos domingos e feriados, sem necessidade de autorização da autoridade competente em matéria de trabalho – hoje, o MTb¹⁰⁴.

Por fim, quanto ao terceiro grupo de medidas, por meio de uma radicalização dos princípios da disposição e da autonomia negocial das partes individuais, o Projeto autoriza

¹⁰⁰ PL 450/2015, art. 6º - O empregado de pessoa jurídica optante pelo Simples Trabalhista, ressalvada carência de um ano, contada de sua admissão na empresa, poderá a qualquer tempo sacar recursos em seu nome depositados no Fundo de Garantia de Tempo de Serviço (FGTS), desde que, comprovadamente, para custeio de gastos com sua qualificação profissional.

¹⁰¹ PL 450/2015, art. 4º - O pagamento de todos os débitos trabalhistas, em relação aos empregados que já trabalhavam na própria empresa empregadora, de responsabilidade de pessoa jurídica optante pelo Simples Trabalhista, se efetivados no prazo de 1(um) ano, contado da data de sua inscrição no Programa, extingue, quanto aos referidos débitos e exigências legais, a pretensão punitiva do Estado e impedem a imposição de quaisquer penalidades pecuniárias ou administrativas.

Parágrafo único. Fica criado o parcelamento especial dos débitos trabalhistas devidos pelas empresas optantes pelo Simples Trabalhista competindo à comissão tripartite fixar critérios e procedimentos para parcelamento dos recolhimentos em atraso.

¹⁰² PL 450/2015, art. 3º - Às pessoas jurídicas optantes pelo Simples Trabalhista, aplicam-se as seguintes normas:

I – acordos ou convenções coletivas de trabalho específicos poderão:

a) fixar regime especial de piso salarial (REPIS); (...)

¹⁰³ PL 450/2015, art. 3º Às pessoas jurídicas optantes pelo Simples Trabalhista, aplicam-se as seguintes normas:

I – acordos ou convenções coletivas de trabalho específicos poderão: (...)

c) estabelecer, em casos de previsão para participação nos lucros ou resultados da empresa nos termos da Lei 10.101/2001, os critérios, a forma e a periodicidade do correspondente pagamento;

¹⁰⁴ PL 450/2015, art. 3º Às pessoas jurídicas optantes pelo Simples Trabalhista, aplicam-se as seguintes normas:

I – acordos ou convenções coletivas de trabalho específicos poderão: (...)

d) permitir o trabalho em domingos e feriados, sem prejuízo da exigência de compensação de que trata a alínea “b”;

que empregado e pequena empresa estabeleçam livremente, mediante simples acordo individual escrito: a redução do percentual de recolhimento mensal do FGTS, de 8% para 2% das verbas salariais percebidas pelo trabalhador, pelo prazo de cinco anos, sendo que, após o quinquênio, o percentual aumentaria dois pontos percentuais ao ano até retornar ao patamar de 8% a que se refere a Lei do FGTS (Lei n.º 8.036/90)¹⁰⁵; a fixação do horário normal de trabalho do empregado durante o gozo do aviso prévio, desobrigando no período a redução da jornada diária ou semanal que se refere o artigo 488¹⁰⁶ da CLT¹⁰⁷; o parcelamento do 13º salário (gratificação natalina) em até 6 (seis) parcelas ao longo do ano¹⁰⁸; o fracionamento da concessão de férias do empregado em até 3 (três) períodos ao longo do ano¹⁰⁹.

Em contrapartida às benesses trabalhistas destinadas às pequenas empresas, o Projeto do Simples Trabalhista estabelece a possibilidade de exclusão daqueles Micro e Pequenos Empregadores em que for constatado trabalhador informal um ano após a inscrição no Programa, ou mesmo daqueles que descumprirem qualquer norma constante do Projeto de Lei.¹¹⁰

¹⁰⁵ PL 450/2015, art. 3º, VIII - o percentual a que se refere o art. 15 da Lei nº 8.036, de 15 de maio de 1990, será igual àquele previsto no art. 2º, II, da Lei 9.601, de 21 de janeiro de 1998, em contratos que venham a ser celebrados a partir da vigência desta lei, desde que:

a) o contratado não tenha conta individualizada no FGTS, de que trata a referida Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990, ou, na existência de conta, nela não tenham sido efetivados depósitos há mais de dois anos; e,
b) o contratado aceite, mediante acordo firmado com o empregador, o percentual fixado neste inciso.

(...) § 2º A aplicação do disposto no inciso VIII fica limitada ao prazo de cinco anos, contados da data da assinatura do contrato.

§ 3º Na vigência do contrato, a partir do prazo de que trata o § 2º, o percentual estabelecido no inciso VIII, *in fine*, aumentará à razão de dois pontos percentuais ao ano até atingir o limite fixado no art. 15 da Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990.(...)

¹⁰⁶ Consolidação das Leis do Trabalho, art. 488 - O horário normal de trabalho do empregado, durante o prazo do aviso, e se a rescisão tiver sido promovida pelo empregador, será reduzido de 2 (duas) horas diárias, sem prejuízo do salário integral.

Parágrafo único - É facultado ao empregado trabalhar sem a redução das 2 (duas) horas diárias previstas neste artigo, caso em que poderá faltar ao serviço, sem prejuízo do salário integral, por 1 (um) dia, na hipótese do inciso I [trabalho com contraprestação semanal ou inferior], e por 7 (sete) dias corridos, na hipótese do inciso II [trabalho com contraprestação quinzenal ou mensal] do art. 487 desta Consolidação.

¹⁰⁷ PL 450/2015, art. 3º Às pessoas jurídicas optantes pelo Simples Trabalhista, aplicam-se as seguintes normas:(...) II - acordo escrito firmado entre o empregador e o empregado poderá:

a) fixar o horário normal de trabalho do empregado, durante o gozo do aviso prévio; (...)

¹⁰⁸ PL 450/2015, art. 3º Às pessoas jurídicas optantes pelo Simples Trabalhista, aplicam-se as seguintes normas:(...) II - acordo escrito firmado entre o empregador e o empregado poderá:(...)

b) prever o pagamento da gratificação salarial instituída pela Lei n. 4.090, de 13 de julho de 1962, de responsabilidade do empregador, em até seis parcelas;

¹⁰⁹ PL 450/2015, art. 3º Às pessoas jurídicas optantes pelo Simples Trabalhista, aplicam-se as seguintes normas:(...) II - acordo escrito firmado entre o empregador e o empregado poderá:(...)

c) dispor sobre o fracionamento das férias do empregado, desde que observado limite máximo de três períodos;

¹¹⁰ PL 450/2015, art. 5º A exclusão do Simples Trabalhista será feita de ofício ou mediante comunicação das pessoas jurídicas optantes que:

I – mantiverem, em seus quadros, qualquer trabalhador informal, 1(um) ano após sua inscrição no Programa;

II – descumprirem qualquer norma constante desta lei. (...)

Do apanhado de alterações legislativas intentadas pelo Simples Trabalhista, logo, é possível notar que a proposta flexibilizadora, ao abrir mão dos princípios da imperatividade e da indisponibilidade¹¹¹ das normas trabalhistas, dá azo à denominada “prevalência do negociado sobre o legislado”¹¹², desconsiderando a notória – e distintiva – assimetria negocial existente na relação entre empregado e empregador.

Exalta-se a autonomia da vontade privada de matriz liberal individualista em detrimento do interesse público que envolve as relações de trabalho, de modo a evidenciar a deliberada opção do legislador infraconstitucional em tutelar a ordem econômica em detrimento da tutela social do trabalhador.

Pela descrição das propostas, pois, é possível notar o modo e a intensidade com que o legislador infraconstitucional se propõe a concretizar *ad futurum* a diretriz constitucional do tratamento favorecido às pequenas empresas no âmbito do direito material trabalhista.

1.6. A realidade empírica das relações de trabalho nas pequenas empresas

Verificada a importância econômico-social das pequenas empresas para o país, bem como o atual cenário de concretização do tratamento favorecido na legislação, em especial no Direito do Trabalho, convém por ora a investigação da realidade empírica das relações de trabalho no setor, de modo a verificarmos a real situação da materialização das condições juslaborais nas pequenas empresas do Brasil.

Para essa tarefa empírica, diversas seriam as metodologias e as fontes de pesquisa disponíveis. A opção de fonte de pesquisa empírica neste trabalho centra-se nos dados consolidados pelo Ministério do Trabalho e Previdência Social a partir dos resultados fiscais promovidos pela Inspeção do Trabalho, em seu poder de polícia administrativa, nos últimos

¹¹¹ De acordo com a precisa síntese de Américo Plá Rodrigues acerca dos princípios da imperatividade e da indisponibilidade, decorrentes da natureza de ordem pública das normas laborais, diz o autor que “No campo do Direito do Trabalho surge, pois, uma distinção essencial e de suma importância: nele existem normas imperativas que não excluem a vontade privada, mas a cercam de garantias para assegurar sua livre formação e manifestação, valorizando a como a expressão da própria personalidade humana”. RODRIGUES, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. 3ª ed. Tradução de Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, 2000. E-book. ISBN 85-7322-652-8 - Código 1960.1 p. 63.

¹¹² Em apertada síntese, a proposta de prevalência do “negociado sobre o legislado” corresponde à nova investida de matriz neoliberal discutida ultimamente pelo Congresso Nacional no âmbito do Projeto de Lei de Conversão n.º 18/2015, originário da Medida Provisória n.º 680/2015, em que se pretendia alterar a redação do art. 611 da CLT para acrescentar parágrafos que autorizassem a prevalência de condições estabelecidas em normas coletivas em detrimento dos direitos mínimos contidos na CLT. A proposta não prosperou na redação final aprovada, sendo certo, todavia, que permanecem as discussões acerca do “negociado sobre o legislado” em outras propostas legislativas em curso no Congresso Nacional, como o é a recente proposta do Projeto de Lei n.º 4.962/2016, de similar teor. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1554014>>. Acesso em 17/04/2016.

três anos completos. Vale registrar que essa definição metodológica fundamenta-se no trabalho de âmbito nacional exercido pela Auditoria-Fiscal do Trabalho nos mais diversos setores econômicos e em todas as regiões do território nacional, fato que nos aproxima, nesta pesquisa, de resultados empíricos válidos e fidedignos da realidade visada.¹¹³

Importante esclarecer que a Inspeção do Trabalho, para atingimento dos seus objetivos institucionais atinentes à verificação do cumprimento das normas de proteção ao trabalho pelos empregadores¹¹⁴, organiza-se nacionalmente a partir de diversos projetos estratégicos de atuação, observado o foco em uma temática juslaboral. Apesar da diversidade temática, na presente pesquisa empírica fez-se escolha de coleta de dados de projetos fiscais com maior aptidão para evidenciar as condições concretas de trabalho nas empresas nacionais, tendo em vista a evidenciação das condições contratuais dos vínculos empregatícios e das condições de saúde e segurança no ambiente de trabalho.

Passemos, então, à análise dos resultados fiscais consolidados pela Inspeção do Trabalho, referentes às ações fiscais havidas nos últimos três anos quanto aos projetos de Combate ao Trabalho Análogo ao de Escravo, Combate ao Trabalho Infantil, Prevenção e Análise de Acidentes de Trabalho e Auditoria de Débitos de FGTS, em busca do objetivo de se aferir a realidade empírica das condições de trabalho nas pequenas empresas em comparação com a realidade das médias e grandes empresas nacionais.

¹¹³ Os critérios metodológicos de definição da amostragem dos dados oriundos da Auditoria-Fiscal do Trabalho foram objeto de detalhamento metodológico na introdução deste trabalho. Oportuno repisar, por ora, que a Inspeção do Trabalho, organizada pela União (CF, art. 21, XXIV), constitui-se como órgão administrativo nacional responsável pelo Poder de Polícia Administrativa trabalhista, responsável pela auditoria das relações de trabalho privadas. Atualmente vinculada ao Ministério do Trabalho - MTb, a Inspeção do Trabalho tem suas atribuições funcionais descritas nos artigos 626 e seguintes da CLT, na Lei n.º 10.593/2002 e no Decreto n.º 4.552/2002 (Regulamento da Inspeção do Trabalho). Ademais, vale frisar a definição do interstício trienal (2013, 2014, 2015) como recorte temporal para extração dos dados fiscais, por tratar-se dos três últimos anos completos de resultados fiscais consolidados.

¹¹⁴ De acordo com o artigo 626 da CLT, “Art. 626 - Incumbe às autoridades competentes do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, ou àquelas que exerçam funções delegadas, a fiscalização do fiel cumprimento das normas de proteção ao trabalho”. E, mais especificamente quanto às diversas atribuições funcionais da Auditoria-Fiscal do Trabalho, diz o artigo 11 da Lei n.º 10.593/2002: “Art. 11. Os ocupantes do cargo de Auditor-Fiscal do Trabalho têm por atribuições assegurar, em todo o território nacional: I - o cumprimento de disposições legais e regulamentares, inclusive as relacionadas à segurança e à medicina do trabalho, no âmbito das relações de trabalho e de emprego; II - a verificação dos registros em Carteira de Trabalho e Previdência Social - CTPS, visando a redução dos índices de informalidade; III - a verificação do recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, objetivando maximizar os índices de arrecadação; IV - o cumprimento de acordos, convenções e contratos coletivos de trabalho celebrados entre empregados e empregadores; V - o respeito aos acordos, tratados e convenções internacionais dos quais o Brasil seja signatário; VI - a lavratura de auto de apreensão e guarda de documentos, materiais, livros e assemelhados, para verificação da existência de fraude e irregularidades, bem como o exame da contabilidade das empresas, não se lhes aplicando o disposto nos arts. 17 e 18 do Código Comercial. Parágrafo único. O Poder Executivo regulamentará as atribuições privativas previstas neste artigo, podendo cometer aos ocupantes do cargo de Auditor-Fiscal do Trabalho outras atribuições, desde que compatíveis com atividades de auditoria e fiscalização”.

1.6.1. Trabalho Análogo ao de Escravo nas pequenas empresas

De acordo com o artigo 149 do Código Penal brasileiro¹¹⁵, o trabalho análogo ao de escravo é atualmente caracterizado pelas seguintes condições de labor: trabalho forçado¹¹⁶, com submissão coativa ao trabalho por meio de isolamento geográfico, retenção de documentos, cerceio ao uso de transporte, ameaça ou emprego de violência física ou psicológica; jornada exaustiva¹¹⁷, em que o trabalhador é sistematicamente submetido à sobrecarga de trabalho que o leve ao limite da sua capacidade, capaz de vulnerar as condições de saúde e segurança no ambiente laboral; condições degradantes de trabalho¹¹⁸, em situações laborais subumanas que colocam em risco a saúde, a integridade física e a vida do trabalhador, à margem dos mais basilares direitos fundamentais trabalhistas; e servidão por dívida¹¹⁹, em que o trabalhador é induzido a contrair débito com o empregador para aquisição de utilidades para o trabalho e se mantém no serviço com o fim de saldar a dívida contraída.

¹¹⁵ Código Penal, art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto:

Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I – cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho;

II – mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho.

§ 2º A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido:

I – contra criança ou adolescente;

II – por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem.

¹¹⁶ A Convenção nº 29 da OIT, item 1 do artigo 2º, define trabalho forçado como “*todo trabalho ou serviço exigido de um indivíduo sob ameaça de qualquer penalidade e para o qual ele não se ofereceu de espontânea vontade*”. Trata-se, portanto, de trabalho em que o obreiro não pode decidir livremente sobre a aceitação ou sobre sua permanência.

¹¹⁷ Na modalidade de trabalho análogo ao de escravo por jornada exaustiva, assume fundamental importância a análise do ritmo de trabalho imposto ao trabalhador, via de regra em trabalho remunerado por produção.

¹¹⁸ De acordo com o Dicionário Aurélio, a palavra degradante é definida como “situação que rebaixa, que avilta, infamante”, capaz de causar deterioração e humilhação. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Eletrônico Aurélio Século XXI*. 3º ed. Curitiba: Editora Positivo, 2004. Versão 5.0. CD-ROM. Degradar, na perspectiva laboral, pois, é privar de dignidade, submeter à forma desonrante de trabalho. Apesar da abertura e generalidade do tipo penal, trabalho degradante é hoje definido pela Inspeção do Trabalho como o labor em instalações manifestamente inadequadas à luz das Normas Regulamentadoras – NRs do Ministério do Trabalho e Previdência Social, capazes de gerar situações de agressão à segurança e à saúde do trabalhador, vulnerando sua integridade física e moral. Trata-se da modalidade mais frequente de trabalho análogo ao de escravo enfrentado pela Inspeção do Trabalho, exemplificadas por limitações à alimentação, à higiene e à moradia básicas. Disponível em <<http://www.mtps.gov.br/fiscalizacao-combate-trabalho-escravo>>. Acesso em 03/04/2016.

¹¹⁹ Também conhecida por *Truck System*, a servidão por dívida foi originariamente prevista na CLT como infração administrativa, capitulada no §§ 2º, 3º e 4º do artigo 462, que trata da regra de vedação de descontos no salário do empregado. Dizem referidos dispositivos: “§ 2º - É vedado à empresa que mantiver armazém para venda de mercadorias aos empregados ou serviços estimados a proporcionar-lhes prestações ‘in natura’ exercer qualquer coação ou induzimento no sentido de que os empregados se utilizem do armazém ou dos serviços; § 3º - Sempre que não for possível o acesso dos empregados a armazéns ou serviços não mantidos pela Empresa, é lícito à autoridade competente determinar a adoção de medidas adequadas, visando a que as mercadorias sejam vendidas e os serviços prestados a preços razoáveis, sem intuito de lucro e sempre em benefício das empregados; § 4º - Observado o disposto neste Capítulo, é vedado às empresas limitar, por qualquer forma, a liberdade dos empregados de dispor do seu salário”.

Cada uma dessas modalidades de trabalho análogo ao de escravo, embora autonomamente caracterizadas, podem ocorrer de modo concomitante em situações concretas de labor.¹²⁰

Mundialmente reconhecida como a conduta mais nefasta no mundo do trabalho, a prática de redução de um ser humano à condição análoga a de escravo somente foi oficialmente reconhecida pelo Estado brasileiro em 1995, quando foram criados o Grupo Especial de Fiscalização Móvel¹²¹ – GEFM no âmbito do então Ministério do Trabalho – MTb, bem como o Grupo Executivo de Repressão ao Trabalho Forçado – GERTRAF, substituído em 2003 pela Comissão Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo – CONATRAE em âmbito interministerial.¹²²

Além do GEFM, de atuação nacional, a Secretaria de Inspeção do Trabalho do MTb possui também projetos estratégicos locais destinados ao combate regionalizado de trabalho análogo ao de escravo, executados pelas unidades regionais de cada Unidade da Federação.¹²³

Importante registrar que o combate ao trabalho análogo ao de escravo promovido pela da Inspeção do Trabalho dá-se prioritariamente de forma reativa, a partir de denúncias formuladas em regra pelos próprios trabalhadores egressos de situações degradantes, por propriedades vizinhas, por sindicatos profissionais ou mesmo por Organizações Não Governamentais – ONGs que têm por objetivo a promoção do trabalho humano digno.¹²⁴ Dessa forma, as operações deflagradas pela Inspeção do Trabalho se dão nos mais diversos setores econômicos do país, sem qualquer restrição de fonte de informação e de ordem geográfica e política a obstar a ação fiscal.¹²⁵

¹²⁰ BRASIL. *Manual de Combate ao Trabalho em Condições Análogas às de Escravo*. Brasília, Ministério do Trabalho e Emprego – MTE, 2011. 96 p. p. 10-14.

¹²¹ O GEFM foi instituído no âmbito do então Ministério do Trabalho e Emprego – mais especificamente na Secretaria de Inspeção do Trabalho – pelas Portarias nº 549 e nº 550, de 14 de junho de 1995. O grupo de atuação nacional é composto por Auditores Fiscais do Trabalho e conta com apoio de outras instituições, como Polícia Federal e Polícia Rodoviária Federal, Ministério Público do Trabalho e eventualmente Ministério Público Federal e Defensoria Pública da União.

¹²² BRASIL. *As boas práticas da inspeção do trabalho no Brasil : a erradicação do trabalho análogo ao de escravo*. Brasília, Organização Internacional do Trabalho - OIT, 2010. 52 p. p. 24-25.

¹²³ Os procedimentos fiscais para a atuação da Inspeção do Trabalho em Combate ao Trabalho Análogo ao de Escravo são descritos pela Instrução Normativa SIT/MTE nº 91/2011. Disponível em <<http://www.mtps.gov.br/fiscalizacao-combate-trabalho-escravo>>. Acesso em 18/04/2016.

¹²⁴ BRASIL. *As boas práticas da inspeção do trabalho no Brasil : a erradicação do trabalho análogo ao de escravo*. Brasília, Organização Internacional do Trabalho - OIT, 2010. 52 p. p. 28-30.

¹²⁵ A título de evidenciamento procedimental, importa expor que as ações fiscais de combate ao trabalho análogo ao de escravo se dão em regra em equipe multidisciplinar e multi-institucional, com participação das Polícias Federal ou Rodoviária Federal, Ministério Público do Trabalho e, eventualmente, Ministério Público Federal e Defensoria Pública da União, para a consecução das tarefas atinentes às respectivas competências institucionais, inclusive ajuizamento de Ações Cíveis Públicas ou elaboração de Termos de Ajuste de Conduta.

Face ao exposto, tem-se que os resultados fiscais no Combate ao Trabalho Análogo ao de Escravo figuram como importante fonte de dados para averiguação das mínimas condições de trabalho humano em empresas de todo país. A partir de dados empíricos da Inspeção do Trabalho, extraídos de Relatórios de Inspeção – RI de ações fiscais dessa natureza, será possível, então, verificarmos a incidência de ocorrências de trabalho análogo ao de escravo em pequenas empresas e compará-los à incidência de ocorrências em médias e grandes empresas, a fim de se obter informações objetivas acerca da precariedade das condições básicas de trabalho no setor das pequenas empresas nacionais.

Resultados fiscais de Combate ao Trabalho Análogo ao de Escravo

Importante frisar, tal como já elucidado no detalhamento metodológico inserido na introdução deste trabalho, que as ações fiscais desenvolvidas pela Inspeção do Trabalho são obrigatoriamente registradas em Relatórios de Inspeção – RI, documentos nos quais são assentados todos os dados da inspeção trabalhista, tal como a identificação do empregador, o número de trabalhadores do estabelecimento e de empregados alcançados pela inspeção, identificação dos Auditores-Fiscais envolvidos e os resultados fiscais de cada atributo trabalhista auditado. Esses RIs são registrados mensalmente no banco de dados informatizados do Sistema Federal de Inspeção do Trabalho – SFIT, a partir do qual os dados abaixo foram coletados¹²⁶.

Com efeito, observado os resultados fiscais de 2013 a 2015, das 473 inspeções trabalhistas promovidas pela Auditoria-Fiscal do Trabalho em que houve resgate de trabalhador submetido à situação análoga a de escravo, 247 ocorrências se deram em Microempresas - ME e Empresas de Pequeno Porte - EPP¹²⁷, enquanto as outras 226 ocorrências se deram em Médias e Grandes Empresas. Esses números fiscais denotam, portanto, que 52,2% do total de resgates de trabalho análogo ao de escravo no período se concentraram em ME e EPP.¹²⁸

¹²⁶ Vale repisar que os dados analíticos de ações fiscais registrados no banco de dados informatizados do Sistema Federal de Inspeção do Trabalho – SFIT estão protegidos por sigilo fiscal, por revelarem dados contábeis e informações detalhadas acerca da organização empresarial, nos termos do artigo 35 do Decreto n.º 4.552/2002 (Regulamento da Inspeção do Trabalho). Entretanto, os dados coletados na presente pesquisa serão trabalhados e expostos apenas quantitativamente, por meio de resultados numéricos massivos, sem qualquer explicitação de dados analíticos sigilosos.

¹²⁷ Tal como já registrado no detalhamento metodológico da pesquisa empírica, contido na introdução deste trabalho, as Micro e Pequenas empresas foram definidas na coleta de dados pelas siglas ME e EPP obrigatoriamente registradas ao final da Razão Social (LC n.º 123/2006, art. 72); as médias e grandes empresas foram identificadas por exclusão, quando ausentes as siglas ME e EPP na Razão Social.

¹²⁸ Vide a Tabela Comparativa 04-A, no anexo III.

Se modificarmos o critério de classificação de pequena empresa para o empregatício, é possível notar que essa concentração de ocorrências de trabalho análogo ao de escravo se mantém em pequenos empregadores e até mesmo se intensifica. Isso porque, das mesmas 473 inspeções em que foi flagrado trabalhador submetido à situação análoga a de escravo no mesmo período, 255 ocorrências referem-se a empresas com até 10 (dez) empregados, enquanto os demais 218 resgates ocorreram em empresas com onze ou mais empregados. Os resultados fiscais denotam, pois, a concentração de 53,9% de trabalho análogo ao de escravo em pequenas empresas com até 10 (dez) empregados.¹²⁹

E essa concentração majoritária de ocorrências de trabalho análogo a de escravo em pequenas empresas se mostra ainda mais expressiva se a compararmos a não tão significativa representatividade das pequenas empresas no mercado de trabalho. Consoante registrado no tópico 1.2 acima, em 2014 – últimos dados da RAIS disponíveis – as pequenas empresas foram responsáveis por apenas 36,1% (critério de classificação tributário) ou 21,4% (critério de classificação empregatício) dos vínculos empregatícios formais havidos no país, enquanto as médias e grandes empresas representaram 63,9% (critério tributário) e 78,6% (critério empregatício) do mercado de trabalho. Assim, observado o fator de proporcionalidade de mão de obra, tem-se que as pequenas empresas, mesmo absorvendo uma menor parcela de vínculos empregatícios formais do mercado de trabalho, tiveram contra si o maior número de ocorrências de trabalho análogo ao de escravo. É o que se infere das taxas de ocorrências de trabalho escravo por cem mil empregados do setor, que em pequenas empresas alcançaram a marca de 1,8 (critério tributário) e de 3,1 (critério empregatício), enquanto médias e grandes empresas apresentaram marcas de 0,9 (critério tributário) e 0,7 (critério empregatício).¹³⁰

Tais dados empíricos primários denotam de forma objetiva, em números, a precariedade das condições mínimas de labor existentes no setor.

1.6.2. Trabalho Infantil nas pequenas empresas

O marco normativo constitucional acerca do trabalho infantil orienta-se pelos artigos 227 e 7º, XXXIII, da Constituição da República. Enquanto o primeiro determina que são deveres da família, da sociedade e do Estado a tutela, com absoluta prioridade, do direito à vida, à saúde, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária das crianças e adolescente, de modo a

¹²⁹ Vide a Tabela Comparativa 04-B, no anexo III.

¹³⁰ Vide Tabelas Comparativas 04, A e B, no anexo III.

colocá-los a salvo de toda forma de vulneração social, o segundo dispositivo constitucional estabelece os 16 anos como idade mínima para o ingresso no mercado de trabalho, exceto na condição de aprendiz, a partir dos 14 anos de idade.

Esse marco constitucional, vale dizer, harmoniza-se com os tratados internacionais do qual o Brasil faz parte. A propósito, a Convenção da Organização das Nações Unidas – ONU, ratificada pelo Brasil em 1990 e promulgada pelo Decreto n.º 99.710/1990, mais especificamente em seu artigo 32, estabelece a proteção da criança contra qualquer tipo de exploração econômica e contra qualquer trabalho que possa gerar perigo ou interferência em sua educação, sua saúde ou seu desenvolvimento físico, mental, moral ou social. A Convenção n.º 138 da OIT, por sua vez, ratificada em 2001 e promulgada pelo Decreto n.º 4.134/2002, determina que todo país que a ratifica deve especificar, em declaração, a idade mínima para admissão em trabalho em qualquer ocupação. Já a Convenção n.º 182 da OIT, ratificada em 2000 e promulgada pelo Decreto n.º 3.597/2000, estabelece que cada país signatário elabore a descrição dos trabalhos que por sua natureza são suscetíveis de prejudicar a saúde, a segurança ou a moral das crianças e, portanto, devem necessariamente ser proibidos.¹³¹

Na esteira desses tratados internacionais direcionados à tutela do trabalho infantil, o Estado brasileiro aprovou o Decreto n.º 6.481/2008, que definiu a Lista das Piores Formas de Trabalho Infantil – mais conhecido por Lista TIP, anteriormente descrita pela Portaria n.º 20/2001 da Secretaria de Inspeção do Trabalho do antigo Ministério do Trabalho e Emprego – MTE. Essa Lista TIP dispõe de forma minudente a descrição de mais de 90 atividades que, por se mostrarem afrontosas à integridade física ou moral das crianças e adolescentes¹³², serão impedidas de serem executadas pelo grupo social vulnerável, evidenciando, ainda, os riscos ocupacionais envolvidos em cada uma dessas modalidades laborais.

O Estado brasileiro dispõe, no âmbito do Poder Executivo, do poder de polícia administrativa a que está investida a Inspeção do Trabalho para a fiscalização desse robusto regramento de proibição do trabalho infantil em atividades elencadas na lista TIP.¹³³ A partir de planejamentos nacionais e regionais, bem como de denúncias oriundas dos próprios

¹³¹ Disponível em <<http://www.oitbrasil.org.br/convention>>. Acesso em 18/04/2016.

¹³² Importante esclarecer que desde o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, as organizações estatais e ONGs atuantes na rede de proteção do trabalho infantil consideram inapropriado o termo “menor” para designar crianças e adolescentes, ente o sentido diminutivo e, portanto, pejorativo que o termo apresenta. É dizer, a expressão “menor” reproduz e endossa de forma subjetiva discriminações arraigadas e uma postura de exclusão social que inclusive nos remete ao extinto Código de Menores.

¹³³ Os procedimentos fiscais para a atuação da Inspeção do Trabalho em Combate ao Trabalho Infantil são descritos pela Instrução Normativa SIT/MTE n.º 102/2013. Disponível em <<http://www.mtps.gov.br/fiscalizacao-combate-trabalho-infantil>>. Acesso em 18/04/2016.

trabalhadores ou entes familiares, de entes sindicais e inclusive de Organizações Não Governamentais – ONGs, a Inspeção do Trabalho promove em âmbito nacional o Combate ao Trabalho Infantil nos mais diversos setores econômicos.¹³⁴

Apesar da reprovabilidade da conduta e da afronta aos valores e direitos fundamentais envolvido na situação de trabalho infantil proibido, fato é que os números dos resultados fiscais consolidados pela Inspeção do Trabalho têm evidenciado uma elevada concentração dessa chaga social nas pequenas empresas nacionais. A partir de dados empíricos da Inspeção do Trabalho, extraídos de Relatórios de Inspeção – RI de ações fiscais de Combate ao Trabalho Infantil, será possível, então, verificarmos a incidência de ocorrências de labor infantil proibido em pequenas empresas e compará-los à incidência de ocorrências em médias e grandes empresas. Diante das informações acerca da concentração de trabalho infantil nas pequenas empresas nacionais, teremos condições de avaliar os números efetivos da precariedade das condições subjetivas dos trabalhadores do setor.

Resultados fiscais de Combate ao Trabalho Infantil

Para a seleção das ações fiscais com registro de irregularidade no atributo Trabalho Infantil, foram utilizados como parâmetro de coleta de dados os Relatórios de Inspeção – RIs da Inspeção do Trabalho em que constam Autos de Infração fundamentados no Capítulo IV da CLT (Da Proteção do Trabalho do Menor), atinentes ao labor infantil em atividade proibida e em condições impróprias.¹³⁵ Importante deixar claro, ademais, que o instituto de Dupla Visita, referido no item 1.5.4 acima, não figura como óbice para o mencionado parâmetro de extração de dados fiscais, uma vez que a lavratura de Autos de Infração

¹³⁴ Oportuno registrar que em toda ação fiscal em que é flagrado exploração de trabalho infantil, a atuação da Inspeção do Trabalho não se exaure na mera lavratura de Auto de Infração. Caracterizada como uma atividade estatal multidisciplinar e multi-institucional, as ações de combate ao trabalho infantil proibido se dão em cooperação de diversos entes estatais e até mesmo não governamentais, sendo a regra o encaminhamento dos vulneráveis resgatados para a assistência social ou Conselho Tutelar e, quando necessário, o acionamento do Ministério Público do Trabalho e Ministério Público Estadual para eventuais demandas judiciais ou firmação de Termos de Ajustamento de Conduta.

¹³⁵ As infrações administrativas atinentes ao Trabalho Infantil referem-se às seguintes condutas infracionais, selecionadas na extração de dados pela capitulação legal: -Manter em serviço empregado [não aprendiz] com idade inferior a dezesesseis anos (Capitulação: CF, art. 7º, XXXIII e CLT, art. 403, *caput*); -Manter empregado com idade inferior a dezoito anos prestando serviços em locais prejudiciais a sua formação, ao seu desenvolvimento físico, psíquico, moral ou social, ou em horários e locais que não permitam sua frequência à escola (Capitulação: CF, art. 7º, XXXIII, e CLT, art. 403, parágrafo único); -Manter empregado com idade inferior a dezoito anos prestando serviço em horário noturno (Capitulação: CF, art. 7º, XXXIII, e CLT, art. 404); -Manter empregado com idade inferior a dezoito anos prestando serviço em atividade nos locais e serviços insalubres ou perigosos (Capitulação: CF, art. 7º, XXXIII, e CLT, art. 405).

atinentes ao trabalho infantil proibido constituem hipóteses infracionais excetivas à Dupla Visita.¹³⁶

De acordo com os RIs extraídos do banco de dados informatizados do Sistema Federal de Inspeção do Trabalho – SFIT, referentes aos anos de 2013 a 2015, das 4.932 ações fiscais em que se observou trabalho de criança e adolescente em atividade proibida e em condições impróprias, 4.067 ocorrências concentraram-se em Microempresas - ME e Empresas de Pequeno Porte – EPP. Por outro lado, apenas 865 incidências de trabalho infantil proibido referem-se a Médias e Grandes Empresas. Tais números evidenciam que 82,5% das ações fiscais com irregularidade no atributo Trabalho Infantil concentram-se em ME e EPP.¹³⁷

Quando definidas as pequenas empresas pelo critério empregatício, tem-se que, das mesmas 4.932 ações fiscais desenvolvidas entre 2013 e 2015 com irregularidade no atributo Trabalho Infantil, 3.525 ocorreram em empresas com até 10 (dez) empregados, enquanto apenas 1.407 ocorrências se deram em empresas com onze ou mais empregados. Tais números revelam que 71,5% das inspeções com flagrante de exploração de trabalho infantil ocorreram em pequenos empregadores com até dez empregados¹³⁸.

Vale frisar, outrossim, que essa alta concentração de ocorrências de trabalho infantil nas pequenas empresas se mostra ainda mais evidente e preocupante se observarmos os números inversamente proporcionais de mão de obra absorvida pelo setor, que, tal como evidenciado no tópico 1.2 acima, foi responsável por apenas 36,1% (critério de classificação fiscal) ou 21,4% (critério de classificação empregatício) dos vínculos empregatícios formais do país em 2014 – último ano com dados disponíveis. Diante do fator proporcionalidade de mão de obra, portanto, nota-se que o setor das pequenas empresas, mesmo absorvendo uma parcela menor de vínculos, registrou número maior de ocorrências de trabalho infantil. Nesse sentido foram extraídas as taxas de ocorrências de trabalho infantil por cem mil empregados do setor, que em pequenas empresas alcançaram a marca de 29,2 (critério tributário) e de 42,7 (critério empregatício), enquanto médias e grandes empresas apresentaram marcas de 3,5 (critério tributário) e 4,6 (critério empregatício).¹³⁹

Tendo em vista a elevada concentração dessa mazela social nas pequenas empresas nacionais, ora representada por maiores índices de irregularidade na utilização da

¹³⁶ Nos termos dos artigos 6º, §3º, da Lei nº 7.855/89 e 55, §1º, da LC n.º 123/2006, as infrações quanto ao registro de empregado (aí incluído o trabalho infantil proibido), ou, ainda, a ocorrência de reincidência, fraude, resistência ou embaraço à fiscalização, configuram hipóteses que, por sua excepcionalidade e gravidade, afastam a prerrogativa da Dupla Visita às pequenas empresas.

¹³⁷ Vide Tabela Comparativa 05-A, no anexo III.

¹³⁸ Vide Tabela Comparativa 05-B, no anexo III.

¹³⁹ Vide Tabelas Comparativas 05, A e B, no anexo III.

mão de obra de crianças e adolescentes, desnuda-se a precariedade das condições pessoais de trabalho no setor.

1.6.3. *Acidentes de trabalho fatais nas pequenas empresas*

Acidente de trabalho, conforme definição supranacional veiculada pela Organização Internacional do Trabalho - OIT, corresponde a todo o acontecimento inesperado e imprevisto, derivado do trabalho ou com ele relacionado, do qual resulta uma lesão corporal, uma doença ou mesmo a morte, de um ou vários trabalhadores.¹⁴⁰ No Brasil, a definição de acidente de trabalho pela legislação da Previdência Social¹⁴¹ e pelo Ministério da Saúde¹⁴² se aproximam, correspondendo ao infortúnio ocorrido no exercício de atividade laboral, ou mesmo no trajeto para esta, com consequências danosas imediatas ou potenciais à vida ou à integridade física do trabalhador, a ele se equiparando inclusive outros tipos de agravos à saúde, como doenças profissionais – desencadeadas pelo exercício de atividades típicas de determinada profissão – e as doenças do trabalho – adquiridas ou desencadeadas em função de condições especiais em que o trabalho é realizado, qualquer que o seja, e que com ele se relacionem diretamente.¹⁴³

Dentre os diversos tipos de acidentes de trabalho, para os fins deste trabalho destacam-se aqueles graves e os fatais, em razão da evidenciação das parcas condições de saúde e segurança no ambiente laboral, das repercussões em responsabilidade trabalhista, civil, previdenciária e eventualmente criminal para o empregador, do impacto social a que estão associados, e, principalmente, em razão da premente necessidade de saneamento das irregularidades com o fim preventivo. Na presente pesquisa empírica, optou-se pelo recorte dos acidentes fatais, assim entendidos aqueles que levam o trabalhador a óbito imediatamente ou mesmo posteriormente, desde que a causa da morte seja, direta ou indiretamente, decorrente do acidente.¹⁴⁴ Isso porque os acidentes fatais são capazes de revelar, de forma

¹⁴⁰ OIT. Resolução sobre as estatísticas das lesões profissionais devidas a acidentes do trabalho. 16ª Conferência Internacional de Estatísticas do Trabalho. 1998. Disponível em <<http://www.ilo.org/public/portugue/bureau/stat/res/accinj.htm>>. Acesso em 21/04/2016.

¹⁴¹ BRASIL. Lei n.º 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 21/04/2016.

¹⁴² BRASIL. *Notificações de Acidentes do Trabalho Fatais, Graves e com Crianças e Adolescentes*. Brasília, Ministério da Saúde - MS, 2006. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/protocolo_not_acidentes_trab.pdf>. Acesso em 21/04/2016.

¹⁴³ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por Acidente do Trabalho*. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2014. p. 42-44.

¹⁴⁴ BRASIL. *Notificações de Acidentes do Trabalho Fatais, Graves e com Crianças e Adolescentes*. Brasília, Ministério da Saúde - MS, 2006. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/protocolo_not_acidentes_trab.pdf>. Acesso em 21/04/2016.

mais evidente e extremada, a precariedade das condições no ambiente de trabalho das empresas em que ocorreu.

Em que pese todas as empresas estarem obrigadas a comunicar imediatamente à Inspeção do Trabalho e à autoridade policial a ocorrência de acidente fatal em suas dependências, bem como emitir a Comunicação de Acidente de Trabalho – CAT destinada aos órgãos da Previdência Social e do Trabalho, nos termos respectivamente da Portaria MTE n.º 589/2014¹⁴⁵ e do artigo 22 da Lei n.º 8213/1991¹⁴⁶, nota-se no cotidiano laboral um grande ruído nessa comunicação oficial: o problema da *subnotificação* dos acidentes de trabalho, via de regra motivada por amadorismos, pela informalidade ou mesmo pela má intenção de se ocultar dados contrários aos interesses patronais. Todavia, mesmo quando não notificada oficialmente, a Inspeção do Trabalho mantém-se ciente do acidente de trabalho por meio de denúncias do sindicato profissional, de vizinhos ou da família do acidentado, ou, ainda, por meios indiretos, como notícias veiculadas pela imprensa ou ofícios oriundos da autoridade policial, sendo certo, portanto, que a subnotificação dos acidentes não impede o desenvolvimento regular das atribuições funcionais da Auditoria-Fiscal do Trabalho.¹⁴⁷

Uma vez ciente da ocorrência da fatalidade no ambiente laboral, caberá à Inspeção do Trabalho, então, o poder-dever de efetuar a análise do acidente, identificando seus fatores causais e novas situações ambientais com potencial para gerar tais infortúnios, nos termos do artigo 18, XIV, do Decreto 4.552/2002 (Regulamento da Inspeção do Trabalho – RIT), com o objetivo de apurar as infrações administrativas e promover a prevenção naquele ambiente laboral. Essas análises de acidente, realizadas *in loco*, são formalizadas pelo Auditor-Fiscal do Trabalho em formulário próprio, padronizado, nos termos da Instrução Normativa n.º 88/2010 da Secretaria de Inspeção do Trabalho, em que constarão todos os dados do empregador, do empregado e do ambiente laboral em que ocorreu o infortúnio. Ao final da ação fiscal em que ocorreu a análise de acidente, os dados são consolidados em Relatório de Inspeção – RI e armazenados no banco de dados informatizados do Sistema Federal de Inspeção do Trabalho – SFIT.¹⁴⁸

¹⁴⁵ BRASIL. Ministério do Trabalho e Previdência Social. Portaria MTE n.º 589, de 30 de abril de 2014. Disponível em < <http://sislex.previdencia.gov.br/>>. Acesso em 21/04/2016.

¹⁴⁶ Diz o artigo 22 da Lei n.º 8213/1991: “Art. 22. A empresa ou o empregador doméstico deverão comunicar o acidente do trabalho à Previdência Social até o primeiro dia útil seguinte ao da ocorrência e, em caso de morte, de imediato, à autoridade competente, sob pena de multa variável entre o limite mínimo e o limite máximo do salário de contribuição, sucessivamente aumentada nas reincidências, aplicada e cobrada pela Previdência Social.”

¹⁴⁷ BRASIL. *Análises de Acidentes do Trabalho Fatais: a experiência da Seção de Segurança e Saúde do Trabalhador* – SEGUR. Ministério do Trabalho e Emprego – MTE, 2008. 336p.

¹⁴⁸ BRASIL. *Guia de Análises de Acidente de Trabalho*. Brasília, Ministério do Trabalho e Emprego – MTE, 2010. 76 p.

Passemos, então, à análise dos dados empíricos da Inspeção do Trabalho, extraídos de RIs de ações fiscais em que houve análise de acidentes de trabalho fatais, para verificarmos de forma objetiva a incidência de ocorrências fatais em pequenas empresas e, daí, compará-las à incidência de acidentes fatais em médias e grandes empresas, com o fim de avaliar a precariedade das condições do ambiente de trabalho do setor.

Resultados fiscais de análises de acidentes de trabalho fatais

A partir da extração de resultados fiscais do SFIT, referente aos anos de 2013 a 2015, tem-se que das 2.491 ações fiscais de análise de acidentes fatais havidas em todo o país, 1.106 ocorrências concentraram-se em Microempresas – ME e Empresas de Pequeno Porte – EPP, o que corresponde a 44,4% do total de análises de acidentes fatais pela Inspeção do Trabalho no período.¹⁴⁹

Quando modificamos o modo de classificação de pequenas empresas para o critério empregatício, os dados extraídos dos resultados fiscais da Inspeção do Trabalho continuam a demonstrar que, das mesmas 2.491 ocorrências de acidentes fatais analisados no mesmo período, 999 deram-se em empresas com até 10 (dez) empregados, correspondendo a 40,1% do total de análises de acidentes fatais.¹⁵⁰

Malgrado os números extraídos não expressarem uma maioria dos acidentes fatais em pequenos estabelecimentos, importa destacar que essas proporções ainda sim se mostram preocupantes para o setor, na medida em que, vale lembrar, as pequenas empresas detêm menor parcela da força de trabalho do país¹⁵¹. Dessa forma, quando observada a proporcionalidade entre o número de acidentes fatais inspecionados e o número de mão de obra absorvida pelo setor, denota-se uma maior concentração de acidentes fatais proporcionais no âmbito das pequenas empresas. É o que se infere das taxas de ocorrências fatais por cem mil empregados do setor, que em pequenas empresas alcançaram a marca de 7,9 (critério tributário) e de 12,1 (critério empregatício), enquanto médias e grandes empresas apresentaram marcas de 5,6 (critério tributário) e 4,9 (critério empregatício).¹⁵²

Essa maior concentração proporcional de infortúnios fatais nas pequenas empresas evidencia, de forma objetiva, a precariedade das condições de saúde e segurança no meio ambiente de trabalho no setor. Os resultados fiscais ora colhidos deixam claro que não

¹⁴⁹ Vide Tabela Comparativa 06-A, no anexo III.

¹⁵⁰ Vide Tabela Comparativa 06-B, no anexo III.

¹⁵¹ Consoante exposto no tópico 1.2 acima, as pequenas empresas absorvem apenas 36% (se definidas pelo critério tributário) ou 21,4% (se definidas pelo critério empregatício) dos vínculos empregatícios formais do país, de acordo com dados de 2014.

¹⁵² Vide Tabelas comparativas 06, A e B, no anexo III.

são apenas as condições contratuais de emprego nos pequenos empregadores que se mostram comparativamente piores aos médios e grandes estabelecimentos, mas também as condições ambientais de trabalho, a ponto de tornar o trabalhador das pequenas empresas o alvo probabilisticamente preferencial dos acidentes de trabalho fatais.

1.6.4. Débitos de FGTS em pequenas empresas

No intuito de apurar as condições referentes ao adimplemento das obrigações remuneratórias dos empregados de pequenas empresas em comparação às condições havidas em médias e grandes empresas, será analisada por ora a situação fiscal das empresas perante a obrigação de quitação do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS. Isso porque os depósitos mensais de FGTS, como bem se sabe, correspondem a direito de natureza salarial do trabalhador brasileiro, regulado pela Lei n.º 8.036/90¹⁵³, calculado no percentual de 8 (oito) por cento de todo o conjunto remuneratório do empregado. É dizer, o FGTS corresponde ao acessório das obrigações remuneratórias principais. Dessa forma, uma vez observada a regularidade de recolhimentos dos valores de FGTS, estar-se-á reflexamente diante da situação de regularidade das demais obrigações remuneratórias trabalhistas.

Incumbida da fiscalização do FGTS, mediante imposição de sanções administrativas e levantamento de débitos das contribuições para o fundo¹⁵⁴, a Inspeção do Trabalho desenvolve em âmbito nacional projeto estratégico de Auditoria de Débitos de FGTS, sob coordenação da Secretaria de Inspeção do Trabalho – SIT do Ministério do Trabalho – MTb. Para esse mister, os indícios de débitos são apurados via cruzamento do banco de dados da Caixa Econômica Federal, órgão gestor do FGTS, com os dados dos vínculos empregatícios encaminhados periodicamente pelos empregadores ao MTb.¹⁵⁵ Uma vez verificado os indícios de débito por cruzamento eletrônico de dados, são planejadas ações de âmbito nacional ou regional para a apuração dos débitos e das infrações atinentes ao FGTS.

¹⁵³ BRASIL. Lei n.º 8.036, de 11 de maio de 1990. Dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8036consol.htm>. Acesso em 23/04/2016.

¹⁵⁴ De acordo com o artigo 23 da Lei n.º 8.036/90, cabe Ministério do Trabalho, por meio da Inspeção do Trabalho, a apuração dos débitos e das infrações praticadas pelos empregadores, notificando-os administrativamente para efetuarem e comprovarem as contribuições ao FGTS.

¹⁵⁵ Os dados dos vínculos empregatícios são obrigatoriamente informados pelos empregadores ao Ministério do Trabalho, com periodicidade mensal, via Cadastro Geral de Empregados e Desempregados – CAGED (instituído pela Lei n.º 4.923/65 e regulamentado pela Portaria MTE n.º 1129/2014), e periodicidade anual, via Relação Anual de Informações Sociais – RAIS (Decreto n.º 76.900/1975). Constam dessas informações a qualificação do empregado e do empregador, data de admissão, função, remuneração, ente sindical representativo, dentre outras informações acessórias do vínculo empregatício.

Além do cruzamento eletrônico de dados, os indícios de infrações ao FGTS são também informados à autoridade administrativa via denúncias dos próprios trabalhadores, do ente sindical profissional, ou mesmo em decorrências da execução de outros projetos estratégicos pela Inspeção do Trabalho¹⁵⁶ que, ao vislumbrar indícios de débitos de FGTS em qualquer outro tipo de ação fiscal, desempenha também o poder-dever de apuração dos débitos e das infrações quanto ao fundo.¹⁵⁷

Em ação de fiscalização do atributo FGTS, são quatro os resultados fiscais possíveis: *situação regular*, quando não são encontradas quaisquer irregularidades quanto ao tempo¹⁵⁸ e modo¹⁵⁹ de recolhimento de FGTS; *situação regularizada*, quando, apesar de irregular no momento inicial da inspeção, o empregador recolhe sob ação fiscal todos os valores apurados como débito pela auditoria; e *situação mantida irregular*, quando não quitados os débitos em ação fiscal, oportunidade em que os valores apurados como débito pela auditoria serão consolidados em Notificação de Débito de FGTS e Contribuição Social para posterior execução fiscal pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional - PGFN.¹⁶⁰ Esses resultados fiscais observados em auditoria de FGTS são consolidados em Relatório de Inspeção – RI e armazenados no banco de dados informatizados do Sistema Federal de Inspeção do Trabalho – SFIT, tal como ocorre com os demais atributos trabalhistas fiscalizados.

A partir da coleta desses dados empíricos da Inspeção do Trabalho, portanto, será possível apurarmos a situação fiscal do recolhimento de FGTS e, reflexamente, as condições de adimplemento das demais obrigações remuneratórias em pequenas empresas e, daí, compará-las às condições fiscais observadas em médias e grandes empresas.

Resultados de auditorias de FGTS

¹⁵⁶ BRASIL. *Auditoria de Débitos de FGTS*. Brasília, Ministério do Trabalho e Emprego – MTE, 2012. 70 p.

¹⁵⁷ Importante frisar que de uma mesma ação fiscal é possível conter resultados fiscais atinentes a mais de um projeto estratégico da Inspeção do Trabalho. Exemplificativamente, se em uma ação fiscal dirigida ao combate ao trabalho análogo ao de escravo for também verificada irregularidade quanto a atributos salariais, com reflexos em FGTS, todas essas informações constarão obrigatoriamente no mesmo Relatório de Inspeção - RI referente àquela ação fiscal deflagrada.

¹⁵⁸ Nos termos da Lei n.º 8.036/1990, artigo 15, o prazo para quitação do FGTS pelo empregador dá-se até o dia 7 (sete) do mês seguinte da competência salarial de referência. No caso do FGTS rescisório, o pagamento se dará no mesmo prazo da quitação das demais verbas rescisórias devidas, consoante artigo 18, §3º, da mesma lei.

¹⁵⁹ Ainda de acordo com a Lei n.º 8.036/1990, artigo 15, os valores devidos a título de FGTS correspondem a 8 (oito) por cento da remuneração paga ou devida no mês de referência. No caso do FGTS rescisório, serão devidos 40 (quarenta) por cento do montante de todos os depósitos realizados na conta vinculada durante a vigência do contrato, consoante artigo 18, §1º, da mesma lei.

¹⁶⁰ Nesse sentido vide a Instrução Normativa SIT/MTE n.º 99/2012, que dispõe sobre os procedimentos de fiscalização do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS e das Contribuições Sociais instituídas pela Lei Complementar n.º 110/2001.

Para a seleção das ações fiscais da Inspeção do Trabalho com registro de irregularidade no atributo FGTS, foram utilizados como parâmetro de coleta os Relatórios de Inspeção – RIs com registro de *situação regularizada* e *situação mantida irregular*, consoante definição acima. Importante assentar que o instituto de Dupla Visita, já mencionado no item 1.5.4, não figura como óbice para o referido parâmetro de extração, haja vista o fato de o registro de irregularidade no RI quanto ao atributo FGTS estar absolutamente dissociado da eventual lavratura de Auto de Infração. É dizer, mesmo que uma pequena empresa infratora quanto ao FGTS não seja autuada de imediato em razão da prerrogativa da Dupla Visita, ainda assim no RI referente àquela primeira visita em que verificada a infração constará o registro da situação irregular do atributo.

Compulsando os dados extraídos do Sistema Federal de Inspeção do Trabalho – SFIT, atinente aos anos de 2013 a 2015, do total de 161.949 RIs com registro de irregularidade no atributo FGTS, 82.847 referem-se a Microempresas – ME e Empresas de Pequeno Porte – EPP, o que corresponde a 52,6% das ações fiscais em que observada infrações quanto ao atributo . E, dos 169.916 RIs com auditoria de FGTS em situação plenamente regular, apenas 70.767 (41,6%) referem-se a ME e EPP.¹⁶¹ Tais números denotam que a maioria das inspeções de FGTS com constatação de irregularidade concentraram-se em ME e EPP, maioria numérica esta que não se mantém quando selecionadas as inspeções com registro de plena regularidade no referido atributo.

Analisado de outro modo, se observarmos apenas as ações fiscais havidas em ME e EPP, do total de 153.614 inspeções de FGTS nessas pequenas empresas, em 82.847 delas foi constata situação irregular quanto ao FGTS, donde se extrai que na maioria das auditorias de FGTS nessas pequenas empresas – mais precisamente em 53,9 % – houve irregularidades quanto ao atributo. Por outro lado, tal cenário não se verifica nas Médias e Grandes Empresas, pois, quando observadas as 178.251 ações fiscais de FGTS havidas no setor, em apenas 79.102 foi constatada situação irregular do atributo, o que corresponde à minoria – mais precisamente 44,3%.

E, quando mudamos o critério de classificação empresarial para o empregatício, a situação desvantajosa do setor não se modifica. No mesmo período de referência, do total de 161.949 RIs com registro de irregularidade no FGTS, 101.331 referem-se a empresas com até 10 (dez) empregados, o que representa uma maioria de 52,6% das ações com infração no atributo. Já quando observadas as ações fiscais com regularidade no FGTS, do total de

¹⁶¹ Vide Quadro comparativo 07-A, no anexo III.

169.916 RIs, apenas a minoria de 82.826 (48,7%) corresponde a empresas com até 10 (dez) empregados.¹⁶²

Pela outra perspectiva, se filtrarmos apenas as ações fiscais ocorridas em empresas com até 10 (dez) empregados, temos que, das 184.157 ações fiscais com auditoria de FGTS, em 101.331 foram observadas irregularidades, o que corresponde a maioria de 55,0%. Já quando observadas as 147.708 ações em empresas com mais de onze empregados, em apenas 60.618 houve irregularidade do atributo, o que representa uma minoria de 41,0%.

Extraí-se desses números comparativos, pois, que, por qualquer ângulo que se analise a questão, tem-se que o setor das pequenas empresas concentra as irregularidades quanto ao atributo FGTS. E, sendo certo que, como referido inicialmente, a condição de regularidade quanto ao FGTS se associa reflexamente à situação do conjunto de obrigações remuneratórias (em uma relação de efeito-causa), o cenário aqui descortinado denota a precarização quanto ao adimplemento das demais obrigações remuneratórias dos empregados do setor.

¹⁶² Vide Quadro comparativo 07-B, no anexo III.

2. PERSPECTIVA HISTÓRICO-CONSTITUCIONAL E JUSFILOSÓFICA DO DIREITO DO TRABALHO

O alicerce juspositivista tradicional em que fora idealizada a Consolidação das Leis do Trabalho – principal diploma legal regulador das relações de trabalho, editado ainda em 1943 –, ancorado no ideário liberal-individualista predominante no já longínquo início do século XX, apresenta-se paulatinamente obsoleto diante dos crescentes problemas enfrentados pelo ordenamento jurídico protetivo do trabalho hipossuficiente. O enfrentamento das investidas contra a tutela social dos trabalhadores por meio de um prisma formalista, neutro e avalorativo do positivismo jurídico já não mais se mostra consentâneo com as aspirações e os ideais praticados nas relações sociais hodiernas.

O contexto social e político mudou. Da mesma forma, a teoria do Direito evoluiu. Os valores exaltados pela sociedade são outros, e, agora, mais evidenciados. A rígida estrutura jurídica formal positivista, alheia ao mundo empírico e a qualquer conteúdo axiológico, apresenta-se atualmente antiquada e insustentável, impotente que se mostra para compreender a realidade de uma sociedade crescentemente complexa e plural.

A atual ordem democrático-constitucional, repleta de exaltação de valores e princípios tutelares do labor humano, em uma nítida vocação antropocêntrica¹⁶³ centrada na dignidade da pessoa humana, passa, então, a questionar a aptidão do modelo justrabalhistas tradicional para promover a contento a efetividade dos direitos fundamentais laborais.

¹⁶³ “Vocação antropocêntrica” da Constituição da República é uma expressão emprestada do voto do Ministro Relator Luis Felipe Salomão no paradigmático caso conhecido como *Chacina da Candelária* no âmbito do Superior Tribunal de Justiça - STJ, em que fora discutida a concorrência entre *liberdade de imprensa* (interesse público de divulgação midiática do caso) em contraponto ao *direito ao esquecimento* (direito da personalidade de um dos envolvidos de não ter seu nome vinculado ao crime noticiado em rede nacional). Na ocasião, o STJ decidiu por unanimidade a prevalência do direito ao esquecimento, assentando como um dos fundamentos da decisão que os diversos dispositivos constitucionais tutelares da intimidade, honra, imagem e demais valores da pessoa e da família evidenciam uma predileção constitucional para soluções protetivas da pessoa humana. Concluiu, portanto, que “a despeito de a informação livre de censura ter sido inserida no seletivo grupo dos direitos fundamentais (art. 5º, inciso IX), a Constituição Federal mostrou sua vocação antropocêntrica no momento em que gravou, já na porta de entrada (art. 1º, inciso III), a dignidade da pessoa humana como - mais que um direito - um fundamento da República, uma lente pela qual devem ser interpretados os demais direitos posteriormente reconhecidos”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.334.097-RJ (2012/0144910-7). Min. Rel. Luis Felipe Salomão, julgado em 28/05/13, publicado DJe em 10/09/2013. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em 28/11/15.

Diante desse contexto, desponta o objetivo deste capítulo: a reanálise do Direito do Trabalho pelo prisma constitucional, a partir dos referenciais filosófico-jurídicos do pós-positivismo¹⁶⁴.

Para atingir o objetivo proposto, o presente capítulo se desenvolverá inicialmente por meio de uma digressão acerca do pós-positivismo, por meio de uma bibliografia de referência no campo teórico-filosófico do Direito. O capítulo partirá da superação da obsoleta rigidez formal e acrítica do positivismo jurídico, até o advento do pós-positivismo como novo paradigma jusfilosófico, que alterou a face do Direito para atender aos clamores por justiça social e valorização humana no novo século.

Em seguida, aplicando um recorte trabalhista do tema, passaremos a enfocar a necessária repaginação da concepção tutelar do Direito do Trabalho pela perspectiva jusfilosófica pós-positivista, consentânea com o atual paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito.

2.1. A exaustão do paradigma juspositivista kelseniano

A filosofia juspositivista, que doravante chamaremos de positivismo tradicional¹⁶⁵, funda-se no positivismo científico, em que inclusive as ciências sociais são tidas como conhecimento científico objetivo, neutro, livre de juízos de valor e de ideologias, livre de indagações metafísicas. Essa importação da teoria científico-positivista para o âmbito jurídico fez como que o direito fosse concebido de modo apartado à moral e aos valores transcendentais. A pretensa ciência jurídica se fundava, então, distanciada de questões como legitimidade e justiça.¹⁶⁶

O sistema jurídico era pensado estritamente em sua estrutura lógico-formal. E esse pensamento cartesiano se justificava pelo contexto da transição histórica para a fase moderna, em que a partir do século XVIII a sociedade burguesa clamava por imposição de limites ao

¹⁶⁴ Malgrado algumas discordâncias terminológicas na doutrina, a expressão “pós-positivismo” foi consagrada no Brasil a partir de Paulo Bonavides. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

¹⁶⁵ Bem se sabe que o positivismo jurídico não representa uma unidade homogênea. Ao contrário, várias foram as “versões” de positivismos ao longo da história, tal como as clássicas idealizações de Hans Kelsen, Alf Ross, H.L.A Hart, Norberto Bobbio e Joseph Raz. Entretanto, para fins didáticos e para facilitar a explanação, trataremos por “positivismo tradicional” a estrutura lógica central caracterizadora dessa corrente de pensamento, conformadora de uma identidade teórica a despeito das diversas nuances criadas circunstancialmente.

¹⁶⁶ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3. ed. revista. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 1-48. p. 23.

poder arbitrário e ilimitado do soberano. Mostrava-se necessário enclausurar o sistema jurídico contra os valores jusnaturalistas, que sustentavam os desmandos absolutistas com fundamentos vagos e metafísicos de uma razão subjetiva. Minguava-se, daí, a preocupação com o conteúdo moral diante da premente necessidade de se conformar o sistema jurídico.

Em busca dessa segurança jurídica e objetividade do sistema jurídico, o juspositivismo é concebido, portanto, como ciência da legislação positiva, que pressupõe uma situação histórica concreta: a concretização da produção jurídica em uma única instância constitucional, a instância legislativa. Seu significado supõe uma redução de todo o sistema jurídico ao texto da lei, nela incluindo os direitos e a justiça, de modo que a atividade do jurista se resumiria simplesmente em perscrutar a vontade clara do legislador.¹⁶⁷

É nesse cenário que se solidifica a doutrina do positivismo jurídico, capitaneada pela teoria kelseniana. Para Hans Kelsen, em sua *Teoria Pura do Direito* – cuja própria denominação denota o estudo do Direito alheio a valores e a quaisquer outras interferências epistemológicas (filosofia, economia, sociologia) –, o direito se limitava ao aspecto da validade formal da lei, independentemente de seu conteúdo. Mesmo com a idealização da norma fundamental como fundamento de validade para o ordenamento jurídico, essa norma fundamental era pensada por Kelsen como mero pressuposto lógico-formal de validade do Direito, sem exercer qualquer função ético-política relacionada à fundamentação do conteúdo do Direito.¹⁶⁸

Malgrado o inestimável legado epistemológico do positivismo tradicional, é fato que a visão de distanciamento entre valores e normas jurídicas criou um verdadeiro abismo entre as dimensões do *ser* e o *dever ser*. Diante da concepção do ordenamento jurídico edificado sobre os critérios de validade formal das normas, com tendência anti-ideológica e distanciada da realidade social, o Direito na concepção juspositivista abria-se a indistintas espécies de conteúdo.

A disseminação do positivismo jurídico, em que o Direito era traduzido como um conjunto de normas em vigor compondo um sistema perfeito e prescindível de qualquer justificação moral além da própria validade, tornou-se inclusive terreno fértil para a

¹⁶⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Traducción de Marina Gascón. 7ª ed. Madrid: Trotta, 2007. p. 33.

¹⁶⁸ KELSEN, Hans. Capítulo V - Dinâmica Jurídica. In: _____. *Teoria pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 135-194.

legitimação de doutrinas autoritaristas responsáveis por lamentáveis resquícios históricos da humanidade. Nas palavras de Luís Roberto Barroso:

O fetiche da lei e o legalismo acrítico, subprodutos do positivismo jurídico, serviram de disfarce para autoritarismos de matizes variados. A ideia de que o debate acerca da justiça se encerrava quando da positivação da norma tinha um caráter legitimador da ordem estabelecida. Qualquer ordem.¹⁶⁹

Além da legitimação de regimes totalitaristas, o juspositivismo, diante da sua rigidez racional, acrítica, igualmente não se mostrava capaz de encontrar soluções perante as cada vez mais complexas relações da plural sociedade moderna. Passa a ser crescente a evidência da insuficiência da norma posta para, em casos sensíveis, limítrofes e nebulosos, promover e garantir a justiça social.

O próprio Hans Kelsen, quando tem o capítulo *A Interpretação* de sua citada obra *Teoria Pura do Direito* analisado em pormenor, já nos sinaliza, ainda que sutilmente, algumas limitações do positivismo tradicional.¹⁷⁰ Com efeito, diz o autor que o ato de interpretação jurídica submete-se a “uma relativa indeterminação”. Isso porque “A norma do escalão superior não pode [não é capaz de] vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) o ato através do qual é aplicada. Tem sempre de ficar uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação”. Acrescenta que “Mesmo uma ordem o mais pormenorizada possível tem de deixar àquele que a cumpre ou executa uma pluralidade de determinações a fazer”, haja vista a dependência de “circunstâncias externas que o órgão emissor do comando não previu e, em grande parte, nem sequer podia prever”.¹⁷¹

Kelsen deixa transparecer, portanto, sua conclusão no sentido da limitação do positivismo jurídico para antever todas as plúrimas e complexas circunstâncias sociais sobre as quais recai o Direito. E, para contornar essa limitação latente, assume – a nosso ver de modo contraditório ao seu intento positivista de segurança jurídica – que “Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que - na medida em que sejam aferidas

¹⁶⁹ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: _____. (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3. ed. revista. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 1-48. p. 22-23.

¹⁷⁰ KELSEN, Hans. Capítulo VIII - A interpretação. In: _____. *Teoria pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 245-251.

¹⁷¹ KELSEN, Hans. A interpretação, op. cit, p. 246.

pela lei a aplicar - têm igual valor”.¹⁷² Descortina-se na análise do próprio Kelsen, portanto, as primeiras evidências de exaustão do paradigma juspositivista.

De acordo com a análise de Luis Prieto Sanchís, a decadência do positivismo tradicional vem, na verdade, de um fenômeno quantitativo: a multiplicação das normas ante a complexidade da sociedade moderna e o aumento da intervenção do Estado nos problemas sociais. Esse fenômeno de multiplicação legal no fim provoca um fenômeno qualitativo: as decisões dos juízes e demais operadores do Direito passam a uma intervenção circunstancial e casuística. A multiplicação das leis, a complexidade e variedade de casos sociais enfrentados e a velocidade de mutação fizeram com que certeza das leis se tornasse insegurança.¹⁷³

A impotência do positivismo jurídico, portanto, abriu caminho para profundas reflexões acerca do Direito, bem como da sua função social e sua interpretação. A ferramenta lógico-dedutiva antes fartamente utilizada para a solução de conflitos passou a denotar sua insuficiência diante de casos difíceis, de obscuridades e de conflito de normas para o caso concreto. As intensas críticas instigaram os doutrinadores a adaptar suas teorias e concepções às necessidades complexas enfrentadas no mundo jurídico.

Diante da desvelada crise do positivismo tradicional, os teóricos da filosofia jurídica passam a concebê-lo com a necessidade de relativização do parâmetro de validade exclusivamente formal da norma. O positivismo exclusivo¹⁷⁴ (duro, inflexível) passa à adaptação, recebendo conformação de uma nova nuance positivista, de nítida aproximação do sistema jurídico ao sistema moral, batizada de positivismo inclusivo, ou moderado, tendo H.L.A. Hart como principal representante¹⁷⁵, mormente após o elucidativo posfácio de sua obra *O conceito de Direito*¹⁷⁶.

¹⁷² Kelsen, Hans. A interpretação, op. cit, p. 247.

¹⁷³ SANCHÍS, Luis Prieto. Del mito a la decadencia de la Ley: la Ley en el estado constitucional. In: *Ley, principios, derechos*. Madrid: Dykinson, 1998. p. 5-45. p. 22-23.

¹⁷⁴ De acordo com a vertente positivista apelidada de exclusiva (ou dura, inflexível), que possui de Joseph Raz como principal nome, a norma jurídica é identificada como válida por referência exclusivamente às suas fontes formais, independentemente do seu conteúdo moral. Para a diferenciação entre as vertentes exclusiva e inclusiva do positivismo, vide DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006. p. 134-136.

¹⁷⁵ A construção teórica da regra de reconhecimento de Hart, que em cada comunidade estabelece os critérios de validade jurídica a partir da aceitação social, rechaça a noção tradicional positivista de que Direito é exclusivamente o legislado. A grande contribuição de Hart é valorizar a fonte social do Direito, exaltando outros elementos no Direito que não apenas o sistema formal lógico-dedutivo (tal como em Kelsen e Ross).

¹⁷⁶ HART, Herbert Lionel Adolphus. *O Conceito de Direito*. 3ª edição. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1994. No posfácio dessa obra, Hart busca responder às críticas geradas pela primeira edição de seu livro, principalmente às críticas por ele denominadas “de grande alcance”, de Ronald Dworkin.

Notável, nesse cenário, a busca de aproximação do Direito com a moral – sem, contudo, confundi-los. A história mundial não mais aceitaria que arbitrariedades e tiranias fossem legitimadas pelo Direito. Necessário se mostrava uma análise crítica do conteúdo das normas do ordenamento jurídico, com parâmetros morais de justiça. Surgia, daí, o caminho para uma nova etapa da teoria do Direito: o pós-positivismo jurídico.

2.2. O novo paradigma jusfilosófico

Após profundos traumas históricos decorrentes de regimes totalitários e de duas guerras avassaladoras, o Direito já não poderia ser acusado de ser uma mera racionalidade instrumental destinada à satisfação dos interesses das classes dominantes.

Efervesceram mundo afora discussões acerca da necessária observância pelo sistema jurídico dos valores enaltecidos pela sociedade. Surgiram, principalmente a partir da segunda metade do século XX, inovações filosóficas e jurídicas que se inspiraram na nova ordem social, calcada principalmente na dignidade do ser humano e na justiça social.

Diante da evolução social, o Direito carecia de uma reanálise. Tornava-se cada vez mais evidente a obsolescência da perspectiva estritamente formal do Direito, alheia a juízos éticos e à realidade empírica.¹⁷⁷ O mundo prático torna-se importante. As questões sociais, políticas e econômicas, antes isoladas pelo positivismo, passam agora a instigar os debates dos juristas.

O valor absoluto da lei torna-se relativizado diante das contingências humanas. O legado científico do positivismo jurídico clamava por um olhar crítico, mais penetrante. Tal como uma estrutura sintática de uma língua que não se mostra útil sem a respectiva semântica e observância das necessidades pragmáticas, as importantes conquistas formais positivistas suscitavam preenchimento de conteúdo.

¹⁷⁷ A título de exemplo, relembremos o artigo 402 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, que, em sua redação original de 1943, admitia o trabalho do menor de 18 (dezoito) anos, sem qualquer limitação, em trabalhos sob direção do pátrio poder, como medida de educação infantil. No momento histórico em que editado, a absoluta exaltação do pátrio poder sobre os interesses da criança justificavam a medida – o que por óbvio se mostra atualmente inimaginável diante do hodierno aparato de proteção psicossocial das crianças e adolescentes. Atualmente o artigo 402 apresenta-se completamente reeditado, em consonância com a proteção do trabalho do menor estatuído no artigo 7º, XXXIII da Constituição da República, nas Convenções n.º 138 e 182 da Organização Internacional do Trabalho - OIT e no Capítulo V da Lei n.º 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

Em busca de uma nova racionalidade jurídica, prospectiva, o objetivo passa a ser pensar o Direito para além da norma posta. É o que Karl Larenz categoricamente denominou de busca por um “direito *extra legem*, porém, *intra jus*”.¹⁷⁸

Está-se, pois, diante do que veio a ser denominado na doutrina de pós-positivismo, marcado pelo intuito de preservação do legado positivista (legalidade e segurança jurídica), sem, todavia, se fechar à realidade social, política e econômica e aos valores pulsantes na sociedade.

Conforme observa Daniel Sarmento, a tendência pós-positivista do Direito pretende-se mais flexível e adaptável às contingências pós-modernas do que o direito coercitivo e sancionatório. Em profunda síntese, aduz o autor que “O direito pós-moderno é refratário à abstração conceitual e à axiomatização: prefere o concreto ao abstrato, o pragmático ao teórico, e rejeita as grandes categorias conceituais do Direito moderno”.¹⁷⁹

Em busca do imperioso desafio de se conformar interesses e se buscar justiça em uma sociedade complexa em sua pluralidade, notam-se as marcas dessa nova tendência jusfilosófica para o Direito: abertura do ordenamento jurídico aos valores sociais, normatividade dos princípios tal como das regras, o foco na Constituição como fonte das normas fundamentais e a consolidação dos direitos fundamentais centrados na dignidade da pessoa humana.

2.2.1 A abertura axiológica do sistema jurídico

Para se observar a relação entre valores e o Direito, necessário inicialmente a busca pelo significado de *valor*.

Robert Alexy, utilizando-se da doutrina de G. H. von Wright, extrai que conceitos valorativos são caracterizados pela definição do que é bom, do que é exaltado, do que tem valor. “Conceitos axiológicos são utilizados quando algo é classificado como bonito, corajoso, seguro, econômico (...)”¹⁸⁰. Valor, portanto, corresponde na verdade aos critérios de

¹⁷⁸ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução de José Lamego. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 588.

¹⁷⁹ SARMENTO, Daniel Os direitos fundamentais nos paradigmas liberal, social e pós-social (Pós-Modernidade Constitucional?). In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Crise e desafios da Constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 408-409.

¹⁸⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 145.

valoração (e não à realidade valorada), e, como tal, possui caráter relacional, dependente da relação entre o sujeito e os fatos ou objetos que o circundam.¹⁸¹

Transferindo essa ideia para o âmbito social, valores sociais podem ser tidos como estimativas predominantes dos atores que compõe a sociedade. O valor social é, daí, dado pela vivência, pela escolha comunitária do que é valioso. Nesse sentido, podem ser considerados como ideais comuns.

E como o Direito, com seu caráter coercitivo fundado em uma estrutura essencialmente deontológica, se relaciona com os valores emergentes da sociedade?

Bem se sabe que em um viés juspositivista esses valores sociais se associam ao Direito, num primeiro momento, no ato da criação normativa¹⁸². Em outras palavras, é o legislador, ou mais especificamente o Constituinte no âmbito supralegal, que deliberadamente colhe os valores eleitos a ganhar coercibilidade mediante o ingresso na ordem jurídica, tornando-os, assim, fundamentos do dever ser.

A diferença entre o referido positivismo jurídico e o pós-positivismo, nesse aspecto, é que naquele – principalmente em sua versão tradicional, exclusiva –, os valores tangenciam o Direito apenas e tão somente no momento de criação da norma, durante a atividade legiferante. Dessa forma, conforme já mencionado, no positivismo jurídico kelseniano o juiz aplica a Lei limitado à busca pela vontade do dispositivo normativo, sem juízo de conteúdo valorativo. Observa-se, daí, um vácuo valorativo entre a edição da norma e a sua aplicação.

Já o pós-positivismo, de outra banda, passa a conceber o Direito como um sistema aberto, axiológico-teleológico. Axiológico porque em constante diálogo com os valores sociais e a moralidade. Teleológico por ter como fim a efetivação, na realidade social, das normas assetadas no universo desses valores.

Nessa nova tendência jusfilosófica pós-positivista, portanto, os valores circundam o sistema jurídico não apenas no momento de criação da norma, mas também durante a sua

¹⁸¹ Para maior aprofundamento acerca dos valores, sua proximidade relacional com os princípios e sua influência na conformação normativa dos direitos fundamentais, VALE, André Rufino do. *A estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores*. 286 p. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito)-Universidade de Brasília, Brasília, 2006.

¹⁸² REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27ª edição. São Paulo: Saraiva, 2004. p.34.

aplicação.¹⁸³ Sobretudo por meio dos princípios, que condensam valores fundamentais do sistema e os transportam para a concretização do Direito, os valores, ao passo que garantem unidade ao ordenamento, figuram como pauta de atuação para o intérprete.¹⁸⁴

2.2.2. A normatividade dos princípios

Para que o Direito se adaptasse a essa guinada da evolução social e não se tornasse alheio à sociedade que visa nortear, tampouco alheio aos valores nela impregnados, a teoria do Direito passa a exaltar a normatividade dos princípios, que, doravante, passariam a compor o sistema normativo, ao lado das regras.

Imperioso frisar que a grande novidade do pós-positivismo não estava propriamente na existência de princípios, ou no reconhecimento destes pelo ordenamento jurídico. Muito antes, mesmo na era jusnaturalista, em obras filosóficas ou religiosas já se observavam mandamentos principiológicos que influenciavam ainda que indiretamente o Direito. Tome-se como exemplos o mandamento judaico-cristão de amor ao próximo, que inspira as relações humanas inclusive na atualidade, o fundamento grego da não-contradição, de Aristóteles, que embasa a não tolerância de antinomias pelo Direito, e, ainda, o brocardo romano de Ulpiano, que sintetizava os princípios básicos do Direito: “Viver com honestidade, não lesar o próximo e dar a cada um o que é seu”.¹⁸⁵

A grande novidade reside, sim, no reconhecimento da normatividade dos princípios, em superação à concepção estritamente axiológica.

O assentamento da normatividade dos princípios ganha relevo para a Teoria do Direito principalmente com a doutrina de Ronald Dworkin¹⁸⁶ e Robert Alexy¹⁸⁷. Apesar das

¹⁸³ Consoante Karl Larenz, até mesmo as regras, principalmente as que contenham conceitos jurídicos indeterminados (mas não somente estas), necessitam de um juízo prévio de valor por parte do magistrado para sua concreção. In: LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução de José Lamago. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 406-413.

¹⁸⁴ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3. ed. revista. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 25.

¹⁸⁵ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo), op. cit, p. 24-25.

¹⁸⁶ No tocante à normatividade dos princípios, apesar das lições antecedentes de grande contribuição – como Esser e Larenz e suas distinções iniciais entre princípios e regras –, foi com Dworkin que o atual debate tomou força significativa, tendo como marco principal o seu artigo *The Model of Rules* (O modelo de regras), de 1967, e posteriormente sua famosa obra *Taking Rights Seriously* (Levando os direitos a sério). Uma das principais contribuições de Dworkin foi a noção de princípios como normas vinculativas e coercitivas. Segundo o autor, em uma comunidade de princípios o sistema jurídico não é encarado da mesma forma como ocorre em uma

discrepâncias entre os autores quanto à definição de princípio e sua diferenciação de regras¹⁸⁸ – que em razão do enfoque deste trabalho deixaremos de abordar –, ambas as concepções exaltam o caráter fluido dos princípios como ferramenta essencial para a superação da lógica do “tudo ou nada” na resolução de antinomias. Os princípios são tidos, pois, como *mandamentos de otimização*, no sentido de mensurar o que de mais justo pode ser colhido da integralidade do sistema jurídico para a aplicação prática em cada caso trazido à discussão, em busca de justiça. Essa nova doutrina, portanto, consolida o caráter normativo dos princípios, que passam a se apresentar como fundamento de toda a ordem jurídica.

De acordo com preciosa síntese de Bonavides, a teoria dos princípios alcança a fase do pós-positivismo com resultados bem consolidados, mormente a “passagem dos princípios da mera especulação metafísica para o campo concreto e positivo do Direito”, o que acarretou a perda do caráter de meras normas programáticas e o reconhecimento de sua concretude no próprio texto constitucional.¹⁸⁹

Tendo como ponto de partida uma Constituição que absorveu os princípios, o pós-positivismo propõe-se à tarefa de fazer com que tais princípios tenham efetividade, quer mediante aplicabilidade imediata, quer, ainda, por invocação na resolução dos conflitos em casos concretos. A proposta é, pois, que os princípios deixem de ser meras reflexões filosóficas, ultrapassando a fronteira do idealismo para que assim possam assumir o embasamento de todo o sistema jurídico.

2.2.3. A constitucionalização do Direito

Antes relegada à mera carta política de intenções, com minguada efetividade normativa, a Constituição, a partir da ótica jusfilosófica pós-positivista, passa a ser

comunidade baseada em códigos. Em busca de um significado mais profundo além daquele expresso no texto da lei, a comunidade de princípios trata o ordenamento jurídico como uma decorrência do compromisso da comunidade com o esquema precedente da moral política. DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2ª ed. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

¹⁸⁷ A doutrina alemã de Robert Alexy é festejada na atualidade mormente em razão dos estudos sobre a absorção e afirmação dos princípios no ordenamento jurídico contemporâneo, culminando com a constitucionalização na forma de direitos fundamentais – assunto tratado com maestria em sua obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Como consecução do pensamento de Dworkin, a principal contribuição de Alexy para a doutrina moderna cinge-se à concepção de princípios como “*mandados de otimização*” (unindo a diferenciação dworkiana entre argumentos de princípios e argumentos de política), que inclusive inspirou teorias modernas sobre os direitos sociais, como mínimo existencial, vedação ao retrocesso social, e teoria dos limites (núcleo essencial e proporcionalidade).

¹⁸⁸ No tocante à diferença entre princípios e regras, vide o elucidativo artigo FREITAS FILHO, Roberto. A doutrina e a diferença entre princípios e regras. In: _____. *Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e das cláusulas gerais*. Porto Alegre: Sérgio Fabris editor, 2009.

¹⁸⁹ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

compreendida como sede natural de valores e princípios que ilumina todo o ordenamento jurídico nos Estados constitucionais. O contexto de acentuada importância conferida aos valores sociais e à normatividade dos princípios jurídicos favoreceu a edificação dessa nova fase do Direito, que, por ter a Constituição como centro de organização política e de irradiação normativa, foi batizada de constitucionalismo¹⁹⁰.

A célebre frase do constitucionalista Paulo Bonavides, “Ontem os códigos, hoje as Constituições”¹⁹¹, ilustra com propriedade o ponto de inflexão que o Direito de meados do século XX enfrentou. Se antes reinava a hegemonia do pensamento civilista, com sua forte característica liberal, individualista e patrimonialista calcada na filosofia juspositivista, o constitucionalismo passa a assumir o protagonismo, firmando-se de forma crescente como referência axiológica e normativa a todo o sistema jurídico, com potencialidade de transformar a sociedade.¹⁹²

De acordo com a análise de Luis Prieto Sanchís, o novo constitucionalismo como Estado de Direito (forma de organização política imputável ao Estado de Direito) é o resultado da convergência de duas tradições constitucionais: o liberalismo típico da tradição norte americana, traduzido na limitação do poder político em prol dos valores individualistas, e o constitucionalismo social europeu, com origens ainda na Revolução Francesa, permeado por programas de transformação social e política que envolvia um amplo catálogo de direitos e de princípios não restrito a normas formais e procedimentais. Da primeira dessas tradições, mais liberal do que democrática, o constitucionalismo moderno herdou a ideia de garantia jurisdicional associada a uma desconfiança do legislador, de modo a se criar limites às deliberações deste - tal como o é o controle de constitucionalidade das leis. Da segunda

¹⁹⁰ Apesar da difundida opção terminológica “neoconstitucionalismo”, preferimos neste trabalho a expressão “constitucionalismo”. Isso porque, de acordo com Manuel Atienza, o polivalente termo “neoconstitucionalismo” está envolto de ambiguidades e imprecisões. Às vezes referem-no como fenômeno havido nos sistemas jurídicos modernos, de mudança do direito positivo e consequente centralização constitucional; outras vezes, como teoria do Direito apta à conceituação desse fenômeno. Ora utilizam o termo restrito ao Direito Constitucional, ora com amplitude referente ao ordenamento jurídico como um todo. E, como se não bastasse, o prefixo “neo” vem para aumentar a confusão, já que até onde se sabe não houve fenômeno ou teoria jurídica anterior que tenha se chamado de “constitucionalista” para justificar tal prefixo. In: ATIENZA, Manuel. Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista. *Observatório da Jurisdição Constitucional*. Ano 7, nº 2, jul./dez. 2014. p. 02. Não é outra a opinião de Luis Prieto Sanchís, quem, diante das imprecisões terminológicas e dos diferentes usos do termo “neoconstitucionalismo”, refere-se a essa “nova cultura jurídica” pelo termo “constitucionalismo”. In: SANCHÍS, Luis Prieto. Sobre el neoconstitucionalismo y sus implicaciones. In: *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta; 2003, p. 101.

¹⁹¹ A breve porém profunda frase foi proferida por Paulo Bonavides, ao receber a medalha Teixeira de Freitas, no Instituto dos Advogados Brasileiros, em 1998. Vide: Medalha Teixeira de Freitas: homenagem a Paulo Bonavides. Editora Destaque, 1999. Disponível em <http://www.iabnacional.org.br/>. Acesso em 18/12/2015.

¹⁹² Esse perfil constitucional de transformação social é inclusive expressamente previsto no texto da Constituição da República de 1988, desde o seu preâmbulo.

tradição, mais democrática, o constitucionalismo herdou o projeto de uma Constituição com eficácia normativa transformadora da realidade social.¹⁹³

Para unir essas duas tradições, portanto, o constitucionalismo moderno idealizou um modelo de Constituição com força normativa que, além de regular a organização do poder e as fontes de Direito, prescreve diretamente direitos e deveres de eficácia imediata. Com precioso detalhamento, elenca Sanchís as principais características que o novo constitucionalismo assume nessa tarefa:

Em suma, os elementos caracterizadores desse neoconstitucionalismo como Estado de Direito são: primeiro, *o caráter normativo ou força vinculante*. A Constituição não é um catecismo político ou uma guia moral dirigida ao legislador virtuoso, mas uma norma como qualquer outra que incorpora a pretensão de que a realidade se ajuste ao que se prescreve. Segundo, *supremacia ou superioridade hierárquica* no sistema de fontes (...). Terceiro, *eficácia e aplicação direta* (...), pois se a Constituição é uma verdadeira norma suprema se supõe que ela não requer a interposição de nenhum outro ato jurídico para despertar sua força vinculante. Quarto, *garantia judicial*. Como sabemos neste ponto as possibilidades são muito amplas: controle concreto e abstrato, a priori e a posteriori, aplicado a Cortes especiais (controle concentrado) ou a juízos ordinários (controle difuso), etc. (...) Quinto, presença de um *denso conteúdo normativo que tem como destinatários os cidadãos* em suas relações com poder e também com suas relações sociais horizontais de direito privado, conteúdo normativo este formado por princípios, direitos e diretrizes (...) chamados à aplicação em casos concretos. Em sexto e em último lugar a *rigidez constitucional*. Não há dúvida de que o constitucionalismo resulta tanto mais forte quanto mais rígida for a alteração do texto, quanto mais inacessível se mostra frente a maioria legislativa (Tradução livre. Grifos nosso).¹⁹⁴

Tem-se, então, a partir da perspectiva pós-positivista, a consolidação da noção de “Constituição embebedora”¹⁹⁵, irradiadora, capaz de condicionar a legislação, a jurisprudência, a doutrina, a ação dos agentes públicos e, ainda, influenciar diretamente a dinâmica das relações sociais. O teor constitucional passa a irradiar diretrizes sobre qualquer ato de criação, interpretação ou aplicação do Direito. Há quem apelide esse estágio inclusive de “ubiquidade constitucional”.¹⁹⁶

As Constituições assumem caráter dirigente, compromissório, de modo a conferir eficácia a seus valores e ideais, deixando para trás sua antiquada concepção meramente programática. A compreensão desse constitucionalismo como aspecto do Estado Democrático de Direito é relevante porque, por meio dele, as normas constitucionais vinculam a

¹⁹³ SANCHÍS, Luis Prieto. Sobre el neoconstitucionalismo y sus implicaciones. In: *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003. p. 110.

¹⁹⁴ SANCHÍS, Luis Prieto. Sobre el neoconstitucionalismo y sus implicaciones, op. cit., p. 117.

¹⁹⁵ STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 161

¹⁹⁶ SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais*: estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 167.

formulação, implementação, execução, controle e avaliação das políticas públicas engendradas com vista à promoção do máximo existencial.

No constitucionalismo, portanto, a Constituição passa a ser compreendida não como mero documento que estabelece direitos, mas sim como algo que efetivamente constitui¹⁹⁷, e que, conseqüentemente, reconstitui a sociedade que dela se vale.

No caso brasileiro, associado em grande parte à desilusão com a política de alocação de recursos pelo Poder Executivo, bem como com a atual crise de representatividade do parlamento, o constitucionalismo afirma-se crescentemente como elemento basilar do Estado Democrático de Direito.

2.2.4. *Direitos Fundamentais centrados na dignidade da pessoa humana*

Referidos como núcleo da proteção da dignidade da pessoa humana¹⁹⁸, os direitos fundamentais designam prerrogativas ostentadas pelo ordenamento jurídico com a finalidade de garantir uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. Segundo José Afonso da Silva, “No qualificativo *fundamentais* acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive”.¹⁹⁹

Importante destacar que os direitos fundamentais, ao passo que designam direitos subjetivos, constituem elementos basilares da ordem constitucional objetiva no paradigma pós-positivista. Conquanto a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais seja a mais enfatizada nas discussões jurídicas, por criar direitos e conseqüentes deveres diretamente na esfera pessoal do cidadão diante das relações jurídicas, ela convive reciprocamente com a dimensão objetiva, a partir da qual os direitos fundamentais constituem princípios básicos da ordem constitucional.

¹⁹⁷ Nesse sentido é a breve, porém emblemática expressão de Lenio Streck, resumidora do constitucionalismo: “a constituição compreendida como algo que constitui”. STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 163-164.

¹⁹⁸ Importante destacar a ressalva de Canotilho em relação à indevida subjetividade provocada pela identificação da dignidade da pessoa humana como nota da fundamentalidade. Conforme aduz o constitucionalista português, não se deve perder de vista que paralelamente aos direitos de índole subjetiva, atrelados à vida humana, existem outros direitos igualmente fundamentais de cunho objetivo, como é o caso daqueles atinentes à pessoa coletiva, às pessoas jurídicas e ao interesse social, como, por exemplo nacional, os incisos XXI, XXIII, XXVIII, XIX do artigo 5º da Constituição da República de 1988. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 140.

¹⁹⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 182.

Nesse sentido objetivo, os direitos fundamentais transcendem a função de meros garantidores de posições individuais, passando a serem observados também como normas que representam os principais valores da sociedade, capazes inclusive de irradiar esses valores por todo o sistema jurídico, conformando a interpretação e a aplicação em todos os ramos do Direito. No contexto de constitucionalização de valores sociais e princípios empreitado pelo pós-positivismo, portanto, não se pode olvidar o enfoque nos direitos fundamentais como base do ordenamento jurídico no Estado Democrático de Direito.²⁰⁰

E, em razão dessa dimensão objetiva irradiante, o cenário axiológico criado pelos direitos fundamentais pode até mesmo legitimar interpretações restritivas a outros direitos individuais envolvidos. É o caso, por exemplo, das sucessivas decisões judiciais no sentido da abusividade de revistas íntimas praticadas no ambiente laboral.²⁰¹ Nesses casos, entendem os Tribunais, com base na perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, que o direito patronal à liberdade de gestão, à autonomia da vontade e à proteção da propriedade limita-se diante do necessário resguardo à dignidade do trabalhador, em vista de uma imperiosa harmonização prática de ambos.

Destaque-se como importante consequência da dimensão objetiva dos direitos fundamentais o *dever de proteção* imputado ao Estado²⁰², em que este, por meio dos seus três poderes, não deve se limitar a medidas omissivas (proibição de excesso), mas também medidas positivas de proteção efetiva dos direitos fundamentais (proibição de proteção insuficiente). É dizer, sob esse enfoque objetivo os direitos fundamentais correspondem também a um dever de prestação positiva, na medida em que cobram a adoção de

²⁰⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 167.

²⁰¹ Rememore-se o paradigmático caso de um conferente que ajuizou reclamação trabalhista contra uma grande empresa de segurança e transporte de valores, em que o Tribunal Superior do Trabalho manteve a condenação por danos morais. Naquela ocorrência, o conferente de numerários era submetido a revistas íntimas diárias, nas quais era revistado de cueca ou mesmo nu em frente a colegas e ainda era obrigado a dar uma "voltinha" a pedido da chefia. No caso, assentou o relator que apesar de ser a revista uma prerrogativa inserida no âmbito do poder fiscalizatório do empregador, como desdobramento do poder diretivo, encontra rígidos limites no princípio maior da dignidade da pessoa humana, consubstanciado na hipótese pelo direito à inviolabilidade da honra e da intimidade. BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. TST-AIRR -166100-56.2009.5.15.0043. Min. Rel. Maurício Godinho Delgado, julgado em 08/05/13, publicado DJe em 10/05/2013. Disponível em <http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/materia-especial-abordou-a-revista-intima-no-ambiente-de-trabalho> Acesso em 18/11/2015.

²⁰² Para mais detalhes acerca do *dever de proteção* como decorrência da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, vide item 3.5.2 do Capítulo 3 deste trabalho.

providências materiais, políticas ou jurídicas, de resguardo dos bens tutelados pelos direitos fundamentais.²⁰³

São essas, portanto, as principais características dessa nova fase do pensamento jurídico, apelidada de pós-positivista, que trata o Direito não apenas como simples técnica de controle social, mas principalmente como meio de correção das desigualdades e consecução dos padrões mínimos de equilíbrio social, sempre atenta à realidade fática a que se vocaciona a reger. E essa reconfiguração do pensamento jurídico, vale frisar, é proposta por meio do reconhecimento de direitos fundamentais manifestados na forma de princípios normativos, compreendidos no contexto de uma Constituição como centro irradiador de efeitos por todo o ordenamento jurídico, atenta aos clamores por justiça social e valorização humana no novo século.

Essa nova fase do Direito, em uma avalanche normativo-constitucional consonante com a tutela do homem como centro de valores do sistema jurídico, não tardaria a alcançar o Direito do Trabalho.

2.3. O Direito constitucional do Trabalho e o pós-positivismo

Uma vez realizada a digressão teórico-filosófica do pensamento jurídico, passemos, consecutivamente, ao enfoque evolutivo do Direito do Trabalho ao longo da história, até sua conformação ao novo paradigma jusfilosófico que a doutrina apelidou de pós-positivista.

A análise se dará com a observação evolutiva dos fatores econômicos, sociais e políticos ao longo da história juslaboral moderna, demonstrando que, quando vigente o momento político-ideológico Liberal, o Direito do Trabalho via-se oprimido diante da tendência civilista individual-patrimonialista calcada no positivismo tradicional; quando passado ao Estado de Bem-Estar Social, o Direito do Trabalho iniciava sua fase de fortalecimento a ponto de constitucionalizar-se mundo afora. E atualmente, no contexto do Estado democrático constitucional, mesmo diante de ameaçadoras investidas neoliberais, o Direito do Trabalho tem na perspectiva pós-positivista uma promissora proposta para se tornar ferramenta efetiva de equilíbrio econômico-social e, daí, de materialização de justiça social e valorização humana, como se verá adiante.

²⁰³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 168.

2.3.1. *O movimento pendular da história constitucional do Direito do Trabalho em face das transformações políticas e socioeconômicas*

O Direito do Trabalho possui como elemento nuclear o trabalho livre dirigido ao processo produtivo. Posiciona-se, daí, diante de duas forças antagônicas, porém interdependentes: o trabalho humano e a produção econômica. Por esse motivo, a evolução de suas fases ao longo do tempo está intrinsecamente atrelada às transformações socioeconômicas e políticas havidas na história da humanidade.

Passemos, então, à análise dos fatores econômicos, sociais e políticos que envolveram o processo de formação e consolidação do Direito do Trabalho, sendo oportuno desde já esclarecer que a abordagem aqui apresentada prescindirá do detalhamento dos eventos narrados – até mesmo ante a impossibilidade de se recuperar a integridade dos ricos detalhes da história – e se pautará pelo objetivo de contextualização do tema de pesquisa.

Durante o século XIX, destacava-se na sociedade ocidental a opção político-ideológica liberal²⁰⁴, tipicamente individualista. O Direito, enquanto ordenamento, era enxergado como fundamento dos regramentos universais garantidores da igualdade formal de todos perante a lei e, ao mesmo tempo, dos limites preponderantemente negativos conformadores dos espaços privados de liberdade. Eis a consagração da fase dos direitos fundamentais de 1ª dimensão²⁰⁵. Desse modo, o paradigma liberal, embora banhado pela conquista do reconhecimento de cada indivíduo como sujeito de direitos no sentido formal, ignorava a existência de um grande desequilíbrio material nas relações de poder. A autonomia da vontade e a exaltação da propriedade privada figuravam como pilares do pensamento jurídico à época.²⁰⁶

²⁰⁴ O regime político-jurídico do Estado Liberal consolidou-se a partir das Revoluções Burguesas no final do século XVIII, em que a classe burguesa emergente detinha o poder econômico, enquanto o poder político estava sob o domínio da nobreza. O princípio da não intervenção do Estado na economia defendido pelo Estado Liberal foi, portanto, uma estratégia burguesa para evitar a ingerência dos antigos senhores feudais e monarcas na economia da época, garantindo a liberdade individual para a expansão dos seus negócios e consequente maximização do lucro. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do estado*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 49-52.

²⁰⁵ Na esteira de Antônio A. Cansado Trindade e Ingo W. Sarlet, cabe ressaltar a preferência pela expressão “dimensão” a “geração”, pois, enquanto esta induz à ideia de sucessão entre momentos históricos estanques, aquela melhor permite compreender as características base dos direitos fundamentais, que são, frise-se, a complementaridade e a interdependência recíproca.

²⁰⁶ CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (org.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 33-34.

No âmbito das relações de trabalho, reinava a exploração descontrolada da força de trabalho pelo capitalismo, em um sistema econômico expansionista ancorado no pensamento civilista, com sua forte característica individualista e patrimonialista. Destaque-se que essa fase liberal-individualista do Estado flertava com a teoria positivista do Direito, que emprestava àquele sua estrutura lógico-formal acrítica, neutra, alheia a valores morais, viabilizando, pois, o ideário de preeminência do capital sobre o trabalho humano.

A civilização do século XIX, segundo a análise de Karl Polanyi, foi marcada pelo extremo liberalismo, em que trabalho, terra e dinheiro passavam à condição de mercadoria. E junto com esses fatores, o homem e a natureza, envolvidos na órbita do mercado, acabavam tornando-se também mercadorias, guiados igualmente pelas leis do mercado.²⁰⁷

Esse contexto remonta ao que a doutrina justralhista denomina de primeira fase histórica do Direito do Trabalho, de *manifestações incipientes e esparsas*, caracterizada pela quase desregulamentação trabalhista, à exceção de pontuais leis dirigidas tão-somente a reduzir a violência brutal da exploração sobre o trabalho de mulheres e crianças.²⁰⁸ O espectro normativo trabalhista, portanto, ainda era disperso, mostrando-se incapaz de constituir um ramo jurídico próprio e autônomo.

Os efeitos dessa quase desregulamentação trabalhista não demoraram a surgir. A conformação de uma sociedade de massas combinada com a exploração desmedida do trabalho humano no período pós-Revolução Industrial contribuiu para a eclosão de ações coletivas sistemáticas²⁰⁹ dos segmentos sociais dominados pela estrutura socioeconômica da época industrial, com um conjunto de reivindicações tendentes à melhoria das condições do

²⁰⁷ “Como o desenvolvimento do sistema fabril se organizara como parte de um processo de compra e venda, o trabalho, a terra e o dinheiro também tiveram que se transformar em mercadorias para manter a produção em andamento. É verdade que eles não puderam ser transformados em mercadorias reais, pois não eram produzidos para venda no mercado. Entretanto, a ficção de serem assim produzidos tornou-se o princípio organizador da sociedade. Dos três elementos, um se destaca mais: trabalho (mão de obra) é o termo técnico usado para os seres humanos na medida em que não são empregadores, mas empregados. Segue-se daí que a organização do trabalho mudaria simultaneamente com a organização do sistema de mercado. Entretanto, como a organização do trabalho é apenas outro termo para as formas de vida do povo comum, isso significa que o desenvolvimento do sistema de mercado seria acompanhado de uma mudança na organização da própria sociedade. *Seguindo este raciocínio, a sociedade humana tornara-se acessório do sistema econômico*” (grifo nosso). POLANYI, Karl. *A grande transformação: as origens de nossa época*. Tradução de Fanny Wrabel, 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 81.

²⁰⁸ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 14ª Ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 97-100.

²⁰⁹ São exemplos de manifestações coletivas desse período doutrinas socialistas como o *Manifesto Comunista* de Karl Marx e Friedrich Engels (1848), ilustrado pela sua célebre frase: “proletários de todos os países, uni-vos!”, bem como os movimentos *cartistas* na Inglaterra e na França, ocorridos mesma década do século XIX, que apesar da inicial resistência do governo aos reclamos sociais (redigidos em documento intitulado Carta do Povo – daí a denominação do movimento), provocou mudanças efetivas, como a regulamentação do trabalho feminino e infantil e a permissão de associações políticas.

ambiente de trabalho. Remontam a essa época a conquista da jornada limitada a 10 (dez) horas diárias na França e Inglaterra, bem como o direito de associação sindical e greve. Citam-se como exemplos mais representativos e ilustrativos o *Factory Act*, editado na Inglaterra de 1833, que proibiu o trabalho de menores de 9 (nove) anos nos moinhos têxteis e fixou jornada diária máxima de 9 (nove) horas para menores de 13 (treze) anos – se é que isso pode ser chamado de “direito” trabalhista –, bem como atos subsequentes de 1844 e 1847, que estenderam esses “direitos” a mulheres, acrescentando limitações no uso de máquinas perigosas.²¹⁰

Em meio a uma nova concepção de mundo, com o fim de se corrigir as discrepâncias sociais vigentes no modelo individual-liberal clássico – testemunho do maior cenário de “exploração do homem pelo homem que se tem notícia na história; um acúmulo de capital sem precedentes nas mãos de pouquíssimos, bem como uma miséria nunca antes vista de forma tão difundida”²¹¹ –, passava-se a pugnar por uma atitude interventiva do Estado, por meio de uma legislação protetiva cogente, imperativa, que levasse em conta a assimetria das relações entre empregado e empregador e, assim, fosse capaz de neutralizar a autonomia da vontade típica do âmbito civil.

Se por um lado o sistema industrial capitalista revolucionou o sistema de produção, mercantilizando o trabalho humano e a própria sociedade em volta da valorização do capital, com acirrado conflitos de interesses entre operários e capitalistas, por outro lado é bem verdade que esse movimento massivo permitia a união dos marginalizados do sistema, conformando uma consciência de grupo coeso, de modo a tornar os conflitos cada vez mais como conflitos de classe.²¹²

Movimentos coletivos cada vez mais significativos passam a avolumar e dar maior representatividade à luta pelos direitos coletivos e sociais mundo afora, como o direito de greve e de livre organização sindical, o direito a um salário mínimo, a uma jornada máxima de labor para todos os trabalhadores, como também a previdência social, acesso à saúde, segurança, lazer. Dentre vários clamores sociais, encorpava-se então “o Direito do

²¹⁰ BIAVASCHI, Magda Barros. *O direito do trabalho no Brasil, 1930-1942: a construção do sujeito de direitos trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2007. p. 64-65.

²¹¹ CARVALHO NETTO, Menelick. A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (org.). *Jurisdição constitucional e os direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. pág. 149.

²¹² BIAVASCHI, Magda Barros. *O direito do trabalho no Brasil, 1930-1942: a construção do sujeito de direitos trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2007. p. 63.

Trabalho, em oposição à ordem liberal, com suas regras que importam freios ao movimento ‘livre’ do capitalismo”²¹³.

Em razão das conquistas alcançadas pelo movimento operário nesse período histórico da década de 40 do século XIX até a Primeira Guerra Mundial, a fase trabalhista é denominada de *sistematização e consolidação* do Direito do Trabalho, seguida da fase de *institucionalização*. Nesta, marcada pela criação da Organização Internacional do Trabalho – OIT (1919), pelo advento da Constituição Mexicana²¹⁴ e pela Constituição de Weimar²¹⁵, o Direito do Trabalho se constitucionaliza e se incorpora às ordens jurídicas de diversos países democráticos.

Esse período de início de institucionalização mundial do Direito do Trabalho coincide com o desencadeamento da crise do viés político liberal clássico do Estado imperante até então na tradição ocidental, que sofreu derradeiro abalo com a crise da Bolsa de Nova Iorque em 1929. A grande depressão econômica trouxe como consequência o acirramento da pobreza e do desemprego por todo o mundo. A partir da crise, as pressões sociais para solução do caos socioeconômico pressionam a ordem liberal e inauguraram uma nova fase política, denominado Estado Social, ou Estado de Bem-Estar Social (*Welfare State*), notabilizado na busca da justiça social por meio de atuação proativa do Estado destinada à concretização dos interesses da coletividade, mediante direitos sociais. Iniciado com o programa *New Deal* norte-americano, o Estado de Bem-Estar Social se espalhou para o mundo ao fim do devastador ciclo das duas Guerras Mundiais.

Em busca de se corrigir as explorações do passado havidas sob o manto míope do liberalismo-individualista, o paradigma do Estado Social destacou-se não apenas pela inclusão de direitos coletivos e sociais àqueles de índole particular, mas também – e principalmente – pela redefinição dos direitos característicos do paradigma antecedente. A liberdade deixou de ser considerada como mero direito de se fazer tudo o que não seja proibido por lei; passou a pressupor todo um conjunto de leis sociais que possibilitassem, no mínimo, o reconhecimento das diferenças materiais e o tratamento privilegiado do lado social ou economicamente mais

²¹³BIAVASCHI, Magda Barros. *O direito do trabalho no Brasil, 1930-1942: a construção do sujeito de direitos trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2007. p. 58.

²¹⁴A Carta Política mexicana de 1917 foi a primeira Constituição a atribuir aos direitos trabalhistas a qualidade de direitos fundamentais, juntamente com as liberdades individuais e os direitos políticos (arts. 5º e 123).

²¹⁵A Constituição de Weimar, oficialmente Constituição do Império Alemão, vigente na República de Weimar (1919-1933), representa o auge da crise do Estado Liberal do século XVIII e a ascensão do Estado Social do século XX, uma vez que consagrou direitos sociais superando a organização do Estado em função do indivíduo. STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do estado*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 70-71.

fraco da relação.²¹⁶ É dizer, passou-se a uma liberdade não apenas decorrente de direitos negativos, de omissão, mas de direitos que possibilitassem condições materiais mínimas para o gozo dessa liberdade. Na mesma medida, passou-se a uma concepção de igualdade não mais restrita ao abstracionismo formal da lei, mas sim a uma igualdade material, atenta às diferenças de aptidões e condições fáticas da realidade social, garantidora de um tratamento protetivo aos hipossuficientes.

À essa época de proatividade social do Estado, no caso do Brasil, em meio a um período político centralizador e autoritário getulista (1930 a 1945), era idealizada a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT (Decreto-Lei n.º 5.452/1943), que, com base ainda na estrutura lógico-formal do positivismo tradicional, consolidava diversas leis trabalhistas esparsas anteriores, como a fixação da jornada de oito horas diárias para comerciários e industriários (Decreto n.º 21.186 e 21.364/1932), a criação da Carteira de Trabalho e Previdência Social - CTPS (Decreto n.º 21.175/1932) e férias (Lei nº 4.982/25 e posterior Decreto n.º 23.103/1933).²¹⁷

A hegemonia do Estado Social intensificou o fenômeno de constitucionalização do Direito do Trabalho. Os direitos sociais - inclusive os trabalhistas - passaram a ser incorporados às Constituições das principais potências econômicas na qualidade também de direitos fundamentais, tal como ocorrido com as Constituições Democráticas pós-1945 da França (1946), da Itália (1947) e da Alemanha (1949) e pós-1970 de Portugal (1976) e da Espanha (1978) – e, com mais atraso mas com o mesmo vigor, a Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Marcada por reivindicações igualitárias, a ideologia política do Estado Social fez alçar a patamar constitucional novos valores sociais e princípios que enalteciam o trabalho humano, como dignidade da pessoa humana, justiça social e valorização do trabalho humano.²¹⁸

²¹⁶ CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (org.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 34-35.

²¹⁷ BIAVASCHI, Magda Barros. *O direito do trabalho no Brasil, 1930-1942: a construção do sujeito de direitos trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2007. p. 80 e ss. Não se ignora, contudo, que grande parte das concessões legislativas feitas aos trabalhadores à época justificava-se, de um lado, pela proposta política de controle de resistências contra o projeto centralizador do governo getulista e dominação da massa populacional e, de outro, pelo intuito capitalista de arrefecimento das crescentes revoltas ameaçadoras da propriedade rural e industrial, com vista à manutenção das relações de produção vigente. E, neste último sentido patrimonialista – que aqui frisamos em razão do objetivo da abordagem –, ao passo que se enxergava o trabalho como mercadoria, concediam-se benevolências normativas pontuais aos obreiros como moeda de troca pela continuidade do sistema acumulador vigente. PEREIRA E SILVA, Reinaldo. *O mercado de trabalho humano*. São Paulo: LTr, 1998. p. 45.

²¹⁸ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*, op. cit, p. 102.

Contudo, a partir da crise econômica mundial a partir da década de setenta, intensificada a partir da crise petrolífera (crise energética) e com expansão de efeitos pelas décadas supervenientes, ocorre nova reviravolta política, econômica e social. A delicada conjuntura abalou novamente a economia mundial, inclusive com uma alta inflacionária nunca antes vista, acirrando os cortes orçamentários públicos e privados, além de elevar novamente as taxas de desemprego. Com o déficit fiscal dos Estados, os gastos com políticas sociais foram prejudicados. Em um cenário de escassos recursos, as empresas aumentavam a busca por tecnologia para substituição da mão de obra humana, além de criarem novas formas de organização empresarial para redução de custos, como o particionamento da produção, a terceirização de serviços e a exploração de cooperativas de serviços.²¹⁹ Diante da crise, os postos de trabalho que ainda restavam eram explorados ao máximo, agravado pela intensa oferta de mão de obra desempregada.

Em respostas ao grave quadro socioeconômico, desponta uma nova ideologia denominada Neoliberal, afirmando um pensamento desregulatório do Estado de Bem-Estar Social. O custo dessa proatividade social do Estado havida até então passava a ser evidenciado e, mais que isso, passava a ser apontado como o causador do grave quadro que se desenhava, marcado por elevados índices de desemprego, inflação e desajuste fiscal do Estado. Defendia-se que o respaldo econômico não correspondia aos elevados investimentos sociais. Segundo o historiador Perry Anderson, os neoliberais enxergavam as origens da crise localizadas no “poder excessivo (...) do movimento operário, que havia corroído as bases de acumulação capitalista com suas pressões reivindicativas sobre os salários e com sua pressão parasitária para que o Estado aumentasse cada vez mais os gastos sociais”²²⁰. Representantes das maiores economias do mundo²²¹ pregavam incessantemente diretrizes em favor do Estado Mínimo para a recuperação econômica, fato que atingia as políticas sociais, dentre elas o Direito do Trabalho.

Era o fim do ciclo do *Welfare State* e a verificação de que o projeto social falira por não produzir o resultado social esperado.²²² No âmbito justrabalhista, desenhava-se a *fase*

²¹⁹ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*, op. cit, p. 103.

²²⁰ ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo. In: SADER, Emir (org). *Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático*. São Paulo: Paz e Terra, 1996. p. 10.

²²¹ A ideologia política neoliberal desenvolve-se a partir do governo de Margaret Thatcher na Inglaterra de 1979, de Ronald Reagan nos EUA de 1980, bem como de Helmut Kohl na Alemanha de 1982. No Brasil, a ideologia neoliberal influenciou principalmente os governos de Sarney (1985), Fernando Collor de Mello (1990), Itamar Franco (1992) e os dois mandatos de Fernando Henrique Cardoso (1995).

²²² De acordo com Menelick, o Estado Social fora “capaz de produzir, no máximo, clientes e nunca cidadãos como prometera”. CARVALHO NETTO, Menelick. A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos

de crise do Direito do Trabalho²²³, em que o labor humano era enxergado como valor estritamente utilitário. Nessa linha materialista, o trabalhador era tido como uma simples peça de um maquinário voltado cegamente para o lucro. A condição humana estava desprestigiada no ambiente laboral. Junto ao desprestígio individual laboral caminhava também a involução da identidade social e coletiva dos trabalhadores. Enfim, o neoliberalismo furtava-se a enxergar o direito ao trabalho digno.²²⁴

Foi nessa fase neoliberal generalizada no mundo ocidental na segunda metade do século XX que ganharam corpo inclusive as teorias flexibilizantes do Direito do Trabalho, ou, em uma proposta mais radical, a proposta de desregulamentação das normas protecionistas trabalhistas.²²⁵ Sob o argumento da necessidade da recuperação econômica e embasadas em um raciocínio estritamente econômico e utilitarista, referidas propostas buscavam novos modelos de gestão trabalhista, calcados na exploração livre ou subregulamentada do trabalho, sob a distorcida concepção de que a crise socioeconômica do período se devia à dita excessiva proteção do trabalho humano.

No caso do Brasil, para intensificar ainda mais a fase crítica para a tutela trabalhista, a essa época enfrentávamos o regime militar, que, com suas propostas antidemocráticas – que aqui nos poupamos de lembrar –, aliadas ao referido ideário neoliberal, acentuavam o malferimento à proteção social do trabalhador. Houve nessa fase, por exemplo, a instituição da “política salarial de governo”, com objetivo de fixar os reajustes salariais em âmbito nacional. Houve, também, a idealização do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS, que, ainda de forma “facultativa”²²⁶ para o empregado, apesar de ser

direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (org.). *Jurisdição constitucional e os direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. pág. 150.

²²³ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 14ª Ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 103-104.

²²⁴ DELGADO, Gabriela Neves. Estado Democrático de Direito e Direito Fundamental ao Trabalho Digno. In: _____; DELGADO, Maurício Godinho. *Constituição da República e Direitos Fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho*. São Paulo: LTR, 2015. p. 57.

²²⁵ Nas poéticas palavras de Márcio Túlio Viana acerca das propostas flexibilizantes do ordenamento justtrabalhista: “(...) como diz a frase da moda, o que importa não é tanto ‘o Direito do Trabalho, mas o Direito ao Trabalho’. O slogan [flexibilização] tem certo charme e causa impacto (...). O verbo é também simpático: passa a ideia de inovação, abertura, modernidade. Afinal, o contrário de flexível é inflexível. Faz pensar em ditadura, mente estreita, preconceito. O problema é que o verbo se tornou irregular, nem sempre se conjuga com todos os pronomes. O capital ordena: flexibilizem! Mas se recusa a dizer: flexibilizo! E o fato de ser conjugado só na terceira pessoa faz o verbo incorporar elementos de seu contrário: se inova nas formas, retrocede nas essências; se promete liberdade, aumenta a opressão.” VIANA, Márcio Túlio. A proteção social do trabalhador no mundo globalizado: o direito do trabalho no limiar do século XXI. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 37, p. 153-186, 2000. p. 168.

²²⁶ Relativizamos a facultatividade, tendo em vista as peculiaridades do vínculo empregatício. Uma vez que a hipossuficiência do empregado causa um temor reverencial em relação ao seu empregador – o que inclusive justifica a imperatividade e indisponibilidade das normas trabalhistas –, tem-se que qualquer proposta apresentada no contexto trabalhista tende a ser aceita, sob pena de se colocar em risco o emprego garantidor do

apresentado com o fim altruístico de captação de recursos para habitação, infraestrutura e saneamento, em verdade trazia por traz de si o fim das indenizações e estabilidades por tempo de serviço.²²⁷

Diante do exposto, nota-se que as fases trabalhistas estiveram entranhadas à dinâmica do cenário econômico, social e político, influenciando e sendo influenciadas em um movimento cíclico ao longo da história. Quando vigente o Estado Liberal e o pleno desenvolvimento econômico mundial, o Direito do Trabalho via-se oprimido diante do ideal individual-patrimonialista e da perspectiva juspositivista; quando passado ao Estado de Bem-Estar Social decorrente do clamor social por amparo estatal, o Direito do Trabalho agigantava-se a ponto de se constitucionalizar mundo afora. E agora, diante desse movimento pendular observado na história trabalhista, o advento do ideal neoliberalista e do cenário de crise fiscal e econômica faria a concepção tutelar do Direito do Trabalho retornar à fase de

sustento próprio e familiar. E assim o foi com o FGTS em sua proposta inicial (Lei n.º 5107/66), que, mesmo facultativo, na prática era integrado na grande maioria dos contratos à época. BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 7ª ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 797.

²²⁷ A propósito dessas medidas flexibilizantes, que, entre idas e vindas, prorroga-se até os dias atuais, destacam-se como exemplos havidos no governo Itamar Franco e Fernando Henrique Cardoso as flexibilizações atinentes ao regramento de jornada de trabalho, como o regime de tempo parcial (CLT, art. 130-A, incluído originalmente pela Medida Provisória n.º 2.164-41/2001), que reduzia a jornada semanal a 25 horas no intuito, frustrado, de aumentar a oferta de postos de trabalho; a estipulação compensatória denominada “banco de horas” (CLT, art. 59, §2º, inserido igualmente pela Medida Provisória n.º 2.164-41/2001), em que se dispensava o pagamento de horas extraordinárias se compensado o sobrelabor, em até um ano, nos momentos de redução da atividade empresarial. Correspondem a esse período também as flexibilizações quanto à estabilidade no emprego, como a obrigatoriedade de adoção do regime do FGTS em detrimento da estabilidade decenal (CF, artigo 7º, III e Lei n.º 8.036/1990). São exemplos, ainda, as flexibilizações quanto ao salário, como a retirada da natureza salarial de utilidades concedidas pelo empregador, com o fim de elidir a repercussão destas nos cálculos das demais rubricas remuneratórias, previdenciárias e fiscais (CLT, 458, §2º, inserido pela Lei n.º 10.243/2001). Nessa toada de exemplos flexibilizantes - e observada a neutralidade político-ideológica que o trabalho acadêmico nos impõe -, oportuno registrar que, mesmo em períodos seguintes, no governo Lula e Dilma Rousseff, seguiram crescentes as propostas relativizadoras da imperatividade do ordenamento jurídico trabalhista em favor da otimização econômica do mercado. Cita-se a autorização de descontos nos salários a título de garantia de empréstimos bancários consignados (Lei n.º 10.820/2003, recentemente alterada pela Lei n.º 13.172/2015 para elastecer a margem de consignação de 30 para 35% do salário), em nítida afronta ao princípio da intangibilidade salarial a que se referem os incisos IV, VI e X do artigo 7º da Lei Maior. Houve também a alteração do regramento de recuperação judicial e falimentar, no sentido de excluir a sucessão do arrematante quanto aos débitos de natureza trabalhista, bem como a limitação do privilégio dos créditos trabalhistas na massa falida, restritos a até 150 salários mínimos (Lei n.º 11.101/2005). Observa-se, ainda, a recente instituição do Programa de Proteção ao Emprego – PPE intermediado pelo Ministério do Trabalho, que prevê a redução negocial coletiva da jornada de trabalho com corte proporcional de salários em período de crise econômica. Note-se, igualmente, a proposta de terceirização irrestrita de serviços, atualmente já aprovada na Câmara dos Deputados e em discussão no Senado Federal, que promete ao empresariado a possibilidade de subcontratar mão de obra e, assim, se desfazer da pessoalidade (e responsabilidade direta) típica das relações empregatícias para aproximá-las a transações mercantis, atendido de forma inescrupulosa o intuito de redução dos custos da mão de obra. Mais recente ainda, e não menos maléfica ao histórico teor protetivo dos direitos trabalhistas, são as discussões do governo interino de Michel Temer havida no âmbito do Projeto de Lei n.º 4.962/2016, acerca da prevalência da negociação coletiva sobre as disposições legais em matéria trabalhista – proposta esta conhecida como prevalência do negociado sobre o legislado. Busca a proposta, em suma, alterar o sistema deferido de hierarquia normativa do Direito do Trabalho para autorizar a supremacia das condições estabelecidas em acordo ou convenção coletivos em detrimento dos direitos mínimos contidos na CLT, abrindo mão, portanto, dos princípios basilares da imperatividade e da indisponibilidade das normas heterônomas trabalhistas.

letargia²²⁸ antes vista no liberalismo clássico? Dito de forma mais pragmática e dramática, vingaria a catastrófica previsão neoliberal de uma sociedade do século XXI com trabalho desregulamentado?

2.3.2 A renovação *juslaboral*: o Direito do Trabalho no constitucionalismo democrático brasileiro

A evolução social após os traumas de regimes totalitários e das grandes guerras mundiais levou à concepção não apenas do Estado Social de Direito, mas à sua evolução: O Estado Democrático de Direito, cujo cerne está na inclusão social e promoção de cidadania, buscando a compatibilização entre as conquistas formais do Estado Liberal e as conquistas materiais do Estado Social.

Advém, nesse contexto social, econômico político e jurídico um novo paradigma: o Estado Democrático, caracterizado pela convivência social livre, justa e solidária, em que o poder emana do povo – o povo soberano exercendo-o diretamente ou por meio de representantes eleitos –, pelo povo – mediante democracia participativa no processo decisório livre – e para (todo) o povo, cumprindo a finalidade ética do poder e respeitando a pluralidade de ideias, culturas e realidades materiais a partir da atenta apreciação e interpretação das diferentes nuances fáticas pulsantes na sociedade.²²⁹

A democracia na história humana distinguiu-se e destacou-se por combinar princípios de liberdade, igualdade e fraternidade na convivência social, de modo a lançar luz e dar voz a indivíduos e grupos sociais antes marginalizados, destituídos de poder e riqueza.²³⁰ Liberdade e igualdade passam a ser enxergados como direitos difusos de autodeterminação, que deve guarnecer a todos, mormente àqueles em condições de marginalização social. Trata-se, pois, de uma abertura pluralista do Direito, conformador de uma verdadeira soberania democrática.

Nesse compasso, as antigas ferramentas jurídicas dos paradigmas anteriores já não se mostravam mais capazes de fazer frente aos cada vez mais complexos desafios da sociedade moderna pós-industrial. A nova concepção democrático-constitucional exigia nova

²²⁸ O sentido figurado da palavra “letargia”, emprestada da neurociência, foi utilizada como sono profundo, apatia, estado de abatimento e depressão, inércia. In: FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo Dicionário Eletrônico Aurélio. Edição eletrônica. Versão 5.0. Rio de Janeiro: Editora Positivo, 2004.

²²⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 122.

²³⁰ DELGADO, Maurício Godinho. *Direitos fundamentais na relação de trabalho*. Revista de direitos e garantias fundamentais, nº 2, p. 11-40. 2007. p. 13.

postura de reflexão quanto ao ordenamento jurídico, não somente em face dos dispositivos textuais narrativos da norma, mas também por meio de interpretação e consideração dos elementos fáticos componentes das peculiaridades do caso concreto examinado.²³¹

É nesse novo paradigma, de atenção à realidade social, que se intenta realizar o princípio democrático por meio da *efetividade* dos direitos fundamentais. Para se alcançar essa pretensiosa qualidade democrática, essencial que o Estado não apenas reconheça no plano formal os direitos fundamentais individuais, políticos e sociais tal como observado nas fases Liberal e Social anteriores. Mais que isso, essencial que se garantam a todos os indivíduos condições suscetíveis de se alcançar efetivamente e concretamente o pleno exercício desses direitos fundamentais. O Direito, então, ultrapassa a noção de um mero conjunto de regras de regulação coercitiva das relações sociais para se transformar em via efetiva de acesso à cidadania.

Nesse contexto foi conformada a ordem constitucional nacional vigente, resultado de um amplo processo de discussão oportunizado com a redemocratização do país após mais de duas décadas de ditadura militar. Caracterizada por uma evidente exaltação dos direitos fundamentais em reação ao regime restritivo, a Constituição Cidadã não economizou esforços em municiar a nação com um inovador catálogo amplo de direitos fundamentais sociais positivados no texto constitucional ou mesmo não expressos mas com ele consonante (CF, art. 5º, §2º). Inovação ainda maior certamente advém do seu artigo 5º, §1º, que concede aplicabilidade imediata a esses direitos sociais.²³²

O tom democrático da Constituição de 1988, então, demanda uma superação da visão dos direitos sociais – inclusive os trabalhistas – como meras normas programáticas. Seu papel abrange o comprometimento com a adoção de medidas de efetivação dos direitos fundamentais voltadas ao reconhecimento universal de direitos e consequente alcance da justiça social. A simples previsão de tutela social em diplomas legais, se tida como simplória

²³¹ É o caso da doutrina constitucional oriunda de teóricos como Konrad Hesse, Friedrich Muller, Robert Alexy, J.J Gomes Canotilho e Paulo Bonavides, que integra a atenta análise das particularidades fáticas caracterizadoras da complexidade do caso concreto no processo de densificação e aplicação do Direito. No contexto do paradigma do Estado Democrático de Direito, retribuem construtivamente os princípios e regras do Direito, em vista a satisfazer tanto a exigência e a crença na legalidade, entendida como segurança jurídica, quanto o sentimento de justiça decorrente da atenção e adequação às particularidades do caso concreto. CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (org.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 37-39.

²³² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11ª edição. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012. E-book. ISBN 978-85-7348-789-3. p. 53.

carta de intenções, não atenderia ao pressuposto democrático de efetivação dos valores da soberania popular, liberdade e igualdade inclusiva.²³³

Destaca-se, daí, o clamor por uma reanálise – agora pós-positivista – do Direito do Trabalho. O valor trabalho ocupa posição central na ordem constitucional, em suas facetas econômica e social, apresentando-se como eficiente mecanismo de distribuição de renda e de atenção social no âmbito do capitalismo. Associa-se aos propósitos da afirmação da dignidade da pessoa humana e da materialização da justiça social. A reflexão sobre a efetividade dos direitos fundamentais trabalhistas, portanto, posiciona-se nitidamente no centro de convergência entre o Estado Democrático de Direito, os direitos fundamentais dele decorrentes e as condições materiais para o gozo efetivo desses direitos.

2.3.3 O Direito constitucional do Trabalho no contexto pós-positivista

Para que o Direito do Trabalho voltasse ao protagonismo como garantidor da justiça social, da igualdade, da valorização do trabalho humano e da função social da propriedade, com evidenciação do seu principal intuito concretizador dos direitos humanos fundamentais, mostrava-se essencial uma nova maneira de enxergá-lo e pensá-lo.

Necessário se mostrava uma base teórico-filosófica para fundamentar o enaltecimento do trabalho enquanto suporte de valor da dignidade do ser humano. As indagações filosóficas acerca do trabalho demandavam uma nova ferramenta para compreensão do verdadeiro sentido do direito fundamental ao trabalho digno.

A tendência jusfilosófica pós-positivista, embasada na abertura axiológica do sistema jurídico, na normatividade dos princípios jurídicos, na exaltação da Constituição como fonte de irradiação normativa e na efetividade dos direitos fundamentais apresenta-se, então, como uma tábua de salvação para a fase crítica da tutela trabalhista brasileira vivenciada nas últimas décadas no contexto neoliberal.

O Direito do Trabalho no contexto pós-positivista se destaca principalmente a partir da reflexão da importância do trabalho prestado em condições dignas, e, mais que isso, pela necessidade democrática de se concretizar esse resguardo da dignidade na prática das relações trabalhistas. Por meio de uma reanálise pós-positivista, o Direito do Trabalho se

²³³ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 126.

mostra capaz de resgatar os fundamentos constitucionais que enaltecem o trabalho como *locus* da dignidade do ser humano.

Para tanto, o Direito do Trabalho, na perspectiva pós-positivista, exige do intérprete uma nova consciência, provocadora da noção de que estar protegido pelo trabalho significa não necessariamente mero fomento à criação de postos de trabalho, mas também – e principalmente – a concretização, no plano constitucional, dos direitos fundamentais que asseguram uma vida minimamente digna ao trabalhador. Nesse sentido é a oportuna abordagem da professora Gabriela Neves Delgado, que, ao tratar do direito fundamental ao trabalho digno, destaca o cuidado com o sentido da expressão “direito ao trabalho”. Segundo a autora, caso tomada literalmente, a expressão poderia conduzir à interpretação fria e avalorativa de que referido direito se trata de mera criação numérica de postos de trabalho, ainda que precários. Porém, na atual ordem constitucional “do Estado Democrático de Direito não se concebe o trabalho como simples sujeição, mas sim como direito, isto é, como vantagem protegida juridicamente”.²³⁴

Dito de modo mais concreto, observado o plano normativo constitucional, a visão pós-positivista provoca o direcionamento do intérprete à noção de que as relações trabalhistas se inserem no contexto de centralidade da Lei Maior, carreadoras de valores e princípios enaltecendores da *justiça social* (art. 170, *caput*, da CF), da *valorização do trabalho humano digno* (art. 1º, III e IV, da CF), da *vedação ao retrocesso social* (art. 7º, *caput*, da CF) ou, mais que isso, do contínuo progresso social ao longo do tempo. A propósito, essa notável compreensão constitucional do Direito do Trabalho levou o constituinte à inserção das normas trabalhistas nos dois primeiros Títulos da Constituição da República de 1988 (Dos Princípios Fundamentais e Dos Direitos e Garantias Fundamentais), além de fazer o *valor social do trabalho* abrir os Títulos VII (Da Ordem Econômica e Financeira) e VIII (Da Ordem Social).

No contexto do Estado Democrático de Direito, a visão pós-positivista do Direito do Trabalho provoca, outrossim, a preocupação com a efetividade dos direitos fundamentais, de modo a alçar ao ápice do sistema jurídico a pessoa humana e sua respectiva dignidade.²³⁵

²³⁴ DELGADO, Gabriela Neves. Estado Democrático de Direito e Direito Fundamental ao Trabalho Digno. In: _____; DELGADO, Maurício Godinho. *Constituição da República e Direitos Fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho*. São Paulo: LTR, 2015. p. 64-65.

²³⁵ DELGADO, Maurício Godinho. Constituição da República, Estado Democrático de Direito e Direito do Trabalho Digno. In: _____; DELGADO, Gabriela Neves. *Constituição da República e Direitos Fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho*. São Paulo: LTR, 2015. p. 48.

Diante da notável tendência de decréscimo da tutela protetiva²³⁶ via propostas legislativas de flexibilização e até mesmo de desregulamentação das normas laborais, fomentadas pelo atual contexto de adversidade econômica patronal – como, por notáveis exemplos, a proposta atual de ampliação da terceirização dos serviços (Projeto de Lei n.º 4.330/2004, atualmente no Senado sob o número PLC n.º 30/2015), o relaxamento da proteção trabalhista como meio de tratamento favorecido às pequenas empresas (objeto o presente estudo), bem como, ainda, a recente discussão legislativa acerca da prevalência do “negociado sobre o legislado” (Projeto de Lei n.º 4.962/2016) –, a perspectiva pós-positivista do Direito do Trabalho assume especial relevo por sobrelevar a importância da vigilância da concretização dos direitos fundamentais trabalhistas, de modo a se trazer ao sistema jurídico e às relações sociais a clarividente predileção constitucional de tutela do trabalho humano digno.²³⁷

A partir de um contexto pós-positivista do Direito do Trabalho e tendo em vista a rica atenção dada pela quase trintenária Carta Cidadã de 1988 às normas trabalhistas, podemos então nos assegurar da existência de uma maturidade de organização política e jusfilosófica capaz de proteger e gerar a necessária eficácia ao Direito do Trabalho, essencial que o é como meio de acesso a condições mínimas materiais e de poder social às camadas mais marginalizadas da sociedade.

²³⁶ Oportuno relembrar que a construção do Direito do Trabalho, como regulamentação positiva das relações de produção no modelo capitalista, representou relevantes conquistas do trabalhador frente ao poderio econômico do empregador, ante a debilidade da autonomia negocial entre partes com poderes assimétricos. Permitir que as proteções legais, representativas de um mínimo limite à imposição da força do empregador sobre o trabalhador, sejam reduzidas sob o pretexto de uma maior negociação adaptativa entre as partes, representa verdadeira alienação do progresso social e da valorização do trabalho humano. COUTINHO, Aldacy Rachid. O princípio da proteção revisitado. In: *Revista Bonijuris*, Curitiba, vol. 13, nº 452, jul. 2001. p. 5 e ss.

²³⁷ Acerca de reflexões sobre o valor do trabalho humano na ordem constitucional, vide item 4.2 do Capítulo 4.

3. A FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS TRABALHISTAS

Assentada a repaginação da concepção do Direito do Trabalho no paradigma constitucional, cumpre-nos por ora perquirir acerca da marca da fundamentalidade dos direitos trabalhistas, bem como o consequente regime jurídico especial que os direitos assim qualificados no contexto do constitucionalismo assumem.

Passados praticamente trinta anos da promulgação do texto constitucional de 1988, ainda muito se tem discutido acerca do conteúdo formal e material da Constituição, mormente em razão da sua robustez quanto aos direitos fundamentais. Essa robustez se denota não apenas no aspecto quantitativo, relacionado ao vasto número de direitos fundamentais individuais e sociais previstos implícita e explicitamente no rol constitucional, mas também no aspecto qualitativo atinente ao regime jurídico a eles relacionado. A abertura material da Constituição a outros direitos fundamentais ainda que não previstos em seu analítico texto (art. 5º, §2º), a previsão de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (art. 5º, §1º) e o limite ao poder de reforma do constituinte (art. 60, §4º) são apenas exemplos dessa ênfase à fundamentalidade, que se torna tão mais evidente quanto mais se adentra nos estudos do tema.

Contudo, no decorrer desses longos anos de vigência constitucional, bem se sabe que muitas foram as discussões e teorias que conspiraram contra essa robustez constitucional, principalmente no que concerne aos direitos fundamentais sociais. Nos dias atuais, as investidas contra esses direitos sociais – em grande medida associadas ainda ao pensamento neoliberal, como visto – longe de cessarem, intensificaram-se diante do cenário de longa e persistente crise econômica. E, se antes as investidas contra os direitos fundamentais sociais dirigiam-se ao questionamento da própria afirmação constitucional dessas garantias sociais, atualmente apresentam-se no cenário jus-político com estratégia diversificada, ora relacionada ao reconhecimento da fundamentalidade – e respectivos efeitos jurídicos – dos direitos sociais.

Quando observado o enfoque trabalhista no contexto dos direitos sociais, essa problemática de objeção se intensifica, tendo em vista o caráter privado das relações trabalhistas. É dizer, o fato de os custos sociais para a tutela do valor trabalho originarem-se em grande medida da iniciativa privada, por meio de uma postura ativa direta do empregador, faz com que essa resistência à fundamentalidade do trabalho e aos seus consequentes efeitos jurídicos se intensifiquem no ideário econômico nacional.

A trajetória deste capítulo, portanto, será traçada no sentido de se explorar em que medida os direitos sociais trabalhistas de fato possuem a favor de si o caráter da fundamentalidade, e, dessa forma, como o regime jurídico atinente aos direitos fundamentais podem dar voz e efetividade aos direitos sociais trabalhistas, no sentido de não se admitir que o extenso rol constitucional de direitos trabalhistas se transforme em mera carta retórica de intenções em plena fase democrática do Estado de Direito.

É sobre esse objeto que doravante iremos nos debruçar, utilizando-nos, quanto ao método, de balizada doutrina alemã, portuguesa e, claro, também os autores brasileiros que aqui se destacam no enfoque teórico sobre o regime jurídico aplicável aos direitos fundamentais sociais, em especial aqueles trabalhistas. E essa opção por doutrina oriunda desses países se justifica pela evidenciada aproximação entre os modelos constitucionais brasileiro e lusitano, que por sua vez fora marcado por influxos doutrinários e jurisprudenciais de origem germânica, resultando em uma unidade de institutos constitucionais e até mesmo dispositivos constitucionais.

Na parte inicial do presente capítulo será frisada inicialmente a ideia de centralidade do trabalho humano na Constituição da República de 1988 e a nobre associação do Direito do Trabalho ao intuito de afirmação da dignidade da pessoa humana, para, daí, perquirirmos acerca da marca da fundamentalidade tanto formal quanto material desse nobre ramo jurídico.

Na segunda parte, será desenvolvida a controvérsia em torno do regime jurídico constitucional dos direitos fundamentais aplicado aos direitos sociais trabalhistas, mais especificamente o postulado da aplicabilidade imediata a que se refere o artigo 5º, §1º, da Constituição da República, o dever dos poderes constituídos à eficácia protetiva dos direitos laborais e, por fim, o que se entende por vedação ao retrocesso social trabalhista.

3.1. A Centralidade do trabalho humano na Constituição da República

A Constituição da República de 1988 deixou clara a inserção do Direito do Trabalho em seu núcleo essencial, relacionado aos direitos e garantias fundamentais sociais²³⁸.

²³⁸ Acerca do conceito de direitos fundamentais sociais, convém invocar a definição de Ingo Wolfgang Sarlet, que demonstra que os direitos sociais – dentre eles os direitos trabalhistas – encontram sua unidade na circunstância comum de que “todos consideram o ser humano na sua situação concreta na ordem comunitária (social), objetivando, em princípio, a criação e garantia de uma igualdade e liberdade material (real), *seja por meio de determinadas prestações materiais e normativas, seja pela proteção e manutenção do equilíbrio de forças na esfera das relações trabalhistas*” (grifos nosso). Considerando a abordagem do autor, então, podemos identificar os direitos sociais em um duplo aspecto: positivo (prestacional) e negativo (tutela para

E esse fato se explica, de um lado, pela matriz de um Estado Democrático de Direito em que foi estruturado o Texto Maior, com destaque para os direitos fundamentais da pessoa humana. De outro lado, figura o Direito do Trabalho, assegurador em grande medida da prevalência dos direitos fundamentais da pessoa humana no âmbito individual e comunitário, da subordinação da propriedade à sua função social, da valorização do primado do emprego na ordem social e, em suma, da justiça social.²³⁹

Tendo em vista que o ideal democrático relaciona-se à atribuição de voz e resguardo também a quem na sociedade se encontra marginalizado e destituído de riqueza, o trabalho destaca-se por ser o mais eficiente meio garantidor de um patamar mínimo de poder e de distribuição mínima de riqueza à grande massa da população.

A matriz democrática da Constituição da República associada ao evidente caráter tutelar das normas trabalhistas no âmbito individual do trabalhador e na dimensão familiar e social, portanto, levou o Texto Magno a exaltar o valor trabalho em sua corporificação, erigindo-o a um dos princípios cardeais da ordem constitucional democrática brasileira.²⁴⁰

Essa centralidade do valor trabalho na Constituição se verifica já na sua porta de entrada, quando no Preâmbulo encontramos referência expressa no sentido de que a garantia dos direitos individuais e sociais, da igualdade e da justiça constitui objetivo permanente de nosso Estado.

Igualmente se destaca a ênfase às normas sociais trabalhistas no introito da parte normativa da Constituição (Título I – Dos Princípios Fundamentais), quando em seu primeiro artigo “os valores sociais do trabalho” e a “dignidade da pessoa humana” são assentados como fundamentos da República Federativa do Brasil no contexto do Estado Democrático de Direito.

Mais à frente, no núcleo fundamental (Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais), o Direito do Trabalho é expressamente listado como direito social no artigo 6º do Texto Magno para, em seguida, ser exaltado a ponto de compor a integralidade do artigo

libertação da opressão social), de modo que o direito trabalhista, além de estar relacionado também ao caráter prestacional dos direitos sociais, se aproxima com mais ênfase ainda ao caráter negativo, de defesa, garantidor de uma existência digna protegida da opressão do poder do capital. SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988. In: _____ (Org). *Direito Público em Tempos de Crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1999. p. 146 e ss.

²³⁹ DELGADO, Maurício Godinho. Constituição da República, Estado Democrático de Direito e Direito do Trabalho Digno. In: _____; DELGADO, Gabriela Neves. *Constituição da República e Direitos Fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho*. São Paulo: LTR, 2015. p. 47-48.

²⁴⁰ DELGADO, Maurício Godinho. Direitos Fundamentais na relação de trabalho. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, nº 2, p. 11-40. 2007. p. 15-16. Disponível em <<http://www.fdv.br/sisbib/index.php/direitosegarantias/issue/archive>>. Acesso em 19/12/2015.

7º, com o esmiuçamento analítico de todos os direitos fundamentais trabalhistas assegurados indistintamente aos trabalhadores urbanos e rurais.

Como se não bastasse à evidenciação da intenção do constituinte, o ramo jurídico juslaboral e o respectivo valor do trabalho humano compõem igualmente o não menos importante Título VII – Da Ordem Econômica e Financeira, ao serem expressamente previstos no artigo 170 como fundamento da ordem econômica.²⁴¹

Por fim, natural que seria de sua vocação social, o Direito do Trabalho e o valor trabalho compõem, ainda, o Título VIII – Da Ordem Social, figurando como base da ordem social dirigida ao bem-estar e à justiça social.²⁴² E foi nesse sentido que o constituinte estampou o primado do trabalho como base da ordem social no artigo 193, o direito a um ambiente de trabalho saudável e equilibrado nos artigos 200, VIII combinado com o 225 e, também, a função social do trabalho para a educação, qualificação e profissionalização do cidadão nos artigos 205 e 227.

Observado sistematicamente, portanto, as diversas menções e referências ao primado do trabalho ao longo do texto constitucional, tem-se a clara exaltação da valorização do trabalho humano no contexto constitucional.

3.2. A tarefa do trabalho na afirmação da dignidade humana

Diversas são as vertentes de abordagem da valorização do trabalho humano, tal como o viés econômico-produtivo, o psicossocial, o filosófico ou da dignidade da pessoa humana trabalhadora. Por meio do trabalho é que o homem e a sociedade atingem a sua plenitude, realizam a sua própria existência, exercita as suas potencialidades materiais, morais e espirituais.

Elemento ontologicamente essencial e fundante da existência do homem, e, por isso, imprescindível e indissociável da vida humana²⁴³, o trabalho pode ser aferido como gerador de riqueza para o prestador e para a sociedade em geral, como fator altruístico de engrandecimento e satisfação pessoal, ou, ainda, como fator de dignificação do ser humano.

²⁴¹ Com efeito, diz o artigo 170 da Lei Maior que “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”, devendo ser observados, dentre outros, os princípios da função social da propriedade, redução das desigualdades regionais e sociais e busca do pleno emprego.

²⁴² Nos termos do artigo 193 da Constituição, “A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”.

²⁴³ Acerca da centralidade do valor trabalho humano no mundo contemporâneo, vide ANTUNES, Ricardo. *Os Sentidos do Trabalho: ensaio sobre a afirmação e negação do trabalho*. 3ª ed. São Paulo: Boitempo, 2000.

Em razão do recorte temático do presente artigo, aqui será abordado o trabalho humano como suporte da dignidade da pessoa humana, o que, vale dizer, não o isola das demais abordagens.

O desenvolvimento do conceito e limites doutrinários sobre a dignidade da pessoa humana configura uma árdua tarefa, que naturalmente demanda um esforço de pesquisa e reflexão próprio, incompatível com o fim deste trabalho. Assim, sem a pretensão de exaurir o profundo tema, partiremos da concepção mais abstrata, porém universal, da dignidade da pessoa humana relacionada, em suma, com a respeitabilidade que o cidadão, como pessoa humana, é possuidor no meio em que vive, independentemente de suas condições materiais ou seu *status* social.

Ingo Wolfgang Sarlet, frisando a inexistência de definição universal sobre a temática, assim expõe a dignidade em um conceito propositalmente analítico:

(...) temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.²⁴⁴

Destaca o autor, portanto, a dignidade enquanto qualidade intrínseca do ser humano, revelada pela própria condição humana, pelo simples fato de ser humano, com consequentes reflexos em seu meio social a partir de um tratamento com igual respeito e consideração. Enxerga-se, daí, duas dimensões da dignidade: a individual, pela singeleza de ser humano, e a dimensão social, intersubjetiva, de afirmação social.

Maurício Godinho Delgado, destacando a dimensão social da dignidade, argumenta:

(...) a ideia de dignidade não se reduz, hoje, a uma dimensão estritamente particular, atada a valores imanentes à personalidade e que não se projetam socialmente. Ao contrário, o que se concebe inerente à dignidade da pessoa humana é também, ao lado dessa dimensão estritamente privada de valores, a afirmação social do ser humano. A dignidade da pessoa fica, pois, lesada caso ela se encontre em uma situação de completa privação de instrumentos de mínima afirmação social. Enquanto ser necessariamente integrante de uma comunidade, o indivíduo tem assegurado por este princípio não apenas a intangibilidade de valores individuais

²⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 62.

básicos, como também um mínimo de possibilidade de afirmação no plano social circundante.²⁴⁵

A partir dessa premissa conceitual, tem-se que o Direito do Trabalho, ao tutelar a prestação de serviços realizados por um ser humano e ao mesmo tempo garantir sua afirmação econômico-social, dirige-se à exigência formalizada da condição de dignidade no trabalho tanto na dimensão individual como na social. Fixa o “patamar civilizatório mínimo”²⁴⁶, abaixo do qual se vulnera a valorização mínima deferível ao trabalho (condição social) e, em decorrência, ao próprio ser humano trabalhador (condição humana).

E, sendo certo que não se concebe falar em dignidade apenas no plano abstrato, o trabalho evidencia sua importância por se apresentar como meio capaz de, no mundo dos fatos, afirmar a dignidade da pessoa humana. É nesse ponto que entra o trabalho digno como proporcionador de uma contraprestação remuneratória justa, de um ambiente laboral saudável e equilibrado adequado à permanência humana, do repúdio ao trabalho infantil, da fixação de jornada e descansos condizentes com os limites fisiológicos humanos, dentre tantas outras condições associáveis à adequada vida humana.

Enfim, é a tutela trabalhista que viabiliza a autodeterminação material e psicológica do indivíduo enquanto empregado (liberdade), que protege a igualdade de tratamento e de oportunidades sociais (igualdade), bem como que promove o reconhecimento psicossocial e a integração comunitária do empregado em seu círculo de convivência (solidariedade).

Nesse contexto, o Direito do Trabalho apresenta-se como um fundamental instrumento de concretização da dignidade da pessoa humana, mormente por possibilitar a criação de condições reais para que não apenas o Estado provedor, mas a própria pessoa seja autora e partícipe da sua própria inclusão – e de sua família – no seio social.

3.3. Direitos trabalhistas como direitos fundamentais

A “nota da fundamentalidade” assume especial relevância para se compreender a diferenciada exaltação e proteção que direitos fundamentais adquirem no sistema jurídico. A importância de se discutir a fundamentalidade cinge-se às prerrogativas de centralidade no

²⁴⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. *Princípios de direito individual e coletivo do trabalho*. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 43-44.

²⁴⁶ Expressão emprestada de Mauricio Godinho Delgado. Segundo o autor, “patamar civilizatório mínimo” é o limite mínimo de negociação da tutela laboral de qualquer seguimento econômico-profissional, abaixo do qual não se concebe relativização dos direitos trabalhistas, sob pena de se afrontarem a própria dignidade da pessoa humana e a valorização mínima deferível ao trabalho (arts. 1º, III, e 170, caput, CF/88). DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 14ª Ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 122.

ordenamento jurídico que os direitos assim caracterizados assumem, na medida em que: torna os direitos hierarquicamente superiores em relação às demais normas do ordenamento jurídico, em uma natureza supralegal; submete os direitos fundamentais aos limites formais e materiais de revisão e emenda constitucional; confere aplicabilidade imediata a esses direitos especiais, vinculando todos os poderes públicos, de acordo com o disposto no § 1º do artigo 5º constitucional.²⁴⁷

De acordo com a lição do jusfilósofo alemão Robert Alexy²⁴⁸, seguida na doutrina portuguesa por J.J Gomes Canotilho²⁴⁹ e no Brasil replicada com maestria por Ingo Wolfgang Sarlet, a fundamentalidade pode ser observada por meio do sentido formal e do sentido material. Enquanto a fundamentalidade formal encontra-se ligada ao simples fato de o direito estar positivado no texto constitucional, a fundamentalidade material, por sua vez, decorre da circunstância de os direitos fundamentais conterem em seu cerne decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade, “de modo especial no que diz com a posição nestes ocupada pela pessoa humana”.²⁵⁰

A fundamentalidade formal, portanto, define como direito fundamental tudo o que for regularmente criado por meio de procedimento e da forma constitucionalizada, a depender da vontade do legislador constituinte. Remete-se, dessa forma, ao modelo puramente procedimental embasado na já ultrapassada estrutura formal lógico-dedutiva do positivismo jurídico tradicional, que teve em Hans Kelsen, mais especificamente em sua Teoria Pura do Direito²⁵¹, sua maior expressão.²⁵²

Diante da vagueza da fundamentalidade no sentido formal, alheia aos valores dos bens jurídicos envolvidos e, portanto, ao reconhecimento do conteúdo da norma assim qualificada, nota-se que a definição meramente nominal de um direito fundamental evidencia sua insuficiência diante do atual paradigma pós-positivista do Estado Democrático de Direito.

E essa insuficiência da fundamentalidade no sentido meramente formal se destaca ainda mais no caso brasileiro, em que a Constituição da República admite expressamente sua

²⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11ª edição. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012. E-book. ISBN 978-85-7348-789-3. p. 59.

²⁴⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 520 e ss.

²⁴⁹ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 378-380.

²⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11ª edição. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012. E-book. ISBN 978-85-7348-789-3. p. 59-60.

²⁵¹ KELSEN, Hans. Capítulo V - Dinâmica Jurídica. In: _____. *Teoria pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 135-194.

²⁵² ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 520-521.

abertura material a outros direitos fundamentais que não necessariamente expressos em seu texto (art. 5º, §2º).

Assim, necessário se mostra explorar um critério mais profundo e substancial, condizente com a importância e finalidade que os direitos fundamentais assumem perante o sistema jurídico no contexto democrático-constitucional.²⁵³ É nesse ponto que se destaca a fundamentalidade material atrelada à dignidade da pessoa humana.

Não é outra a conclusão do professor Paulo Gonet, que de forma precisa assenta ser o princípio da dignidade da pessoa humana a inspiração da nota da fundamentalidade:

Não obstante a inevitável subjetividade envolvida nas tentativas de discernir a nota de fundamentalidade em um direito, e embora haja direitos formalmente incluídos na classe dos direitos fundamentais que não apresentam ligação direta e imediata com o princípio da dignidade da pessoa humana, é esse princípio que inspira os típicos direitos fundamentais, atendendo à exigência do respeito à vida, à liberdade, à integridade física e íntima de cada ser humano, ao postulado da igualdade em dignidade de todos os homens e à segurança. É o princípio da dignidade humana que demanda fórmulas de limitação do poder, prevenindo o arbítrio e a injustiça. Nessa medida, há de se convir em que os direitos fundamentais, ao menos de forma geral, podem ser considerados concretizações das exigências do princípio da dignidade da pessoa humana.²⁵⁴

Na medida em que o Direito do Trabalho visa garantir condições materiais para a afirmação individual e social, buscando igualar situações sociais desiguais na tarefa de concretização do exercício das liberdades e igualdade material, a fim de realizar os princípios fundamentais dispostos nos artigos 1º a 4º da Constituição da República, tendo como norte um tratamento humano com igual respeito e consideração, figurando, enfim, como suporte da dignidade da pessoa humana tanto na dimensão individual como social – tal como registrado no tópico anterior –, resulta cristalina, portanto, a fundamentalidade material atrelada a esse nobre ramo sócio-jurídico, passível de ser concebido inclusive como *fundamento dos demais direitos fundamentais*.

Outrossim, ainda que o Direito do Trabalho não visse a favor de si a substancial fundamentalidade material, não se pode olvidar igualmente que nossa Constituição da República de 1988, inserida na tradição constitucionalista social-democrática do pós-guerra,

²⁵³ No sentido da exaltação do aspecto material dos direitos fundamentais é a definição de Robert Alexy, que, em atenção ao conteúdo dos direitos assim qualificados, define-os como posições jurídicas que, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), foram integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 522-523.

²⁵⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 140.

fez questão de acolher expressamente os direitos sociais – dentre eles os direitos trabalhistas – no Título II relativo aos direitos e garantias fundamentais.

Como se não bastasse, o Constituinte fez questão, ainda, de estampar no texto do *caput* do artigo 6º e 7º a enunciação dos direitos sociais trabalhistas básicos mediante a inserção de expressões ao final da redação dos artigos que deixam às claras a intenção de considerar incluído no rol dos direitos fundamentais sociais outros dispositivos dispersos no corpo do texto constitucional. Nesse sentido, vide as expressões “(...) na forma dessa Constituição” e “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social” dos artigos 6º e 7º da Constituição, respectivamente.²⁵⁵ E isso sem levar em conta, ainda, a cláusula geral de abertura prevista no artigo 5º, §2º, da Constituição, no sentido de inclusão de outros eventuais direitos sociais “decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Também por esses motivos formais – topográfico e redacional –, portanto, a fundamentalidade dos direitos trabalhistas não poderia ser sumariamente desconsiderada, na medida em que denotam a clara intenção do constituinte originário de, em seu “pacto constitucional fundante”, incutir, de plano, o manto da fundamentalidade ao amplo conjunto heterogêneo de direitos sociais trabalhistas que naquele momento se previa.

Evidenciado, daí, a “nota da fundamentalidade” das normas trabalhistas, quer no avalorativo sentido formal, quer pela vultosa fundamentalidade material decorrente da finalidade de resguardo da dignidade da pessoa humana.

3.4. Uma análise funcional dos direitos fundamentais sociais trabalhistas

Assentada a fundamentalidade dos direitos dos trabalhadores, seja no aspecto formal diante da posição e estrutura textual deliberadas pelo constituinte, seja em razão do seu conteúdo material diretamente relacionado à afirmação da dignidade nos aspectos pessoal e social do trabalhador, cabe por ora perquirir acerca da perspectiva funcional que os direitos sociais trabalhistas assumem na ordem constitucional jufundamental para que, então, possamos imiscuir de forma mais aprofundada nos contornos do regime jurídico dos direitos fundamentais trabalhistas. Afinal, a compreensão adequada do regime constitucional jufundamental e o consequente problema da eficácia e efetividade das normas sociais

²⁵⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11ª edição. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012. E-book. ISBN 978-85-7348-789-3. p. 64-65.

trabalhistas notadamente dependem de um aprofundamento prévio de sua funcionalidade e, nesse sentido, de uma melhor caracterização perante a vasta ordem constitucional.

3.4.1. A complexa tarefa de categorização doutrinária perante a multifuncionalidade dos direitos fundamentais na Constituição brasileira

Ao se caminhar no sentido de uma identificação funcional dos direitos fundamentais trabalhistas, essencial, de plano, ter em mente o diversificado prisma de estruturas normativas e de objetivos funcionais que o amplo catálogo de direitos fundamentais assume perante a ordem constitucional.

Nesse contexto, Robert Alexy²⁵⁶, abertamente influenciado pela Teoria dos quatro status de Jellinek²⁵⁷, e J.J. Gomes Canotilho²⁵⁸ caminharam no mesmo sentido de se distinguir dois grandes grupos de normas fundamentais – não obstante algumas adaptações ao direito positivo alemão e português, respectivamente. Primeiro, os direitos fundamentais na condição de *direitos de defesa*, também denominado direito a ações negativas. Segundo, direitos fundamentais como *direitos a prestações*, denominados igualmente de direitos a ações positivas.

De uma forma geral, para ambos os autores os direitos fundamentais de defesa se dirigem a uma obrigação de abstenção por parte dos Poderes Públicos e até mesmo dos particulares (quando observada a eficácia privada dos direitos fundamentais), de modo a implicar um dever de respeito a determinados bens e interesses da pessoa humana individualmente considerada. Integram, portanto, o que se convencionou denominar de direitos fundamentais de primeira dimensão, englobando a proteção da liberdade, da intimidade e da autonomia privada. Essa categorização, muito embora embasada na concepção liberal-burguesa de exaltação de liberdade e igualdade perante a lei, ainda assim continua a ocupar lugar de destaque nas atuais Constituições democráticas, na medida em que, conforme acentua Konrad Hesse, também num cenário democrático se observa o exercício de

²⁵⁶ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2ª ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 193 e ss.

²⁵⁷ A denominada “Teoria dos quatro status” de Jellinek pode ser resumida pela idealização de quatro estágios que o indivíduo trava perante o Estado ao longo da história. A primeira relação que o indivíduo se encontra perante o Estado é o status passivo, de subordinação com relação aos poderes públicos. O status negativo, por sua vez, representa o espaço de ação individual livre da atuação do Estado, podendo o indivíduo autodeterminar-se sem ingerência estatal. A terceira relação, status positivo, refere-se à atividade estatal realizada no interesse do cidadão, de modo que o indivíduo possa exigir atuações positivas do Estado em seu favor. Por fim, o status ativo representa o poder do indivíduo de interferir na formação da vontade do Estado. ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2ª ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 254 e ss.

²⁵⁸ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 407-410.

poder e “domínio do homem sobre outros homens”²⁵⁹, expostos às tentações de abuso de poder, fatores estes a demandar a limitação de poder e ingerência.

Por outro lado, os direitos fundamentais a prestações, ainda guardando sintonia de concepções para Alexy e Canotilho, são aqueles caracterizados por colocarem à disposição dos cidadãos meios que possibilitem condições para o efetivo exercício de liberdades e igualdades fundamentais. Direitos fundamentais a prestações objetivam, portanto, não apenas a liberdade perante o Estado, referente à autonomia privada do indivíduo, mas à liberdade por meio do Estado, diante de uma postura ativa dos Poderes Públicos. Referem-se, assim, aos direitos fundamentais de segunda dimensão, correspondentes à evolução do Estado de Direito, na sua matriz liberal-burguesa, para o Estado Democrático e Social de Direito, tendentes ao fornecimento de recursos e condições mínimas para o cidadão seja capaz de obter e manter sua independência e autodeterminação no seio social. Ambos os autores, atentos ao fato de os direitos prestacionais abrangerem um conjunto diversificado de garantias jurídicas, apesar do consenso em subdividir os direitos a prestações em outros dois subgrupos, assumem propostas subclassificatórias sutilmente distintas. Enquanto Alexy enxerga os direitos a prestações subdivididos em direitos prestacionais em sentido amplo (direitos à proteção e direitos à organização e ao procedimento, referentes a prestações jurídicas) e direitos a prestações em sentido estrito (direitos a prestações materiais)²⁶⁰, para Canotilho os direitos a prestações podem ser subclassificados em direitos ao acesso e utilização de prestações estatais e em direitos à participação na organização e procedimento.²⁶¹

Independentemente das divergências de denominações classificatórias formuladas pela doutrina, o mais importante de todo esse aparato é o que podemos extrair dessas formulações funcionais dos direitos fundamentais é o fato de terem entre si a identificação coincidente de pelo menos três principais grupos: direitos de defesa, direitos a prestações jurídicas e direitos a prestações materiais.

Oportuno salientar, contudo, que no caso do direito constitucional brasileiro, a limitada técnica legislativa do texto Magno pelo constituinte, aliada à ausência de preocupação de sistematicidade, não contribuem para uma definição clara e precisa de categorias funcionais. Nesse sentido, basta uma breve leitura do extenso catálogo de Direitos e Garantias Fundamentais veiculados no Título II da Constituição da República de 1988 para

²⁵⁹ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. 20ª edição alemã. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 118-123.

²⁶⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 193 e ss.

²⁶¹ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 407-410.

verificarmos, por exemplo, que dentre os direitos individuais elencados no artigo 5º encontramos incisos (XXXV e LXXIV) que, ao tratarem do acesso à Justiça e da assistência jurídica gratuita, veiculam direitos tipicamente prestacionais. De outra banda, quando analisamos exemplificativamente os artigos constitucionais 8º e 9º, inseridos no capítulo dos direitos sociais, é possível encontrarmos direitos tipicamente de defesa, tal como o são a liberdade de associação profissional ou sindical e a liberdade do exercício de greve.

Foquemos, então, a análise à heterogênea classificação funcional dos direitos fundamentais sociais.

3.4.2. Os direitos fundamentais sociais e sua bipolaridade entre direitos de defesa e direitos a prestações

A partir de uma breve leitura do capítulo constitucional atinente aos direitos sociais, já se mostra de plano possível a constatação de que a Constituição entendeu por bem reconhecer sob o título de “direitos sociais” um conjunto deveras abrangente de direitos fundamentais.

Nesse sentido é a análise de Ingo Wolfgang Sarlet, que, destacando-se por sua visão exauriente acerca dos direitos sociais na Constituição brasileira, advoga que o conceito de direitos fundamentais sociais no direito constitucional pátrio é um conceito amplo, incluindo tanto posições jurídicas tipicamente prestacionais, como é o caso do direito à saúde, à educação, à assistência social, quanto uma gama diversa aproximada aos direitos de defesa, como são os direitos à liberdade e igualdade (ou não discriminação) social.²⁶²

É dizer, ainda que se possa verificar que, em geral, os direitos fundamentais sociais são assim denominados por visarem o fornecimento de recursos para uma efetiva fruição de outros direitos fundamentais, fato é que não podemos conceitua-los precisamente como direitos a prestações estatais. Para tanto, basta termos em mente a heterogeneidade que ronda as normas constitucionais sociais de tutela laboral, que em grande parte veiculam posições jurídicas dirigidas a uma proteção do trabalhador contra ingerências do poder do capital dos empregadores privados, ou mesmo proteção do trabalhador contra eliminação de posições jurídicas já consolidadas pelo empregador, ente coletivo ou o próprio Estado normatizador, aproximando-se, nesse particular, a direitos de defesa.

²⁶² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11ª edição. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012. E-book. ISBN 978-85-7348-789-3. p. 146.

Com efeito, os direitos trabalhistas, a depender da perspectiva de análise a que estão sendo submetidos, podem ser comparados ora como *direitos de defesa* conformadores de verdadeiras liberdades sociais, ora como *direitos prestacionais* de natureza jurídica e, ainda, ora como *direitos prestacionais* de natureza material. São vistos como direitos de defesa quando se tem em mente, por exemplo, o dever do empregador de abstenção perante as liberdades e igualdades sociais dos trabalhadores, como é o caso da citada liberdade sindical e associativa²⁶³, do direito a não discriminação no labor²⁶⁴, da limitação da jornada de trabalho²⁶⁵, da vedação de trabalho nocivo ao menor de dezoito anos de idade²⁶⁶ (direitos de liberdade) e da concretização do direito de igualdade salarial no ambiente laboral²⁶⁷ (direito à igualdade material), ou, ainda, quando se tem em mente a proibição de que o Estado ou ente coletivo elimine posições jurídicas já concretizadas. Por outro lado, direitos trabalhistas são tidos como *direitos prestacionais* de natureza jurídica quando se observa o dever de produção normativa do Estado ou dos entes coletivos sindicais ou mesmo o poder regulamentar empresarial para a tutela da mão de obra humana, como é o caso da redução dos riscos do meio ambiente laboral²⁶⁸, do direito ao fundo de garantia por tempo de serviço²⁶⁹ e da fixação do salário mínimo²⁷⁰. Finalmente, os direitos trabalhistas se comparam a *direitos prestacionais* de natureza material quando se tem em vista, por exemplo, o dever do empregador particular de remunerar seu empregado com o piso salarial mínimo²⁷¹.

Portanto, resulta importante o alerta no sentido de que, em razão da verificada heterogeneidade dos direitos sociais no contexto da ordem constitucional brasileira, observada inclusive a possibilidade de algumas normas sociais assumirem uma duplicidade classificatória a depender do que se espera do Estado (ou dos particulares) ao invocá-las²⁷², essa tipificação de direitos fundamentais sociais não obedece a uma lógica de antagonismo excludente. Ao contrário, tanto os direitos de defesa quanto os prestacionais, como direitos

²⁶³ Artigo 8º da Constituição da República.

²⁶⁴ Artigo 7º, inciso XXX, da Constituição da República.

²⁶⁵ Artigo 7º, inciso XIII, da Constituição da República.

²⁶⁶ Artigo 7º, inciso XXXIII, da Constituição da República.

²⁶⁷ Artigo 7º, incisos XXX, XXXI, XXXII e XXXIV, da Constituição da República.

²⁶⁸ Artigo 7º, inciso XXII, da Constituição da República.

²⁶⁹ Artigo 7º, inciso III, da Constituição da República.

²⁷⁰ Artigo 7º, inciso IV, da Constituição da República.

²⁷¹ Artigo 7º, incisos IV e V, da Constituição da República.

²⁷² A corroborar essa relatividade são as lições de Robert Alexy, para quem o enquadramento classificatório entre direitos de defesa e prestacionais dependerá do que se espera do Estado ao se invocar determinado direito fundamental. Diz Alexy, ao tratar da relativização entre direito de defesa e de prestação, que “O primeiro (de defesa) é um direito em face do Estado a que ele se abstenha de intervir; o segundo (prestação jurídica protetiva) é um direito em face do Estado a que ele zele para que terceiros não intervenham”. ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2ª ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 456.

fundamentais que o são, partem das características típicas de reciprocidade e complementaridade, razão por que sua identificação funcional – se assim se pretender – deve se nortear pelo critério da predominância da característica defensiva ou prestacional, bem como da perspectiva de análise do sujeito passivo, de modo a vislumbrar-se um dualismo meramente relativo²⁷³.

3.4.3. A identificação funcional dos direitos fundamentais trabalhistas como direitos sociais predominantemente de defesa, pela perspectiva do empregador.

Especificamente quanto aos direitos sociais trabalhistas, foco do presente trabalho, a grande quantidade e a diversidade com que foram tratados pelo constituinte convidam a uma apreciação amíúde do texto constitucional para que possamos identificar seu enquadramento funcional predominante.

Malgrado nem todas as normas constitucionais trabalhistas estarem estampadas no artigo 7º da Constituição da República, ou mesmo sequer expressas no texto constitucional (tal como se denota da já referida forma aberta e inclusiva de redação deliberada pelo constituinte no caput dos artigos 6º e 7º, bem como da cláusula de abertura a que se refere o artigo 5º, §2º, da Constituição), bem se sabe que é naquele artigo em que encontramos a grande maioria dos direitos fundamentais trabalhistas. Dessa forma, passemos à análise dos diversos direitos trabalhistas contidos no rol do artigo 7º constitucional, a fim de que possamos identificar suas características funcionais predominantes.

Compulsando o analítico rol de disposições contidas no principal artigo constitucional essencialmente trabalhista, torna-se possível de antemão verificarmos a predominância de disposições prioritariamente de *defesa*, relacionada a garantias aos trabalhadores de abstenção do Estado e dos particulares – na figura de empregadores – perante as liberdades e igualdades sociais. É o caso, na ordem em que veiculados no artigo 7º constitucional, da garantia contra a irredutibilidade salarial (inciso VI), que, ao vedar ingerência arbitrária patronal, tutela o trabalhador contra um retrocesso em seu padrão remuneratório e, conseqüentemente, contra afronta a sua autonomia material; da limitação da jornada e determinação de descansos ao trabalhador (incisos XIII, XIV, XV, XVII), que impedem jornadas exaustivas limitadoras da liberdade física, temporal e social do empregado e, da mesma forma, tutelam o descanso salutar imprescindível ao gozo do convívio familiar e social; da licença maternidade e paternidade (incisos XVIII e XIX), que tutelam o direito à

²⁷³ SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988. In: ____ (Org). *Direito Público em Tempos de Crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1999. p. 151

desconexão do trabalho para possibilidade de atenção à criança e à unidade familiar; do reconhecimento das convenções e acordos coletivos (inciso XXVI) como expressão da liberdade e da autonomia da vontade da categoria profissional; das normas relativas à prescrição (inciso XXIX), que autorizam a certo prazo a reparação administrativa e judicial de violações aos direitos laborais. Enquadram-se como direitos fundamentais de defesa, ainda, a proibição de discriminação salarial e critério de admissão por motivo de idade, sexo, cor, estado civil, ou condição física ou intelectual (incisos XXX, XXXI e XXXII), que tutelam o direito do trabalhador à igualdade formal e material, garantindo-lhe a livre expressão da personalidade, e, ainda, a previsão de absoluta igualdade de direitos entre trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso (inciso XXXIV).

Previstos como instrumento de proteção e manutenção do equilíbrio de forças na tendenciosa relação *capital x trabalho*, os direitos trabalhistas, pela perspectiva do empregador, situam-se predominantemente, pois, no âmbito das denominadas liberdades e igualdades sociais.

3.4.4. A identificação funcional dos direitos fundamentais trabalhistas como direitos sociais a prestações jurídicas ou de defesa (proteção à derrogação), pela perspectiva do Estado

Quando em mente o dever de produção normativa do Estado para regulamentação dos comandos constitucionais não autoaplicáveis, os direitos fundamentais trabalhistas veiculados no artigo 7º da Constituição apresentam-se majoritariamente como direitos a *prestações jurídicas*. É o que se observa da proteção da relação empregatícia contra rescisão arbitrária ou sem justa causa (inciso I), que, para sua efetividade, demanda edição de lei regulamentar até hoje não providenciada²⁷⁴; do direito ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS, da Participação nos Lucros e Resultados, do adicional de periculosidade e insalubridade e da proibição de ato discriminatório em serviço (incisos III, XI, XXIII e XXX a XXXII), que só têm a aplicabilidade viabilizada em decorrência das Leis n.º 8.036/1990, 10.101/2000, artigo 192 e 193 da CLT e 9.029/1995, respectivamente; da fixação do salário mínimo e do piso salarial profissional mediante lei (incisos IV e V), que exigem do Estado a fixação por lei de um valor apto ao atendimento das necessidades vitais básicas do empregado e de sua família; a proteção à retenção dolosa do salário e da proteção em face da automação

²⁷⁴ Diante da inércia o legislador para a regulamentação constitucional do artigo 7º, I, e tendo em vista a norma constitucional transitória veiculada no artigo 10, I, do ADCT, atualmente a indenização rescisória aplicada ao empregador que demite sem justa causa é fixada em 40% dos depósitos de FGTS, indenização essa vigente até que Lei Complementar vindoura fixe outro valor.

(incisos X e XXVII), cuja efetividade demanda edição de lei até hoje não regulamentada²⁷⁵. É o caso, ainda, do direito à delimitação legal da jornada (incisos XIII e XIV), da regulamentação do repouso semanal remunerado e do aviso prévio (incisos XV e XXI), da forma de gozo das férias anuais (inciso XVII), das licenças maternidade e paternidade (incisos XVIII e XIX), da proteção do trabalho da mulher e da criança (incisos XX e XXXIII) e da edição de normas regulamentadoras (NRs)²⁷⁶ para controle dos riscos inerentes ao trabalho (inciso XXII), direitos estes que só estão em plena efetividade por terem dispositivo legal regulamentar correspondente em lei esparsa ou na própria CLT.

Entretanto, quando em mente a obrigação do Estado de não derogar as regulamentações jurídicas já vigentes, necessárias à tutela de um direito fundamental trabalhista, esses mesmos direitos trabalhistas citados acima passam a constituir direitos de *defesa*, na configuração de direitos protetores da “não eliminação de posições jurídicas” já concretizadas.²⁷⁷ É o caso da proteção à derrogação de toda a legislação infraconstitucional trabalhista atualmente em vigor, seja em legislações esparsas, seja na Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, que detalham a exequibilidade dos direitos fundamentais trabalhistas.

Face ao exposto, em que pese o indiscutível enquadramento como direito social possa induzir a uma avaliação preliminar equivocada, defende-se que os direitos fundamentais trabalhistas apresentam-se no cenário constitucional da seguinte forma: 1) com índole predominantemente de direitos de *defesa*, em face do empregador, ganhando forma “de direitos a não afetação de bens sociais protegidos”²⁷⁸; 2) igualmente com índole predominantemente de direitos de *defesa*, em face do Estado, de entes coletivos ou do poder regulamentar da empresa, na configuração de direitos protetores da derrogação, a garantir a “não eliminação de posições jurídicas” já concretizadas; 3) com índole predominantemente de

²⁷⁵ Apesar de a CLT possuir alguns dispositivos de proteção ao salário, fato é que até hoje o legislador não regulamentou o crime, tampouco se será caracterizado pela retenção total ou parcial, ou se é configurado pela retenção uma única vez ou várias vezes.

²⁷⁶ As Normas Regulamentadoras – NRs do Ministério do Trabalho, embasadas no artigo 200 da CLT, veiculam disposições acerca da saúde e segurança no ambiente laboral, organizadas por especificidades de cada atividade de risco. A título de exemplo, destacam-se a NR-10, aplicável aos serviços de eletricidade, a NR-18, aplicada à atividade de construção civil e a NR-31, aplicada às atividades rurais.

²⁷⁷ Importante quanto a este aspecto trazer a elucidativa categorização dos direitos de *defesa* feita por Paulo Gustavo Gonet Branco. Diz o autor que, enquanto pretensões negativas em relação ao Estado ou em relação ao próprio particular (eficácia horizontal), os direitos fundamentais de *defesa* podem ter alguns desdobramentos, como: a) *não-afetação de bens protegidos*, a vedar ações estatais ou particulares contra posições subjetivas, como a privacidade, a liberdade, a igualdade, a integridade física, a saúde; b) *não-eliminação de posições jurídicas*, a vedar a derrogação de regulamentações já concretizadas quando estas se mostram necessárias ao gozo de um direito fundamental; e c) *faculdade do indivíduo de não fruir posições disponibilizadas por norma*, a vedar a exigência de exercício de um direito que, por óbvio, é facultativo. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 158.

²⁷⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 158.

direitos a *prestações jurídicas*, em face do Estado, diante do dever de produção normativa para regulamentação e consequente efetividade das diversas disposições constitucionais não autoaplicáveis.

3.5. Decorrências da fundamentalidade dos direitos trabalhistas: a aplicação do regime jurídico jusfundamental e o problema da eficácia

Assentada a dupla fundamentalidade, formal e material, dos direitos sociais trabalhistas, identificados predominantemente como direitos sociais de defesa quando observados pela perspectiva do empregador ou mesmo do Estado (proteção à derrogação), vemo-nos autorizados a adentrar no cerne de uma fértil questão: o modo como se dá a aplicação do regime jurídico dos direitos fundamentais à categoria dos direitos trabalhistas.

Consoante a ideia-guia de Robert Alexy sobre a prerrogativa da fundamentalidade, diz o autor que os direitos fundamentais são posições jurídicas que, de tão importantes para o Estado Democrático, “não podem ter a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las simplesmente relegada para a maioria parlamentar simples”.²⁷⁹

Há que se ter em mente, nesse sentir, que a marca da fundamentalidade só faz sentido a partir do momento em que se reconhece um privilégio de regime jurídico constitucional aos direitos assim caracterizados. Se assim não fosse, estaríamos a exaltar o simples *nomen iuris* “direitos fundamentais” em detrimento de seu conteúdo e, mais ainda, a desconsiderar o adjetivo “fundamentais” que se fez questão de exaltar.

Para tanto, deve-se reconhecer a tais direitos uma proteção contra um esvaziamento por parte do Poder Público, uma proteção contra a falta de normatividade. Ainda mais, para que se reconheça o privilégio da fundamentalidade, devem os direitos assim caracterizados estarem imunes contra uma supressão ou uma diminuição arbitrária por parte do Poder Público.

Vejamos, então, a aplicação desse regime jurídico dos direitos fundamentais aos direitos sociais trabalhistas.

3.5.1. Aplicabilidade imediata prevista no artigo 5º, §1º, da Constituição da República

Com o fim de conferir eficácia às disposições fundamentais e, daí, superar definitivamente a antiquada concepção formalista do Estado de Direito – em que os direitos se

²⁷⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 446.

viam dependentes da ação legislativa -, o modelo constitucionalista²⁸⁰ moderno previu um auto reforço às suas disposições: a aplicabilidade imediata de suas normas.

Atenta a essa doutrina constitucional contemporânea, que, portanto, dentre outras decorrências, enxergava na marca da fundamentalidade uma posição privilegiada contra o esvaziamento de eficácia, a Constituição da República de 1988 fez questão de estampar em seu artigo 5º, §1º, que “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, deixando claro o postulado da máxima normatividade, ou, em outras palavras, a plenitude eficaz dos direitos fundamentais.

Note-se que até mesmo mediante uma interpretação literal do texto constitucional podemos chegar à conclusão de que a destinação de aplicabilidade imediata aos direitos fundamentais é ampla, não se restringindo àqueles direitos individuais e coletivos elencados topograficamente no artigo 5º constitucional. Isso porque a mencionada redação do artigo 5º, parágrafo 1º, utiliza deliberadamente a formulação genérica “normas definidoras de *direitos e garantias fundamentais*” como objeto da eficácia imediata, em referência expressa à epígrafe do Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), contemplando, portanto, os direitos fundamentais para além daqueles individuais e coletivos elencados no extenso rol do artigo 5º da Constituição.²⁸¹

E como se comporta o postulado da plenitude eficaz decorrente do artigo 5º, §1º, da Constituição quando observados especificamente os direitos sociais trabalhistas?

Conforme visto no subtópico 3.4 acima, o aparato constitucional de direitos trabalhistas pode se apresentar de modo dúbio e variável²⁸² perante a tradicional classificação funcional dos direitos fundamentais sociais em *direitos de defesa* (integrados principalmente pelos direitos de liberdade, igualdade e direitos políticos, de matriz liberal), que demandam uma atitude de abstenção dos poderes estatais ou mesmo dos particulares, e em *direitos a prestações*, que, por sua vez, se referem a uma exigência de prestação positiva, podendo ser subdivididos em direito a prestações jurídicas ou prestações materiais.

A partir do enfoque na perspectiva dos direitos trabalhistas identificados majoritariamente como direitos fundamentais de defesa - quando vistos pela perspectiva do

²⁸⁰ No concernente ao *Constitucionalismo* como elemento do paradigma jusfilosófico pós-positivista no atual Estado Democrático de Direito, vide item 2.2.3 do Capítulo 2.

²⁸¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais*: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. p. 12. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PETROPO_LIS_final_01_09_08.pdf>. Acesso em 17/12/2015. p. 236.

²⁸² Essa imprecisão de enquadramento classificatório pode ser justificada inclusive pela conexão e interdependência entre os direitos fundamentais, o que põe em xeque qualquer tentativa didática precisa de classificação.

empregador ou mesmo do Estado (proteção à derrogação) -, a tese de plena eficácia dessa tipificação de direitos fundamentais não encontra maiores resistências²⁸³. E, na esteira de Ingo Wolfgang Sarlet, isso pode ser explicado por dois principais motivos. Primeiro, os direitos fundamentais sociais de defesa em regra independem de políticas públicas alocadoras de recursos para a concretização desses direitos. Por não possuírem uma dimensão econômica estatal direta, são, assim, imunes a alegações de limitação de recursos disponíveis. Segundo – e em consequência do primeiro motivo –, os próprios dispositivos constitucionais que consagram esses direitos fundamentais sociais de defesa receberam diretamente do Constituinte suficiente exequibilidade, tal como se observa do analítico rol do artigo 7º da Constituição, sem a necessária dependência de intermediação legislativa para a plena eficácia.²⁸⁴

Podemos concluir, pois, que diante de direitos fundamentais trabalhistas – via de regra alheios à dependência de recursos, principalmente no tocante ao dever do Estado de implementação e não derrogação de posições jurídicas já consolidadas –, prevalecerão as diretrizes da máxima efetividade possível e da aplicabilidade imediata. Tendo em vista que o Estado se comprometeu à promoção da cidadania, da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho e da justiça social, tal como se observa do Título I (Dos Princípios Fundamentais da Constituição da República), tem-se que nada produzido pelo seus Poderes poderá se furtar à efetividade dos direitos trabalhistas, sob pena de se desvirtuar a vontade constitucional estampada expressamente no artigo 5º, §1º, da Lei Maior.

3.5.2. Dever de proteção

Os direitos fundamentais em geral assumem uma dupla perspectiva - ou dimensão - perante o sistema jurídico, na medida em que podem ser considerados tanto como direitos subjetivos individuais (dimensão subjetiva), quanto como elementos objetivos fundantes da

²⁸³ Importante rememorar, nesse aspecto, a histórica deliberação constitucional acerca da regulamentação do direito de greve no serviço público (art. 37, VII, da Constituição da República). Na oportunidade dos Mandados de Injunção 670, 708 e 712, o Supremo Tribunal Federal, a partir da solução proposta pelos votos dos ministros Eros Grau e Gilmar Mendes, declarou a omissão legislativa do Estado quanto ao dever constitucional em editar lei que regulamente o exercício do direito de greve no setor público e, por maioria, determinou aplicação da lei de greve vigente do âmbito privado (Lei nº 7.783/89). Segundo bem resumiu o ministro Celso de Mello, nesse julgamento a Suprema Corte "não só restitui ao mandado de injunção a sua real destinação constitucional, mas, em posição absolutamente coerente com essa visão, deu eficácia concretizadora ao direito de greve em favor dos servidores públicos civis". Informação sobre o julgamento disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=75355>>. Acesso em 04/01/2016.

²⁸⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11ª edição. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012. E-book. ISBN 978-85-7348-789-3. p. 246.

ordem social (dimensão objetiva).²⁸⁵ Especificamente quanto às relações laborais, quando a Constituição destina aos direitos trabalhistas a nota da fundamentalidade ela assim o faz não apenas com vistas à proteção do indivíduo trabalhador em sua individualidade, mas também por exaltar a necessidade de proteção objetiva dos valores do trabalho humano como condição da ordem democrático-constitucional vigente.

Essa consideração acadêmica da dupla perspectiva dos direitos fundamentais robusteceu-se a partir da paradigmática decisão da Corte Constitucional Alemã no caso *Lüth* (1958), em que a doutrina e jurisprudência alemã – influenciadora de grande parte da doutrina do mundo ocidental – passou a considerar que a eficácia produzida pelos direitos fundamentais perante o Estado não se limitava ao âmbito subjetivo da relação entre indivíduos e Estado. Para além da importante função de defesa do indivíduo contra atos do Poder Público, os direitos fundamentais passaram a ser vistos como componentes de uma ordem objetiva de valores, capazes de irradiar eficácia por todo o ordenamento jurídico e, assim, constituir diretrizes para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.²⁸⁶

Destaque-se que o reconhecimento da força normativa objetiva autônoma dos direitos fundamentais não se exaure na abstrata observância da dimensão valorativa da ordem jurídica e na eficácia irradiante acima citada. Como desdobramento da perspectiva objetiva, emerge ainda e principalmente o que a doutrina alemã convencionou chamar de *dever de proteção* dos direitos fundamentais pelo Estado, relacionado ao múnus do Estado de adotar medidas concretas com o objetivo de proteção dos direitos fundamentais.²⁸⁷ Nas palavras de Konrad Hesse, os direitos fundamentais, conformadores de uma “ordem estatal jurídica” objetiva, determinam concretamente “o objetivo, os limites e o modo de cumprimento das tarefas estatal-sociais”, apresentando-se vinculativos para todos os poderes estatais.²⁸⁸

Partindo da premissa de Hesse, o também o alemão Claus-Wilhelm Canaris, expoente sobre a teoria dos deveres de proteção, assenta que os direitos fundamentais vinculam os poderes públicos dos Estados de forma direta e imediata por força de duas

²⁸⁵ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. 20ª edição alemã. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 228-232.

²⁸⁶ Ingo Wolfgang Sarlet faz interessante comparação didática da eficácia irradiante dos direitos fundamentais à entre nós difundida técnica da interpretação conforme a Constituição, no sentido de utilizar a ordem objetiva de direitos fundamentais como parâmetro de constitucionalidade para aplicação e interpretação das leis. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11ª edição. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012. E-book. ISBN 978-85-7348-789-3. p. 124-128.

²⁸⁷ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. 20ª edição alemã. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 239-244.

²⁸⁸ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. 20ª edição alemã. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 241.

principais razões: primeiramente, decorre de previsão expressa de vinculação jurídica dos direitos fundamentais prevista no texto constitucional alemão, mais especificamente no artigo 1º, nº 3, da Lei Fundamental da República Federal Alemã²⁸⁹, correspondente ao nosso artigo 5º, §1º, da Constituição da República de 1988; segundo, decorre do próprio princípio da supremacia constitucional.²⁹⁰

Dessa forma, tanto durante sua atividade legiferante quanto durante a atividade executiva e de jurisdição, o Estado obriga-se não apenas a se abster de violar os direitos subjetivos fundamentais dos cidadãos – ao que denomina de *proibição de intervenção* –, mas obriga-se também e principalmente a protegê-los objetiva e ativamente diante de ameaças oriundas inclusive dos particulares, em busca da efetiva proteção. É dizer, a proteção da dignidade humana a ser promovida por meio dos direitos fundamentais abarca não apenas garantias negativas, mas também garantias positivas, imputando ao Estado um dever de fazer tendente à promoção da cidadania. A esta última função dos direitos fundamentais Canaris emprega a designação *imperativo de tutela*, recepcionado na doutrina nacional pela já consolidada expressão *dever de proteção*.

A partir do dever de proteção, compreende-se que uma vez garantido constitucionalmente, os direitos fundamentais receberão do Estado uma proatividade no sentido da densificação e consolidação jurídicas. De acordo com o reconhecimento do dever de proteção, portanto, ao Estado incumbe zelar, inclusive preventivamente, pela proteção dos direitos fundamentais, o que ocorre não exclusivamente diante de ações do próprio Poder Público, mas igualmente contra agressões provindas de relações particulares. Para tanto o Estado deve se utilizar de medidas positivas de diversas naturezas, dentre elas prioritariamente a atividade legiferante concretizadora de uma vigilante e persistente proteção jusfundamental.²⁹¹

É mediante a noção de conexão entre os direitos fundamentais e o dever de proteção do Estado, então, que vislumbramos particularmente nos direitos sociais dos trabalhadores o múnus do Estado de, prioritariamente pela atividade do legislador, concretizar

²⁸⁹ Lei Fundamental da República Federal Alemã, artigo 1, nº 3: “Os direitos fundamentais, discriminados a seguir, constituem direitos diretamente aplicáveis e vinculam os poderes legislativo, executivo e judiciário”. Disponível em <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em 16/12/2015.

²⁹⁰ CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 223-244.

²⁹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. p. 12. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PETROPO_LIS_final_01_09_08.pdf>. Acesso em 17/12/2015. p. 128-129.

de forma paulatina e crescente a proteção do trabalhador diante do ameaçador cenário de interesses capitalistas em que se encontra. É dizer, observado a já referida centralidade do trabalho na Constituição da República de 1988, com ênfase na proteção social do trabalhador estampada expressamente nos Títulos dos Princípios Fundamentais (art. 1º), dos Direitos e Garantias Fundamentais (arts. 6º e 7º), Da Ordem Econômica e Financeira (art. 170) e Da Ordem Social (art. 193), desponta o dever do Estado de proteção concreta e efetiva do trabalhador hipossuficiente.

Nesse sentido, o legislador, ao editar as normas trabalhistas equalizadoras da relação assimétrica entre empregado e empregador, normatiza com considerável espaço de manobra uma série de determinações que visam concretizar o dever de proteção do Estado perante o trabalhador. Essa tarefa do Estado legiferante – complementado, frise-se, pela materialização diligente do regramento trabalhista pelo Poder Executivo e pela interpretação e aplicação das normas pelo Poder Judiciário no sentido pretendido pela Constituição – certamente não se exauriu e não se exaurirá com o tempo, demandando um exercício contínuo do Estado para eficácia da proteção dos direitos fundamentais trabalhistas.

Observado o dever contínuo de proteção, portanto, impera a favor dos direitos fundamentais trabalhistas o dever do Estado de protegê-los concretamente diante das crescentes investidas patronais atualmente observadas no cenário legislativo nacional a favor de flexibilizações das regras laborais, ora intensificadas diante do momento de crise econômica nacional – como notadamente ocorre com a crescente exaltação legislativa do tratamento favorecido às micro e pequenas empresas em detrimento da proteção social dos respectivos trabalhadores, problema este objeto da presente dissertação.

3.5.3. *Proibição do retrocesso social diante das especificidades do problema*

Há muito previa a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica):²⁹²

Capítulo III - DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS

Artigo 26 -Desenvolvimento progressivo

Os Estados-Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de **conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos** que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos

²⁹² O Pacto de São José da Costa Rica foi integrado ao sistema jurídico brasileiro pelo Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992.

Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados (grifos acrescidos).

Com inspiração no mencionado tratado internacional e na doutrina estrangeira, mormente a portuguesa e a alemã, a doutrina nacional tem cada vez mais se ocupado com o que veio a ser chamado no Brasil de proibição – ou vedação – ao retrocesso social, sendo este mais uma das nuances do regime jurídico aplicado ao gênero dos direitos fundamentais.

A proibição do retrocesso social não se refere a fenômeno exclusivo da seara dos direitos fundamentais sociais. Entretanto, é na espécie dos direitos fundamentais sociais que se concentra a problemática do tema, mormente porque é nessa esfera social que se destaca a indispensável atuação proativa do legislador para regulamentação e consequente efetividade do aparato constitucional de direitos fundamentais sociais.

Partindo para sua caracterização doutrinária, convém de plano assentar uma observação conceitual quanto ao instituto. Em que pese a expressão “vedação ao retrocesso” possa nos conduzir a equívoco, vale registrar, para esclarecimento do fim a que o instituto se propugna, que, ao menos no âmbito dos direitos sociais, o termo “retrocesso” denominador do instituto em comento não necessariamente corresponde a medidas legais de caráter retroativo. Para tanto, basta ter em mente que vedação ao retrocesso social não corresponde às conhecidas figuras constitucionais da proteção do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada. Ao contrário, por mais paradoxal que os termos possam se mostrar a essa altura, tem-se que a proibição de medidas retrocessivas na verdade tem por objeto medidas prospectivas, quando, por exemplo, o legislador em seu poder de reforma constitucional suprime ou restringe demasiadamente, com efeitos *ad futurum*, um direito fundamental, ou quando esse mesmo legislador em sua atividade típica legiferante no plano infraconstitucional deixa de regulamentar dispositivos constitucionais.²⁹³

Nesses primeiros contornos da caracterização da proibição do retrocesso social, já é possível notar sua intuitiva aproximação à noção de segurança jurídica. Isso porque o princípio da segurança jurídica, em que pese não estar positivado no texto constitucional, tem reconhecido a favor de si pela doutrina constitucional contemporânea a prerrogativa de se constituir como autêntico pilar do Estado de Direito por figurar como uma proteção contra

²⁹³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11ª edição. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012. E-book. ISBN 978-85-7348-789-3. p. 124-128. p. 398.

medidas legais retroativas que afrontem direitos já conquistados.²⁹⁴ No mesmo sentido, portanto, caminha o princípio da proibição do retrocesso social, que igualmente se propõe a gerar uma estabilidade para os projetos sociais dos cidadãos e, conseqüentemente, uma confiança na ordem jurídica, sustentando assim a esperança contra o desmantelamento das promessas do Estado democrático-constitucional de Direito.

Luís Roberto Barroso, embasado na precursora doutrina lusitana de J.J. Gomes Canotilho, assenta que, apesar de o princípio do não retrocesso social não se apresentar de forma explícita na ordem constitucional brasileira, tal como também ocorre com o princípio da segurança jurídica e da dignidade da pessoa humana, ainda sim possui plena aplicabilidade no cenário jurídico nacional no sentido de se manter o patamar civilizatório estabelecido pela própria Constituição. Diz o autor:

por este princípio, que não é expresso, mas decorre do sistema jurídico-constitucional, entende-se que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser absolutamente suprimido.²⁹⁵

Importante trazer a lume a ressalva do também destacado doutrinador pátrio Ingo Wolfgang Sarlet, no sentido de que essa vocação à confiança jurídica a que se propõe a proibição ao retrocesso social não se restringe à concretização infraconstitucional dos direitos fundamentais sociais. Mais que isso, essa confiança jurídica abrange amplamente todos os esforços no sentido da manutenção dos níveis sociais gerais de proteção alcançados pelo Estado Social, inclusive diante do poder constituinte reformador.²⁹⁶

Proibição ao retrocesso social pode, então, ser caracterizada como manutenção dos níveis gerais de proteção social, em qualquer dos seus planos normativos, a fim de se manter a confiança nas promessas do Estado que se diz democrático-constitucional de Direito.

Caracterizado os contornos da proteção social a que se compromete a proibição do retrocesso, tem-se que o cerne da celeuma que a envolve se relaciona, pois, com os limites do dever de proteção do Estado perante os direitos fundamentais, de modo a se perquirir até que ponto é possível ao Estado retroceder quanto à proteção social constitucionalmente estabelecida. Dito de outro modo, a problemática da proibição ao retrocesso social cinge-se

²⁹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11ª edição. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012. E-book. ISBN 978-85-7348-789-3. p. 124-128. p. 396.

²⁹⁵ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 158.

²⁹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11ª edição. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012. E-book. ISBN 978-85-7348-789-3. p. 397.

aos limites do Estado em sua liberdade de prognose e conformação do conteúdo dos direitos fundamentais sociais.

Contudo, tal como se nota desse evidente esforço doutrinário em conceituar a proibição do retrocesso social, é possível observar a fluidez e, quiçá, o subjetivismo que rondam sua caracterização. Nesse sentido, se por um lado a discussão acerca do adequado nível de proteção social a ser mantido pelo Estado torna-se instigante quando a ela acrescentamos o atual contexto de crise (não apenas econômica, mas também política, cultural) pela qual atravessamos no Brasil²⁹⁷, por outro lado é notória a imprecisão e fluidez do instituto.

Com efeito, o próprio J.J. Gomes Canotilho, em estudos mais recentes contextualizados pela crise financeira deflagrada em grande parte da Europa e com intensidade em Portugal no início desta última década, manifestou-se contrariamente à concepção absoluta e inflexível do princípio da vedação do retrocesso. De acordo com a atual reavaliação de Canotilho, a rigidez do “princípio da não reversibilidade”, definidor de um progresso contínuo de prestações sociais, não se mostra passível de sustentação absoluta no atual contexto de fragilidade econômica. Segundo o autor:

Deve relativizar-se este discurso que nós próprios enfatizámos noutros trabalhos. A dramática aceitação de ‘menos trabalho e menos salário, mas trabalho e salário e para todos’ [flexibilização trabalhista], o desafio da bancarrota da previdência social [reforma previdenciária], o desemprego duradouro, parecem apontar para a insustentabilidade do princípio da não reversibilidade social.²⁹⁸

Enfim, diante dessas nuances teóricas – muitas vezes subjetivas e imprecisas – sobre os limites de manobra do Estado para a concretização dos direitos sociais, a fim de se evitar posições doutrinárias polarizadas de absoluta liberdade de conformação do Estado²⁹⁹ e,

²⁹⁷ No caso específico do Direito do Trabalho, a notável tendência de decréscimo da tutela protetiva fomentada pelo contexto de adversidade econômica patronal engrandece sobremaneira a importância da discussão da amplitude do dever de proteção estatal outorgado pela proibição do retrocesso social.

²⁹⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 111.

²⁹⁹ Cita-se como exemplo de doutrina contrária ao reconhecimento da proibição de retrocesso em matéria de direitos sociais Roger Stiefelmann Leal, que, ao partir da premissa de incapacidade prestacional do Poder Público em concretizar os direitos sociais – mormente aqueles prestacionais, ante os limites impostos pela reserva do possível -, admite a possibilidade de total supressão de legislação já vigente concretizadora de direitos sociais. Diz o autor, ao tratar da proibição do retrocesso social: “*Há de se ressaltar, contudo, que, ao se tratar de efetivação de direitos sociais, fala-se sempre na concretização dentro de uma reserva do possível, a fim de recordar que tal efetivação depende de determinados fatores como a existência de recursos. Desse modo, deve-se ter presente que, se não for possível custear o serviço público da maneira exigida pela norma concretizadora de um direito social, faz-se imperativo a redução do grau de concretização adquirido ou até a sua total desconcretização*”. LEAL, Roger Stiefelmann. *Direitos sociais e a vulgarização da noção de direitos fundamentais*. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/direitos-sociais-e-vulgariza%C3%A7%C3%A3o-da-no%C3%A7%C3%A3o-de-direitos-fundamentais>>. Acesso em 24/01/2016.

por outro extremo, de intangibilidade dos direitos sociais concretizados, propõe-se que o que deve ser exaltado na problemática atinente ao adequado nível de proteção social estatal é a interpretação das normas constitucionais sociais de acordo com suas especificidades e com o contexto fático em que se aplicam. É necessário, pois, a verificação cuidadosa das circunstâncias atinentes a cada espécie de direito social fundamental, bem como os interesses sociais e os bens jurídicos envolvidos na ocasião.

Inevitável, a essa altura da reflexão, a invocação das lições concretistas de Konrad Hesse, Friedrich Müller e Peter Häberle, segundo as quais a interpretação constitucional decorre sempre e necessariamente de um processo de interação dialética entre a norma e o fato, partindo da reflexão sobre o problema concreto a ser resolvido.³⁰⁰ Afinal, as disposições constitucionais – e, mais que isso, todo o Direito – têm como fundamento das suas razões de existir a sociedade, de onde se originam e para onde se destinam. Não podem, portanto, serem empreendidas à revelia das especificidades jurídicas e da realidade prática subjacente.

A propósito, quando centramos o enfoque nos direitos trabalhistas, em sua grande maioria identificados como direitos fundamentais sociais de defesa quando observados pela perspectiva do empregador ou mesmo do Estado (proteção à derrogação) – conforme visto nos itens 3.4.3 e 3.4.4 acima –, o argumento da *reserva do possível* (intensificada no presente contexto de crise econômica) perde força, pois, frise-se, em regra não se está a falar de direitos prestacionais dependentes de recursos materiais fornecidos pelo Estado. Ao contrário, por tutelarem a manutenção do equilíbrio de forças nas relações de trabalho, os direitos trabalhistas demandam em grande medida atitude de abstenção dos poderes estatais ou mesmo dos particulares, sem que vicissitudes de caráter material os comprometa. É o caso, exemplificativamente, do direito à jornada limitada de trabalho, da repulsa ao trabalho degradante e da vedação de trabalho nocivo ao menor de dezoito anos de idade, que visam essencialmente à defesa da dignidade, à valorização do trabalho humano e à justiça social no

³⁰⁰ A respeito dos desafios da hermenêutica constitucional e dos direitos fundamentais em tempos modernos, marcado pela pluralidade e complexidade dos problemas sociais, Menelick Carvalho Netto destaca a necessidade de uma interpretação constitucional aberta à realidade social. Valendo-se das contribuições hermenêuticas concretistas de Hesse, Müller e Häberle, diz o autor “Se bem examinarmos a Constituição e o ordenamento jurídico, veremos que há princípios contrários (...) que transmitem a tensão originária entre eles a todo o ordenamento que, nesse sentido, não se fecha aos eventos da vida cotidiana, como uma realidade perfeita em si mesma, mas, ao contrário *requer a concretude e individualidade dos eventos para a configuração normativa adequada a reger aquela situação determinada*, sempre específica e datada. (grifos nosso)” CARVALHO NETTO, Menelick. A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (org.). *Jurisdição constitucional e os direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 157.

ambiente de labor, sem qualquer apelo direto a prestações materiais que dependam de recursos financeiros do Estado.

Some-se a isso, ainda, a característica peculiar dos direitos trabalhistas na Constituição brasileira de 1988, que, da forma como exaltou o valor do trabalho humano digno em seu núcleo essencial de direitos e garantias fundamentais – como igualmente visto no item 3.1 alhures –, procurou estabelecer claros limites ao poder de conformação infraconstitucional mediante amplo leque de normas laborais, algumas vezes de forma bastante detalhada. Tais normas denotam, pois, a intenção constitucional de se constituir balizadores – não apenas ao Legislador, mas também à Administração e ao Judiciário – dirigidos ao incessável objetivo de proteção do trabalhador brasileiro, independentemente de momentos economicamente críticos.

Afinal, não seria crível que a leviana alegação de crise – expressão essa já banalizada no discurso político a ponto de apresentar-se esvaziada de sentido, sem sequer sabermos se se trata verdadeiramente de crise financeira, política, moral, social, institucional – colocasse em xeque esse nítido arsenal de direitos fundamentais deliberadamente consolidados como concretização da intenção constitucional de proteção do trabalho humano.

4. A CONTRAPOSIÇÃO ENTRE A PROTEÇÃO SOCIAL DO TRABALHADOR E O TRATAMENTO FAVORECIDO ÀS PEQUENAS EMPRESAS

Levantadas as premissas teóricas acerca do regime jurídico dos direitos fundamentais, mais especificamente no que concerne aos direitos sociais trabalhistas, e identificada a necessidade de apreciação específica e faticamente contextualizada do direito fundamental em estudo para daí se perquirir acerca dos limites de conformação pelo Estado, retornaremos à análise própria do problema central de pesquisa trazido a lume.

É dizer, a partir das nuances fáticas e jurídicas do problema de pesquisa descrito no Capítulo 1, e tendo em vista o recém-examinado aparato teórico de proteção e efetividade dos direitos fundamentais trabalhistas tratado nos Capítulos 2 e 3, o questionamento central deste trabalho exsurge neste Capítulo 4 no sentido de perquirir até que ponto está o legislador infraconstitucional autorizado a concretizar o tratamento favorecido às pequenas empresas, sem que essa concretização implique excessiva restrição ou mesmo óbice à efetividade dos direitos fundamentais dos respectivos empregados, e sem que essa tarefa se afaste do ideal moral de justiça e equidade que permeia o teor democrático-social da Constituição.

Para tanto, utilizaremos da teoria dos limites aos direitos fundamentais, aplicada ao presente problema central de pesquisa, bem como, adiante, de uma exploração axiológica do valor social do trabalho humano perante a racionalidade econômica que permeia o presente tema constitucional.

4.1. Teoria dos limites dos direitos fundamentais aplicada ao problema

Advinda no ordenamento jurídico como resultado de um processo de redemocratização do país após longo período de regime ditatorial, a Constituição da República de 1988 e, da mesma forma, os direitos fundamentais nela fartamente inseridos, possuem três características consensualmente atribuídas pela doutrina: o destacado cunho programático e compromissório, a evidenciar a esperança que permeava o constituinte e a sociedade representada na conformação do texto constitucional e dos direitos fundamentais nela veiculados; o pluralismo, decorrente da intenção englobante de tutelar uma série de bens jurídicos e distintos titulares de direitos, em busca do pretencioso teor democrático-constitucional³⁰¹; e o seu caráter analítico, que, como consequência das características

³⁰¹ Ao tratar do teor plural e democrático da Constituição da República de 1988, não poderia deixar de registrar a memorável palestra proferida pelo ex-ministro do STF e ex-deputado constituinte Nelson Jobim, ocorrida em abril de 2012 no Instituto de Direito Público – IDP, em Brasília. Àquela oportunidade, dizia Nelson Jobim que no momento inicial de elaboração do texto constitucional de 1988, os constituintes perguntaram-se: “o que de mais moderno e diverso existe mundo afora acerca de direitos constitucionais?”. Colocaram à volta da mesa de

anteriores, revelava a desconfiança em relação ao legislador infraconstitucional, fazendo constar no texto da Lei Maior uma longa série de conquistas sociais.³⁰²

Essa disposição programática, analítica e harmonizadora de interesses de diversas classes políticas, portanto, faz com que ocorram naturais tensões no exercício dos distintos direitos fundamentais previstos, ou entre estes e demais valores e bens jurídicos igualmente tutelados pela constituição. Assim, no sentido de levantamento de soluções para se vencer os atritos em que se envolvem as diversas e plurais diretrizes constitucionais, se destaca o estudo da teoria dos limites e restrições aos direitos fundamentais, teoria esta que, de matriz germânica e portuguesa, já ocupa lugar de destaque também na doutrina constitucional brasileira³⁰³, destaque este motivado até mesmo diante do fato de o texto constitucional de 1988 manter-se silente³⁰⁴ em matéria de restrições aos direitos fundamentais.

Em atenção ao recorte temático deste trabalho, com vistas à revisitação do problema de pesquisa já esmiuçado no Capítulo 1, passaremos doravante à análise da teoria dos limites dos direitos fundamentais aplicada à tensão havida entre a concretização da diretriz constitucional de tratamento favorecido às pequenas empresas e a necessária proteção social trabalhista dos empregados atuantes nessas pequenas empresas.

discussão, então, uma coleção de recortes de variados tipos de normas constitucionais vigentes mundo afora. Algumas normas inspiradas no individualismo liberal norte-americano, com enfoque em Direitos Fundamentais de 1ª dimensão. Outras mais democráticas, como as experiências europeias, com enfoque em Direitos Fundamentais sociais. Outras normas, ainda, atinentes a Direitos Fundamentais metaindividuais. A seguir, questionaram: “o que colocar nessa Constituição de 1988?”. “Tudo!” foi a pronta resposta dos constituintes. Eis, portanto, a pluralidade como marca da matriz democrática sobre a qual se construiu a Constituição de 1988. Ainda segundo Nelson Jobim, essa pluralidade – e quiçá falta de coesão – das normas presentes no texto constituição “é o preço que se paga em um verdadeiro processo democrático”. Palestra relatada pela revista Consultor Jurídico. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2012-abr-13/origem-constituicao-democratica-racional-nelson-jobim>>. Acesso em 18/05/2016.

³⁰² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11ª edição. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012. E-book. ISBN 978-85-7348-789-3. p. 52.

³⁰³ Dentre as diversas obras de destaque nacional (ainda que balizadas pela doutrina luso-germânica) que se debruçam sobre a problemática dos limites e restrições aos direitos fundamentais - neste trabalho utilizadas como inspiração a partir de longa pesquisa bibliográfica - podemos citar: SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11ª edição. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012; SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *Revista de Direito do Estado*, nº 4, out./dez. 2006, p. 23-51; DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2014; MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014; e SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

³⁰⁴ As únicas exceções quanto ao silêncio constitucional em matéria de limites aos direitos fundamentais pode ser observado em previsões expressas de reservas de lei ao longo do texto constitucional, bem como na limitação do poder de reforma constitucional via cláusulas pétreas (artigo 60, §4º, da CF). Diferentemente do caso brasileiro, países inspiradores da Constituição de 1988, como Alemanha, Portugal e até mesmo a Espanha estabeleceram, ainda que parcialmente, um regime jurídico de limitações aos direitos fundamentais nos respectivos textos constitucionais. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11ª edição. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012. E-book. ISBN 978-85-7348-789-3. p. 363.

4.1.1. Âmbito de proteção dos direitos fundamentais trabalhistas diante de medidas restritivas eleitas pelo legislador para a concretização do tratamento favorecido

O múnus do Poder Legislativo de conformar as diretrizes constitucionais não se confunde – ou não deveria se confundir – com uma faculdade ilimitada de disposição.³⁰⁵ É a partir desse pressuposto que se desenvolve a teoria das restrições (ou limites) aos direitos fundamentais.

Antes, porém, de se adentrar no estudo das restrições aos direitos fundamentais aplicado ao problema da presente pesquisa, pressuposto lógico é a atenção à definição do objeto de proteção do direito fundamental observado. Afinal, não seria crível uma proposta de limite à conformação legal de um direito fundamental quando se desconhece o que é efetivamente protegido e contra que tipo de restrição essa proteção se dirige. Assim, ainda que mediante um breve exame, convém certa atenção à definição de âmbito de proteção dos direitos fundamentais sociais dos trabalhadores.

Em um propósito de sistematização, diz robusta doutrina constitucional, ora representada por J.J Gomes Canotilho, que a determinação do âmbito de proteção dá-se a partir da análise da norma constitucional garantidora de direitos, com o intuito de: a) se identificar “quais os bens jurídicos protegidos e a extensão dessa proteção” constitucional; bem como b) se verificar se os bens jurídicos protegidos pela norma constitucional sofrem de restrição estabelecida pela própria constituição – “*restrição expressa*” – ou de restrições indiretas pela lei, autorizadas pela Constituição – “*reserva de lei restritiva*”.³⁰⁶

A propósito, no tocante à composição do bem jurídico tutelado pelos direitos fundamentais sociais trabalhistas, convém remetermos o leitor aos itens 3.2 e 3.3 do Capítulo 3 deste trabalho, atinentes à “tarefa do direito do trabalho na afirmação da dignidade humana” e “direitos trabalhistas como direitos fundamentais”, que aqui aportamos apenas indiretamente para evitar repetição. Naquelas oportunidades foi defendida a tarefa dos direitos fundamentais trabalhistas como instrumento de concretização do bem jurídico “trabalho humano digno”, capaz de garantir condições para a afirmação social dos trabalhadores e, assim, realizar os princípios fundamentais dispostos nos artigos 1º a 4º da Constituição da República, em especial a promoção da cidadania, da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho e o alcance dos objetivos de desenvolvimento nacional sustentável e redução das

³⁰⁵ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2ª ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 281.

³⁰⁶ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1275.

desigualdades sociais, atrelando os interesses econômicos patronais aos ditames da justiça social.

Entretanto, nem sempre se mostra possível determinar abstratamente, em regras gerais, o que compõe o objeto de proteção de determinado direito fundamental, até porque demasiadamente amplo pode sê-lo. Ademais, nem sempre se observam no texto constitucional necessárias *restrições expressas* (restrições diretamente constitucionais) ou *reservas legais restritivas* dirigidas ao legislador infraconstitucional (restrições indiretamente constitucionais³⁰⁷) a delimitar precisamente o âmbito de proteção do direito fundamental observado; paralelo às restrições explícitas, são igualmente possíveis restrições (limites) circunstanciais advindas de *colisões* com outros comandos constitucionais, observadas no momento de instrumentalização do direito.

Nessa complexa tarefa de definição do que é efetivamente protegido e contra que tipo de restrição se outorga essa proteção, necessário, portanto, não apenas a interpretação dos dispositivos textuais da Constituição, mas também, e principalmente, a verificação cuidadosa dos fatos sociais a que estas disposições jurídicas se referem. Calha frisar, assim, que o âmbito de proteção de um direito fundamental não se define apenas no âmbito pré-normativo; mais que isso, a definição do objeto de proteção guarda relação com determinadas finalidades sociais ancoradas a determinados valores e diretrizes constitucionais, conforme se depreende da já consolidada *teoria externa*³⁰⁸ acerca dos limites dos direitos fundamentais³⁰⁹.

³⁰⁷ Nas descrições de Alexy, as restrições expressas na Constituição são denominadas de restrições diretamente constitucionais; as previsões de reservas legais restritivas, restrições indiretamente constitucionais. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 286-295.

³⁰⁸ A distinção, aqui referida sumariamente, entre as designadas *teoria interna* e *teoria externa* dos limites aos direitos fundamentais possui seu grau de relevância por repercutir na concepção acerca do âmbito de proteção e, consequentemente, no estudo dos limites dos direitos fundamentais. Enquanto para a *teoria interna* um direito fundamental já advém na ordem jurídica com seu conteúdo e limites pré-definidos pelo próprio constituinte (limites imanescentes), sendo os limites algo interno ao direito, para a *teoria externa* o direito fundamental destaca-se das suas restrições, de modo a distinguir posições jurídicas *prima facie* (pré-limitação) e posições jurídicas definitivas (pós-limitação), sendo assim mais apropriada e amplamente aceita na doutrina para fundamentar a argumentação em torno das inevitáveis colisões entre direitos fundamentais. De acordo com a teoria externa, pois, inexistem direitos fundamentais absolutos no sistema constitucional, ante a necessidade de se compatibilizar diferentes bens jurídicos, valores e garantias igualmente constitucionais. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 277-278.

³⁰⁹ Importa acrescentar como motivo adicional para a doutrina acolher a *teoria externa* no estudo das restrições aos direitos fundamentais, além da já referida maior coerência com a argumentação em torno das colisões entre direitos fundamentais, também o fato de toda essa matéria se ajustar perfeitamente à teoria dos princípios. Isso porque, pelo prisma da possível colisão com outras normas externas a gerar restrições, os direitos fundamentais são vistos como normas principiológicas que consagram um direito apenas *prima facie* e constituem um *mandamento de otimização* – em consonância com a estrutura de princípio de Robert Alexy. É dizer, a estrutura de princípio idealizada por Alexy como norma definidora de um direito não definitivo, a ser realizado na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes, coaduna-se perfeitamente com a ideia

Para a cuidadosa análise e reflexão quanto à determinação do âmbito de proteção de um direito fundamental, mostra-se imperiosa, pois, a análise concreta e particularizada da tensão constitucional observada, em que se leve em conta não apenas as disposições normativas constitucionais, mas também os elementos do suporte fático do caso empírico, a partir dos quais surgem os aspectos circunstanciais delimitadores do conteúdo e alcance dos direitos fundamentais envolvidos.³¹⁰

Passemos, então, à reflexão quanto ao problema empírico da presente pesquisa. Conforme esmiuçado no Capítulo 1 deste trabalho, o legislador nacional, diante do comando constitucional de concessão de “tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte(...)” (art.170, IX) visando incentivá-las “pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias” (art. 179) – aí não incluída previsão de favorecimento via flexibilizações na seara trabalhista, frise-se –, ainda assim entendeu por bem concretizar essa benesse no âmbito trabalhista, em detrimento da proteção social dos empregados no setor.

É dizer, mesmo diante do complicador atinente à inexistência de restrições constitucionais diretas ou de previsão de reserva legal quanto aos direitos fundamentais trabalhistas em questão³¹¹, e, mais ainda, sendo certa a evidenciação da precariedade das condições contratuais e das condições de saúde e segurança no ambiente de trabalho das pequenas empresas, o legislador infraconstitucional deliberou limitar os direitos laborais há décadas conquistados indistintamente pela classe trabalhadora. Com efeito, no intuito de instrumentalizar o tratamento favorecido às pequenas empresas, o legislador: por meio da alteração do art. 74, §2º, da CLT (Lei nº 7.855/89), dispensou os estabelecimentos com até 10 (dez) empregados da obrigação do controle de jornada dos respectivos trabalhadores,

de inevitáveis restrições provocadas por princípios (direitos fundamentais) colidentes, tal como enxerga a *teoria externa*. SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *Revista de Direito do Estado*, nº 4, out./dez. 2006, p. 23-51. p. 36-39.

³¹⁰ Em vista da *teoria externa* dos limites aos direitos fundamentais, a necessidade do exame circunstancial de cada direito envolvido, observado concretamente os atritos constitucionais porventura existentes, se justifica até mesmo para que a definição do âmbito de proteção se dê a partir de uma análise sistematizada das distintas disposições constitucionais envolvidas no caso em exame. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 193-194.

³¹¹ Malgrado a ausência de previsão constitucional de restrição se configurar como um complicador à atividade restritiva do legislador, fato é que a doutrina constitucional entende ser plenamente admissível a limitação de direitos fundamentais contra os quais inexistente restrição direta ou expressa previsão de reserva legal. Elucidativa é a lição do constitucionalista português Jorge Reis Novais, avalizada por Canotilho, que aduz ser essa possibilidade de restrição decorrência lógica da própria necessidade de convivência prática das diversas posições constitucionais. Arremata o autor que “os direitos fundamentais são, por natureza, dotados de uma reserva geral de ponderação”. NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 155. e CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1275.

obstando a definição, a fiscalização e até mesmo a contraprestação precisa pelos serviços prestados; autorizou no art. 58, §3º da CLT (acrescido pela Lei Complementar n.º 123/2006) que norma coletiva defina fictamente um tempo médio de trajeto em detrimento do efetivo tempo gasto pelo empregado no deslocamento trabalho – residência e, ainda, impute natureza indenizatória à rubrica; mediante artigo 51 da Lei Complementar n.º 123/2006, dispensou as Micro e Pequenas Empresas da função social de contratação de aprendizes; consoante Lei nº 7.855/89 e posterior ampliação via artigo 55, §1º, da LC n.º 123/2006, conferiu às Micro e Pequenas Empresas e às empresas com até 10 (dez) empregados a prerrogativa do instituto da Dupla Visita, em detrimento da auditoria das obrigações trabalhistas pelo poder de polícia da Inspeção do Trabalho; através da Proposta do “Simples Trabalhista” (Projeto de Lei n.º 450/2015), propõe medidas flexibilizantes a direitos materiais trabalhistas de empregados atuantes em Micro e Pequenas Empresas, dando azo à denominada “prevalência do negociado sobre o legislado”, em consequente mitigação da imperatividade e da indisponibilidade da tutela laboral.³¹²

Importa destacar, assim, que a ação restritiva em comento, limitadora dos direitos fundamentais trabalhistas dos empregados de pequenas empresas, em que pese estar em tese respaldada pela cláusula subsidiária de reserva legal veiculada no artigo 5º, II, da Constituição, deve ser formulada através de extrema cautela do Poder Legislativo, sob pena de se invadir o âmbito de proteção daqueles direitos fundamentais. Isso porque, observado a latente precarização trabalhista do setor, somada ao fato da inexistência de restrição direta ou de previsão de reserva legal no ordenamento constitucional³¹³, o legislador, ao estabelecer uma restrição ao direito fundamental trabalhista que o próprio Constituinte não o fez, assume – ou deveria assumir – um elevado ônus argumentativo diante da responsabilidade de incorrer em abusos inconstitucionais na definição dessas restrições.

Para reflexão acerca do ajuste constitucional quanto às ações restritivas promovidas ou intentadas pelo legislador pátrio em relação aos direitos fundamentais trabalhistas no trato dessa colisão entre comandos constitucionais (tutela trabalhista x tratamento favorecido às pequenas empresas), passemos, então, ao exame da teoria dos *limites às restrições* de direitos fundamentais, também conhecida por *limite dos limites*.

³¹² Para maiores detalhes acerca da concretização do tratamento favorecido às pequenas empresas no âmbito do Direito do Trabalho, vide item 1.5 do Capítulo 1 deste trabalho.

³¹³ Rememore-se que o artigo 179 da Constituição, ao mencionar o tratamento favorecido às pequenas empresas, não previu reserva legal a restringir os direitos trabalhistas dos respetivos empregados. Ao contrário, previu às pequenas empresas especificamente “simplificação de obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias”, mediante “eliminação ou redução destas por meio de lei”.

4.1.2. Limites às medidas legislativas limitadoras

Os poderes constituídos, na relevante tarefa de realização material dos direitos fundamentais, exercem inevitáveis opções acerca da limitação desses direitos, a fim de compatibilizar as diversas, fluidas e plurais diretrizes constitucionais coexistentes.

Essas limitações, contudo, devem ser, por sua vez, necessariamente limitadas, sob pena de se tornar inócua a efetividade de qualquer tutela constitucional. Trata-se, em outras palavras, da recém-referida cautela da ação restritiva promovida pelos três Poderes Estatais – neste trabalho enfatizado a atividade Legislativa; cautela esta que, quando vilipendiada, corre-se o risco de abusos no poder de conformação. Eis o que a doutrina nacional, com inspiração alemã e portuguesa, denomina de *limite dos limites*³¹⁴ aos direitos fundamentais.

De acordo com a teoria dos *limites dos limites*, as balizas a essa restrição dos direitos fundamentais ancoram-se na própria supremacia constitucional, em busca da compatibilização formal e material com a Constituição.³¹⁵ Nesse sentir, eventuais limitações a direitos fundamentais serão tidas por constitucionais na medida em que guardarem consonância procedimental e substancial com as normas constitucionais.

No aspecto formal, as balizas ao legislador consistem na investigação dos requisitos de competência e de procedimento na formação do ato legislativo restritivo do direito fundamental. Já no aspecto material, esses moldes referem-se à ordem fundamental consubstanciada por princípios, fundamentos, objetivos constitucionais, instrumentalizada pelos direitos fundamentais tutelares da dignidade da pessoa humana.³¹⁶

Para os fins deste trabalho, importa por ora focar nas balizas materiais a serem observadas pela atividade legiferante quando da instrumentalização das diretrizes

³¹⁴ A expressão “limite dos limites”, advinda do alemão *Schranken- Schranken*, foi utilizada pela primeira vez por K. H. Wernicke ao comentar os itens I e II do artigo 19 da Lei Fundamental alemã, que regulam o poder de limitação do legislador perante os direitos fundamentais. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 211-212. A título de curiosidade, diz o artigo 19 da Lei Fundamental de Bonn: “Artigo 19 [Restrição dos direitos fundamentais]. I - Na medida em que, segundo esta Lei Fundamental, um direito fundamental possa ser restringido por lei ou em virtude de lei, essa lei tem de ser genérica e não limitada a um caso particular. Além disso, a lei terá de citar o direito fundamental em questão, indicando o artigo correspondente. II- Em nenhum caso, um direito fundamental poderá ser violado em sua essência. (...)”. Disponível em <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em 20/05/16. No mesmo sentido é o artigo 18, n.º 2 e 3, da Constituição portuguesa de 1976 e, ainda, o artigo 53, n.º 1, da Constituição espanhola de 1978.

³¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11ª edição. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012. E-book. ISBN 978-85-7348-789-3. p. 368.

³¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11ª edição. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012. E-book. ISBN 978-85-7348-789-3. p. 369.

constitucionais – aqui enfatizado o dever de proteção jusfundamental trabalhista. A partir daí, diante do problema de pesquisa, teremos disponíveis referenciais teóricos para aferição da constitucionalidade material quanto ao modo eleito pelo legislador ordinário para a concretização do comando constitucional de tratamento favorecido às pequenas empresas.

4.1.2.1. *Proteção essencial dos direitos fundamentais trabalhistas*

Inspiradas na cláusula versada no artigo 19, II, da Lei Fundamental alemã de 1949³¹⁷, no artigo 18, n.º 3, da Constituição Portuguesa de 1976³¹⁸ e no artigo 53, n.º 1, da Constituição espanhola de 1978³¹⁹, especialmente quando se trata da tutela à *essência* dos direitos fundamentais perante a atividade legislativa restritiva, as discussões acerca do *núcleo essencial*, apesar de não encontrarem dispositivo correspondente na Constituição brasileira, são objeto de farta doutrina nacional, que desenvolve a ideia a partir do contexto jusfundamental garantista³²⁰ do ordenamento constitucional brasileiro.

Essa ideia de proteção da essência dos direitos fundamentais é caracterizada na doutrina, em seu aspecto prático, pelo intuito de controle e balizamento da atividade de concretização dos direitos fundamentais pelo Poder Legislativo, em busca de se criar uma imunidade sem a qual os direitos fundamentais seriam vítimas do considerável espaço de

³¹⁷ Lei Fundamental da República Federal da Alemanha. Artigo 19. II - Em nenhum caso, um direito fundamental poderá ser violado em sua *essência* (grifo nosso). Disponível em <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em 20/05/16.

³¹⁸ Constituição da República Portuguesa. Artigo 18. n.º 3 - As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do *conteúdo essencial* dos preceitos constitucionais (grifo nosso). Disponível em <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em 20/05/16.

³¹⁹ Constituição Espanhola. Artigo 53. n.º 1 - Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su *contenido esencial*, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, “a” (grifo nosso). Disponível em <<http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1978-31229>>. Acesso em 20/05/16.

³²⁰ A expressão “*garantismo*”, aplicada originalmente no campo do direito penal, é atribuída modernamente a Luigi Ferrajoli e hoje é estendida a todo o sistema de garantias dos direitos fundamentais. Garantismo é definido pelo próprio Ferrajoli como esforço dirigido aos poderes públicos constituídos, ou mesmo aos particulares, para a tutela de direitos fundamentais, sendo possível falar-se em *garantismo liberal* (defesa dos direitos de liberdade frente aos arbítrios policial ou judicial, ou, ainda de terceiros particulares), *garantismo patrimonial* (tutela dos direitos de propriedade), *garantismo internacional* (tutela de direitos humanos estabelecidos em pactos internacionais) e, não menos importante, em “*garantismo social* para a designar o conjunto de garantias, em boa medida ainda ausentes ou imperfeitas, dirigidas à satisfação dos direitos sociais, como a saúde, a educação, o trabalho e outros assemelhados. SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da. Direitos fundamentais, garantismo e direito do trabalho. *Revista TST*, Brasília, vol. 77, n.º 3, p. 274-292, jul/set, 2011.

manobra que possui o legislador na tarefa de concretização das diretrizes constitucionais, de modo a perder sua eficácia mínima.³²¹

Para definição dos contornos desse conteúdo mínimo do direito fundamental, existem algumas teorias dirigidas ao tema. Aproximada inclusive intuitivamente à ideia de “núcleo essencial” dos direitos fundamentais, a teoria absoluta enxerga o núcleo dos direitos como matéria isolada, pré-definível, com contornos fixos e precisos antes mesmo da ação instrumental do legislador infraconstitucional. Como consequência dessa forma de observar, o núcleo essencial do direito fundamental seria sempre o mesmo, independentemente de circunstâncias sociais concretas.

Já pela teoria relativa, o conteúdo essencial a ser protegido depende das condições fáticas em que observado o direito fundamental, bem como do exame casuístico das colisões eventualmente existentes com outros direitos fundamentais, valores ou comandos constitucionais. A matéria essencial do direito fundamental seria definida, pois, por um processo de mediação entre meios e fins. Decorrência da relativização seria a variabilidade do conteúdo essencial do direito fundamental, a depender da aplicabilidade prática.³²²

Ainda que utilizando de argumentos e perspectivas distintas, fato é que as diferentes teorias caminham igualmente no mesmo destino prático de tutela do direito fundamental contra restrições exacerbadas, via reconhecimento do *núcleo essencial* por meio da fixação de uma esfera imune ao arbítrio legislativo, em busca da máxima efetividade daqueles. Afinal, não fosse essa blindagem ao cerne dos direitos fundamentais, estar-se-ia a esvaziar inclusive a supremacia constitucional sobre o ordenamento jurídico.³²³

Assim, em que pese a perspectiva relativista do conteúdo essencial flertar de forma mais coerente e aproximada com os fundamentos até então invocados neste trabalho para o exame do problema central de pesquisa – análise circunstancial da colisão entre o tratamento constitucional favorecido ao patronato e os direitos fundamentais trabalhistas de pequenas empresas, observadas as condições empíricas de trabalho do setor –, tem-se que, por

³²¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 211-212.

³²² SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *Revista de Direito do Estado*, n° 4, out./dez. 2006, p. 23-51. p. 42.

³²³ Nesse sentido vale repisar a memorável passagem de Robert Alexy, que, ao tratar da relação entre os direitos fundamentais e o princípio da democracia, sentença que a tutela jusfundamental, de tão importantes para o Estado Democrático de Direito, “não podem ter a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las simplesmente relegada para a decisão da simples maioria parlamentar”. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 446.

qualquer lado que se examine o mencionado problema central, a conclusão será a mesma: o legislador infraconstitucional, consoante os caminhos que elegeu para instrumentalizar o tratamento favorecido às pequenas empresas, fez tábula rasa dos direitos trabalhistas nas matérias laborais que tangenciou. Examinemos, pois, de forma mais analítica.

Analísado o problema teórico desta pesquisa mais de perto, enfocando amiúde as diversas medidas juslaborais de concretização do tratamento favorecido promovidas pelo legislador infraconstitucional - explicitadas no item 1.5 do Capítulo 1 deste trabalho -, tem-se que a opção por dispensar os pequenos estabelecimentos com até 10 (dez) empregados da obrigação legal do controle de jornada dos respectivos trabalhadores (art. 74, §2º, da CLT) e a relativização do cômputo efetivo das horas *in itinere* (art. 58, §3º, da CLT) apresentam-se como um empecilho ao empregado de ter seu tempo de serviço computado em consonância com a realidade. E essa falta de definição da real jornada praticada figura no mundo do trabalho como problema central por refletir diretamente no cerne de diversos direitos fundamentais sociais do empregado, como os são os direitos ao descanso salutar, ao convívio familiar, social e lazer, e à contraprestação pelo efetivo tempo de labor praticado.

Vale explicitar. No tocante à afronta aos períodos de descanso do empregado, a falta do controle da efetiva jornada realizada inviabiliza o monitoramento – pelo poder de polícia do Estado, pelos entes sindicais e pelo próprio empregado – do gozo regular do intervalo intrajornada de no mínimo uma hora de descanso³²⁴, do intervalo interjornadas de no mínimo onze horas de descanso³²⁵, do descanso semanal remunerado de no mínimo vinte e quatro horas³²⁶, da hora noturna reduzida³²⁷. Impede, ainda, a prática de jornadas especiais de compensação constitucionalmente autorizadas por meio de norma coletiva³²⁸, na medida em que fogem do controle as horas extraordinárias destinadas ao descanso compensatório. Dito de forma mais ampla, a ausência da obrigação patronal de cômputo da real jornada praticada inviabiliza o controle da fruição de qualquer direito fundamental trabalhista que tenha como pressuposto o controle do tempo de descanso, com repercussão inclusive em questões de ordem pública atinentes à saúde física e mental, higiene e segurança do trabalhador³²⁹, que,

³²⁴ Consolidação das Leis do Trabalho, artigo 71.

³²⁵ Consolidação das Leis do Trabalho, artigo 66.

³²⁶ Constituição Federal, artigo 7º, XV, e Consolidação das Leis do Trabalho, artigo 67.

³²⁷ Consolidação das Leis do Trabalho, artigo 73, §1º.

³²⁸ Constituição Federal, artigo 7º, XIII.

³²⁹ Constituição Federal, artigo 7º, XXII.

sem o necessário lapso temporal para recomposição humana das energias, propicia a fadiga tendente a maiores probabilidades de infortúnios ocupacionais.³³⁰

No tocante à afetação reflexa do direito fundamental ao convívio social, familiar³³¹ e ao lazer³³² em consequência do descontrole da jornada ordinária exercida pelo empregado, dispensa maiores digressões a noção de que tais fatores obedecem à lógica alternativa excludente: só se tem disponível tempo destinado ao gozo da vida íntima do empregado quando este não se encontra à disposição do empregador. Não é outra a *ratio* que permeia as modernas discussões acerca do “*direito à desconexão*”, a partir do qual os descansos legalmente estipulados à relação empregatícia devem ser gozados com total desvinculação das atividades laborais, de modo a permitir que o trabalhador se desconecte do trabalho para reconectar-se a si mesmo³³³. Nesse sentido é, também, a moderna discussão acerca do “*dano moral existencial*”, que hoje se consolida na doutrina³³⁴ e jurisprudência³³⁵ juslaboral para coibir a hiperexploração da mão de obra humana e consequente frustração do projeto de vida pessoal do trabalhador (lazer, família, religião, estudos, cultura, desporto, entre outros). Assim, corolário da falta de controle do efetivo tempo de trabalho é o consequente descontrole da efetiva fruição de direitos relativos à vida íntima do trabalhador, com afetação direta do fundamento destes.

E, quanto às consequências remuneratórias, tem-se que a falta de controle da efetiva jornada praticada nas pequenas empresas turba o caráter sinalagmático do contrato de

³³⁰ BRANDÃO, Cláudio Mascarenhas. Jornada excessiva de trabalho provoca acidentes. *Revista Consultor Jurídico*, out. 2009. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2009-out-20/jornada-excessiva-trabalho-provoca-acidentes>>. Acesso em 22/05/2016. Diz passagem do artigo, embasado em estudos empíricos, que “*a sobrecarga de trabalho é um das mais importantes causas de acidentes do trabalho em todo o mundo. Estudos realizados na Europa e nos Estados Unidos comprovam o aumento de acidentes com a elevação do número de horas de trabalho, chegando ao máximo por volta das 11 (onze) horas da manhã e caindo por volta do meio-dia, com a mesma distribuição no período da tarde. Além disso, há casos de diminuição em 60% o número de acidentes quando se reduziu em determinada fábrica de 12 (doze) para 10 (dez) horas a jornada de trabalho, da mesma forma que variam com o índice de fadiga*”.

³³¹ Constituição Federal, artigos 7º, IV, 217, §3º, e 226.

³³² Constituição Federal, artigos 6º e 7º, IV.

³³³ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Do direito à desconexão do trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*. Campinas, nº 23, 2003. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/do-direito-%C3%A0-desconex%C3%A3o-do-trabalho>>. Acesso em 22/05/2016.

³³⁴ WÜNSCH, Guilherme; TITTONI, Marta Lúcia; GALIA, Rodrigo Wasem. *Inquietações sobre dano existencial no Direito do Trabalho*. Porto Alegre: HS editora, 2015.

³³⁵ Nesse sentido é o recente e elucidativo julgado da lavra do ministro Maurício Godinho Delgado, em que fora confirmado o dever patronal de compensação por danos morais decorrentes da extrapolação reiterada da jornada contratual, situação esta vulneradora da qualidade de vida do trabalhador : TST-RR-317-71.2014.5.12.0026, Data de Julgamento: 24/02/2016, Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 26/02/2016. Na mesma esteira são os precedentes RR - 3275-26.2011.5.12.0029, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 30/09/2016 e RR - 1260-84.2011.5.04.0004, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 28/08/2015, que igualmente confirmam a atual tendência da Corte Superior Trabalhista de obstar a mercantilização da integridade física, mental e da vida social obreira.

emprego. Isso porque, sem a definição precisa das horas de labor, resulta impedida a plena reciprocidade salarial pelo tempo de serviço efetivamente prestado pelo empregado. Consequentemente, resultam inviáveis o trabalho remunerado por hora (emprego *horista*), a contraprestação pelas *horas extraordinárias* eventualmente laboradas³³⁶, bem como a contraprestação e o controle da redução das *horas noturnas* eventualmente praticadas³³⁷. É dizer, a ausência de registro efetivo da jornada fere a devida contraprestação de qualquer direito trabalhista que tenha como modalidade remuneratória o tempo de serviço prestado pelo trabalhador.

Portanto, por inviabilizar o efetivo gozo dos direitos fundamentais trabalhistas que tenham como pressuposto lógico a delimitação *do tempo*, o descontrole da jornada de trabalho em pequenas empresas atinge-lhes a essência da tutela constitucional, tornando inócuas essas disposições fundamentais dirigidas à proteção da liberdade física, temporal e social do empregado e da contraprestação pelo labor.

Em continuidade à análise das medidas eleitas pelo legislador infraconstitucional para concretização do tratamento favorecido às pequenas empresas, é igualmente singelo perceber que a opção por dispensar as Micro e Pequenas Empresas da obrigação legal de contratar aprendizes e de matriculá-los em programa de aprendizagem profissional (art. 51, III, da LC n.º 123/2006)³³⁸ retira por completo o caráter substancial da função social do instituto, deixando as pequenas empresas absolutamente alheias a essa responsabilidade social constitucionalmente atribuída de forma indistinta a todas as empresas³³⁹. Consequentemente, daí, o fim da obrigatoriedade desse múnus público fere de morte o direito fundamental do jovem aprendiz à educação profissional³⁴⁰ no setor, em absoluto prejuízo sistematizado da formação técnico-profissionalizante, mormente em municípios em que há o absoluto predomínio de pequenas empresas como empregadores³⁴¹.

Ademais, outra não é a conclusão quanto à opção do legislador de conceder a prerrogativa da Dupla Visita às pequenas empresas nacionais (artigo 6º, §3º, da Lei nº

³³⁶ Constituição Federal, artigo 7º, XVI, e Consolidação das Leis do Trabalho, artigo 58 e seguintes.

³³⁷ Constituição Federal, artigo 7º, IX, e Consolidação das Leis do Trabalho, artigo 73.

³³⁸ Vide item 1.5.2 do Capítulo 1 deste trabalho.

³³⁹ Constituição Federal, artigos 5º, XXIII e 227, §3º.

³⁴⁰ Constituição Federal, artigo 7º, XXXIII.

³⁴¹ De acordo com dados oficiais do Ministério de Trabalho– MTb obtidos a partir da Relação Anual de Informações Sociais – RAIS *ativa* do ano de 2014, diversos são os estados e municípios brasileiros que há um predomínio absoluto de Micro e Pequenas empresas no mercado de trabalho, principalmente em periferias dos grandes centros econômicos e em regiões interioranas do país. Citam-se como exemplos os estados do Acre, Roraima, Piauí, em que o mercado empregatício apresentou concentrações de Micro e Pequenas empresas, respectivamente, de 98,9% , 98,5% e 97,1 %.

7.855/89 e art. 55, §1º, da LC n.º 123/2006)³⁴² em mitigação do poder de sanção da Inspeção do Trabalho. Com efeito, ao se limitar o poder de polícia administrativa do Estado de lavrar Auto de Infração (com consequente imposição de multa) na primeira visita fiscal ao pequeno empregador infrator, a benesse administrativo-trabalhista retira o principal instrumento de coerção do Poder Executivo para a manutenção da regularidade das obrigações trabalhistas.

Caracterizada como a mais comum sanção do poder de polícia da Administração Pública, a multa pecuniária possui relação direta com as duas principais finalidades da punição administrativa: a finalidade repressiva, mediante um decréscimo patrimonial do infrator, para desestimular a conduta ilegal, e a finalidade pedagógica, mediante o temor da sanção fiscal, para prevenir novas infrações trabalhistas, em favor de toda a coletividade laboral.³⁴³ Dessa forma, a prerrogativa da Dupla Visita às pequenas empresas age no sentido de neutralizar o temor da visita fiscal e, daí, estimular condutas infracionais ou, no mínimo, desestimular os empregadores que a um alto custo cumprem continuamente suas obrigações trabalhistas. Consequentemente, o instituto acaba por esvaziar em grande medida o fundamento central do ordenamento jurídico laboral: a materialização da proteção social trabalhista no setor.

Por fim, a análise das diversas propostas discutidas no Congresso Nacional reunidas no que se denomina projeto do “Simples Trabalhista” (Projeto de Lei n.º 450/2015)³⁴⁴ evidencia que essa proposta futura de instrumentalização do tratamento favorecido às Micro e Pequenas Empresas, da mesma forma que as opções legislativas já concretizadas analisadas acima, vilipendia igualmente o cerne da tutela laboral no setor, modificando toda a estrutura normativa trabalhista. Ao propor as diversas medidas flexibilizantes a direitos materiais trabalhistas em Micro e Pequenas Empresas – em que se destacam o elastecimento do prazo para quitação das verbas rescisórias para até 1 (um) ano após a extinção do vínculo, a possibilidade de norma coletiva fixar pisos salariais inferiores aos vigentes e, ainda, possibilidade de simples acordo individual prever redução do percentual de FGTS para 2%, fracionamento das férias e da respectiva remuneração em três períodos anuais ou mesmo o fracionamento do 13º salário em até 6 (seis) parcelas –, dando guarida à denominada “prevalência do negociado sobre o legislado”³⁴⁵, o legislador em verdade

³⁴² Vide item 1.5.4 do Capítulo 1 deste trabalho.

³⁴³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 126-130. e MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 138-140.

³⁴⁴ Vide item 1.5.5 do Capítulo 1 deste trabalho.

³⁴⁵ A denominada “prevalência do negociado sobre o legislado” constitui atualmente uma das mais intensas pautas de discussões legislativas, doutrinárias e jurisprudenciais acerca do Direito do Trabalho, mormente em

flexibiliza as características (ou princípios) da imperatividade e da indisponibilidade do Direito do Trabalho.

Ao lado do princípio da proteção, os princípios da imperatividade e indisponibilidade da legislação trabalhista compõem a tríade basilar sobre a qual se sustenta todo o ordenamento jurídico tutelar do trabalhador. Isso porque é justamente essa limitação da autonomia da vontade das partes contratantes que diferencia o Direito do Trabalho do Direito Civil, de cunho liberal-individualista; afinal, mostra-se insustentável ordenamento jurídico trabalhista permitir que o empregado hipossuficiente, presumivelmente pressionado pelo temor reverencial de perder o emprego garantidor do seu sustento familiar, abra mão das disposições tutelares, diante da sobreposição jurídica patronal.³⁴⁶

É dizer, o Direito do Trabalho só tem sentido enquanto mecanismo de proteção do trabalhador. Sua tarefa constitucional, ao contrário do Direito Civil, distingue-se e reveste-se de nobreza social por impor coercitivamente vantagens jurídicas ao trabalhador com o fim de reduzir as desigualdades fáticas contratuais. Sem essa imposição jurídica, prescindível seria o ordenamento juslaboral. Notável, então, que a proposta legal da denominada “prevalência do negociado sobre o legislado” para as pequenas empresas, por advogar a flexibilização dos princípios da imperatividade e indisponibilidade do Direito do Trabalho e, daí, possibilitar a supressão da tutela laboral conferida por lei aos trabalhadores, afronta o sentido nuclear dos direitos laborais como instrumento de proteção do trabalhador; mais que isso, atenta contra a própria existência do Direito do Trabalho.

Face a todo o exposto, tem-se, em suma, que as diversas formas eleitas – ou intentadas – pelo legislador ordinário para a concretização do comando constitucional de tratamento favorecido às pequenas empresas acabam por afligir, por diferentes modos, o pleno gozo dos direitos fundamentais trabalhistas dos respectivos empregados e,

razão do atual contexto de crise econômica. É caracterizada pela viabilidade jurídica de se sobrepor normas coletivas oriundas na autonomia negocial dos entes sindicais - ou mesmo normas individuais oriundas de acordos privados - às normas legais heterônomas fruto da regulação estatal, ainda que para reduzir ou extinguir vantagens trabalhistas. Nessa discussão, de um lado posicionam-se aqueles defensores da prevalência do negociado sobre a lei, como máxima expressão da liberdade de negociação entre os agentes sociais. Nesse sentido, vide: MARTINS FILHO, Ives Gandra Martins. Métodos alternativos de solução de conflitos laborais: viabilizar a jurisdição pelo prestígio à negociação coletiva. *Revista LTr*, vol. 79, n.º 07, julho de 2015, De outro lado posicionam-se aqueles que, temendo a extinção da tutela conferida pela lei e pela Constituição aos trabalhadores, defendem a prevalência da imperatividade das normas heterônomas como um patamar mínimo para a negociação das condições laborais. Nesse sentido, vide: VIANA, Márcio Túlio. Quando a livre negociação pode ser um mau negócio. *Revista de Direito do Trabalho*, vol. 106, p. 184-188, abril-jun/2002.

³⁴⁶ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 7ª ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 146.

consequentemente, esvaziar a eficácia protetiva ínsita ao ordenamento juslaboral no setor, atingindo-lhes, pois, o núcleo essencial.

4.1.2.2. A análise da proporcionalidade da intervenção legislativa

Tal como a doutrina do núcleo essencial, também as discussões acerca da *proporcionalidade*³⁴⁷ são originárias do direito público alemão, mais especificamente da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal daquele país, e há muito desenvolvidas também na doutrina portuguesa³⁴⁸. No caso do Direito brasileiro, ante a falta de dispositivo específico na Constituição brasileira, a proporcionalidade fundamenta-se a partir do contexto jusfundamental garantista do ordenamento constitucional brasileiro, em que múltiplos direitos fundamentais, tidos como princípios em uma perspectiva pós-positivista do Direito, são aplicados proporcionalmente na maior medida do possível, diante da necessidade de harmonização prática.³⁴⁹

A maior parte da doutrina nacional defende que a proporcionalidade decorre da organização constitucional em um Estado de Direito, em que os diversos direitos fundamentais precisam se adaptar reciprocamente para uma aplicação sistemática. É o caso de Gilmar Mendes, Roberto Barroso, Suzana de Toledo Barros. Outros, porém, em uma visão mais positivista do ordenamento jurídico constitucional, encontram o fundamento da proporcionalidade em diversos dispositivos, como o artigo 5º, II (legalidade), 5º, XXXV (inafastabilidade da jurisdição) e em diversos outros dispositivos esparsos que citam a

³⁴⁷ A respeito da determinação técnico-jurídica da proporcionalidade, se princípio, regra ou mero recurso retórico, convém explicitar que, apesar de a maioria da doutrina vislumbrá-la como princípio (J.J. Canotilho, Nelson Nery Jr, Ingo W. Sarlet, Mauro Cappelletti, Suzana de Toledo Barros, dentre tantos outros), há quem a qualifique como regra jurídica (Paulo Bonavides, Virgílio Afonso da Silva), ou mesmo como “postulado normativo-aplicativo” (Humberto Ávila). SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, nº 798, 2002, p. 23-50. p. 25-26. Acerca da imprecisão de enquadramento técnico da proporcionalidade, convém inclusive registrar a Nota de Tradução de Virgílio Afonso da Silva ao livro *Teoria dos Direitos Fundamentais*, de Robert Alexy. Diz a nota que Alexy define a proporcionalidade originalmente como *Grundsatz*, que na tradução para a língua portuguesa (tradução esta realizada com o auxílio de Alexy) significaria “máxima da proporcionalidade”, expressão utilizada ao longo da tradução da obra. Virgílio A. da Silva registra inclusive que “Alexy evita denominá-la de princípio (*Prinzip*), justamente para evitar confusões em relação ao seu conceito de princípio como espécie de norma contraposta à regra”. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011. Em que pese a discussão acerca da natureza da proporcionalidade, neste trabalho não adentraremos na questão – porque prescindível ao objeto de pesquisa –, sendo a opção terminológica tratá-la como “princípio da proporcionalidade”, consoante a maioria da doutrina pátria e estrangeira. Mais importante do que as opções terminológicas acerca da proporcionalidade certamente é a contribuição dela como um recurso de argumentação racionalmente fundamentada, em que as premissas do raciocínio aplicados à criação legislativa podem ser evidenciadas de forma inteligível e, daí, racionalmente criticável.

³⁴⁸ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 266 e seguintes.

³⁴⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, nº 798, 2002, p. 23-50. p. 43.

expressão “proporcionalidade”, como o 5º, V, 7º, V, dentre outros. É o caso de Paulo Bonavides. Por fim, há autores que defendem que o princípio da proporcionalidade advém do § 2º do art. 5º, por decorrer do regime e dos princípios adotados na Constituição, como diz Willis Santiago Guerra Filho.³⁵⁰

Atuando como mais um critério³⁵¹ para o balizamento material de medidas estatais restritivas no âmbito de proteção de direitos fundamentais, com o objetivo de fiscalizar, racionalmente, o poder conformador dos Poderes Públicos, a proporcionalidade assume especial relevância quando se observam os direitos fundamentais a partir dos *deveres de proteção*³⁵² do Estado, ou, como diz Canaris, *imperativos de tutela*, no sentido de aferir a compatibilidade entre as medidas tomadas pelo Estado e os fins constitucionais a ele dirigidos.³⁵³

E é exatamente essa aferição de compatibilidade material constitucional o enfoque do problema de pesquisa, por meio do qual, frise-se, busca-se refletir acerca dos limites ao poder conformador do legislador ordinário quando da regulação do comando constitucional de tratamento favorecido às pequenas empresas, tendo em vista o dever de proteção jusfundamental trabalhista. Desponta, daí, a importância da análise da proporcionalidade da intervenção legislativa na tutela social do trabalhador das pequenas empresas.

Sem pretensão de exaurimento do conceito de proporcionalidade – até porque não caberia nos limites deste trabalho, sendo certo inclusive a existência de profundas teses e dissertações que se dedicam exclusivamente à análise crítica do tema³⁵⁴ –, mas com o intuito

³⁵⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, nº 798, 2002, p. 23-50.

³⁵¹ De acordo com a já referida teoria relativa do núcleo essencial, mais do que critério adicional, na verdade a proporcionalidade figura como *critério condicional* do núcleo essencial. Pela perspectiva relativa, ambos os conceitos guardam íntima relação condicional: restrições a direitos fundamentais que passam no teste da proporcionalidade significam a não afetação do conteúdo essencial dos direitos restringidos. SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *Revista de Direito do Estado*, nº 4, out./dez. 2006, p. 23-51. p. 43.

³⁵² Acerca do *dever de proteção*, vide item 3.5.2 do Capítulo 3 deste trabalho.

³⁵³ No tocante à proporcionalidade como instrumento constitucional para o controle material de constitucionalidade, defende Ingo W. Sarlet uma dupla função do princípio, tanto como proibição de intervenção estatal em direitos fundamentais, quanto proibição de proteção insuficiente no cumprimento dos deveres de proteção do Estado. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11ª edição. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012. E-book. ISBN 978-85-7348-789-3. p. 370. No mesmo sentido é o entendimento de Gilmar Mendes. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 228.

³⁵⁴ Dentre as diversas obras alcançadas em pesquisa bibliográfica com enfoque na análise crítica do princípio da proporcionalidade, destacam-se a emblemática crítica de Habermas à falta de legitimidade da ponderação de valores no âmbito judicial: HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*: entre facticidade e validade. 2ª ed. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio: Tempo Brasileiro, 2003; Entre nós: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*: pressupostos de fato e teóricos reveladores

de apenas nos valermos de mais um referencial teórico para análise da legitimidade constitucional das restrições aos direitos fundamentais trabalhistas no setor das pequenas empresas, passemos à averiguação dos seus elementos de composição para, então, podermos aplicá-los ao problema da presente pesquisa.

Para cumprir essa função de critério racional para aferição dos limites do poder de conformação constitucionalmente outorgado ao legislador, a proporcionalidade é vista a partir de três fases que a compõem: a *adequação*, a *necessidade* e a *proporcionalidade em sentido estrito*.³⁵⁵

A *adequação*, ou idoneidade, examina se a medida restritiva adotada ou prevista está apta, com o meio eleito pelo legislador, para alcançar ou ao menos fomentar³⁵⁶ a finalidade a que se destina.³⁵⁷ Em um ponto de vista econômico-administrativo³⁵⁸, a adequação trata da *eficácia* da medida para o atingimento dos objetivos almejados. Por meio da adequação, responde-se: a intervenção no direito fundamental sacrificado é adequada para consecução dos objetivos constitucionais pretendidos?

Não se trata propriamente de averiguar os motivos determinantes da deliberação do ato legal, até porque estar-se-ia a adentrar em questões meritórias de índole econômica, política ou social típicas da esfera de competência política do Poder Legislativo. Ao contrário,

do seu papel e de seus limites. Junho de 2008. 393 p. Tese (doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, 2008;

³⁵⁵ Alerta-nos Ingo W. Sarlet e Virgílio Afonso da Silva que há importantes dissidências doutrinárias que, a despeito da ampla maioria de constitucionalistas, exclui a etapa da *proporcionalidade em sentido estrito* na análise do princípio da proporcionalidade, diante das críticas acerca da ponderação, em especial pela falta de critérios objetivos à ponderação e o consequente excesso de subjetivismo. Restringem a proporcionalidade, portanto, apenas às etapas da adequação e necessidade. Nesse sentido é o posicionamento dos alemães Bernhard Schlink e Ernst-Wolfgang Bockenförde e, entre nós, Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11ª edição. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012. E-book. ISBN 978-85-7348-789-3. p. 371. e SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, nº 798, 2002, p. 23-50. p. 35.

³⁵⁶ Virgílio Afonso da Silva aponta que a difundida definição da adequação como “aptidão para alcançar o resultado pretendido” estaria equivocada em razão do erro de tradução do verbo alemão “*fördern*”. Segundo o autor, “(...) de fato, o verbo *fördern* não pode ser traduzido por alcançar. *Fördern* significa fomentar, promover. Adequado, então, não é somente o meio com cuja utilização um objetivo alcançado, mas também o meio com cuja utilização a realização de um objetivo é fomentada, promovida”, ainda que parcialmente. SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, nº 798, 2002, p. 23-50. p. 36.

³⁵⁷ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional* : pressupostos de fato e teóricos reveladores do seu papel e de seus limites. Junho de 2008. 393 p. Tese (doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, 2008. p. 206-207.

³⁵⁸ Acerca da racionalidade econômica no Direito, convém a referência ao texto *Decidindo sobre Recursos Escassos*, de José Reinaldo de Lima Lopes, em que o autor trata da relação entre a racionalidade jurídica e a racionalidade econômica, examinadas as aproximações e distanciamentos entre ambas, culminando com o exame das interferências econômicas no raciocínio jurídico. LOPES, José Reinaldo de Lima. *Decidindo sobre Recursos Escassos: raciocínio jurídico e economia*. In: *Direitos Sociais: teoria e prática*. São Paulo: Método, 2006. p. 265-303.

o critério da adequação investiga se a lei concreta, já como produto do processo legislativo, será capaz de atingir os objetivos constitucionais perseguidos.

Já o teste da *necessidade* apura a existência de outro meio menos oneroso a direitos ou interesses constitucionais colidentes, desde que capaz de alcançar igualmente os fins constitucionais almejados pela medida legal restritiva.³⁵⁹ Em correspondência ao raciocínio econômico-administrativo, refere-se à medida de *eficiência*, atinente à redução dos custos e à maximização dos resultados. Responde, pois, ao questionamento: existe medida menos gravosa ao bem jurídico sacrificado – e a outros interesses constitucionais – que gere resultado semelhante ou ainda mais eficaz?

Depende, portanto, de uma dupla fase: a busca de meios alternativos com semelhante adequação e, dentre estes, a verificação de meio menos gravoso a direitos fundamentais ou interesses sociais colidentes.³⁶⁰ Se encontrados esses meios igualmente adequados e com menor sacrifício alheio, a conclusão se dará pela falta de necessidade daquela medida restritiva observada, já que existentes outros meios menos restritivos a gerar semelhante resultado.

Vale destacar que, para a medida legal ser tida por desnecessária, imperioso não apenas que dentre as diversas alternativas vislumbradas se encontre uma mais benigna ao direito fundamental afetado. Mais que isso, depende também que a medida alternativa seja mais benigna igualmente para direitos fundamentais ou mesmo diretrizes e interesses constitucionais outros.

Importante evidenciar, ainda, que a verificação da etapa da *necessidade* não se confunde com a imposição da forma como um comando constitucional será satisfeito; em um exercício crítico negativo, apenas rejeita o meio concreto mais danoso quando diante de outra providência apta para obter resultados análogos, funcionando, junto à *adequação*, como critério negativo definidor da prescindibilidade do meio escolhido.³⁶¹

³⁵⁹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional* : pressupostos de fato e teóricos reveladores do seu papel e de seus limites. Junho de 2008. 393 p. Tese (doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, 2008. p. 208-210.

³⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11ª edição. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012. E-book. ISBN 978-85-7348-789-3. p. 370-371.

³⁶¹ Acerca da ênfase ao sentido negativo dos subprincípios da adequação e necessidade, diz Alexy, quando elaborou o epílogo de sua principal obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*, que “*ao legislador não está categoricamente prescrito que adote o meio mais benigno*”. “*Não se trata de uma otimização até determinado ponto. Trata-se simplesmente de proibição de sacrifícios desnecessários para os direitos fundamentais* [tradução livre]”. ALEXY, Robert. Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 22, n.º 66, set-dez, 2002. p. 13-64. p. 28-29.

Por fim, a *proporcionalidade em sentido estrito*, diferentemente das etapas da *adequação* e *necessidade*, não se utiliza de análise comparativa com outras hipóteses fáticas; ao contrário, depende de uma proporção jurídica³⁶² comparativa entre meios e fim dentro da própria medida legal observada. Decorre da relação entre custo da restrição ao direito fundamental sacrificado e benefício a ser obtido pela realização dos objetivos constitucionais perseguidos.³⁶³ Por meio do teste da proporcionalidade em sentido estrito, busca-se responder à indagação: as vantagens obtidas por meio do comando constitucional exaltado superam as desvantagens decorrentes da restrição ao direito fundamental sacrificado?

É dizer, observado em especial os deveres de proteção do Estado, a *proporcionalidade em sentido estrito* leva em consideração o quadro global de impacto das medidas protetivas tomadas pelo Poder Público, a fim de perquirir se esses impactos e restrições devem ser tolerados em face da necessidade de tutelar outros direitos colidentes, em vista da imperiosa harmonia entre os múltiplos deveres de proteção.³⁶⁴

Especificada cada uma das etapas que compõem a aplicação da proporcionalidade, importa por fim destacar que o exame dessas três etapas deve se dar em uma ordem pré-definida de subsidiariedade, na sequência em que enumeradas acima, sendo certo inclusive que, a depender das evidências do caso concreto analisado, nem sempre é preciso perpassar por todos os três subprincípios para se concluir pela ausência da proporcionalidade quando do controle do ato abusivo analisado.³⁶⁵

Em suma, no tocante à aplicação, as etapas consecutivas da proporcionalidade envolvem uma comparação entre soluções alternativas do caso prático, dependente do exame acurado das circunstâncias fáticas e, na última etapa – se necessário for –, do sopesamento das possibilidades jurídicas colidentes no caso observado. E é justamente por essa atenção empírica que se destaca, neste trabalho, a importância da proporcionalidade como mais um referencial teórico a instruir a análise da constitucionalidade substancial das restrições

³⁶² ALEXY, Robert. Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 22, n.º 66, set-dez, 2002. p. 13-64. p. 31.

³⁶³ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional* : pressupostos de fato e teóricos reveladores do seu papel e de seus limites. Junho de 2008. 393 p. Tese (doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, 2008. p. 212.

³⁶⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11ª edição. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012. E-book. ISBN 978-85-7348-789-3. p. 372.

³⁶⁵ Virgílio Afonso da Silva, ao examinar decisões do SFT, critica a aplicação da proporcionalidade pela Suprema Corte justamente pelo fato de, em diversos casos, não se observar essa ordem de subsidiariedade entre as etapas. Acrescenta, ainda, que “Muitas vezes é fornecido apenas um conceito sintético de cada uma delas, sem que se analise, no entanto, a relação entre elas, nem a forma de aplicá-las”. SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, n.º 798, 2002, p. 23-50. p. 34.

promovidas pelo legislador quando da regulamentação dos artigos 170, IX, e 179 da Constituição, a partir da realidade fática investigada e dos elementos jurídicos atinentes aos direitos fundamentais trabalhistas em questão.

Demarcado em que consiste o princípio da proporcionalidade, cabe-nos doravante a aplicação do arcabouço teórico delimitado acima ao problema de pesquisa.

4.1.2.2.1. A *adequação* (eficácia) das restrições trabalhistas para a consecução do tratamento favorecido

No exame do atrito constitucional objeto do presente trabalho, delineiam-se, então, dois comandos constitucionais em voga: a destinação de um marco normativo protecionista aos pequenos empresários conforme erigido nos artigos 170, IX, e 179 da Constituição, que passaremos a denominar simplesmente por *tratamento favorecido* para evitar repetição de termos longos, bem como a tutela jusfundamental dos trabalhadores do setor, que passaremos a denominar *direitos fundamentais trabalhistas*. No trato dessa colisão entre comandos constitucionais, o legislador infraconstitucional instrumentalizou diversas medidas restritivas aos direitos fundamentais trabalhistas, que denominaremos simplesmente por *medidas legais*.

Como visto no item 1.5 do Capítulo 1, rememore-se, em resumo, as medidas legais restritivas aos direitos fundamentais trabalhistas tomadas em vista à concretização do tratamento favorecido: 1- dispensa do controle de jornada (alteração do art. 74, §2º, da CLT pela Lei nº 7.855/89); 2- flexibilização do cômputo do efetivo tempo de trajeto no deslocamento trabalho – residência, bem como da natureza jurídica da rubrica (inclusão do art. 58, §3º da CLT pela Lei Complementar n.º 123/2006); 3- dispensa de contratação de aprendizes (artigo 51 da Lei Complementar n.º 123/2006); 4- dispensa da afixação de Quadro de Trabalho, anotação de férias nos Livros ou Fichas de Registro, posse do “Livro de Inspeção do Trabalho” e comunicação de férias coletivas ao Ministério do Trabalho (artigo 51 da Lei Complementar n.º 123/2006); 5- prerrogativa do instituto da Dupla Visita, em detrimento do poder de polícia da Inspeção do Trabalho (55, §1º, da LC n.º 123/2006); 6- proposta do “Simples Trabalhista” (Projeto de Lei n.º 450/2015), dando guarida à denominada “prevalência do negociado sobre o legislado”, em consequente mitigação da imperatividade e da indisponibilidade da tutela laboral.

Primeiramente, no tocante à etapa da *adequação*, tem-se que, em sua maioria, as medidas legais de interferência no Direito do Trabalho eleitas pelo legislador foram eficazes

ao objetivo de tratamento favorecido às pequenas empresas. É dizer, à exceção das singelas rotinas de simplificação administrativo-trabalhistas (item 4 retrocitado) previstas no artigo 51 do Estatuto das Micro e Pequenas Empresas (dispensa da simples afixação de “Quadro de Trabalho”, anotação de férias nos Livros ou Fichas de Registro, posse do “Livro de Inspeção do Trabalho” e comunicação de férias coletivas ao Ministério do Trabalho), inócuas ao propalado intuito de desburocratização empresarial, fato é que as diversas outras medidas legais trabalhistas mostram-se aptas à persecução prática do seu fim constitucional: o fomento à competitividade e à longevidade dos pequenos estabelecimentos diante do mercado concorrencial formado pelas médias e grandes empresas.

Isso porque a dispensa do controle de jornada (1), ainda que sutilmente, tende a diminuir os custos empresariais com recursos materiais, recursos humanos próprios ou serviços autônomos de contabilidade, na medida em que não se torna necessário à pequena empresa a aquisição de equipamentos manuais, mecânicos ou eletrônicos de registro de ponto³⁶⁶, tampouco a destinação de mão de obra para a apuração contábil da jornada dia-a-dia na rotina empresarial. Na mesma medida, a definição ficta do tempo médio do tempo de trajeto (2), além de diminuir os custos de operacionalização diária do tempo de serviço, admite que a média das horas *in itinere* estipulada em norma coletiva seja substancialmente inferior às efetivas horas despendidas pelo empregado, gerando vantagem à empresa no cômputo da jornada. Ademais, a autorização de modificação da natureza jurídica do tempo de trajeto, de salarial para indenizatório, reduz os reflexos salariais da verba devida pela empresa, acarretando, igualmente, vantagem econômica ao pequeno empreendimento.

A dispensa de contratação de aprendizes (3), por sua vez, igualmente de forma sutil, está também de certo modo apta ao favorecimento das pequenas empresas, já que o pequeno estabelecimento não precisará dispor do tempo de serviço remunerado do aprendiz com horas teóricas de capacitação profissional, tampouco necessitará reorganizar sua mão de obra qualificada para acompanhamento da capacitação técnica profissional do aprendiz.

³⁶⁶ De acordo com o artigo 74, §2º, da CLT, “Para os estabelecimentos de mais de 10 (dez) trabalhadores será obrigatória a anotação da hora de entrada e de saída, em registro manual, mecânico ou eletrônico, conforme instruções a serem expedidas pelo Ministério do Trabalho (...)” Uma vez que a empresa opte pelo registro eletrônico de ponto, deverá cumprir o que determina a Portaria MTE n.º 1510/2009, que autoriza apenas a aquisição do Registrador Eletrônico de Ponto – REP e Sistema de Registro Eletrônico de Ponto - SREP devidamente credenciados pelo Ministério do Trabalho, oferecidos no mercado especializado por valores notoriamente elevados em razão da contínua necessidade de assistência técnica.

A prerrogativa da Dupla Visita (5) corresponde com eficácia ao comando constitucional de tratamento favorecido, porquanto traz um empecilho à sanção pecuniária (multa) advinda do poder de polícia administrativa, concedendo à pequena empresa inspecionada uma oportunidade adicional de se adequar à legislação laboral – oportunidade adicional esta que as médias e grandes empresas não possuem, sendo de pronto autuadas pela Inspeção do Trabalho quando observado qualquer infração trabalhista.³⁶⁷

Por fim, o teor do Projeto de Lei do “Simples Trabalhista” (6) evidencia a aptidão para o favorecimento econômico às pequenas empresas, na medida em que propõe diversas benesses flexibilizantes do direito material trabalhista, todas com o indisfarçado intuito de conceder diminuição do custo da mão de obra para as pequenas empresas. Vale dizer, o elastecimento do prazo para quitação das verbas rescisórias, a possibilidade de norma coletiva fixar pisos salariais inferiores aos vigentes e a possibilidade de acordo individual prever redução do percentual de FGTS para 2%, prever fracionamento das férias em três períodos anuais ou prever o fracionamento do 13º salário em até 6 (seis) parcelas, todas essas propostas caminham no sentido de diminuir os impactos econômicos da contratação de mão de obra, viabilizando a destinação de investimentos a outros recursos “não-humanos”, potencializando, daí, a competitividade do setor. A evidência da aptidão para o favorecimento ao setor se deduz inclusive do fato de o mencionado projeto de lei ser defendido exclusivamente por parlamentares representantes do setor econômico³⁶⁸.

Nota-se, portanto, que as referidas medidas legais restritivas aos direitos fundamentais trabalhistas apresentam-se adequadas, cada uma ao seu modo, a diminuir os custos empresariais com a mão de obra empregada, em consonância com o fim constitucional de tratamento favorecido às pequenas empresas.

4.1.2.2.2. A (des)necessidade (ineficiência) das restrições trabalhistas

Ultrapassado o teste da *adequação*, cumpre por ora a análise cuidadosa do exame da *necessidade*. Indaga-se: existem outras medidas menos gravosas aos direitos fundamentais

³⁶⁷ Nesse sentido diz o artigo 628 da CLT: “Salvo o disposto nos arts. 627 [Dupla Visita] e 627-A [Procedimento Especial excepcional], a toda verificação em que o Auditor-Fiscal do Trabalho concluir pela existência de violação de preceito legal deve corresponder, sob pena de responsabilidade administrativa, a lavratura de auto de infração”.

³⁶⁸ De acordo com as informações de tramitação disponíveis no sítio eletrônico da Câmara dos Deputados, o PL 450/2015 é de autoria do Deputado Júlio Delgado (PSB) e teve recentemente, em 13/04/2015, parecer da Comissão do Trabalho, Administração e Serviço Público pela aprovação. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=948977>>. Acesso em 27/05/2016.

trabalhistas que gerem semelhante ou superior resultado de favorecimento às pequenas empresas?

Para se adentrar na etapa da *necessidade*, imperioso então, como visto, a reflexão do problema em dupla fase: a) a busca de meios legais alternativos com igual ou superior *adequação* ao fim de tratamento favorecido e, dentre esses, b) a verificação de meio menos gravoso aos direitos fundamentais trabalhistas.

No que pertine à fase de investigação de outras estratégias fáticas alternativas igualmente adequadas à instrumentalização do tratamento favorecido, é possível vislumbrarmos medidas legais de fomento administrativo (políticas públicas da Administração), de vantagens tributárias e de apoio assistencial às pequenas empresas, sempre com o fim de desenvolvimento dos recursos materiais e humanos tendentes a fortalecer a competitividade e a longevidade diante do acirrado mercado econômico.

A propósito, convém rememorarmos, consoante exposto no item 1.3 do Capítulo 1 deste trabalho, que, de acordo com pesquisa promovida pelo SEBRAE, as principais causas apontadas para o índice de mortalidade precoce das pequenas empresas são, na ordem de representatividade: falta de planejamento prévio; má gestão empresarial, diante de falta de conhecimentos gerenciais e instalações inadequadas; e insuficiência de políticas públicas de apoio aos pequenos negócios³⁶⁹.

Dessa forma, medidas de fomento à capacitação empresarial, via promoção do serviço social autônomo (sistema “S”); redução da carga tributária para o setor; aprimoramento da participação em compras públicas; facilitação de acesso ao crédito em instituições bancárias públicas, todos esses são exemplos de alternativas exequíveis pelo legislador em atenção à concretização do tratamento favorecido³⁷⁰, que, vale ressaltar, já nasceriam com o potencial de trazerem maiores e mais efetivas vantagens às pequenas empresas justamente por corresponderem a soluções contra as principais causas apontadas de fragilidade concorrencial e mortalidade precoce no setor.

Diante dos citados meios alternativos igualmente adequados ao fim constitucional de tratamento favorecido às pequenas empresas nacionais, capazes inclusive de gerar superior benesse protecionista para o fomento aos pequenos empreendedores diante do mercado

³⁶⁹ SEBRAE-SP (org.). *Causa Mortis*: o sucesso e o fracasso das empresas nos primeiros cinco anos de vida, São Paulo, julho/2014.

³⁷⁰ Essas alternativas para a instrumentalização do tratamento favorecido às pequenas empresas serão abordadas de forma minudente no Capítulo 5 deste trabalho, de cunho propositivo.

concorrencial, cumpre verificarmos, dentre esses meios alternativos observados, se algum deles mostra-se menos gravoso aos direitos fundamentais trabalhistas.

Nessa segunda fase, de perquirição de meio menos gravoso à proteção trabalhista, decorrência lógica é a definição prévia da gravidade do elemento paradigma. É dizer, necessário nos deter primeiramente ao juízo acerca do grau de intensidade com que as medidas hoje concretizadas de tratamento favorecido restringiram direitos fundamentais trabalhistas de empregados ocupados em pequenas empresas. Para tanto, valemo-nos das conclusões alcançadas no tópico 4.1.2.1 anterior, em que fora evidenciado que as diversas formas eleitas pelo legislador ordinário para a concretização do tratamento favorecido às pequenas empresas acabam por afligir, por diferentes modos, o pleno gozo dos direitos fundamentais trabalhistas dos respectivos empregados e esvaziar a eficácia protetiva juslaboral no setor, atingindo-lhes, daí, o *núcleo essencial*. Tratam-se, pois, de medidas notadamente danosas por lançarem os custos da benesse patronal sobre os ombros do trabalhador – que, vale dizer, apresentam-se em seu contexto tão ou mais hipossuficientes do que as pequenas empresas favorecidas.

Definido esse elevado grau de interferência na proteção trabalhista do setor, já se delineia a essa altura uma conclusão clara de que as medidas alternativas paragonadas, com enfoque de favorecimento nas áreas administrativa, tributária, financeira e no serviço social autônomo, evidenciam um sacrifício nulo aos direitos fundamentais trabalhistas e muito pequeno – para não dizer irrisório – aos demais interesses sociais envolvidos, na medida em que disseminam o custo da benesse empresarial a toda a sociedade. Com efeito, é justamente a *solidariedade do ônus contributivo*³⁷¹ quanto aos custos administrativos e à renúncia tributária que exaltam a vantagem social das medidas alternativas citadas acima, na medida em que, por disseminar o ônus do custeio, não impõem o gravame da política pública a um grupo social específico.

Enfim, chega-se ao Ótimo de Pareto (citado por Alexy no Epílogo do seu livro Teoria dos Direitos Fundamentais): “una posición puede ser mejorada, sin que otra

³⁷¹ O denominado *princípio da solidariedade do ônus contributivo*, ou simplesmente *princípio da solidariedade*, constitui-se como eixo fundante de toda a Ordem Social da Constituição da República, a viabilizar as políticas públicas do Estado. Oriundo o artigo 3º, I, e 195 da Constituição, representa, no âmbito jurídico-social, a reunião de forças dos atores sociais, na medida da capacidade contributiva individual, para o custeio de todos os investimentos sociais propostos. MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Princípios de Direito Previdenciário*. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2001. p. 74.

empeore”³⁷². É dizer, por meio do exame da etapa da *necessidade*, nota-se a existência de diversas medidas legais alternativas ainda mais eficientes ao alcance do comando constitucional de tratamento favorecido às pequenas empresas, sem que a tutela social dos trabalhadores ou mesmo quaisquer outros interesses sociais específicos sejam piorados.

Logo, se há alternativas igualmente ou ainda mais adequadas para se atingir a finalidade do comando constitucional do tratamento favorecido às pequenas empresas com um menor custo social, tem-se por *desnecessário* (ineficiente) e, daí, *desproporcional* o meio atualmente escolhido pelo legislador nos referidos artigos 74, §2º e 58, §3º, da CLT, no artigo 51 da Lei Complementar n.º 123/2006 e no Projeto de Lei n.º 450/2015.

Tendo em vista a pré-definida ordem de subsidiariedade das etapas da *proporcionalidade*, bem como a prescindibilidade de se perpassar por todas elas quando já reprovada em etapa preliminar a medida legal objeto de controle, o exame da *proporcionalidade em sentido estrito* mostra-se dispensável, já que não vencida a etapa da *necessidade* em nosso problema central de estudo. Aliás, existem fortes vozes na doutrina alemã e nacional que sequer consideram essa última fase da proporcionalidade, alegando ter a ponderação um sentido mais teórico e retórico do que propriamente de aplicação prática; sustentam, nesse sentir, que, na grande maioria dos problemas de restrições a direitos fundamentais, é no nível da *necessidade* que se dá o teste decisivo para a constitucionalidade material da restrição observada.³⁷³

Findar por aqui o exame dos limites ao poder conformador do legislador valendo-nos de uma racionalidade econômica como critério de avaliação jurídico-constitucional³⁷⁴ já se mostra, portanto, suficiente ao objetivo de aferição de extrapolação das balizas constitucionais quando se optou pela restrição dos direitos fundamentais trabalhistas como meio de instrumentalização do tratamento favorecido.

³⁷² Citado por Alexy quando desenvolvida a explicação acerca dos subprincípios da adequação e necessidade, a ideia do ótimo de Pareto refere-se a um conceito de economia desenvolvido pelo italiano Vilfredo Pareto. ALEXY, Robert. Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales. Revista Española de Derecho Constitucional, Año 22, n.º 66, set-dez, 2002. p. 13-64. p. 28.

³⁷³ Repise-se o posicionamento dos alemães Bernhard Schlink e Ernst-Wolfgang Bockenförde e, na doutrina nacional, Dimitri Dimoulis e seu coautor Leonardo Martins, que criticam – e, por isso, desconsideram – a etapa da *proporcionalidade em sentido estrito* diante da falta de critérios objetivos à ponderação e o consequente excesso de subjetivismo. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11ª edição. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012. E-book. ISBN 978-85-7348-789-3. p. 371. e SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, n.º 798, 2002, p. 23-50. p. 35.

³⁷⁴ LOPES, José Reinaldo de Lima. Decidindo sobre Recursos Escassos: raciocínio jurídico e economia. In: *Direitos Sociais: teoria e prática*. São Paulo: Método, 2006. p. 265-303.

4.1.2.3. Vedação constitucional à restrição casuística anti-isonômica

Em continuidade à reflexão acerca dos limites materiais constitucionais às restrições promovidas pelo legislador na proteção fundamental trabalhista quando da conformação do tratamento favorecido às pequenas empresas, convém por ora a análise de outro requisito de limitação atinente à teoria do *limite dos limites*: a *vedação de leis restritivas casuísticas*.

Também decorrente da doutrina alemã e igualmente desenvolvida na doutrina portuguesa³⁷⁵, a vedação de leis restritivas casuísticas é exaltada na doutrina nacional por inspirar-se no postulado da *igualdade material*, eixo central estruturante do regime de direitos fundamentais e, conseqüentemente, da ordem constitucional brasileira.³⁷⁶

A vedação de leis restritivas casuísticas, tal como se depreende da própria interpretação literal da expressão, corresponde ao limite constitucional, dirigido ao poder de conformação do legislador, que impõe necessária generalidade e universalização às restrições promovidas em direitos fundamentais. Do contrário, estar-se-ia a admitir leis arbitrariamente discriminatórias, que retirariam a tutela jusfundamental de determinado grupo de pessoas, criando uma diferenciação não respaldada na ordem constitucional.

É exatamente essa a lição de J.J Gomes Canotilho, para quem a principal razão para o requisito da vedação de leis restritivas casuísticas cinge-se ao fato de “leis particulares, de natureza restritiva, violarem o princípio material da igualdade, discriminando, de forma arbitrária, quanto à imposição de encargos para uns cidadãos em relação aos outros” mesmo quando submetidos às mesmas condições.³⁷⁷

Adentrando na definição de lei restritiva, leciona o constitucionalista português que lei restritiva inconstitucional pode ser identificada de duas formas:

- (1) Toda a lei que imponha restrições aos direitos, liberdades e garantias de uma pessoa ou de várias pessoas *determinadas*;
- (2) Toda a lei que imponha restrições a uma pessoa ou a um círculo de pessoas que, embora não determinadas, podem ser *determináveis* através da

³⁷⁵ Vale destacar que as ordens constitucionais alemã e portuguesa, diferentemente da Constituição brasileira, contemplam dispositivo expresso acerca da vedação à lei restritiva casuística. É o caso do artigo 19, I, da Lei Fundamental alemã e do artigo 18, n.º 3, da Constituição Portuguesa, já transcritos no item 4.1.2 acima.

³⁷⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 234.

³⁷⁷ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 454.

conformação intrínseca da lei e tendo em conta o momento da sua entrada em vigor. (grifos mantidos do original)³⁷⁸

Da definição de Canotilho podemos extrair, pois, que o critério para identificação de uma lei restritiva casuística não corresponde necessariamente à literalidade do dispositivo linguístico formulado pelo legislador; ao contrário, corresponde sim ao conteúdo e efeitos dessa lei restritiva. Decisiva, então, é a aplicação prática da lei. Nesse sentir, mesmo uma lei com enunciado genérico e abstrato poderá ser tida por inconstitucionalmente restritiva se sua aplicação prática concentrar os efeitos limitativos a um círculo determinado ou determinável de pessoas em semelhantes condições.³⁷⁹

É justamente esse critério de necessária atenção à realidade fática que faz com que o requisito da vedação de leis restritivas casuísticas se aplique com perfeição à reflexão do problema de pesquisa em comento³⁸⁰, em que se busca parâmetro de análise da constitucionalidade material dos atos legais restritivos aos direitos fundamentais dos trabalhadores, observados os resultados práticos desses atos legais no mundo do trabalho.

Na colisão constitucional estudada no Capítulo 1, malgrado as disposições legais restritivas veiculadas nos artigos 58, §3º, e 74, §2º, da CLT, 55 da Lei Complementar n.º 123/2006 e no Projeto de Lei n.º 450/2015 estarem materializadas formalmente como leis genéricas e abstratas, fato é que geram em sua aplicação prática uma afronta à igualdade material trabalhista.

Isso porque a formulação dessas benesses jurídicas às pequenas empresas no âmbito dos direitos trabalhistas acaba por criar, no ordenamento jurídico laboral, uma classe de empregados despidos da plena tutela jusfundamental trabalhista. Os empregados ocupados em pequenas empresas acabam fadados à conformação de uma verdadeira “subclasse” de trabalhadores, relegados da proteção social integral prevista a outros empregados de médias e grandes empresas.

Vale aclarar que nessa reflexão sobre a igualdade entre trabalhadores ocupados em setores econômicos distintos não se discute as diferenças de condições materiais trabalhistas oferecidas pelos diferentes tipos de empregadores, tais como nível salarial, complementação previdenciária, assistência médica ou demais outras vantagens contratuais

³⁷⁸ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 455.

³⁷⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 235.

³⁸⁰ Acerca da explanação analítica do problema de pesquisa, vide o Capítulo 1 deste trabalho.

conquistadas via negociação setorizada – direitos estes naturalmente submetidos à lógica mercadológica da Economia do Trabalho³⁸¹, variáveis de acordo com a condição econômica do empregador. Ao contrário, está-se a falar de direitos básicos à delimitação de jornada e cômputo do efetivo tempo de serviço, do direito de oportunidade à aprendizagem profissional, do direito ao recebimento de valores salariais de férias, 13º salário, FGTS e verbas rescisórias a tempo e modo, tal como erigidos indistintamente no artigo 7º constitucional, que evidentemente se associam ao resguardo incondicional da pessoa do trabalhador independentemente das características do destinatário do trabalho.

O que se está aqui a destacar, pois, é a indevida segregação de direitos tutelares do trabalho humano, como se o fato de se trabalhar a um pequeno empregador diminuísse a condição empregatícia do obreiro. Nesse sentido, o que se está aqui a frisar é que, independentemente do tipo de destinatário dos serviços, a condição de hipossuficiência do empregado perante seu empregador imputa, invariavelmente, a necessidade de se impor limites contra a livre exploração do trabalho humano.

Ora, os empregados ocupados em pequenas empresas – até mesmo pela característica da alteridade³⁸² na conformação do vínculo empregatício – não têm sua proteção trabalhista associada à fragilidade concorrencial dos pequenos empreendimentos a quem prestem serviços. Tal como os empregados de médias e grandes empresas, e nesse sentido sem qualquer diferença, os trabalhadores em pequenas empresas submetem-se igualmente aos poderes do capital, em uma assimetria indistinta, carecendo, pois, da mesma proteção social mínima ordenada pela Constituição.

Não é outra a conclusão advinda da característica da *universalidade da titularidade* e do exercício dos direitos fundamentais, a partir da qual todas as pessoas em iguais condições são igualmente titulares da proteção social trabalhista, até porque esta tutela laboral advém da própria condição humana da pessoa protegida.³⁸³ Assim como o homem não pode se despir da sua condição de humano, não poderá, da mesma forma, ser excluído da

³⁸¹ Em apertada síntese, a Economia do Trabalho pode ser considerada como o ramo das ciências econômicas dedicado ao estudo da influência dos aspectos macroeconômicos no mercado de emprego, tal como a determinação dos salários e do número de postos de trabalho.

³⁸² A alteridade, erigida no artigo 2º da CLT como uma das características do vínculo empregatício, corresponde à cisão entre a natureza comercial do empreendimento e os serviços prestados pelo empregado, de forma que a este não devem ser direcionados os riscos da atividade empresarial. É embasada no fundamento de que, por ser o empregador quem se dispôs à empreitada comercial e sendo ele quem auferir os frutos do trabalho, deve ele suportar todos os riscos do empreendimento. BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 7ª ed. São Paulo: LTr, 2011.

³⁸³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11ª edição. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012. E-book. ISBN 978-85-7348-789-3. p. 189.

tutela dos direitos fundamentais – aí incluída a proteção social trabalhista. Portanto, pensar a questão de forma diferente, no sentido de se admitir uma ordem jurídica trabalhista diferenciada em pequenas empresas, vulnera até mesmo a base antropocêntrica dos direitos fundamentais trabalhistas.

Evidencia-se, daí, que o legislador infraconstitucional, ao argumento de conceder um tratamento diferenciado ao pequeno empregador, acabou por criar injustificadamente um tratamento anti-isonômico perante os direitos fundamentais trabalhistas. Assim, também por afronta aos postulados basilares da igualdade e da universalidade dos direitos fundamentais, tem-se que o legislador extrapolou as balizas constitucionais materiais do poder de conformação legal.

4.2. A valorização do trabalho humano diante dos interesses mercadológicos das pequenas empresas

Seguindo o propósito de revisitação do problema central de pesquisa deste trabalho, para além da referida teoria dos limites aplicada à restrição promovida pelo legislador nos direitos fundamentais trabalhistas dos empregados ocupados em pequenas empresas, convém darmos à análise também um viés axiológico, em que se explore o pano de fundo metanormativo da questão constitucional em comento.

É dizer, diante da pluralidade de racionalidades e interesses – quiçá ideologias – que envolvem a tão instigante relação entre, de um lado, a proteção ao trabalho humano e, de outro, a proteção às pequenas empresas, necessário que se examine o problema de pesquisa também por uma perspectiva político-moral.

Afinal, trata-se de um problema prático que, mais do que critérios teórico-metodológicos identificadores da proteção constitucional devida, demanda igualmente divagações morais para daí se extrair a profundidade de sua complexidade e sua importância social. É nesse sentir que seguirá a presente seção, com enfoque no exame do valor do trabalho humano diante da ordem econômica e dos interesses mercadológicos que a envolvem.

Para a análise do problema constitucional por esse viés, antes faremos uma breve referência sistematizada ao trabalho humano como valor central da ordem constitucional e até mesmo das normas internacionais aplicáveis à questão. A partir daí, teremos acumulado maior

reflexão valorativa do tema para podermos analisá-lo à luz a jusfilosofia moral, quando nos valeremos da teoria de Ronald Dworkin.

4.2.1. *A predileção constitucional pelo trabalho humano*

“A noção de que o valor central das sociedades é a pessoa humana, em sua singeleza e independentemente de sua riqueza ou status social, é um dos avanços jurídicos mais notáveis na história juspolítica da humanidade”³⁸⁴. Essa frase, credenciada a Maurício Godinho Delgado, entoa com propriedade a ideia de centralidade da ordem jurídica, política e social no ser humano, ao que podemos chamar de lógica antropocêntrica³⁸⁵ que permeia as constituições democráticas, notadamente a Constituição brasileira.

Há muito a preocupação com a tutela ao trabalho humano, diante das possíveis afrontas advindas da atividade econômica, estampa a ordem constitucional nacional. Contudo, essa tutela dava-se de forma circunscrita ao domínio econômico, a evidenciar o contexto mercantil em que o Direito do Trabalho era enxergado até o século XX.

Ainda na Constituição de 1946 – a primeira a mencionar o tema da dignidade humana –, o título que tratava da Ordem Econômica e Social iniciava-se asseverando em seu artigo 145 que “A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano”. E, em seu parágrafo único, referido dispositivo citava a cautela com o trabalho humano digno, registrando “A todos é assegurado trabalho que possibilite existência digna”³⁸⁶ (...).³⁸⁷

³⁸⁴ DELGADO, Maurício Godinho. Direitos Fundamentais na relação de trabalho. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, nº 2, p. 11–40. 2007. p. 23. Disponível em <<http://www.fdv.br/sisbib/index.php/direitosegarantias/issue/archive>>. Acesso em 07/07/2016.

³⁸⁵ Com o fim de dar os devidos créditos à autoria da expressão, vale repisar que a expressão “lógica antropocêntrica da constituição” utilizada inclusive no título da presente seção foi inspirada na expressão “Vocação antropocêntrica da Constituição da República”, utilizada pelo Ministro Luis Felipe Salomão no julgamento do caso *Chacina da Candelária* no âmbito do Superior Tribunal de Justiça – STJ. Na ocasião, foi decidido, por unanimidade, a prevalência do *direito ao esquecimento* (direito da personalidade de um dos envolvidos de não ter seu nome vinculado ao crime noticiado em rede nacional) em detrimento da *liberdade de imprensa* (interesse público de divulgação midiática do caso), sendo registrado como fundamento da decisão o fato de os diversos dispositivos constitucionais tutelares da intimidade, honra, imagem e demais valores da pessoa e da família evidenciarem uma predileção constitucional para soluções protetivas da pessoa humana. Concluiu-se que “a despeito de a informação livre de censura ter sido inserida no seletor grupo dos direitos fundamentais (art. 5º, inciso IX), a Constituição Federal mostrou sua *vocação antropocêntrica* no momento em que gravou, já na porta de entrada (art. 1º, inciso III), a dignidade da pessoa humana como - mais que um direito - um fundamento da República, uma lente pela qual devem ser interpretados os demais direitos posteriormente reconhecidos”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.334.097-RJ (2012/0144910-7). Min. Rel. Luis Felipe Salomão, julgado em 28/05/13, publicado DJe em 10/09/2013. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em 06/07/2016.

³⁸⁶ De acordo com Maurício Godinho Delgado, a Constituição de 1946 foi a primeira a mencionar o tema da dignidade, atrelando-a ao trabalho humano. Antes não existiu qualquer referência à dignidade no plano normativo constitucional. DELGADO, Maurício Godinho. Direitos Fundamentais na relação de trabalho. *Revista*

As Constituições autocráticas de 1967 e 1969 – sendo esta fruto de nova redação dada pela Emenda Constitucional n.º 1 àquela – igualmente tratavam do resguardo ao trabalho humano apenas no contexto da Ordem Econômica, estabelecendo no Título III (artigo 157) que “A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: I - liberdade de iniciativa; II - valorização do trabalho como condição da dignidade humana; III - função social da propriedade; (...)”.³⁸⁸

Já a Constituição da República de 1988 inova na tradição constitucional nacional. Surgida de um processo de redemocratização, em que se renovavam as esperanças pelo incremento e principalmente pela efetividade dos direitos civis, políticos e sociais emergentes, a ambiciosa e compromissária Constituição brasileira de 1998 passava a exaltar a preocupação especial com a tutela do ser humano para além do Capítulo da Ordem Econômica.

Ao alçar o princípio da dignidade da pessoa humana ao núcleo do ordenamento nacional, como fator determinante da fundamentalidade material do sistema jurídico constitucional, a Constituição Cidadã ostenta os valores do trabalho humano já no Título dos Princípios Fundamentais (artigo 1º, IV), como fundamento da República, e, mais à frente, no Título dos Direitos e Garantias Fundamentais (artigo 7º), mantido, ainda, a histórica referência ao valor do trabalho humano no Título Da Ordem Econômica e Financeira (artigo 170) e Da Ordem Social (artigo 193).

Essa ênfase na preocupação com o trabalho humano digno na Constituição de 1988, que inclusive torna indene de dúvida o reconhecimento dos direitos trabalhistas como direitos fundamentais³⁸⁹ universais e indisponíveis, denota, pois, a indisfarçável intenção constitucional de exaltação da *dimensão pública* do Direito do Trabalho para além do mero resguardo restrito ao contexto da ordem mercantil.

Por dimensão pública do Direito do Trabalho entenda-se a esfera que tem como finalidade a garantia de tutela ao trabalho humano digno, que ultrapassa a esfera de interesses pessoais e direitos patrimoniais regidos pela dinâmica mercadológica. Trata-se da dimensão de proteção da pessoa humana, que, por gozar da proteção dos direitos fundamentais trabalhistas, evidentemente não pode se submeter às regras de transação, dinamicidade e

de *Direitos e Garantias Fundamentais*, nº 2, p. 11-40. 2007. p. 15-16. Disponível em <<http://www.fdv.br/sisbib/index.php/direitosegarantias/issue/archive>>. Acesso em 21/06/2016.

³⁸⁷ BRASIL. Constituição (1946). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em 21/06/2016.

³⁸⁸ BRASIL. Constituição (1967). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em 21/06/2016.

³⁸⁹ Acerca da “nota da fundamentalidade” dos direitos trabalhistas, vide o item 3.3 do Capítulo 3.

fungibilidade do mercado. Refere-se, enfim, à extirpação definitiva da ideia de que a força de produção humana seja tratada como mera mercadoria.³⁹⁰

A partir desse contexto de conotação publicista da tutela do trabalho humano, aparenta-nos não mais existir terreno constitucional para discussões e soluções legislativas que buscam submeter o Direito do Trabalho a interesses patrimonialistas de empregadores – tal como se observa atualmente com as insistentes propostas de flexibilização e desregulamentação trabalhista diante do contexto de crise econômica nacional.

De forma mais concreta, observado o recorte temático deste trabalho, diante do atrito constitucional entre o tratamento favorecido às pequenas empresas e a proteção social dos respectivos trabalhadores, descortina-se uma solução mais simples e direta à celeuma: a evidenciada predileção constitucional pela tutela do trabalhador frente às vicissitudes enfrentadas pelos pequenos empreendimentos no ambiente mercantil.

É dizer, o reconhecimento de que o Direito do Trabalho apresenta-se imune ao mister legislativo de concretização do tratamento favorecido às pequenas empresas significa, em termos concretos, dar concretude e efetividade ao ordenamento jurídico constitucional que, entre o afago aos interesses patrimonialistas dos pequenos empresários e a tutela do trabalho humano como questão de ordem pública, fez evidente opção pela segunda.

Não se quer dizer com isso que as pequenas empresas não tenham importância social com resvala no interesse público. A importância socioeconômica do segmento para o país é notória, conforme desenvolvido no Capítulo 1 acima. Entretanto, o que se quer aclarar é a prevalência da proteção social trabalhista por ser esta vinculada à proteção do ser humano trabalhador, em seu aspecto pessoal, cujas condições de realização material e afirmação social estão amparadas por direitos fundamentais trabalhistas acobertados na atual ordem constitucional democrática contra relativizações decorrentes de interesses mercantis.

4.2.2. *O valor trabalho inserido na própria Ordem Econômica instituída*

Para além da evidenciada predileção constitucional pela tutela do trabalhador diante da análise sistemática do contexto constitucional, a valorização do trabalho humano

³⁹⁰SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da. Direitos Fundamentais, garantismo e direito do trabalho. *Revista do TST*, Brasília, vol. 77, n.º 3, p. 274-292, jul/set, 2011. Embora aplicado originalmente por Luigi Ferrajoli no âmbito do Direito Penal, o *garantismo*, como teoria geral do direito, é passível de aplicação a todo campo de direitos fundamentais, conforme assevera o próprio jurista italiano. No citado texto, a autora realiza um diálogo com a teoria de Ferrajoli, mais especificamente seu paradigma de garantismo social – designado como conjunto de garantias dirigidas à satisfação dos direitos fundamentais sociais. Para compor o argumento contra a desregulamentação dos direitos trabalhistas no atual contexto socioeconômico, a autora destaca no direito do trabalho o seu viés publicista, capaz de protegê-lo contra a lógica privada do mercado.

igualmente exsurge inclusive quando realizado um exame constitucional particularizado do Título VII – Da Ordem Econômica e Financeira.

Com efeito, a Ordem Econômica, entendida como conjunto de normas constitucionais dirigidas à conformação da atividade econômica a determinados fins políticos-sociais do Estado³⁹¹, evidencia em seu próprio conceito, consonante com o Estado Social e Democrático de Direito em que nos encontramos, o intuito de harmonização de interesses mercantis privados e interesses sociais.

Nesse sentido, diz o artigo 170 da Lei Maior:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Determina o *caput* do artigo 170 da Constituição, portanto, que a Ordem Econômica brasileira terá como fundamentos primeiramente a “valorização do trabalho humano”, seguido da “livre iniciativa”, com o objetivo de “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”. Embora as diretrizes da valorização do trabalho humano e da livre iniciativa se mostrem em uma primeira análise ambivalentes, estabelecem, pois, a necessidade de uma correlação pacífica entre interesses patrimonialistas e a realização de fins sociais.

Problema maior desponta quando perquirido o modo como os interesses econômicos e sociais, muitas vezes antagônicos, serão compatibilizados na tarefa estatal de materialização dessas diretrizes.

De acordo com as destacadas lições de José Afonso da Silva, a valorização do trabalho humano inserida na Ordem Econômica privatística, seguida ainda dos objetivos de

³⁹¹ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição Federal de 1988*. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p.70.

asseguramento da existência digna e consonância com a justiça social, denotam, primeiramente, o fato de a Constituição consagrar uma economia de mercado de natureza capitalista. Mas, mais que isso, denotam que, “embora de natureza capitalista, a Ordem Econômica dá *prioridade* aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado”.³⁹²

No mesmo sentido é a análise de Eros Grau, para quem a destacada ênfase da Constituição às afirmações principiológicas de exaltação do trabalho humano, asseguramento da existência digna e atenção à justiça social em meio à conformação da Ordem Econômica privatística “importa conferir ao trabalho e seus agentes (os trabalhadores) tratamento peculiar”, sobressalente.³⁹³

Assim, quando observada a explicitação da Ordem Econômica à valorização do trabalho humano, associada ao objetivo da “existência digna, conforme os ditames da justiça social” como norteadores das relações econômicas, nota-se que a Constituição de 1988 foi incisiva em dar a essas diretrizes um conteúdo de *humanização das relações* capitalistas. E essa humanização, por sua vez, é o que deverá se amalgamar aos princípios lá elencados em seguida, inclusive ao “IX- tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte (...)”.

Atento à evidenciada prevalência constitucional do trabalho humano na conformação da Ordem Econômica, o artigo 179 da Constituição, ao especificar o tratamento favorecido às pequenas empresas, dispôs que:

Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas **obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias**, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei (grifos nosso).³⁹⁴

Note-se, daí, que, em coerência com a diretriz de valorização e predileção do labor humano no contexto capitalista, a explicitação constitucional do tratamento favorecido ora alguma previu a materialização do tratamento diferido às pequenas empresas na seara dos direitos trabalhistas. Ao contrário, estipulou nominalmente que referido favorecimento dar-se-

³⁹² Ainda prossegue o autor: “Conquanto se trate de declaração de princípio, essa prioridade tem o sentido de orientar a intervenção do Estado, na economia, a fim de fazer valer os valores sociais do trabalho que, ao lado da iniciativa privada, constituem o fundamento não só da ordem econômica, mas da própria República Federativa do Brasil (art. 1º, IV)”. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 788.

³⁹³ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição Federal de 1988*. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 196-197.

³⁹⁴ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 22/06/2016.

ia nas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, passando ao largo de relativizar a integralidade da tutela trabalhista à mão de obra alocada no segmento.

Diante do exposto, observadas as diretrizes constitucionais atinentes à Ordem Econômica, seja pelos fundamentos veiculados em seu artigo 170, seja pela evidenciação extraída do específico artigo 179 quanto aos meios de tratamento diferenciado, tem-se a revelação do cuidado constitucional com a integralidade da proteção do trabalho humano, a expungir qualquer intuito legislativo de favorecimento econômico às pequenas empresas à custa da vulneração social dos empregados do setor.

4.2.3. *A valorização do trabalho humano exaltada inclusive no âmbito da OIT*

Em ampliação a nosso espectro de análise da questão constitucional em comento, é possível notar a evidenciada predileção pelo trabalho humano diante dos interesses mercantis das pequenas empresas até mesmo nas diretrizes internacionais de proteção ao trabalho.

A propósito, convém trazermos a exame a Recomendação 189 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, uma recomendação do órgão trabalhista internacional³⁹⁵, a qual visa à promoção do desenvolvimento de pequenos estabelecimentos e à consequente criação de empregos no setor.

Diz o §5º da Recomendação n.º 189 da OIT:

A fin de crear un entorno favorable al crecimiento y desarrollo de las pequeñas y medianas empresas, los Miembros deberían: (a) adoptar y poner en práctica políticas fiscales, monetarias y de empleo adaptadas a la promoción de un entorno económico óptimo (en particular, respecto de la inflación, los tipos de interés y de cambio, los impuestos, el empleo y la estabilidad social); (b) establecer y aplicar disposiciones jurídicas apropiadas, en particular con respecto al derecho de propiedad, con inclusión de la propiedad intelectual, la localización de las empresas, la ejecución de contratos, y la competencia leal, así como una legislación social y laboral adecuada; (c) hacer más atractiva la condición empresarial, evitando las medidas normativas y jurídicas que perjudiquen a quienes desean llegar a ser empresarios.

³⁹⁵ Rememore-se que a OIT dispõe suas normas internacionais em dois instrumentos jurídicos principais: as Convenções e as recomendações aprovadas pela Assembleia Geral por maioria qualificada (dois terços). As Convenções possuem natureza jurídica de tratado internacional e são obrigatórias após a sua ratificação pelos Estados membro. As Recomendações, por sua vez, são normas indicativas que, apesar de não constituírem uma forma de tratado internacional, esclarecem e norteiam como fontes materiais as medidas legislativas de tutela trabalhista dos países membro. Disponível em < www.ilo.org >. Acesso em 10/12/2016.

E, em complemento ao §5º, o sucessivo §6º da Recomendação n.º 189 assenta (grifo nosso):

Las medidas a que se hace referencia en el párrafo 5 deberían complementarse con políticas que promuevan la creación de pequeñas y medianas empresas eficientes y competitivas, capaces de ofrecer posibilidades de empleo productivo y duradero en condiciones sociales adecuadas. Con este fin, los Miembros deberían prever la adopción de políticas encaminadas a (1) crear condiciones que: (a) aseguren a todas las empresas, de cualquier tipo o tamaño: (i) la igualdad de oportunidades en esferas tales como el acceso al crédito, a las divisas y a insumos de importación, y (ii) un régimen tributario equitativo; (b) garanticen la *aplicación no discriminatoria de la legislación del trabajo con el fin de elevar la calidad del empleo en las pequeñas y medianas empresas*; (c) promuevan la aplicación por las pequeñas y medianas empresas de las normas internacionales del trabajo relativas al trabajo infantil;³⁹⁶

Tem-se, portanto, que na mesma senda do retrocitado artigo 179 da Constituição de República, a Recomendação 189 da OIT igualmente busca promover o necessário tratamento jurídico favorecido às pequenas empresas, dirigindo essas benevolências, contudo, a outras searas (tributária, administrativa, creditícia, comércio internacional) que não o âmbito trabalhista. É dizer, também no âmbito das recomendações internacionais resulta evidenciado a necessidade do favorecimento econômico às pequenas empresas para a sobrevivência no acirrado mercado concorrencial, mas ora alguma se cogitou em direcionar esse favorecimento em detrimento da proteção social trabalhista dos empregados ocupados no segmento.

Muito pelo contrário, referida recomendação internacional registra em seu §6º a necessidade de que tais medidas de benevolências econômicas a serem implementadas pelos Estados resguardem o fim de manutenção do “emprego produtivo e perene, em condições sociais adequadas”, com destaque para a “garantia à aplicação não discriminatória da legislação trabalhista”, ressalvas essas que denotam, pois, a predileção das normas internacionais pelo trabalho humano diante dos percalços mercadológicas das pequenas empresas.

Dito de outra forma, também no âmbito internacional se reconhece – e aqui ora alguma se quis negar – a necessidade de fomento às pequenas empresas, haja vista sua inegável importância socioeconômica, relacionada à oferta de emprego, ao desenvolvimento econômico de pequenas comunidades, à promoção do primeiro emprego para jovens ingressantes no mercado de trabalho e outros grupos marginalizados – como se observa do

³⁹⁶ Disponível em < <http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12010:0::NO::>>. Acesso em 10/12/2016.

preâmbulo³⁹⁷ da Recomendação. Entretanto, se reconhece, acima disso, a prevalência dos ideais de valorização do trabalho humano, a “salvaguarda dos interesses dos trabalhadores de tais empresas”³⁹⁸, a ponto de não se cogitar em gerar tratamento favorecido a partir de mitigação da tutela trabalhista no setor.

4.2.4. *O trabalho humano diante dos interesses mercadológicos: análise da questão pela perspectiva político-moral*

Ao nos propormos a uma análise do problema de pesquisa a partir de um plano constitucional mais abstrato, axiológico, em que se observam de forma mais ampla um entremear de valores circundantes derivados do ideal de vida no atual estágio social, e sendo certo uma Constituição repleta de valores substanciais, diretrizes amplas, abertas, plurais, temos a essa altura como relevante e necessária a análise do problema constitucional em comento por meio de uma *leitura moral*.

Para essa tarefa a que nos propomos por ora, propositalmente deixada ao final desta dissertação diante da profundidade que a abordagem da temática inspira e em razão do acúmulo de reflexões em diversas perspectivas ao longo do trabalho, iremos nos valer das

³⁹⁷ “La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo: Convocada en Ginebra por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, y congregada en dicha ciudad el 2 de junio de 1998, en su octogésima sexta reunión; Reconociendo la necesidad de buscar el bienestar económico, social y espiritual y el desarrollo de las personas, las familias, las comunidades y las naciones; Consciente de la importancia que reviste la creación de empleos en las pequeñas y medianas empresas; Recordando la resolución sobre el fomento de las pequeñas y medianas empresas, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su 72.ª reunión (1986), así como las conclusiones que figuran en la resolución sobre políticas de empleo en una economía mundializada, adoptada por la Conferencia en su 83.ª reunión (1996); Tomando nota de que las pequeñas y medianas empresas, como factor esencial del crecimiento y del desarrollo económicos, proveen cada vez más la mayoría de los puestos de trabajo creados a escala mundial y pueden ayudar a crear un entorno propicio para la innovación y el espíritu empresarial; Comprendiendo el valor especial que revisten los empleos productivos, duraderos y de calidad; Reconociendo que las pequeñas y medianas empresas ofrecen a las mujeres y a otros grupos habitualmente desfavorecidos la posibilidad de acceder en mejores condiciones a empleos productivos, duraderos y de calidad;” (...) adopta, con fecha diecisiete de junio de mil novecientos noventa y ocho, la siguiente Recomendación, que podrá ser citada como la Recomendación sobre la creación de empleos en las pequeñas y medianas empresas, 1998.

³⁹⁸ Diz o §3º da Recomendação 189, em suas disposições gerais iniciais: “Con el objeto de potenciar el papel fundamental de las pequeñas y medianas empresas a que se refiere el párrafo 2 [pequenas empresas], los Miembros deberían adoptar medidas y mecanismos de aplicación apropiados para salvaguardar los intereses de los trabajadores de tales empresas, proporcionándoles la protección básica brindada por otros instrumentos pertinentes.”

preciosas lições jusfilosóficas de *Ronald Dworkin*, quem defende de forma abertamente enfática a leitura moral da Constituição.³⁹⁹

Em diversos de seus escritos, Dworkin deixa claro que, principalmente no âmbito constitucional, não há como fugir da uma leitura política e moral quando se pensa o direito, seja na fase de construção normativa, seja de aplicação. Até mesmo diante da linguagem intensamente abstrata e aberta dos direitos fundamentais, mostra-se inevitável a articulação de interpretações constitucionais por meio de argumentos político-morais.

Oportuno destacar, desde já, que a abordagem do problema de pesquisa pela teoria de Ronald Dworkin, diferentemente daquela embasada na teoria dos limites dos direitos fundamentais em Alexy e Canotilho (vide tópico 4.1 acima), não identifica colisão de princípios fundamentais do qual demande critérios teóricos metodológicos para enfrentamento da questão constitucional. Diferentemente, a argumentação a partir do referencial teórico de Dworkin consiste na análise axiológica e conjugada de princípios jurídicos e políticos do direito na busca por uma resposta justa, equânime e, portanto, correta para o caso concreto em análise.

Para esse mister, neste subtópico serão explorados alguns vieses da teoria dworkiniana para o enfrentamento do problema de pesquisa descrito no capítulo 1 desta dissertação. Primeiramente, a reafirmação da imperiosidade da leitura moral do sistema constitucional, que evidencia os casos difíceis como problemas político-morais, calcados em opções valorativas não neutras e, conseqüentemente, a concepção dos direitos como conceitos interpretativos, que encontram no compromisso de coerência (integridade) seu norte de justiça. No segundo momento, a abordagem explorará o axioma dworkiniano em que se desenvolve sua teoria: o dever de tratar o próximo com igual respeito e consideração, utilizando a concepção de igualdade aplicada ao enfoque da tutela trabalhista de empregados ocupados em pequenas empresas quando comparado à tutela trabalhista dos demais setores econômicos.

4.2.4.1. A valorização do trabalho humano como uma interpretação moralmente coerente

³⁹⁹ Em sua proposta jusfilosófica, para Dworkin o direito é descrito não como algo apartado e paralelo com moral, mas sim como um ramo da moralidade. Diz o autor acerca da concepção moral do direito: “Assim, as diversas correntes de abordagem profissional da teoria do direito fracassaram pela mesma razão subjacente. Elas ignoraram o fato crucial de que os problemas de teoria do direito são, no fundo, problemas relativos a princípios morais e não a estratégias ou fatos jurídicos”. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2 ed. Tradução Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 12

Como referido, a teoria de Dworkin parte da inevitabilidade da leitura moral da Constituição. Opondo-se à concepção positivista-procedimental do direito⁴⁰⁰, que enxerga o sistema jurídico de modo, formal, avalorativo, hierarquizado, em que as regras são validadas a partir de sua derivação de regras de reconhecimento superiores, Dworkin entende, diferentemente, que o operador do direito estaria adstrito a princípios⁴⁰¹, conformadores de uma rede harmônica a partir do qual o operador do direito exerce sua atividade interpretativa, de modo a se por em prática um valor moral⁴⁰².

Segundo Dworkin, a atividade interpretativa deve possuir um poder de explicação geral, elucidando o aspecto estrutural do que já fora produzido e aplicado. Nessa atividade, após o levantamento de algumas leituras possíveis (adequação), o intérprete elegerá a que melhor se ajusta ao conjunto da obra em desenvolvimento (justificação) e que torne o conjunto mais coerente.

Para compreensão dessas fases da interpretação construtiva, Dworkin sugere antes o exemplo simplificado de uma comunidade fictícia que cultiva regras próprias de cortesia, traduzido na demonstração de respeito a determinado grupo (retirar o chapéu). Primeiramente, ao adentrar no grupo, o indivíduo tem uma atitude mecânica de repetição em relação às formas de deferência, por perceber que elas possuem um sentido social. Em seguida, cada “intérprete” passa a questionar formas de demonstração de respeito (adequação), eventualmente negando a tradição e adotando outras, por acreditar que respeito é mais bem representado de forma diferente (justificação). Pode inclusive passar a agir e a defender que o respeito deve ser demonstrado a outro grupo que não aquele inicial, alterando com isso os

⁴⁰⁰ Vide subtópico 2.1 deste trabalho

⁴⁰¹ Como já referido no item 2.2.2 deste trabalho, repise uma das principais contribuições de Dworkin cingir-se à noção de princípios como normas vinculativas e coercitivas no ordenamento jurídico. Segundo o autor, em uma comunidade de princípios (políticos e jurídicos), o sistema jurídico não é encarado da mesma forma como ocorre em uma comunidade baseada em códigos. Em busca de um significado mais profundo além daquele expresso no texto da lei, a comunidade de princípios trata o ordenamento jurídico como uma decorrência do compromisso da comunidade com o esquema precedente da moral política. DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2ª ed. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

⁴⁰² Dworkin, tratando da interpretação, apoia-se em Hans-Georg Gadamer para ressaltar que o hermenêuta é coagido ao respeito pela tradição interpretativa. Diz que a atitude interpretativa que não se limita a descrição da norma, mas também e principalmente à proposição construtiva coerente, destinada e ao mesmo tempo atenta a práticas sociais. Compreende três etapas: a *pré-interpretativa*, em que são identificados as regras e os padrões normativos observados na prática; a etapa *interpretativa* propriamente dita, na qual se elabora uma justificativa geral para as práticas identificadas; e a etapa *pós-interpretativa*, na qual o intérprete ajusta sua ideia daquilo que a prática realmente requer para melhor servir à justificativa por ele aceita na etapa interpretativa. Nessa atitude interpretativa, frise-se, o intérprete não age livremente de acordo com suas concepções e valores próprios, mas sim de forma argumentativa e coerente com a prática anterior, tendente a uma construção contextualizada. DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 81 e ss.

fundamentos do respeito. Assim, a atitude interpretativa dá nova forma à prática, dinamizando-a.⁴⁰³

Ainda segundo o autor, essa interpretação construtiva representa uma interação entre propósito e objeto, entre valor e conteúdo. O hermeneuta busca mostrar o objeto como o melhor exemplo possível do gênero e valores que ele crê sejam os coerentes à comunidade. A interpretação assume formas diferentes em diferentes contextos, a depender dos critérios de valor empregados.

Em busca desse *compromisso de coerência*⁴⁰⁴, a atitude interpretativa construtiva a partir de uma leitura moral, apesar da fluidez dos princípios e valores e da característica aberta dos direitos fundamentais, não deve ser tomada como atitude livre, em absoluta discricionariedade. Ao contrário, o intérprete encontra-se constrangido pela história e pela forma da prática social, de modo a encontrar a solução jurídica que melhor se amolda ao contexto em que está inserido.⁴⁰⁵

Transportando esse modelo de prática social para o direito, na concepção dworkiniana o intérprete operador do direito – inclusive o legislador, mormente no sistema jurídico *civil law* como o brasileiro – deve considerar o sistema jurídico-constitucional em integridade, como uma trama coerente de princípios. Propõe-nos a jusfilosofia de Dworkin que o direito, tanto no âmbito legislativo quanto no âmbito jurisdicional⁴⁰⁶, deve ter como um norte um ordenamento jurídico íntegro, no qual suas deliberações guardam relação de coerência com práticas políticas, jurídicas e sociais anteriores, com os critérios de valores exaltados, de modo contextualizado.⁴⁰⁷

⁴⁰³ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 56-65.

⁴⁰⁴ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 93.

⁴⁰⁵ A essa altura do pensamento de Dworkin, que vê a história e a prática jurisprudencial passada como referência interpretativa do direito, é possível observar a influência do sistema jurídico consuetudinário norte-americano (*common law*), em que os precedentes judiciais possuem elevada importância, sendo vinculantes a novos casos estreitamente similares aos anteriores.

⁴⁰⁶ Diz Dworkin que a integridade possui dois princípios políticos: “um princípio legislativo, que pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente, e um princípio jurisdicional, que demanda que a lei, tanto quanto possível, seja vista como coerente nesse sentido.” DWORKIN, Ronald. Integridade. In: _____. *O império do direito*. Tradução Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 213.

⁴⁰⁷ Nas palavras do jusfilósofo, os operadores do direito “que admitam o ideal interpretativo da integridade decidem casos difíceis tentando encontrar, em um conjunto de princípios sobre direito e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade”. E, apesar da inevitabilidade de se partir de diferentes concepções políticas pessoais, “quem quer que aceite o direito como integridade deve admitir que a verdadeira história política de sua comunidade irá as vezes restringir suas

E esse cuidado de coerência com a prática e com o ideal de justiça e equidade vigente, que faria o Estado ter uma só voz em relação aos direitos dos seus cidadãos, se justificaria pela teoria de Dworkin não apenas por proteger contra parcialidade, oferecer previsibilidade e segurança à sociedade. Mais que isso, se justificaria também, e principalmente, “por assegurarem, entre os cidadãos, um tipo de *igualdade* que torna sua comunidade mais genuína e aperfeiçoa sua *justificativa moral* para exercer o poder político que exerce”.⁴⁰⁸

É dizer, o compromisso do intérprete de coerência com a moralidade política se fundamenta pela necessidade de manutenção de expectativas, fator gerador de estabilidade e, conseqüentemente, de equidade com as situações políticas vividas e construídas pela comunidade política. E isso para que o direito não tenha um desprezioso princípio e fim em si mesmo, como o modelo convencionalista⁴⁰⁹, ou um descompromisso com a estabilidade, como o modelo pragmatista⁴¹⁰, mas sim para que corresponda aos mais profundos ideais morais da comunidade a que se dirige.

Diante de algumas das reflexões de Dworkin sumarizadas acima, que aqui não pretendemos aprofundar em razão dos limites desse trabalho, cabe-nos a revisitação ao problema de pesquisa para extrairmos reflexões e propostas contributivas ao tema.

Repise-se, por oportuno, que a utilização do referencial teórico referente à leitura moral do problema constitucional, em que se contrapõem concepções políticas opostas, não enxerga o problema de pesquisa como um atrito entre diretrizes constitucionais – tal como o faz a teoria dos limites às restrições constitucionais explorada no início deste capítulo –, mas sim como a identificação hermenêutica da conclusão coerente com os princípios e a moralidade comunitária e constitucional.

No caso específico do problema de pesquisa, que envolve de um lado a necessidade do tratamento favorecido às pequenas empresas e, de outro, a necessidade de

convicções políticas em seu juízo interpretativo geral”. DWORKIN, Ronald. Integridade no Direito. In: _____. *O império do direito*. Tradução Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 305.

⁴⁰⁸ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 120.

⁴⁰⁹ Para o modelo convencionalista de interpretação, o direito é reduzido a convenções políticas do passado, sem preocupação com o que deveria ser, cabendo ao aplicador do direito, nesse modelo, a simples tarefa de descobrir e aplicar o direito convencional, sem procurar modificá-lo de acordo a moralidade vigente. DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 141-184.

⁴¹⁰ O pragmatismo é uma concepção cética do direito que, apesar de não rejeitar as pretensões morais e políticas, personaliza a interpretação, com atenção ao futuro. Entende que o operador do direito deve seguir qualquer método que produza aquilo que acredita pessoalmente ser a melhor comunidade futura. DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 185-212.

manutenção da proteção social dos trabalhadores do setor, problema este que envolve a conflituosa relação entre capital e trabalho, a divergência interpretativa não estaria na assente necessidade de proteção de ambas as partes. A divergência se localiza sim no modo como efetivar essa proteção necessária, onde estariam por trás os critérios valorativos que se entende coerentes com o contexto constitucional protetivo.

De um lado temos aqueles intérpretes que, a partir de uma racionalidade economicista, pautada na necessidade de promoção da atividade econômica, defendem que o tratamento favorecido pode e deve se dar de forma ampla, em qualquer aspecto, inclusive no âmbito trabalhista, a fim de se gerar menores custos e melhores condições concorrenciais às pequenas empresas para se manterem vivas no mercado. De outra banda há aqueles que entendem que a proteção social trabalhista estaria imune a flexibilizações dessa ordem, por estar imbricada à tutela do trabalho humano digno, sob pena inclusive de se consolidar e se intensificar a precarização das condições laborais no setor.

Está em disputa, portanto, o significado próprio das normas e valores constitucionais. A posição defendida – se a lógica mercadológica e utilitarista de redução de custos para maximização da atividade econômica, ou a lógica de tutela do trabalho humano imune aos interesses mercantis – é resultado de uma visão geral do direito e dos valores que o circundam. Trata-se, portanto, de uma interpretação crítica, não neutra, que se revela por detrás da sustentação argumentativa da posição defendida.

E, diante do foi dito nos tópicos 4.2.1 e 4.2.2 acima, em especial a evidenciada predileção constitucional pela exaltação da dimensão pública da tutela trabalhista, reveladora da centralidade da ordem jurídica, política e social no ser humano para além dos interesses patrimonialistas mercantis, tem-se que a valorização do trabalho humano situa-se há muito como referência do sistema jurídico nacional, sendo pouco defensável que situações circunstanciais de crise econômica ou de debilidade mercantil justifiquem a mitigação da proteção da tutela trabalhista.

Dito de forma mais concreta e adstrita ao problema que permeou toda essa dissertação, o legislador, ao optar por instrumentalizar a diretriz do favorecimento às pequenas empresas (artigo 170, IX, da Constituição) por meio da mitigação dos direitos dos trabalhadores nelas investidos, quando seria possível concretizar tal benesse em outras searas administrativas e tributárias, exaltou os interesses mercantis em detrimento da efetividade dos direitos fundamentais sociais trabalhistas.

O legislador, ao concretizar o tratamento favorecido a partir da flexibilização da proteção trabalhista do setor, agiu, pois, de forma *incoerente* em relação a toda a proposta jusfundamental havida, já que desconsiderou a dignidade humana e o valor do trabalho humano como referência moral do ordenamento jurídico constitucional.

Deixou-se de conceber a tutela justralhista como um instrumento de emancipação e promoção da inclusão social, de garantia de autonomia e igualdade social, tratando o tema unicamente pelo prisma economicista, pela lógica unidimensional da eficiência de mercado.

Evidenciou-se uma cultura jurídica dominante individualista e patrimonialista, em que o direito de propriedade se destaca acima do direito da comunidade marginalizada, assolada pelo mercado. Evidenciou-se a pauta da agenda político-legislativa atual, fortemente economicizada, que, em uma imposição da *ideologia*⁴¹¹ neoliberal, sobrepõe a esfera do capital sobre todas as demais esferas de justiça – inclusive a justiça social.⁴¹²

Mesmo diante de um terreno constitucional fértil em valores derivados do ideal humanístico, optou-se por pôr em prevalência uma convicção de índole patrimonialista, o que guarda pouca ou nenhuma coerência com o que vem sendo plantado (conquistas trabalhistas) a duras custas de luta social na história nacional nas últimas décadas e, conseqüentemente, com o que o legislador constituinte abertamente fez questão de exaltar na Constituição de 1988.

4.2.4.2. A tutela ao trabalho humano como uma questão de *igualdade*

Repise-se, por oportuno, que Dworkin justifica sua teoria do Direito como integridade não apenas em razão do compromisso de coerência oferecer à sociedade previsibilidade e segurança, mas principalmente “por assegurar, entre os cidadãos, um tipo de

⁴¹¹ Consoante lições de Marilena Chauí, ideologia é uma ilusão, necessária à dominação política, que traz o conhecimento de uma realidade “como algo dado, feito e acabado que apenas classificamos, ordenamos e sistematizamos, sem nunca indagar como tal realidade foi concretamente produzida”. A imposição ideológica afasta a análise crítica; impõe como “verdades” a visão invertida do real, fazendo também com que a sociedade creia que essas ideias são autônomas, como realidades autônomas que não foram feitas por ninguém. Nesse sentido, a ideologia transforma as ideias e aspirações das classes dominantes em ideias dominantes para a sociedade como um todo, “de modo que a classe que domina no plano material (econômico, social e político) também domina no plano espiritual (das ideias)”. CHAUI, Marilena. *O que é ideologia*. 2ª ed. São Paulo: editora Brasiliense, 2001.

⁴¹² FARIA, José Eduardo. Direitos sociais e Justiça. In: ORTIZ, Maria Elena Rodrigues (org.). *Justiça social: uma questão de direito*. Rio de Janeiro: DP&A editora. 2004. p. 118.

igualdade que torna sua comunidade mais genuína e aperfeiçoa sua *justificativa moral* para exercer o poder político que exerce”.⁴¹³

É acerca do conteúdo dessa *igualdade* – sustentáculo substantivo da teoria dworkiniana e da sua concepção do liberalismo igualitário –, bem como dos seus reflexos ao problema de pesquisa, que nos debruçaremos por derradeiro.

Quando trata da moralidade substantiva e do conceito mais amplo de justiça, Dworkin destaca aqueles que considera como os dois princípios fundantes da legitimidade de qualquer governo: o igual cuidado, consideração (*equal concern*) e a responsabilidade especial (*special responsibility*) que o Estado que se diz justo deve dispensar a seus cidadãos.⁴¹⁴

O primeiro, princípio do igual cuidado, demanda que o governo adote políticas públicas e leis que garantam que o destino dos cidadãos não dependa de circunstâncias pessoais, como raça, sexo, condição financeira, ou, observado o problema de pesquisa, a empresa e o setor em que trabalha. O segundo, princípio da responsabilidade especial, exige que o governo se empenhe em corresponder o destino dos cidadãos às convicções que possuam, às suas esperanças e às escolhas que fizeram ao longo da vida.

Partindo do pressuposto de que não há distribuição politicamente neutra dos recursos de uma nação, bem como de que toda distribuição é, em grande parte, a consequência das leis e políticas públicas que o governo decide adotar, a teoria de Dworkin defende que toda distribuição deverá ser justificada (alcance da justiça distributiva) pela demonstração acerca do grau de adequação aos dois referidos princípios legitimadores.

Valendo-nos então dessas lições do igual respeito e consideração, relacionado ao dever do Estado pela criação de um ambiente moral adequado, e partindo para a análise do presente problema de pesquisa, tem-se que a opção do legislador brasileiro de flexibilizar a tutela social trabalhista apenas dos trabalhadores ocupados em pequenas empresas afronta as mais basilares noções de igualdade, presentes inclusive na teoria liberal dworkiniana.

⁴¹³ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 120.

⁴¹⁴ “Nenhum governo é legítimo, ao menos que demonstre igual consideração pelo destino de todos os cidadãos” (introdução, parte I, p. IX). Essa passagem da introdução do livro representa bem, de plano, o conceito da “Virtude Soberana” invocada no texto da obra de Dworkin. O direito à igual consideração constitui-se para o autor como a virtude soberana da comunidade política. DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

Como já referido no item 4.1.2.3 acima quando se discutia a vedação constitucional às restrições casuísticas como limite aos limites dos direitos fundamentais, a opção política de se concretizar o tratamento favorecido às pequenas empresas por meio da mitigação da proteção trabalhista dos empregados do setor acaba por gerar classes distintas de empregados: aqueles ocupados em pequenas empresas, à margem do ordenamento juslaboral protetivo, e aqueles empregados de médias e grandes companhias, que aí sim fariam jus ao ordenamento juslaboral íntegro.

Está-se diante de uma situação de afronta uma premissa básica de igualdade, no sentido de que a posse de direitos equiparados permite que as pessoas sejam tratadas como iguais.

Qual demérito é merecedor o trabalhador empregado em uma pequena empresa? Por que especificamente nesse setor se dispensam direitos trabalhistas daqueles que são tão ou ainda mais hipossuficientes do que as empresas que se intenta favorecer?

Tais questões-provocações ficam ainda mais incisivas quando se tem em mente o cenário empírico precarizante revelado no tópico 1.6 acima. Ora, se são nas pequenas empresas onde se concentram as maiores mazelas trabalhistas, como trabalho análogo ao de escravo, trabalho infantil, acidentes de trabalho fatais e débitos salariais, tem-se que menos sentido igualitário ainda faz a flexibilização da proteção justralhista no setor.

Diante dessas reflexões, fica cada vez mais evidente que a proposta política de destinar ao trabalhador os custos sociais decorrentes do tratamento favorecido às pequenas empresas desvenda uma estratégia pouco convincente ao ideal de justiça, equidade e igualdade que permeia a índole democrático-social da Constituição.

Buscar a superação das atuais contingências ao desenvolvimento econômico a partir da opção por criação de uma subtutela, de um subsetor trabalhista, despido da proteção social laboral íntegra, denota, pois, uma estratégia paliativa e dissociada das mais profundas ambições morais da sociedade brasileira, estratégia essa pela qual se paga o elevado preço do incremento da exclusão e da desigualdade social.

5. PROPOSTAS ALTERNATIVAS À INSTRUMENTALIZAÇÃO DO TRATAMENTO FAVORECIDO ÀS PEQUENAS EMPRESAS

Assentado que a concretização do tratamento favorecido no âmbito do Direito do Trabalho não encontra guarida no atual contexto democrático constitucional, mas sendo necessária a concretização de um sistema jurídico diferido sem o qual as pequenas empresas não suportariam o acirrado mercado concorrencial, convém neste trabalho, para além da análise crítica constitucional da atividade legiferante, atribuímos ao estudo, também, um caráter construtivo para o tema.

Na busca desse objetivo derradeiro, passemos à verificação, no direito comparado, da forma como Estados Unidos da América, Alemanha, Itália e Portugal optaram por instrumentalizar o tratamento favorecido às pequenas empresas. O ordenamento jurídico norte-americano foi definido como paradigma comparativo em razão de notáveis políticas de incentivo econômico bem sucedidas, evidenciadas pelo destacado desenvolvimento de pequenas empresas daquele país. Os demais, pelo modelo constitucional similar ao brasileiro, em uma aproximação coincidente de ordenamentos jurídicos.

A partir daí, já caminhando para o desfecho deste trabalho, teremos parâmetros para propormos algumas medidas alternativas ao legislador brasileiro.

5.1. A materialização do tratamento favorecido na experiência internacional

5.1.1. Estados Unidos da América

Mesmo em um sistema constitucional permeado pelos ideais do liberalismo e do individualismo, a concretização do tratamento favorecido às pequenas empresas nos Estados Unidos da América passa distante da seara trabalhista. Ao contrário, a tutela ao pequeno setor econômico americano - *small business*⁴¹⁵ - é instrumentalizado com toda ênfase em medidas de facilitação e aumento do crédito, apoio à capacitação com cursos de assistência técnica e gerencial e, ainda, privilégios concorrenciais em contratos administrativos públicos (licitações)⁴¹⁶, todos promovido pela principal agência federal americana dedicada ao fomento e proteção das pequenas empresas, o *Small Business Administration* – SBA.⁴¹⁷

⁴¹⁵ A definição de *small business* norte americanas dá-se, em regra, até o limite de 500 empregados, quando manufatura, ou faturamento bruto anual de até US\$ 7,5 milhões quando não manufatura (quando se negocia produtos fabricados por terceiros). Disponível em <<https://www.sba.gov/contracting/getting-started-contractor/summary-size>>. Acesso em 04/06/2016.

⁴¹⁶ O sistema jurídico norte americano de tratamento favorecido em compras públicas (licitações) é referência inspiradora de diversos outros sistemas mundo afora, inclusive do ordenamento jurídico brasileiro – artigo 48 da Lei Complementar n.º 123/2006. MOREIRA, Maria Figueiredo; PEREIRA, José Matias. Lei Geral da Micro e

Quanto às medidas de acesso ao crédito, de acordo com o atual regramento federal norte-americano de apoio às pequenas empresas - o *Small Business Job Act*, de 2010 -, foram incrementados investimentos públicos e recursos disponíveis aos pequenos negócios, com o fim de alavancar um número crescente de empréstimos subsidiados e com taxas reduzidas. Vale o curioso registro de que grande parte desses empréstimos fomentados pela SBA são dedicados a pequenas empresas cujos proprietários pertencem a grupos discriminados pelo mercado de trabalho, como proprietários rurais, minorias étnicas, mulheres e idosos.⁴¹⁸

No que pertine às medidas de capacitação, o ordenamento jurídico americano determina que a SBA desenvolva progressiva formação e consultoria, técnica e gerencial, aos empresários de pequenas empresas. É essa a função primordial dos centros de consultoria e formação de empresários - *Small Business Development Centers* -, coordenados pela SBA, que em 2011 receberam aportes recursais na ordem de cinquenta milhões de dólares do governo federal para aparelhamento e ampliação do apoio aos pequenos negócios, de acordo com dados de pesquisa de Sérgio Karkache.⁴¹⁹

E, no tocante ao favorecimento em contratos públicos, destacam-se a estipulação de cotas de contratações públicas, bem como a reserva exclusiva de contratação de pequenas empresas. Consoante o *Small Business Job Act of 2010*, o Presidente deve estabelecer anualmente as metas federais de aquisições públicas contratadas com pequenas empresas. A título de exemplo, diz a pesquisadora Irene Patrícia Nohara que nos idos de 2010 a participação de pequenos empreendimentos nas contratações públicas norte-americanas foi fixado em pelo menos 31% dos contratos celebrados no ano-fiscal, número esse em tendência

Pequena Empresa versus Small Business Act: uma Comparação entre as Determinações para Inserção das MPEs nas Compras Governamentais. XXXII Encontro da ANPAD. Rio de Janeiro, setembro de 2008. Disponível em <<http://www.anpad.org.br/admin/pdf/APS-B1341.pdf>>. Acesso em 04/06/2016.

⁴¹⁷ A *Small Business Administration* – SBA foi criada pelo *Small Business Act*, em 1953, e, apesar alguns ataques políticos ao longo da história, é hoje detentora de grande prestígio, sendo o responsável pelas principais políticas públicas nacionais norte americanas em prol das pequenas empresas. Importante registrar que as agências norte-americanas, diferentemente daquelas no Brasil, exercem o poder regulamentar (normatização) da respectiva área, por delegação do Congresso Nacional e sob o controle deste. Também por essa razão, destacam-se como importantes órgãos públicos de gestão. KARKACHE, Sérgio. *Princípio do tratamento favorecido: o direito das empresas de pequeno porte a uma carga tributária menor*. 296p. Dissertação. Programa de Pós-Graduação em Direito do Setor de Ciências Jurídicas - Universidade Federal do Paraná. 2009. p. 50-52. Disponível em <<http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/18232/DISSERTACAO.pdf?sequence=1>>. Acesso em 02/06/2016.

⁴¹⁸ Segundo os dados da pesquisa de Sérgio Karkache, os aportes financeiros do governo federal à *Small Business Administration* – SBA alcançaram em 2011 a ordem de doze bilhões de dólares para empréstimos subsidiados e com taxas reduzidas. E a distribuição dos maiores percentuais de empréstimos da SBA concentrou-se da seguinte maneira em 2011: 22% das empresas beneficiadas pertencem a proprietários rurais; 21% à minorias étnicas, 16% à mulheres; 7% à idosos. KARKACHE, Sérgio. EUA aprova nova Lei de incentivo às Pequenas Empresas. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2891, jun. 2011. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/19234>>. Acesso em 02/06/2016.

⁴¹⁹ KARKACHE, Sérgio. EUA aprova nova Lei de incentivo às Pequenas Empresas. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2891, jun. 2011. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/19234>>. Acesso em 02/06/2016.

crescente. Ademais, permite-se que o governo americano reserve contratações exclusivas para pequenas empresas nas aquisições que não ultrapassem cem mil dólares, desde que presentes pelo menos duas concorrentes. É possível, ainda, a vedação ou desestímulo a contratações em bloco, ou a contratações feitas por consórcios de grandes empresas, sendo por outro lado permitido que pequenas empresas se associem para alcançarem melhores condições de concorrência com médias e grandes empresas participantes.⁴²⁰

Dessa forma, em que pese não haja nos Estados Unidos da América um sistema jurídico unificado de tratamento favorecido às pequenas empresas daquele país, as incisivas medidas legais de benefícios creditícios, de incentivo à capacitação e de favorecimento em contratos públicos consubstanciam um efetivo conjunto de medidas que alcançam a contento o fim tutelar almejado, a ponto de fazerem com que os pequenos empreendimentos correspondam a 98% das empresas exportadoras daquele país, contribuindo com 33% do valor total exportado, com 51% do Produto Interno Bruto e com 75% dos postos de trabalho criados, conforme dados consolidados na última década.⁴²¹

5.1.2. Alemanha

Oportuno referir que foi o Código alemão do comércio o primeiro diploma jurídico a prever um regime especial para os pequenos comerciantes, ainda em 1897. Àquela época, já se distinguia comerciantes plenos dos pequenos comerciantes, com o fim de isentarem estes das obrigações burocráticas sobre firma, registro comercial, livros de comércio e mandato mercantil.⁴²²

No atual sistema germânico de favorecimento aos pequenos empreendimentos, compete aos estados federados (*Länder*) editar normas específicas de regulamentação local quanto ao tratamento favorecido, assumindo ampla liberdade para concretizá-lo de acordo

⁴²⁰ NOHARA, Irene Patrícia. Do acesso ao Mercado. In: MAMEDE, Glaydson *et al.* *Comentários ao Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 273-274.

⁴²¹ PUGA, Fernando Pimentel. *Experiências de Apoio às Micro, Pequenas e Médias Empresas nos Estados Unidos, na Itália e em Taiwan*. Rio de Janeiro: BNDES, 2010, p. 14-28. Disponível em <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/td/Td-75.pdf>. Acesso em 05/06/2016.

⁴²² KARKACHE, Sérgio. *Princípio do tratamento favorecido: o direito das empresas de pequeno porte a uma carga tributária menor*. 296p. Dissertação. Programa de Pós-Graduação em Direito do Setor de Ciências Jurídicas - Universidade Federal do Paraná. 2009. p. 18. Disponível em <<http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/18232/DISSERTACAO.pdf?sequence=1>>. Acesso em 02/06/2016.

com a realidade local, sendo comuns disposições diferenciadas sobre imposto de renda e taxações de produtos e serviços.⁴²³

Ainda assim, no âmbito federal diversas são as iniciativas públicas generalistas para a promoção do desenvolvimento das pequenas empresas alemãs (*Mittelstands*⁴²⁴)⁴²⁵, com evidente enfoque no tocante à capacitação e inovação, além do fomento ao associativismo.

O Ministério Federal da Economia e Tecnologia – BMWi é o órgão federal alemão responsável por fornecer apoio aos pequenos estabelecimentos com fins à inovação e assistência a exportações, centrando sua atuação especialmente em orientações e intermediação entre empresas e centros de pesquisa, além de intermediar financiamentos através dos fundos do governo. Dentre seus mais de quarenta programas de atuação, destaca-se o programa EXIST, que se atém à ligação entre o ambiente empresarial e as universidades, com o objetivo de desenvolver *start-ups* de caráter tecnológico.

A Federação Alemã de Pesquisa Espacial – AIF, por sua vez, é uma organização nacional alemã destinada à construção de alianças entre parceiros da indústria, da ciência e do governo, a fim de transformar ideias em produtos, processos ou serviços no mercado nacional e até mundial. Com atuação não apenas na Alemanha, mas em toda a Europa, seu principal intuito cinge-se à qualificação e inter-relacionamento da nova geração de acadêmicos em domínios inovadores da indústria.⁴²⁶

E, no plano do associativismo, a Agência de Cooperação Internacional da Alemanha – GIZ se destaca com o objetivo funcional de trabalho em rede como um guia para uma cooperação bem sucedida entre pequenos estabelecimentos alemães. Tendo como ferramenta de aplicação a aprendizagem mútua, a GIZ ajuda a desenvolver continuamente as capacidades dos especialistas e gerentes de pequenas e médias empresas, com foco na promoção do comércio exterior.⁴²⁷

⁴²³ KARKACHE, Sérgio. *Princípio do tratamento favorecido*: o direito das empresas de pequeno porte a uma carga tributária menor. 296p. Dissertação. Programa de Pós-Graduação em Direito do Setor de Ciências Jurídicas - Universidade Federal do Paraná. 2009. p. 18. Disponível em <<http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/18232/DISSERTACAO.pdf?sequence=1>>. Acesso em 02/06/2016.

⁴²⁴ A definição das *Mittelstands* alemãs dá-se, concomitantemente, pelo faturamento bruto anual menor que €50 milhões e manutenção de até 500 empregados. Disponível em <<http://www.make-it-in-germany.com/en/for-qualified-professionals/working/mittelstand>>. Acesso em 05/06/2016.

⁴²⁵ As pequenas empresas alemãs (*Mittelstands*) são estruturas empresariais familiares, regionalistas, mas com profunda atenção do poder público, principalmente em investimentos em capacitação e formação de pessoal. Mittel-management: germany's midsized companies have a lot to teach the world, *The Economist*, nov, 2010. Disponível em <http://www.economist.com/node/17572160?story_id=17572160>. Acesso em 05/06/2016.

⁴²⁶ SEBRAE (org.). *Observatório Internacional SEBRAE*, São Paulo, 2015. Disponível em <<http://ois.sebrae.com.br/publicacoes/>>. Acesso em 05/06/2016.

⁴²⁷ SEBRAE (org.). *Observatório Internacional SEBRAE*, São Paulo, 2015. Disponível em <<http://ois.sebrae.com.br/publicacoes/>>. Acesso em 05/06/2016.

5.1.3. Itália

Na realidade italiana, a legislação infraconstitucional tratou de concretizar o tema com especial ênfase na área tributária, tornando-se hoje fonte de inspiração para a matéria em todo o mundo.

Dentre as propostas de benesse tributária às pequenas empresas italianas⁴²⁸, destaca-se o programa de desenvolvimento do *Mezzogiorno*⁴²⁹, por meio do qual, a partir de 1950, o legislador criou várias medidas de incentivo tributário para a região sul da Itália. Dentre essas medidas legais, sobressaem a isenção do imposto de renda, a dispensa da parcela previdenciária dos trabalhadores, bem como os subsídios às taxas públicas e a outros tributos locais como atrativos para que as indústrias que se mudassem para a região.⁴³⁰

Paralelo ao *Mezzogiorno*, outros programas de fomento nacional foram constituídos no território italiano, advindos da Comunidade Europeia, atualmente culminados com o *Regime Semplificato per Piccoli Imprenditori e Professionisti*, similar ao nosso Simples Nacional⁴³¹ (Lei Complementar n.º 123/2006), mas centrado prioritariamente em favorecimentos tributários.⁴³²

Além dos benefícios tributários, na Itália também se destacam as linhas de crédito locais para o financiamento das pequenas empresas, garantidos por bancos públicos e cooperativas de garantia de crédito. No âmbito federal, o setor conta com as linhas de crédito

⁴²⁸ A definição de pequena empresa na Itália segue, em regra, as definições da Comissão Europeia - faturamento bruto anual menor que €50 milhões e até 250 empregados. Contudo, há diversas exceções no ordenamento jurídico italiano, como no caso do Direito do Trabalho, que define pequenas empresas como aquelas com até 15 empregados. Disponível em <<http://www.mise.gov.it/index.php/it/>>. Acesso em 02/06/2016.

⁴²⁹ *Mezzogiorno*, ou “Meio Dia”, é a designação da região sul da Itália, incluindo a Sardenha, Sicília, caracterizada historicamente pelo subdesenvolvimento econômico.

⁴³⁰ KARKACHE, Sérgio. *Princípio do tratamento favorecido*: o direito das empresas de pequeno porte a uma carga tributária menor. 296p. Dissertação. Programa de Pós-Graduação em Direito do Setor de Ciências Jurídicas - Universidade Federal do Paraná. 2009. p. 71-72. Disponível em <<http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/18232/DISSERTACAO.pdf?sequence=1>>. Acesso em 02/06/2016.

⁴³¹ Para detalhes acerca do sistema jurídico nacional de tratamento favorecido às pequenas empresas, em especial o regime do Simples Nacional, vide item 1.4 do Capítulo 1.

⁴³² KARKACHE, Sérgio. *Princípio do tratamento favorecido*: o direito das empresas de pequeno porte a uma carga tributária menor. 296p. Dissertação. Programa de Pós-Graduação em Direito do Setor de Ciências Jurídicas - Universidade Federal do Paraná. 2009. p. 73. Disponível em <<http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/18232/DISSERTACAO.pdf?sequence=1>>. Acesso em 02/06/2016.

do *Mediocredito Centrale*⁴³³ e do Banco Europeu de Investimentos, com o aval do Fundo Europeu de Investimentos.⁴³⁴

5.1.4. Portugal

Em Portugal, tal como no Brasil, a previsão de tratamento favorecido às pequenas empresas dá-se logo no âmbito constitucional, mais especificamente no artigo 86 da Constituição Portuguesa de 1976.⁴³⁵

Dessa forma, a regulamentação com o detalhamento do modo de concretização desse mandamento constitucional fica a cargo do legislador, em seu poder de conformação. Em vista da textura aberta da diretriz constitucional de tratamento favorecido às pequenas empresas, identifica-se ampla liberdade do Poder Legislativo, tanto para definição das áreas de intervenção (investimento, inovação, mercados externos, formação e qualificação profissional), quanto dos meios aptos à finalidade constitucional de favorecimento (subvenções, incentivos fiscais, ajudas técnicas em espécie).⁴³⁶

Ao se debruçar sobre os limites impostos pela diretriz constitucional de tratamento favorecido, a doutrina constitucional portuguesa assenta três principais balizadores à discricionariedade de conformação legislativa: que os incentivos não sejam discriminatórios; que os incentivos se direcionam especialmente às pequenas nacionais, carentes de ajuda e com capacidade de gerar emprego; e que os incentivos não violem as regras da ordem econômica da União Europeia relativas à proteção da concorrência.⁴³⁷

Em estudo sobre a forma de materialização do tratamento favorecido em Portugal, Luís S. Cabral de Moncada assenta que a maioria das medidas infraconstitucionais portuguesas concentra-se, prioritariamente, na facilitação do acesso ao crédito, seguido do apoio técnico e capacitação, fomentados pelo Instituto de Apoio às Pequenas e Médias

⁴³³ O *Mediocredito Centrale* foi fundado em 1952 como um banco de desenvolvimento italiano destinado a oferecer empréstimos empresariais de médio e longo, para apoio às exportações. No período pós-guerra, o órgão teve um papel de destaque na industrialização da Itália. Nos últimos anos, após a sua transformação em uma sociedade anônima (em 1994, passando a pertencer ao *Banca di Roma* e, mais recentemente, ao *Unicredit Group*), o crescimento e importância do Banco intensificou-se.

⁴³⁴ PUGA, Fernando Pimentel. *Experiências de Apoio as Micro, Pequenas e Médias Empresas nos Estados Unidos, na Itália e em Taiwan*. Rio de Janeiro: BNDES, 2000, p. 30-31. Disponível em <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/td/Td-75.pdf>. Acesso em 30/05/16.

⁴³⁵ Estabelece o artigo 86, número 1, da Constituição portuguesa: “O Estado incentiva a actividade empresarial, em particular das pequenas e médias empresas, e fiscaliza o cumprimento das respectivas obrigações legais, em especial por parte das empresas que prossigam actividades de interesse económico geral.”

⁴³⁶ CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. *Constituição da Republica Portuguesa anotada*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 1014.

⁴³⁷ CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. *Constituição da Republica Portuguesa anotada*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 1013.

Empresas e ao Investimento – IAPMEI.⁴³⁸ Em menor grau, o tratamento favorecido também corresponde a medidas de instigação do associativismo.⁴³⁹

A principal e mais recente norma que regulamenta os incentivos em política de crédito e os incentivos à capacitação é a Resolução do Conselho de Ministros n.º 57/1995, que institui o Regime de Incentivos às Microempresas.

A promoção do associativismo, por sua vez, é fruto da Resolução n.º 237/1979, que, com ênfase nos “pequenos retalhistas”⁴⁴⁰, promove a proteção na união dos pequenos estabelecimentos e apoio em treinamentos e orientações.

A legislação portuguesa, portanto, não atribui ênfase às medidas tributárias, diferenciando-se nesse sentido da legislação italiana e aproximando-se da realidade norte-americana e alemã.

5.2. Propostas ao sistema brasileiro

Diante dessa análise da experiência internacional, com fins de inspiração para uma proposição de meios alternativos à concretização do tratamento favorecido em seara distinta do Direito do Trabalho, é possível notar, então, que, nos países com destacado desenvolvimento econômico e naqueles com modelo constitucional similar ao nosso constitucionalismo brasileiro, as medidas de favorecimento às pequenas empresas se concentram no apoio financeiro mediante facilitação de *acesso ao crédito*, *capacitação gerencial*, *tecnológica* e incentivo à *inovação*, fomento ao *associativismo*, *isenções tributárias* e prioridades em *compras públicas*.

Vejamos de forma mais detida o modo como tais medidas alternativas podem ser aplicadas à realidade brasileira para o aprimoramento do sistema protetivo às pequenas empresas, sem que esse mister constitucional vilipendie a tutela social dos trabalhadores.

5.2.1. Efetivo acesso ao crédito

⁴³⁸ As funções do Instituto de Apoio às Pequenas e Médias Empresas e ao Investimento – IAPMEI são, fundamentalmente: apoio financeiro – com recursos próprios –, sob a forma de subsídios, participações e bonificações e apoio do tipo técnico-assistencial e organizatório. Disponível em <<http://www.iapmei.pt/iapmei-ins-02.php>>. Acesso em 05/06/2016.

⁴³⁹ MONCADA, Luís S. Cabral de. *Direito Económico*. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 513 e ss.

⁴⁴⁰ “Pequenos retalhistas” é a denominação portuguesa às pequenas empresas comerciais varejistas, não atendidas pelos programas do IAPMEI – já que este se concentra em estímulos ao setor industrial, de serviços e exportações. KARKACHE, Sérgio. *Princípio do tratamento favorecido: o direito das empresas de pequeno porte a uma carga tributária menor*. 296p. Dissertação. Programa de Pós-Graduação em Direito do Setor de Ciências Jurídicas - Universidade Federal do Paraná. 2009. p. 79. Disponível em <<http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/18232/DISSERTACAO.pdf?sequence=1>>. Acesso em 02/06/2016.

No que concerne ao apoio financeiro às pequenas empresas, bem se sabe que o Capítulo IX da Lei Complementar n.º123/2006 intitulado “Do Estímulo ao Crédito e à Capitalização” (arts. 57 a 63) traz a previsão de que os bancos públicos manterão linhas de crédito específicas para pequenas empresas e articulação, com as entidades representativas destas, programas de treinamento, desenvolvimento gerencial e capacitação tecnológica. Entretanto, malgrado a previsão legal, ainda pouca efetividade prática se nota quanto ao apoio ao crédito para pequenas empresas. Isso porque diversos são os requisitos a serem cumpridos pela empresa candidata ao crédito, dentre os quais se destacam as elevadas garantias suscitadas pelas instituições bancárias, exigidas em percentuais entre 100 e 130% do crédito, bem como os procedimentos burocráticos para homologação dos projetos de utilização do crédito, com solicitação de alto fluxo de informações técnicas - muitas vezes dependente de consultoria especializada – exigidas a cada operação, fatos que inviabilizam em muitos casos o crédito àqueles pequenos empreendimentos que mais necessitam.⁴⁴¹

Informações colhidas pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA denotam essa distância havida entre a previsão legal de disponibilização do crédito de longo prazo e a efetiva tomada por parte das pequenas empresas. De acordo com pesquisa atinente aos principais programas de apoio financeiro a empresas de pequeno porte no Brasil⁴⁴², dados oriundos das respectivas instituições financeiras, de 2002 a 2007, evidenciam que, dos R\$60,5 bilhões disponibilizados pelo BNDES, pelo Programa de Geração de Emprego e Renda - Proger⁴⁴³ e pelos Fundos Constitucionais de Financiamento⁴⁴⁴, apenas R\$12,2 bilhões, ou seja, 20,1% referem-se a pequenas empresas, ficando os outros 79,9% aos proveitos de médias e grandes empresas.⁴⁴⁵

⁴⁴¹ MORAIS, José Mauro de. Programas especiais de crédito para micro, pequenas e médias empresas. In: NEGRI, João Alberto de; KUBOTA, Luiz Cláudio (Eds). *Políticas de Incentivo à Inovação Tecnológica no Brasil*. Brasília: Ipea, 2008. p. 390-433. p. 395.

⁴⁴² Dentre os diversos programas governamentais de apoio financeiro às pequenas empresas, destacam-se atualmente aqueles implementados pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES, pelo Programa de Geração de Emprego e Renda - Proger, e pelos Fundos Constitucionais de Financiamento.

⁴⁴³ O Programa de Geração de Emprego e Renda – Proger corresponde a um conjunto de linhas de crédito de longo prazo destinado a pequenos negócios, profissionais liberais, autônomos, cooperativas e associações de produção, caracterizados pelo uso intensivos em mão-de-obra. É viabilizado por recursos do Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT, vinculado ao Ministério do Trabalho – MTb, com linhas de crédito disponíveis no Banco do Brasil e Caixa Econômica Federal. Disponível em <http://www3.mte.gov.br/proger_historico.pdf>. Acesso em 07/06/2016.

⁴⁴⁴ A Lei nº 7.827/89, ao regulamentar o artigo 159, inciso I, "c", da Constituição da República, criou os Fundos Constitucionais de Financiamento do Centro-Oeste - FCO, do Nordeste - FNE e do Norte - FNO, com o objetivo de contribuir para o desenvolvimento econômico e social das respectivas regiões. Os fundos são compostos 3% pelo produto da arrecadação do IPI e IR e, por meio das instituições financeiras federais, viabilizam a execução de programas de financiamento aos setores produtivos, com enfoque em pequenas empresas. Disponível em <<http://www.mi.gov.br/fundos-constitucionais-de-financiamento>>. Acesso em 07/06/2016.

⁴⁴⁵ Observados os números categorizados por instituição de crédito, a participação das pequenas empresas correspondeu a: 8,2% dos financiamentos totais do BNDES; a 14,5% dos Fundos Constitucionais; e a 100% do

Nesse contexto, ainda muito poderia ser feito para otimização do efetivo apoio financeiro aos pequenos empreendimentos. Para superação dos procedimentos burocráticos, bem se poderia disciplinar procedimentos simplificadores, que reunissem em uma só etapa todos os procedimentos mínimos necessários, com o devido apoio das entidades de fomento – como o SEBRAE, de modo a desburocratizar o acesso ao crédito.

E, para superação das exigências de garantias por parte das instituições financeiras à abertura do crédito, importante oferecer ao Sistema Financeiro Nacional incrementos de mecanismos alternativos de garantias⁴⁴⁶, que assegurem cobertura complementar eficiente capaz não apenas de alcançar os aportes de recursos necessários à garantia bancária, mas também apta a diminuir o risco das operações bancárias com o objetivo de redução do custo (juros) e da quantidade das garantias exigidas para o empréstimo. Vale registrar que ainda hoje sequer há marco regulatório para essas prestações de garantia complementar às operações financeiras de pequenas empresas.

Com vistas à correção dessa destinação do crédito hoje concentrado às médias e grandes empresas, possível, ainda, que se estipule por via legislativa um percentual mínimo de recursos a ser necessariamente aplicado em pequenas empresas nacionais pelos fundos públicos de apoio financeiro. A propósito, esse foi a providência tomada pelos Fundos Constitucionais de Financiamento do Centro-Oeste – FCO e do Nordeste – FNE, que já estabeleceram um percentual mínimo do total de recursos a ser emprestado ao segmento, equivalente a 50% no caso do FCO, e a 40% no caso do FNE.⁴⁴⁷

Por meio das propostas acima, mostra-se possível, pois, a pavimentação de um caminho mais promissor ao intuito de fazer com que as políticas de crédito alcancem de forma

Proger. MORAIS, José Mauro de. Programas especiais de crédito para micro, pequenas e médias empresas. In: NEGRI, João Alberto de; KUBOTA, Luiz Cláudio (Eds). *Políticas de Incentivo à Inovação Tecnológica no Brasil*. Brasília: Ipea, 2008. p. 390-433. p. 428.

⁴⁴⁶ São dois os atuais sistemas de complementação de garantias para o crédito bancário: Fundos Garantidores de Crédito (são exemplos o Fundo de Aval às Micro e Pequenas Empresas – FAMPE, o Fundo de Aval para Geração de Emprego e Renda – FUNPROGER) e as Sociedades de Garantia de Crédito - SGC. Exemplo mais robusto de Fundo Garantidor de Crédito, o FAMPE é um fundo constituído para complementar em até 80% as garantias oferecidas pela pequena empresa à instituição bancária. O patrimônio do fundo é formado por recursos provenientes do SEBRAE, pelas receitas provenientes da cobrança da Taxa de Concessão de Aval e pelos rendimentos das aplicações financeiras dos recursos do fundo, gerido pelo SEBRAE. Já o FUNPROGER é fruto do artigo 60-A da Lei Complementar 123/2006, que autorizou o Poder Executivo a instituir Sistema Nacional de Garantias de Crédito, sendo hoje formado por recursos do FAT e gerido pelo Banco do Brasil para garantir operações no âmbito do Programa de Geração de Emprego e Renda - PROGER. As Sociedades de Garantia de Crédito são associações de empresas ou cooperativas interessadas em se unir para, dentre outros objetivos, viabilizar melhores condições de crédito. SEBRAE (org). Opções de garantia de crédito para pequenos negócios. Disponível em <<http://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/artigos/opcoes-de-garantia-de-credito-para-pequenos-negocios>>. Acesso em 07/06/2016.

⁴⁴⁷ MORAIS, José Mauro de. Programas especiais de crédito para micro, pequenas e médias empresas. In: NEGRI, João Alberto de; KUBOTA, Luiz Cláudio (Eds). *Políticas de Incentivo à Inovação Tecnológica no Brasil*. Brasília: Ipea, 2008. p. 390-433. p. 430.

mais eficiente as pequenas empresas. Com devido acesso ao crédito disponível, torna-se mais próximo o êxito da concretização do mandamento constitucional de tratamento favorecido às pequenas empresas.

5.2.2. Capacitação, associativismo e incentivo à inovação

No âmbito internacional, a Recomendação n.º 189 da Organização Internacional do Trabalho – OIT orienta em seu capítulo VI, como um dos marcos políticos e jurídico protecionista para fomento aos pequenos empresários, a cooperação internacional entre pequenas empresas. Propõe mais especificamente “a criação de vínculos entre instituições nacionais e internacionais que se ocupam ao fomento de pequenas empresas”, “o intercâmbio de experiências e inovações”, bem como acordo de “subcontratações e cooperações internacionais”, além de outras medidas relacionadas à cooperação e ao associativismo no âmbito internacional.⁴⁴⁸

Nesse caminho, mas no âmbito nacional, o capítulo VIII da Lei Complementar n.º 123/2006 (art. 56), visando promover uma das facetas positivas do *associativismo*, traz a previsão de que as pequenas empresas poderão realizar negócios de compra e venda de bens e serviços para os mercados nacional e internacional, a partir de regulamentação vindoura a ser estabelecida pelo Poder Executivo Federal.

Já no capítulo X do Estatuto das Micro e Pequenas Empresas, intitulado “Do Estímulo à Inovação” (arts. 64 a 67), cuidou o legislador infraconstitucional em prever a destinação de recursos mínimos para programas e projetos de inovação em pequenas empresas.⁴⁴⁹ Há, ainda, a previsão de autorização de implementação de alíquotas zero para tributos (IPI, Cofins, PIS/Pasep e, no âmbito estadual, ICMS) incidentes na aquisição, ou importação, de equipamentos para empresas de pequeno porte.

Entretanto, na prática essas medidas de promoção do associativismo e incentivo à inovação não alcançam a contento o setor das pequenas empresas nacionais, deixando de gerar os efeitos almejados. Quanto ao associativismo, muito atraso ainda se nota no Brasil, em grande medida associado à cultura paternalista brasileira, em que pequenos empreendedores

⁴⁴⁸ A Recomendação n.º 189 da OIT foi tratada de forma mais detida no item 4.2.3 acima.

⁴⁴⁹ O artigo 65, §2º, da Lei Complementar n.º 123/2006 dispõe que os entes federativos, as respectivas agências de fomento, os núcleos de inovação tecnológica ou qualquer outra instituição equivalente terão por meta a aplicação de, no mínimo, 20% (vinte por cento) dos recursos destinados à inovação para o desenvolvimento de tal atividade nas microempresas ou nas empresas de pequeno porte.

aguardam passivamente medidas do governo ou de entidades de fomento a ele ligadas, sem busca ativa por alternativas às dificuldades.⁴⁵⁰

E, quanto à inovação, dados colhidos por meio de entrevistas pela Pesquisa de Inovação – PINTEC promovida pelo IBGE em 2008 igualmente denotam que as pequenas empresas apresentam poucos resultados, com números em inovação próximos à metade do resultado observado em médias e grandes empresas. Ademais, foi observado que o pouco que as pequenas empresas investem em inovação refere-se à compra de maquinário, furtando-se ao investimento em pesquisa e desenvolvimento- P&D e em conhecimento.⁴⁵¹ Em pesquisa paralela similar, quando levantadas as principais dificuldades para a inovação, foram apontados pelos pequenos empresários (na ordem de representatividade): restrição de fornecedores, escassez de financiamentos e falta de conhecimento.⁴⁵²

A partir desses dados é possível notar que falta ainda muito a ser feito para otimização dos objetivos da Lei Complementar n.º123/2006 quanto ao “associativismo” e “estímulo à inovação”. E os caminhos para a evolução do atual cenário podem ser alcançados por meio de propostas que visem, num primeiro momento, solucionar os citados empecilhos apontados pelas pequenas empresas.

A partir da experiência de desenvolvimento das *Mittelstands* alemãs referidas logo acima, é possível que as medidas brasileiras de tratamento favorecido avancem por meio da promoção de iniciativas que supram os alegados motivos de baixo investimento em inovação. Desperta, daí, a importância do *associativismo* como meio de aproximação dos pesquisadores e fornecedores aos pequenos estabelecimentos, a partir do aumento do poder de compra coletivo; como meio de acesso a melhores condições de investimento em *capacitação* coletiva, possibilitando avanços em orientações e treinamento de recursos humanos, além da aprendizagem mútua entre os pequenos empreendimentos; como meio viabilizador de

⁴⁵⁰ FOLTRAN, Leandro Henrique Mariano. *Associativismo empresarial entre micro e pequenas empresas: a experiência do grande ABC com o projeto empreender (SEBRAE)*. 2009. 110 p. Dissertação (Mestrado em Gestão) - Universidade Metodista de São Paulo, São Bernardo do Campo, 2009. p. 46.

⁴⁵¹ Os resultados de inovação foram definidos a partir dos seguintes indicativos: esforço empreendido para inovar (atividades internas de pesquisa, aquisição externa de pesquisa, aquisição de outros conhecimentos externos e aquisição de máquinas e equipamentos), resultados do processo inovador, relações de cooperação e apoio do governo. MAIA, Adriano Felipe da Silva. *Inovação em micro e pequenas empresas: uma análise do caso brasileiro*. Abril de 2012. 117 p. Dissertação (Mestrado em Economia)–Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2012. Disponível em <<http://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/2381/1/Inova%C3%A7%C3%A3oMicroPequenas.pdf>>. Acesso em 08/06/2016.

⁴⁵² SANTOS, Oderlei Ferreira *et al.* Uma análise da evolução da inovação em micro e pequenas empresas brasileiras. *Revista de Administração da FATEA*, v. 7, n. 7, p. 36-54, ago/dez, 2013.

melhores condições de acesso ao crédito, conforme já referido no item anterior (como exemplo bem sucedido das Sociedades de Garantia de Crédito – SGC⁴⁵³);

Ato contínuo à busca por solução dos empecilhos à inovação referidos pelos pequenos empreendimentos, notar-se-á, portanto, as múltiplas benesses do *associativismo*, que certamente ultrapassam o mero incremento do poder de compra e venda de bens e serviços - como previsto no artigo 56 da Lei Complementar n.º 123/2006. Para muito além disso, com inspiração no modelo alemão, ainda muito espaço há ao avanço do *associativismo* como um método de engrandecimento e fortalecimento coletivo, capaz de potencializar o poder de articulação da empresa para vencer as fragilidades decorrentes do isolamento.

Por fim, resta mencionar que essas medidas propostas adequam-se com perfeição às funções institucionais do SEBRAE, com o devido acompanhamento pela Secretaria da Micro e Pequena Empresa da Presidência da República.⁴⁵⁴ A propósito, constam do Direcionamento Estratégico do Sistema SEBRAE – elaborado a partir do Plano Plurianual do órgão – os seguintes objetivos estratégicos daquele órgão: Promoção da inovação nas Micro e Pequenas Empresas – MPE, Orientação e Capacitação Empresarial, Ampliação dos Mercados e do Acesso aos Serviços Financeiros, Articulação e Apoio às Políticas Públicas, Fortalecimento da Cooperação e Associativismo entre as MPEs.⁴⁵⁵ Ao SEBRAE, portanto, cabe instigar os pequenos empreendimentos das benesses do associativismo, demonstrando ao setor a ampla gama de vantagens proporcionadas.

5.2.3. Isenções Tributárias

Conforme mencionado no item 1.4 do Capítulo 1 deste trabalho, o regime unificado de recolhimento dos tributos e contribuições – Simples Nacional – adveio no sistema jurídico nacional como o principal instrumento de concretização do tratamento constitucional favorecido às pequenas empresas. Atualmente ampliado e aperfeiçoado no

⁴⁵³ As Sociedades de Garantia de Crédito – SGC são associações privadas de empresas interessadas em se unir para complementar garantias exigidas nas operações de crédito, viabilizar melhores condições de financiamento, além de viabilizar o acesso a consultorias financeiras. SEBRAE (org). Opções de garantia de crédito para pequenos negócios. Disponível em <<http://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/artigos/opcoes-de-garantia-de-credito-para-pequenos-negocios>>. Acesso em 07/06/2016.

⁴⁵⁴ Diz os artigos 76 e 76-A da Lei Complementar n.º 123/2006 que caberá à Secretaria da Micro e Pequena Empresa da Presidência da República desenvolver e acompanhar políticas públicas voltadas às pequenas empresas, enquanto às instituições de representação e apoio empresarial (SEBRAE) caberá a execução dessas políticas públicas, com vistas à formalização de empreendimentos, à ampliação da competitividade e à disseminação do associativismo entre as pequenas empresas.

⁴⁵⁵ SEBRAE (org). Sistema SEBRAE de Direcionamento Estratégico 2013 – 2022. Brasília, 2012. Disponível em <<http://www.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/Anexos/Direcionamento%20Estrategico%202022.pdf>>. Acesso em 08/06/2016.

capítulo IV da Lei Complementar n.º 123/2006, o denominado Simples Nacional, ao possibilitar o recolhimento unificado de impostos e contribuições federais, estaduais e municipais em uma só guia de arrecadação, em alíquota reduzida e proporcional ao faturamento da empresa⁴⁵⁶, não apenas diminuiu a carga tributária sobre o segmento, mas também simplificou as operações administrativas das pequenas empresas, que reduziram os custos com assistência contábil ou mão de obra própria para cálculo e preenchimento das antigas guias de recolhimento fiscal.⁴⁵⁷

Nesse sentido, não se olvida que a criação do Simples Nacional foi certamente um grande e importante passo em benefício das pequenas empresas no que tange ao aspecto tributário. Mas ainda há muito o que avançar. Para tanto, que o legislador infraconstitucional não se limite à redução de impostos e contribuições e simplificação de procedimentos de recolhimento, como já realizado. Mais que isso, que se avance o tratamento diferenciado sobre outros tributos, tal como mediante isenção ou implementação de taxas diferidas para as pequenas empresas. Ademais, que se mantenha a ampliação das atividades empresariais aptas a optar pelo regime do Simples Nacional, sem diferenciações discriminatórias. E, ainda, que se revise a forma de exclusão abrupta das pequenas empresas quando superado o limite de enquadramento após evolução do faturamento, sob pena de se consolidar um apenamento pelo fato de a empresa alcançar seu pleno desenvolvimento.

Quanto à isenção de taxas e demais custos administrativos análogos, está vigente atualmente às pequenas empresas a dispensa de emolumentos de tabelião em caso de protesto de título⁴⁵⁸, bem como a isenção de taxas e emolumentos - no caso de Micro Empreendedor Individual – MEI - relativos à abertura, registro, alvará, licenciamento, alterações e encerramento do MEI, inclusive taxa de registro por parte dos Conselhos de Classe Profissional⁴⁵⁹ e taxas relativas à fiscalização da vigilância sanitária⁴⁶⁰. Mas certamente essas medidas se mostram deveras tímidas quando vislumbrado o longo horizonte de possibilidades de isenções ou de valores diferenciados de taxas de serviços públicos. Primeiramente, é possível que essa isenção de taxas e emolumentos referentes à inscrição e baixa da atividade

⁴⁵⁶ O valor unificado a ser recolhido pelas micro e pequenas empresas optantes pelo Simples Nacional é determinado a partir da aplicação de percentuais escalonados que variam conforme a faixa de receita bruta auferida anualmente pela pequena empresa, conforme relação contida em anexos específicos (separados por setor econômico) da Lei Complementar n.º 123/2006.

⁴⁵⁷ OSÓRIO, Carlos Willians. *A efetividade das políticas públicas voltadas às pequenas empresas no contexto do tratamento diferenciado*. 2013. 146 p. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico)–Universidade Mackenzie, São Paulo, 2013. p. 87-90.

⁴⁵⁸ Lei Complementar n.º 123/2006, artigo 73.

⁴⁵⁹ Lei Complementar n.º 123/2006, artigo 4º, §3º.

⁴⁶⁰ Lei Complementar n.º 123/2006, artigo 4º, §3º-A.

empresarial e à fiscalização da vigilância sanitária não se restrinja ao MEI, mas que se amplie a todas as pequenas empresas optantes pelo Simples Nacional. Ademais, seria bem coerente que o legislador ampliasse essas isenções de taxas e demais custos administrativos para além das hipóteses citadas acima, alargando as benesses também para todas as demais taxas e demais custos administrativos de serviços burocráticos prestados pela Administração Pública, como: custas relativas aos processos judiciais, que muitas vezes inviabilizam ou no mínimo desestimulam o acesso das pequenas empresas ao Poder Judiciário; ou mesmo as curiosas taxas criadas no âmbito estadual ou municipal, como é o caso da “taxa de incêndio”, ou “taxa de corpo de bombeiros”⁴⁶¹.

No concernente às atividades permitidas à opção pelo Simples Nacional, vale registrar o recente avanço promovido pela Lei Complementar n.º 147/2014, que alterou o Estatuto das Micro e Pequenas Empresas para elastecer os ramos empresariais passíveis de adesão ao regime simplificado de arrecadação tributária.⁴⁶² Todavia, embora a alteração promovida pela Lei Complementar n.º 147/2014 tenha poupado da exclusão uma série de atividades outrora marginalizadas do tratamento tributário simplificado, ainda vislumbra-se um possível progresso, no sentido de abarcar todas as atividades empresariais, deixando como único critério diferenciador a receita anual das pequenas empresas. Afinal, o óbice ao tratamento tributário favorecido exclusivamente pelo critério da atividade exercida, além de se mostrar incoerente com o objetivo de tutela às empresas economicamente hipossuficientes,

⁴⁶¹ A “taxa de incêndio”, ou “taxa de corpo de bombeiros”, corresponde ao valor cobrado anualmente de empresas com o alegado fim de equipagem do Corpo de Bombeiros. É atualmente exigida apenas em alguns estados, como Minas Gerais, Rio de Janeiro, Bahia e Goiás. Consta no âmbito do Supremo Tribunal Federal – STF uma discussão sobre a inconstitucionalidade da cobrança da Taxa de Incêndio (Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n.º 4411). O argumento a favor da inconstitucionalidade do tributo cinge-se ao fato de o serviço de prevenção e combate ao incêndio não ser divisível a ponto de favorecer especificamente os possuidores de bens imóveis, mas a coletividade em geral. Alega-se violação dos artigos 144, caput, inciso V e §6º e 145, II e §2º, da Constituição. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=126041>>. Acesso em 15/05/2016.

⁴⁶² A redação original do artigo 17 da Lei Complementar n.º 123/2006 excluía do regime do Simples Nacional várias atividades, como serviços de transporte, atividade financeira, comercialização de energia elétrica, importação ou fabricação de automotores, produção ou venda em atacado de bebidas, cigarros, explosivos, cessão de mão de obra, incorporação ou locação de imóveis, bem como serviços decorrentes de atividade intelectual, constituída sob profissão regulamentada. Essa discriminação se justificava em razão de alíquotas diferidas de impostos como IPI, ICMS ou ISS às referidas atividades. Mais recentemente, a Lei Complementar n.º 147/2014 ampliou consideravelmente o rol de ramos empresariais aptos ao ingresso no Simples Nacional, deixando de fora atualmente setores como atividade médica, comercialização de energia elétrica, importação ou fabricação de automotores, importação de combustíveis, produção ou venda em atacado de bebidas alcoólicas, cessão de mão de obra, incorporação ou locação de imóveis. E, seguindo o sentido ampliativo, foi aprovado em outubro de 2016 a Lei Complementar n.º 155/2016, para, dentre outras alterações na Lei Complementar n.º 123/2006, elastecer as atividades empresariais aptas à adesão ao Simples, fazendo incluir a produção e venda de bebidas alcoólicas artesanais. A vigência, contudo, se dará a partir de janeiro de 2018. Disponível em <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/10/27/sancionado-novo-limite-para-enquadramento-de-microempresas-no-simples-nacional>>. Acesso em 01/11/2016.

também contrasta a diretriz constitucional da livre iniciativa insculpida como fundamento (artigo 1º, IV) e princípio geral da ordem econômica (artigo 170) na Constituição da República, além de atritar com o princípio da capacidade tributária (artigo 145, §1º) norteador da proporcionalidade da carga tributária de acordo com a capacidade econômica do contribuinte.⁴⁶³

No que tange à exclusão do Simples Nacional quando superado o limite de receita anual relacionado ao enquadramento da empresa como Micro ou Pequena⁴⁶⁴, convém a reflexão crítica no sentido de que, da forma como idealizada essa exclusão abrupta, em vez de se criar estímulos ao desenvolvimento empresarial, o legislador em verdade criou um empecilho àquela empresa que se desenvolveu a ponto de ultrapassar os limites de faturamento legais. Efeito colateral dessa forma de exclusão é a constatação de que empresas em fase avançada de desenvolvimento acabam formulando meios evasivos para não terem notadas as superações dos patamares de enquadramento como pequenas empresas.⁴⁶⁵ E, para modificar essa realidade, importante que se idealize uma forma escalonada de saída do regime tributário diferido, em que o empresário enfrente um plano gradual e sustentável de independência da tutela estatal, sem que a saída do regime diferido lhe traga um choque tributário passível de retroceder seu desenvolvimento.

5.2.4. Prioridade em compras públicas

A legislação brasileira sobre compras governamentais, consolidada na Lei n.º 8.666/93, foi originalmente estabelecida a partir do objetivo precípua de seleção da proposta mais vantajosa para o Estado. Entretanto, com as alterações promovidas pela Lei n.º

⁴⁶³ Oportuno registrar que o Supremo Tribunal Federal – STF já teve a oportunidade de examinar a constitucionalidade da discriminação de ingresso no Simples Nacional pelo critério da atividade exercida pela empresa contribuinte, referente à antiga Lei 9317/1996. Nos autos da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n.º 1643, a Confederação Nacional das Profissões liberais alegou a favor da inconstitucionalidade da restrição violações à igualdade tributária (CF, artigo 150, II) e à capacidade contributiva (CF, artigo 145, §1º). Em 2002, por maioria, a ação foi julgada improcedente, sob o fundamento central do Ministro relator Maurício Corrêa - contrário ao que ora se defende, frise-se - no sentido de que pequenas empresas cujos sócios são profissionais habilitados possuem capacidade contributiva distinta, em plenas condições de “disputar o mercado de trabalho sem assistência do Estado”. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1678218>>. Acesso em 15/06/16.

⁴⁶⁴ De acordo com o artigo 30 da Lei Complementar n.º 123/2006, uma das hipóteses de exclusão do Simples Nacional dá-se “IV- obrigatoriamente, quando ultrapassado, no ano-calendário, o limite de receita bruta previsto no inciso II do caput do art. 3º (...)”. O artigo 3º, II, por sua vez, refere-se ao limite de enquadramento como Empresa de Pequeno Porte, estipulado em obtenção de receita bruta anual de até R\$ 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais).

⁴⁶⁵ OSÓRIO, Carlos Willians. *A efetividade das políticas públicas voltadas às pequenas empresas no contexto do tratamento diferenciado*. 2013. 146 p. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico)–Universidade Mackenzie, São Paulo, 2013. p. 92.

12.349/2010, incorporou-se a “promoção do desenvolvimento nacional sustentável” como objetivo precípuo da licitação, com amparo inclusive nos objetivos fundamentais constitucionais atinentes ao desenvolvimento econômico responsável, à justiça social e à redução das desigualdades sociais e regionais.

É nesse contexto de otimização não apenas econômica, mas também social que se insere a utilização das compras públicas como ferramenta de favorecimento às pequenas empresas nacionais. O Brasil, espelhado na experiência norte-americana, incluiu no atual Estatuto da Micro Empresa e Empresa de Pequeno Porte (Lei Complementar n.º 123/2006) o capítulo V intitulado “Do Acesso aos Mercados” (artigos 42 a 49), prevendo diversas benesses aos pequenos empreendimentos durante o processo licitatório. Entre as medidas referentes a esse tratamento diferenciado destacam-se: a simplificação do procedimento de apresentação da documentação comprobatória da regularidade fiscal das pequenas empresas⁴⁶⁶, a preferência de contratação de pequenas empresas como critério de desempate⁴⁶⁷; a *possibilidade* – convertida recentemente em obrigatoriedade⁴⁶⁸ – do procedimento licitatório prever reserva de mercado a essas empresas em licitações de até oitenta mil reais; a *possibilidade* de realizar licitações em que se exijam subcontratações de micro e empresas de pequeno porte; e a *faculdade* – convertida recentemente em obrigatoriedade⁴⁶⁹ – de edital estabelecer cota de 25% do objeto licitado para a contratação de pequenos estabelecimentos na aquisição de bens e serviços de natureza divisível.

Entretanto, dados estatísticos divulgados pelo Ministério do Planejamento evidenciam uma baixa participação de pequenos estabelecimentos no montante de compras estatais. A propósito, dados de 2013 – últimos dados disponíveis – demonstram que as Micro

⁴⁶⁶ Os artigos 42 e 43 da Lei Complementar n.º 123/2006 determinam a simplificação da participação de micro e pequenas empresas em licitações, deixando apenas para a fase final do procedimento licitatório – assinatura do contrato – a comprovação de regularidade fiscal necessária à habilitação. Essa inversão de fases torna possível que eventuais restrições à participação sejam regularizadas, mediante quitação ou parcelamento do débito.

⁴⁶⁷ O conceito de empate para a aplicação do critério de favorecimento é detalhado no artigo 44 da Lei Complementar n.º 123/2006 como as situações em que as propostas apresentadas por pequenas empresas sejam iguais ou até 10% superiores à proposta mais bem classificada de empresas de outros portes. No caso da modalidade pregão, o referido percentual será de 5%.

⁴⁶⁸ O artigo 48, I, do Estatuto das Micro e Pequenas Empresas foi recentemente alterado pela Lei Complementar n.º 147/2014, passando de *facultativo* à *obrigatório* a participação exclusiva de pequenas empresas “nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais)”. Mencionada alteração foi regulamentada pelo Decreto n.º 8.538/2015, com vigência a partir de 16/01/2016. Disponível em <<http://www.comprasgovernamentais.gov.br/noticias/entra-em-vigor-decreto-que-simplifica-a-participacao-de-microempresas-em-compras-publicas>>. Acesso em 14/06/16.

⁴⁶⁹ O artigo 48, III, do Estatuto das Micro e Pequenas Empresas foi recentemente alterado pela Lei Complementar n.º 147/2014, passando de *facultativo* à *obrigatório* a definição de uma “cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte”. Mencionada alteração foi regulamentada pelo Decreto n.º 8.538/2015, com vigência a partir de 16/01/2016. Disponível em <<http://www.comprasgovernamentais.gov.br/noticias/entra-em-vigor-decreto-que-simplifica-a-participacao-de-microempresas-em-compras-publicas>>. Acesso em 14/06/16.

e Pequenas Empresas foram responsáveis por apenas R\$ 20,5 bilhões dos R\$ 68,4 bilhões movimentados pelas compras públicas no âmbito da Administração direta, autárquica e fundacional das três esferas estatais, o que corresponde a 29% do total movimentado pela Administração. Em 2012 a situação era ainda pior, quando as Micro e Pequenas Empresas corresponderam a apenas 21% do volume de contratações.⁴⁷⁰

Ante esses dados, tem-se que muito se pode avançar no sentido de se intensificar a efetividade dessa espécie de favorecimento administrativo às pequenas empresas. Os primeiros exemplos de avanços, tendentes à aproximação ainda maior da exitosa experiência norte-americana, referem-se à já citada recente alteração implementada no Estatuto das Micro e Pequenas Empresas pela Lei Complementar n.º 147/2014, acompanhada pela regulamentação do Decreto n.º 8.538/2015 com vigência a partir de 16/01/2016, que transformou o que antes era mera opção administrativa para, doravante, destinação compulsória de pequenos processos licitatórios (itens de contratação cujo valor seja de até oitenta mil reais) à participação exclusiva de pequenas empresas, bem como obrigação de o gestor público cumprir a cota de 25% do objeto licitado para contratação de pequenas empresas em bens e serviços de natureza divisível. Exemplo de avanço é, ainda, a revogação, pela mesma lei complementar, do limite de 25% de contratações de pequenas empresas por ano civil, antes estabelecido no §1º do artigo 48 do Estatuto, o que tornou ilimitada a possibilidade de contratações públicas em relação ao setor.

Para além desses avanços já implementados, são possíveis ainda maiores otimizações das compras públicas como ferramenta de tratamento favorecido às pequenas empresas. Tal como no modelo norte-americano, é possível que se viabilize a participação de pequenas empresas inclusive em licitações de alto valor (acima do patamar legal de oitenta mil reais), mediante possibilidade de formação de consórcios simplificados entre pequenas empresas para disputa com médias e grandes empresas, tendentes a aumentar o poder de competição e participação daquele setor em contratações mais vultosas.⁴⁷¹

É possível, ainda, maiores avanços no tocante às limitações impostas às licitações diferenciadas. Isso porque o artigo 49 do Estatuto das Micro e Pequenas Empresas, limitador do tratamento diferenciado, impõe, dentre as restrições, que não se aplicará o tratamento favorecido se “III- o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e

⁴⁷⁰ BRASIL. *Informações Gerenciais de Compras e Contratações Públicas: Micro e Pequenas Empresas*. Brasília, Ministério do Planejamento, 2013. 26 p. Disponível em <<http://www.comprasgovernamentais.gov.br/arquivos/estatisticas>>. Acesso em 14/06/16.

⁴⁷¹ GRILO, Giordanno Loureiro Cavalcanti. *Micro e pequenas empresas e o tratamento favorecido e diferenciado nas licitações*. 2010. 160 p. Dissertação (Mestrado em Direito)—Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2010. p. 53-58. Disponível em <<http://www.ccj.ufpb.br/pos/wp-content/uploads/>>. Acesso em 14/06/2016.

empresas de pequeno porte não for vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado”. Trata-se de um resquício da redação original da Lei n.º 8.666/93, que sobrepõe o interesse econômico da Administração ao nobre objetivo de “promoção do desenvolvimento nacional sustentável”. Além disso, trata-se, como é evidente, de uma condição subjetiva, que coloca o gestor público em delicada posição de aferição, a cada procedimento licitatório, da situação de vantagem econômica, gerando inclusive insegurança à Administração e aos administrados. Na prática, essa condição apresenta-se como abertura ao descumprimento das imposições legais atinentes à licitação diferenciada, a colaborar com a possível inefetividade das medidas protecionistas às pequenas empresas. Mostra-se, daí, ser possível e recomendável a revogação dessa limitação despropositada.

Dessa forma, se cumpridas as alterações legais recentemente regulamentadas e atendidas as propostas ora levantadas como alternativas ao aprimoramento da participação de pequenas empresas nas compras públicas, vislumbra-se uma maior efetividade à utilização do elevado poder de compra estatal como meio de concretização do tratamento favorecido ao setor.

5.3. A socialização dos custos como alternativa

Diante dessas propostas alternativas à concretização do favorecimento às pequenas empresas, focadas na facilitação de *acesso ao crédito*, *capacitação* e incentivo à inovação, fomento ao *associativismo*, isenções *tributárias* e prioridades em *compras públicas*, é possível notar que todas elas se valem de um mesmo referencial: a socialização dos custos de implementação, com custeio suportado pela capacidade contributiva de toda a população.

Rememore-se ser o princípio da solidariedade do ônus contributivo o eixo fundante de toda a Ordem Econômica e Social da Constituição da República, a viabilizar as políticas públicas do Estado⁴⁷². Em termos práticos, tal princípio representa, no âmbito sócio-jurídico, a reunião de forças dos atores sociais para o custeio, em escala coletiva, dos investimentos sociais propostos⁴⁷³, consonante os ditames da *justiça social*.

A propósito, mais que mero ideário moral, a justiça social foi alçada pela Constituição da República de 1988 como objetivo fundamental da República Federativa do

⁴⁷² MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Princípios de Direito Previdenciário*. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2001. p. 74.

⁴⁷³ “A noção de política pública implica necessariamente pensar a ação governamental na escala coletiva”, tanto no esforço coletivo de produção de riqueza quanto na alocação equânime dos resultados desses esforços. Dito de modo mais sucinta, “A elaboração das políticas públicas implica definir quem decide o quê, para quem, com que consequências”. FREITAS FILHO, Roberto; CASAGRANDE, Renato. O problema do tempo decisório nas políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 47, n.º 187, p. 21-34, jul/set. 2010. p. 23.

Brasil (art. 3º, I e III), princípio da Ordem Econômica e Financeira (art. 170) e objetivo da Ordem Social (art. 193), a serem observados no trato entre o desenvolvimento econômico do país e a proteção social do cidadão. Em que pese a abstração de seu conteúdo, é indiscutível sua admissão na ordem constitucional como diretriz que assegura não apenas a igualdade de acesso às utilidades sociais, mas também a solidariedade coletiva das responsabilidades daí advindas.⁴⁷⁴

Na esteira dos ditames constitucionais da justiça social, pois, os ônus decorrentes dos programas assistenciais propostos como meio alternativo de concretização do tratamento favorecido aos pequenos empreendimentos, na medida em que focados na seara administrativa e tributária, serão solidariamente suportados pelos esforços de toda a coletividade, sem que se concentrem e se dirijam a uma parcela específica da sociedade.

É dizer, as referidas propostas de favorecimento às pequenas empresas, ao se restringirem ao âmbito administrativo e tributário e, por isso, pouparem o ordenamento jurídico trabalhista de flexibilizações ou desregulamentações relativizadoras da proteção social laboral, mostram-se atentas às suas consequências ao evitarem agravamento das já degradadas condições de trabalho observadas empiricamente no setor, que enfrenta elevados índices de trabalho escravo, trabalho infantil, acidentes laborais e precarização nas obrigações salariais, como visto no item 1.5 do Capítulo 1 deste trabalho. Evita, assim, que se promova a proteção dos pequenos empregadores por meio do esvaziamento da proteção dos respectivos empregados – tão ou mais hipossuficientes do que aqueles. Esquivam-se, portanto, da ideia de que a precarização das relações de trabalho seja a solução para o desenvolvimento do setor.

Paralelo à socialização do ônus contributivo e a consequente harmonia com os ditames da justiça social, tem-se que as medidas administrativas e tributárias ora propostas como meios alternativos de efetivação do tratamento favorecido às pequenas empresas apresentam-se consonantes, inclusive, com as principais causas apontadas pelos pequenos empresários nacionais para a mortalidade precoce das pequenas empresas.

⁴⁷⁴ Acerca do conteúdo da *justiça social* como acesso comum a direitos e deveres (responsabilidades) sociais, convém a lição de Luiz Fernando Barzotto, que, na busca por esclarecer o teor constitucional da justiça social, assentou a elucidativa passagem: “As pessoas tornam-se partícipes da comunidade quando estão engajadas em um processo de garantir os mesmos direitos para todos. Cada um deve respeitar nos outros os mesmos direitos que exige para si. A contrapartida se impõe: todos têm os mesmos deveres, como membros da comunidade. Deste modo, a justiça social é que forma o laço constitutivo da comunidade, uma vez que a existência da comunidade depende do fato de ‘todos’, como membros da comunidade, terem ‘a mesma coisa’, isto é, os mesmos direitos e deveres”. A quantidade desses direitos e deveres é que variará, de acordo com critério de igualdade material (proporcional) e a dimensão distributiva de justiça. BARZOTTO, Luis Fernando. *Justiça Social: gênese, estrutura e aplicação de um conceito. Direito e Justiça*, Porto Alegre, vol. 25, n.º 28, 2003.

Isso porque, vale reprimir, nos termos da pesquisa promovida pelo SEBRAE a partir de entrevistas com pequenos empresários, foram apontados os seguintes principais motivos para o encerramento dos negócios: falta de planejamento prévio; má gestão empresarial, diante de falta de conhecimentos gerenciais e instalações inadequadas; e insuficiência de políticas públicas de apoio aos pequenos negócios”⁴⁷⁵

Nesse sentido, a proposta de fomento ao *associativismo* como um método de engrandecimento e fortalecimento coletivo, viabilizador de investimentos em *capacitação* coletiva e *inovação* (item 5.2.2), apresenta-se capaz de suplantar as duas principais deficiências apontadas pelos pequenos empresários, relacionadas à deficiência em recursos humanos. E, quanto à citada insuficiência de políticas públicas para o setor, as propostas de facilitação de *acesso ao crédito* (item 5.2.1), de isenções *tributárias* (item 5.2.3) e de prioridades em *compras públicas* (5.2.4) mostram-se como caminhos para a solução da apontada escassez de programas estatais vocacionados à atenção ao segmento fragilizado.

Dessa forma, as medidas alternativas acima propostas à concretização do tratamento favorecido, seja por poupar a proteção social dos trabalhadores igualmente hipossuficientes, seja porque aptas a solucionar as causas invocadas como principais fatores de mortalidade pelos pequenos empreendimentos, figuram como uma promissora opção ao legislador para o mister constitucional de materialização da tutela às pequenas empresas.

⁴⁷⁵ SEBRAE-SP (org.). *Causa Mortis: o sucesso e o fracasso das empresas nos primeiros cinco anos de vida*, São Paulo, julho/2014.

CONCLUSÃO

Ao caminharmos para as linhas finais, encontramos-nos com o sentimento de alcance dos objetivos aos quais nos lançamos ao longo da dissertação. Uma vez levantados os questionamentos introdutórios representativos da inquietação motivadora da pesquisa, acreditamos termos atingido paulatinamente diversas reflexões jusfilosóficas, teórico-normativas e axiológicas, que, no contexto da análise constitucional e da realidade fática investigada, se prestam como respostas às inquietações iniciais.

Acerca da realidade laboral nas pequenas empresas, em que pese ostentarem o título de verdadeiros ícones do desenvolvimento socioeconômico nacional, assumindo importante papel como fonte de empregos, representando a grande maioria dos estabelecimentos nacionais e movimentando consideráveis montantes salariais em todo o país, descortinou-se ser nelas onde se verificam as principais mazelas observáveis no mundo do trabalho.

A partir dos resultados de fiscalização da Inspeção do Trabalho, foi possível notar, por meio de pesquisa empírica com dados primários, que as pequenas empresas concentram a maioria das ocorrências de trabalho análogo ao de escravo, das ocorrências de trabalho infantil em atividade proibida, das situações de irregularidade salarial, além da maior concentração proporcional de acidentes fatais, realidade esta que evidencia, pois, a debilidade das condições laborais mínimas no setor.

Diante dessa precariedade revelada, que, mais do que evidenciadora, apresentou-se como objeto de motivação para enfrentamento do problema de pesquisa, o foco da abordagem se dirigiu à perquirição crítica dos limites constitucionais às flexibilizações promovidas pelo legislador ordinário na tutela laboral do setor.⁴⁷⁶ É dizer, questionava-se se a opção do legislador em mitigar a imperatividade e a indisponibilidade do ordenamento jurídico trabalhista, como medida de favorecimento aos pequenos empregadores, amolda-se às balizas materiais impostas pela atual ordem democrático-constitucional.

Em busca de reflexões teóricas aptas a respostas, surgia, então, a necessidade vestibular de contextualização do Direito do Trabalho no atual paradigma constitucional. Ante

⁴⁷⁶ Como visto no item 1.5 do Capítulo 1, o legislador nacional entendeu por bem concretizar o tratamento favorecido às pequenas empresas, no âmbito trabalhista, por meio das seguintes medidas flexibilizantes: dispensa do efetivo controle de jornada dos empregados, dispensa da obrigação de contratação de aprendizes, prerrogativa da Dupla Visita em detrimento da Inspeção do Trabalho. Ademais, tramita ainda no Congresso Nacional o projeto de lei conhecido como proposta da Lei do “Simples Trabalhista”, que prevê adicionalmente inúmeras medidas relativizadoras do direito material trabalhista às pequenas empresas nacionais.

a premente atenção à realidade social e à nova ordem social surgida a partir da segunda metade do século XX, observou-se que o ordenamento jurídico trabalhista carecia de um novo viés jusfilosófico sobrepujante da tradicional lógica formal-positivista.

Foi daí que se destacou uma nova forma de se pensar o Direito do Trabalho. A perspectiva jusfilosófica pós-positivista oferecia ao pensamento jurídico ferramentas mais compatíveis com os problemas da realidade social contemporânea, tendo a Constituição como centro de organização política e de irradiação de normas fundamentais, a partir da teoria dos direitos fundamentais edificados sobre o fundamento da dignidade da pessoa humana. Por meio da atenção aos valores pulsantes na sociedade, propunha-se a harmonização do plano da legalidade com o da legitimidade, de modo a firmar os laços éticos entre o universo jurídico e a moralidade social.

A repaginação da concepção do Direito do Trabalho pela perspectiva pós-positivista, ao enxergar os princípios tutelares do labor como parte integrante do núcleo constitucional irradiador de efeitos para toda a ordem jurídica, apresenta-se à atividade jurídica e política do Estado e até mesmo às relações particulares como instrumento essencial para a realização do projeto constitucional de afirmação da dignidade da pessoa humana, de democratização da tutela social e de alcance da justiça social, mormente em momentos como os atualmente vivenciados, em que investidas neoliberais insistem em enxergar a precarização do emprego como solução para crise socioeconômica do período.

Assumida essa nova postura do Direito do Trabalho, tendo em vista a importância que os direitos fundamentais adquirem no ordenamento jurídico, convergimos nossa atenção à definição da marca da fundamentalidade dos direitos trabalhistas, bem como ao consequente regime jurídico especial que os direitos assim qualificados no contexto do constitucionalismo apropriam.

Diante do fascinante projeto emancipatório que as normas tutelares do trabalho humano se propõem na tarefa de distribuição de poder e de riqueza, da viabilização do exercício das liberdades e igualdades materiais e, em suma, de resguardo da dignidade humana, ficamos convencidos de que esse nobre ramo sócio-jurídico se mostra habilitado a assumir a nota da fundamentalidade material. Consentânea com essa distinção dos direitos trabalhistas, a Constituição reconheceu-lhes igualmente a fundamentalidade formal, dirigindo-os à centralidade no ordenamento jurídico, seja como Princípios Fundamentais, seja como Direitos e Garantias Fundamentais, seja, ainda, como fundamentos

da Ordem Econômica e Financeira e da Ordem Social da Constituição da República, de modo a corroborar a meritória assunção de um regime jurídico privilegiado.

Foi a partir daí que se destacou o estudo da doutrina da eficácia imediata, do dever de proteção e da vedação ao retrocesso social como meios de uma proteção especial devida aos direitos sociais trabalhistas. Uma vez definida a posição jusfundamental da tutela laboral no sistema constitucional, passava-se, pois, à questão da efetividade das respectivas diretrizes protetivas.

A primeira decorrência estudada quanto ao regime jurídico fundamental aplicado às normas trabalhistas cingiu-se à proteção contra a falta de normatividade, traduzida pela aplicabilidade imediata referida no artigo 5º, §1º, da Lei Maior, de modo que, pelo olhar constitucional, nada produzido pelos Poderes da República deverá se furtar à persistente busca pela efetividade da proteção laboral. Já o dever de proteção, oriundo da concepção dos direitos fundamentais como fonte objetiva de valores no ordenamento constitucional, relaciona-se à tarefa constitucional dos Poderes Públicos de se manterem vigilantes na promoção da efetividade da tutela trabalhista, abarcando não apenas garantias negativas relacionadas à não-interferência em direitos já materializados, mas também um múnus tendente à proatividade no sentido de uma constante concretização da tutela laboral – aí incluído o dever de uma persistente e progressiva proteção trabalhista na produção legislativa.

Ao aplicarmos esse regimento jurídico aos direitos fundamentais trabalhistas no trato do atrito constitucional objeto do presente trabalho, pôde-se constatar que, até mesmo diante do fato de as normas laborais identificarem-se majoritariamente como direitos sociais de defesa – pela perspectiva do empregador ou mesmo do Estado (proteção à derrogação)⁴⁷⁷ -, e, assim, estarem imunes a objeções relacionadas à escassez de recursos materiais para implementação, tem-se que a tutela jusfundamental demanda do legislador o incontroverso dever de exercício contínuo contra tendência de retrocesso na proteção e na efetividade da proteção laboral.

Dito de forma mais concreta, observadas as circunstâncias fáticas, os interesses sociais e os bens jurídicos envolvidos no problema da restrição da tutela trabalhista como meio de concretização do tratamento favorecido às pequenas empresas, despontam claros limites ao poder conformador do legislador, sob pena de se fazer tábula rasa do rico regime jurídico fundamental trabalhista.

⁴⁷⁷ A análise funcional dos direitos fundamentais trabalhistas foi realizada nos itens 3.4.3 e 3.4.4 do Capítulo 3.

Uma vez assentado o marco teórico jusfundamental aplicado aos direitos sociais trabalhistas, com a consequente identificação de limites contra os quais se depara o legislador ordinário na tarefa de materialização do mandamento constitucional de tratamento empresarial favorecido, centramo-nos no estudo da teoria dos limites dos direitos fundamentais aplicado ao problema central da pesquisa. Tratava-se, então, de uma revisitação do problema, em uma trajetória epistemológica cíclica⁴⁷⁸, que, ao passo que aparentemente redundante, mostrava-se virtuosa pelo retorno teoricamente embasado, apto a criticar, desconstruir e reconstruir as inquietações originais da pesquisa e as reflexões daí decorrentes.

No exercício da tarefa de definição dos limites conformadores do âmbito de proteção dos direitos fundamentais trabalhistas, imperioso que se realizasse uma análise concreta e particularizada da tensão constitucional em comento, levando-se em consideração não apenas as nuances normativo-constitucionais, mas também os elementos empíricos evidenciados no capítulo 1 do trabalho. Nesse sentir, viu-se que o legislador nacional, em atenção ao comando constitucional de concessão de “tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte (...)” (art.170, IX) visando incentivá-las “pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias” (art. 179) - aí não incluída a previsão de favorecimento no âmbito trabalhista -, ainda assim entendeu por bem instrumentalizá-lo por meio da relativização da proteção laboral do setor, mesmo diante da inexistência de restrições constitucionais diretas ou de previsão de reserva legal quanto aos direitos fundamentais trabalhistas em questão e mesmo diante das deletérias condições de trabalho observadas no segmento.

Assim, o legislador, ao estabelecer restrições ao aparato jusfundamental trabalhista que o próprio Constituinte não o fez e ao desconsiderar a precarização verificável no seguimento das pequenas empresas, assume um *elevado ônus argumentativo* diante da imputação de extrapolação dos limites materiais constitucionais em seu poder de conformação. Foi a partir desse momento de análise, para verificação do respeito às balizas constitucionais no trato dessa colisão entre os comandos constitucionais de tratamento favorecido às pequenas empresas e a efetividade da tutela social trabalhista, que nos utilizamos da teoria dos limites às restrições de direitos fundamentais (limite dos limites).

⁴⁷⁸ Vem-nos à mente o método hipotético-dedutivo de Karl Popper, fomentador do racionalismo crítico. Segundo sua corrente epistemológica, a partir dos problemas práticos contra os quais se depara o pesquisador surgem as conjecturas, que, por sua vez, deverão ser constantemente testadas em busca do falseamento. Eis a essência do conhecimento científico, essencialmente cíclico, em busca da aproximação da verdade. POPPER, Karl. *Ciência: problemas, objetivos e responsabilidades*. In: _____. *O mito do contexto: em defesa da ciência e da racionalidade*. Lisboa: Edições 70, 1996.

Para análise da fundamentação constitucional – em uma proposta de controle social – da atividade restritiva do legislador perante os direitos fundamentais trabalhistas, propôs-se a análise do problema de pesquisa a partir de três critérios veiculados pela doutrina dos limites aos limites: a definição do conteúdo essencial dos direitos fundamentais trabalhistas, a proporcionalidade das medidas restritivas e a vedação a restrições casuísticas.

Observado de perto as diversas medidas juslaborais eleitas pelo legislador como meio de concretização do tratamento favorecido no âmbito trabalhista, levando-se em consideração os interesses sociais envolvidos e as circunstâncias concretas decorrentes, foi possível extrair que as restrições juslaborais promovidas pelo legislador nacional ultrapassou os limites materiais da tutela social trabalhista no seguimento das pequenas empresas, de modo a esvaziar a eficácia protetiva trabalhista que o ordenamento democrático-constitucional tanto exaltou.

Isso porque: 1) a opção por dispensar o efetivo controle e definição da real jornada de trabalho reflete diretamente no cerne de diversos direitos fundamentais sociais do empregado, como a limitação da jornada máxima, o descanso salutar intra e entre jornadas, o convívio familiar e social, o lazer, além de comprometer a devida remuneração pelo efetivo tempo de labor realizado; 2) a dispensa da obrigação legal de contratação de aprendizes esvazia a função social das pequenas empresas, deixando-as alheias ao projeto constitucional de acolhimento e desenvolvimento profissional da mão de obra do jovem brasileiro; 3) a concessão da prerrogativa da Dupla Visita mitiga a atividade de polícia administrativa promovida pela Inspeção do Trabalho, de modo a neutralizar a persecução das condutas infracionais deletérias à proteção social do trabalhador.

E, analisadas as propostas legais atualmente discutidas no Congresso Nacional, nota-se, da mesma forma, que os projetos normativos seguem a mesma sina de menosprezo à essência da proteção laboral, na medida em que propõem diversas novas flexibilizações aos direitos materiais dos trabalhadores do setor como meio adicional de favorecimento às pequenas empresas, inclusive por meio da relativização da coercitividade e indisponibilidade do ordenamento jurídico trabalhista, desconsiderando, pois, a assimetria típica da relação entre capital e trabalho.

Conclusão equivalente foi alcançada quando utilizado a proporcionalidade como critério racionalmente fundamentado para apreciação da constitucionalidade das restrições jusfundamentais em comento. Vale destacar que foi justamente a atenção empírica das etapas

consecutivas da proporcionalidade (adequação e necessidade), por envolver comparações entre soluções alternativas do caso prático, dependentes do exame acurado das circunstâncias fáticas, que, neste trabalho, fez destacar a importância desse critério como mais um referencial teórico a instruir a análise da constitucionalidade substancial das restrições promovidas pelo legislador quando da regulamentação do tratamento favorecido.

Aplicado o teste dos subcritérios da proporcionalidade na análise crítica do poder de conformação legislativa quanto ao tema, verificou-se que, apesar de as medidas legais restritivas à tutela trabalhista mostrarem-se adequadas ao objetivo de favorecimento jurídico às pequenas empresas, fato é que não venceram o teste da necessidade. Uma vez possíveis vantagens administrativas, tributárias ou mesmo assistenciais (entes paraestatais) – alheias à seara trabalhista – como meios alternativos igualmente adequados ao objetivo constitucional de estímulo aos pequenos empreendimentos, capazes inclusive de atenderem às principais causas apontadas para a elevada taxa de mortalidade precoce do segmento, e sendo certo que esses meios alternativos apresentam-se menos gravosos por evidenciarem um custo social mínimo, solidarizado, tem-se por desnecessários – e consequentemente, desproporcionais – os meios restritivos definidos pelo legislador nos artigos 74, §2º e 58, §3º, da CLT, no artigo 51 da Lei Complementar n.º 123/2006 e idealizados no Projeto de Lei n.º 450/2015.

Passo seguinte à reflexão quanto às balizas constitucionais materiais do poder de conformação legal cingiu-se à verificação do casuísmo das restrições em estudo, a gerar limitações discriminatórias ao acesso a direitos fundamentais. Nesse sentido, foi possível observar que a opção do legislador nacional em relativizar a proteção laboral integral aplicável aos trabalhadores ocupados em pequenas empresas corresponde à complacência quanto à configuração de uma “segunda linha” de empregados, submetidos a um tratamento afrontoso à igualdade e à universalidade da titularidade e exercício dos direitos fundamentais trabalhistas. Corresponde, na prática laboral, a desabonar o valor do trabalho simplesmente pelo fato de este trabalho dirigir-se circunstancialmente a uma pequena empresa semelhantemente hipossuficiente.

Para além dos critérios metodológicos procedimentais aplicados à análise do problema de pesquisa, e diante da pluralidade de racionalidades e interesses que envolvem a relação entre a tutela ao trabalho humano e o favorecimento econômico a pequenas empresas, coube ainda aprofundamento da base valorativa subjacente à normatividade que envolve a questão. Assim, couberam ainda reflexões político-morais atinentes à situação do trabalho humano como referência das conquistas sociais na história nacional e, consequentemente,

como valor central na atual ordem democrático-constitucional. Foi o que chamamos de predileção constitucional pelo trabalho humano, a evidenciar a dimensão pública do Direito do Trabalho e, daí, a corroborar a integralidade da proteção trabalhista diante dos interesses patrimoniais e demais valores da economia de mercado. A partir dessa conotação publicista da tutela ao trabalho humano digno, exaltada até mesmo no capítulo constitucional atinente à conformação da Ordem Econômica, emergiu da análise do atrito constitucional em estudo a destacada referência da ordem constitucional ao resguardo trabalho humano diante dos eventuais percalços mercantis enfrentados pelos pequenos empregadores.

Em uma leitura político-moral do problema de pesquisa, portanto, em que se discute delicado equilíbrio entre convicções políticas diversas – para não dizer opostas –, notabilizadas de um lado por uma racionalidade econômico-patrimonialistas e de outro pela tutela e valorização do trabalho humano, tem-se que mesmo diante de um terreno constitucional fértil em valores derivados do ideal humanístico e mesmo diante da evidenciação empírica da precarização das condições de trabalho no setor, o legislador nacional ainda assim optou por pôr em prevalência uma convicção política de índole patrimonialista, economicista, o que guarda pouca ou nenhuma coerência com as conquistas trabalhistas plantadas na história nacional e, conseqüentemente, com o que o legislador constituinte deliberadamente exaltou na Constituição de 1988.

Enfim, depositar sobre os ombros do trabalhador os custos sociais decorrentes do tratamento favorecido às pequenas empresas desvenda uma estratégia pouco convincente ao olhar democrático-social da Constituição: a busca precipitada – e não necessariamente bem sucedida – de superação das atuais contingências ao desenvolvimento econômico, pela qual se pagará o elevado preço do incremento da exclusão e da desigualdade social, intensificando o quadro de degradância observado no setor. Evidencia, nesse sentido, uma paradoxal rejeição das próprias origens de hipossuficiência social em que se encontra o pequeno empreendedor no contexto concorrencial capitalista.

Assentado não ser a flexibilização da tutela trabalhista uma medida constitucionalmente coerente para a instrumentalização do tratamento favorecido às pequenas empresas, abriu-se caminho a um viés propositivo na presente pesquisa, no sentido de trazer contribuições acadêmicas não apenas à desconstrução do atual acervo legal de amparo ao setor, mas também à proposições alternativas em busca da necessária concretização do mandamento constitucional erigido nos artigos 170, IX, e 179 da Constituição.

O resultado da pesquisa na experiência internacional, ao evidenciar a opção predominante de concretização do tratamento favorecido nos âmbitos administrativo e tributário, ao passo que corrobora a hipótese de não ser a seara trabalhista o meio constitucionalmente legítimo para o mister legislativo, inspira diversas propostas aptas a incrementar o sistema brasileiro de tutela às pequenas empresas.

Vislumbra-se, pois, um vasto caminho alternativo à concretização do favorecimento às pequenas empresas, por meio da otimização do acesso ao crédito, da promoção da capacitação gerencial, tecnológica e incentivo à inovação, do fomento maior ao associativismo, do aperfeiçoamento do tratamento tributário diferido e da ampliação das prioridades de participação em compras públicas.

Tais propostas alternativas, ao contemplar as evidências oriundas da realidade laboral e daí poupar a tutela social dos trabalhadores ocupados em pequenas empresas, ancoram-se em um referencial de política pública: a indispensável socialização dos ônus de implementação do tratamento favorecido, com custeio a ser suportado pela capacidade contributiva de toda a população. Abre-se, portanto, caminho à superação do problema de pesquisa inspirador do título deste trabalho, tirando das costas do trabalhador o peso da responsabilidade por uma benesse pública da qual se mostraria credor, jamais devedor.

Convenhamos ser bem possível que as alternativas ora apresentadas à concretização do tratamento favorecido às pequenas empresas não sejam as únicas e precisas soluções para os grandes desafios que cercam a colisão constitucional tratada. Talvez sequer se mostre alcançável uma resposta pronta e acabada para a complexa missão de efetividade da tutela social dos trabalhadores ocupados no seguimento. Porém, desejamos que as reflexões daqui oriundas se mostrem como um promissor caminho a se tomar, ou, no mínimo, um bom motivador do caminhar.

ANEXO I

(critérios de classificação do porte de empresas)

Quadro 01

Classificação das empresas segundo o porte - SEBRAE

Porte	Setores	
	Comércio e Serviços*	Indústria
Microempresa	até 9 pessoas ocupadas	até 19 pessoas ocupadas
Pequena empresa	de 10 a 49 pessoas ocupadas	de 20 a 99 pessoas ocupadas
Média empresa	de 50 a 99 pessoas ocupadas	de 100 a 499 pessoas ocupadas
Grande empresa	100 pessoas ocupadas ou mais	500 pessoas ocupadas ou mais

Fonte: SEBRAE

Obs.: * o setor serviços não inclui a Administração Pública e o serviço doméstico

Quadro 02

Classificação das empresas segundo o porte - BNDES

Porte	Receita bruta anual
Microempresa	até R\$ 2,4 milhões
Pequena empresa	entre R\$ 2,4 milhões até R\$16 milhões
Média empresa	entre R\$16 milhões e R\$ 90 milhões
Média Grande empresa	entre R\$ 90 milhões e R\$ 300 milhões
Grande empresa	superior a R\$ 300 milhões

Fonte: BNDES

Quadro 03

Classificação das empresas segundo o porte - Estatuto Nacional das Micro e Pequenas Empresas (Lei Complementar n.º123/2006)

Porte	Receita bruta anual
Microempresa	até R\$ 360 mil
Empresa de Pequeno Porte	entre R\$ 360 mil e R\$ 3,6 milhões*

Fonte: Lei Complementar n.º123/2006, com a redação ainda vigente (*a LC n.º155/2016 entrará em vigor a partir de janeiro de 2018, e elevará o teto do enquadramento de pequena empresa para R\$ 4,8 milhões).

ANEXO II

(dados socioeconômicos das pequenas empresas no Brasil)

Tabela 01-A

Número de empresas privadas (critério tributário)

	Microempresa	Empresa de Pequeno Porte	<u>Subtotal MPE</u>	Média e Grande Empresa	TOTAL
Nº de empresas	2.087.654	450.589	2.538.243	1.314.599	3.852.842
(%)	54,2	11,7	65,9	34,1	100,0

Fonte: RAIS Ativa MTE 2014. Elaboração própria.

Obs.: Foram utilizados os critérios de pesquisa "*empresas privadas*" e "*entidades sem fins lucrativos*" no banco de dados da RAIS, com o fim de aproximar-se à definição jurídica de empregador estabelecida no artigo 2º da CLT.

Tabela 01-B

Número de empresas privadas (critério empregatício)

	0-10 Eos	11-49 Eos	50-99 Eos	+ de 100 Eos	TOTAL
Nº de empresas	3.216.705	533.090	56.752	46.177	3.852.724
(%)	83,5	13,8	1,5	1,2	100,0

Fonte: RAIS Ativa MTE 2014. Elaboração própria.

Obs.: Foram utilizados os critérios de pesquisa "*empresas privadas*" e "*entidades sem fins lucrativos*" no banco de dados da RAIS, com o fim de aproximar-se à definição jurídica de empregador estabelecida no artigo 2º da CLT.

Tabela 02-A

Número de vínculos CLT absorvidos (critério tributário)

	Microempresa	Empresa de Pequeno Porte	<u>Subtotal MPE</u>	Média e Grande Empresa	TOTAL
Nº de empregos	9.142.799	4.778.576	13.921.375	24.656.836	38.578.211
(%)	23,7	12,4	36,1	63,9	100,0

Fonte: RAIS Ativa MTE 2014. Elaboração própria.

Tabela 02-B

Número de vínculos CLT absorvidos (critério empregatício)

	0-10 Eos	10-49 Eos	50-99 Eos	+ de 100 Eos	TOTAL
Nº de empregos	8.256.944	10.318.555	3.905.573	16.097.139	38.578.211
(%)	21,4	26,7	10,1	41,7	100,0

Fonte: RAIS Ativa MTE 2014. Elaboração própria.

Tabela 03-A

Massa salarial (critério tributário)

	Microempresa	Empresa de Pequeno Porte	<u>Subtotal MPE</u>	Média e Grande Empresa	TOTAL
Massa salarial (R\$)	130,6 bilhões	84,1 bilhões	214,7 bilhões	658,8 bilhões	873,5 bilhões
(%)	15,0	9,6	24,6	75,4	100,0

Fonte: RAIS Ativa MTE 2014. Elaboração própria.

Tabela 03-B

Massa salarial (critério empregatício)

	0-10 Eos	11-49 Eos	50-99 Eos	+ de 100 Eos	TOTAL
Massa salarial (R\$)	138,7 bilhões	198,0 bilhões	88,5 bilhões	448,3 bilhões	873,5 bilhões
(%)	15,9	22,7	10,1	51,3	100,0

Fonte: RAIS Ativa MTE 2014. Elaboração própria.

Quadro 04

Taxa de mortalidade de pequenas empresas de 2 anos, no Brasil

Empresas constituídas em 2005	26,4%
Empresas constituídas em 2006	24,9%
Empresas constituídas em 2007	24,4%

Fonte: SEBRAE Nacional.

Obs.: De acordo com nota metodológica do SEBRAE, as pesquisas se deram com base no CNPJ e demais informações de obrigações tributárias armazenadas em banco de dados da Secretaria da Receita Federal. As empresas constituídas em 2005 foram verificadas pelo SEBRAE nas bases de dados de 2005, 2006, 2007 e 2008. As empresas constituídas em 2006 foram verificadas nas bases de 2006, 2007, 2008 e 2009. As empresas constituídas em 2007 foram verificadas nas bases de 2007, 2008, 2009 e 2010.

ANEXO III
(resultados fiscais da Inspeção do Trabalho)

Tabela Comparativa 04-A

Resultados fiscais de Combate ao Trabalho Análogo ao de Escravo (2013-2015)

Tamanho da empresa (critério tributário)	Ações fiscais com resgates de trabalho análogo ao de escravo		
	n.º de ocorrências	(%)	Tx*
Micro e Pequena empresa	247	52,2	1,8
Média e Grande Empresa	226	47,8	0,9
Total	473	100,0	

Fonte: Sistema Federal de Inspeção do Trabalho – SFIT. Elaboração própria.

*A taxa demonstrada refere-se ao número de ocorrências por 100 mil empregados no setor. Levou-se em consideração os dados da Tabela 02-A .

Tabela Comparativa 04-B

Resultados fiscais de Combate ao Trabalho Análogo ao de Escravo (2013-2015)

Tamanho da empresa (critério empregatício)	Ações fiscais com resgates de trabalho análogo ao de escravo		
	n.º de ocorrências	(%)	Tx*
0 a 10 empregados	255	53,9	3,1
11 ou mais empregados	218	46,1	0,7
Total	473	100	

Fonte: Sistema Federal de Inspeção do Trabalho – SFIT. Elaboração própria.

*A taxa demonstrada refere-se ao número de ocorrências por 100 mil empregados no setor. Levou-se em consideração os dados da Tabela 02-B .

Tabela Comparativa 05-A

Resultados fiscais de Combate ao Trabalho Infantil (2013-2015)

Tamanho da empresa (critério tributário)	Ações fiscais com irregularidade no atributo Trabalho Infantil		
	n.º de ocorrências	(%)	Tx*
Micro e Pequena Empresa	4.067	82,5	29,2
Média e Grande Empresa	865	17,5	3,5
Total	4.932	100	

Fonte: Sistema Federal de Inspeção do Trabalho – SFIT. Elaboração própria.

*A taxa demonstrada refere-se ao número de ocorrências por 100 mil empregados no setor. Levou-se em consideração os dados da Tabela 02-A .

Tabela Comparativa 05-B
Resultados fiscais de Combate ao Trabalho Infantil (2013-2015)

Tamanho da empresa (critério empregatício)	Ações fiscais com irregularidade no atributo <i>Trabalho Infantil</i>		
	n.º de ocorrências	(%)	Tx*
0 a 10 empregados	3.525	71,5	42,7
11 ou mais empregados	1.407	28,5	4,6
Total	4.932	100	

Fonte: Sistema Federal de Inspeção do Trabalho – SFIT. Elaboração própria.

*A taxa demonstrada refere-se ao número de ocorrências por 100 mil empregados no setor. Levou-se em consideração os dados da Tabela 02-B .

Tabela Comparativa 06-A
Análises de Acidentes Fatais (2013-2015)

Tamanho da empresa (critério tributário)	Ações fiscais com análise de acidentes fatais		
	n.º de ocorrências	(%)	Tx*
Micro e Pequena Empresa	1.106	44,4	7,9
Média e Grande Empresa	1.385	55,6	5,6
Total	2.491	100	

Fonte: Sistema Federal de Inspeção do Trabalho – SFIT. Elaboração própria.

*A taxa demonstrada refere-se ao número de ocorrências por 100 mil empregados no setor. Levou-se em consideração os dados da Tabela 02-A .

Tabela Comparativa 06-B
Análises de Acidentes Fatais (2013-2015)

Tamanho da empresa (critério empregatício)	Ações fiscais com análise de acidentes fatais		
	n.º de ocorrências	(%)	Tx*
0-10	999	40,1	12,1
+ de 11	1.492	59,9	4,9
Total	2.491	100	

Fonte: Sistema Federal de Inspeção do Trabalho – SFIT. Elaboração própria.

*A taxa demonstrada refere-se ao número de ocorrências por 100 mil empregados no setor. Levou-se em consideração os dados da Tabela 02-B .

Tabela Comparativa 07-A

Resultados de auditorias de FGTS (2013-2015)

Tamanho da empresa (critério tributário)	Ações fiscais com auditoria de FGTS				Total
	situação regular	(%)	situação irregular*	(%)	
Micro e Pequena Empresa	70.767	41,6	82.847	51,2	153.614
Média e Grande Empresa	99.149	58,4	79.102	48,8	178.251
TOTAL	169.916	100	161.949	100	331.965

Fonte: Sistema Federal de Inspeção do Trabalho – SFIT. Elaboração própria.

Obs: *Irregularidade é definida como infração quanto ao tempo ou modo de recolhimento do FGTS devido. Para definição de Relatórios de Inspeção - RIs com irregularidade no atributo FGTS, foram contabilizados aqueles com resultado fiscal "atributo regularizado sob ação fiscal" e "atributo mantido irregular após ação fiscal".

Tabela Comparativa 07-B

Resultados de auditorias de FGTS (2013-2015)

Tamanho da empresa (critério empregatício)	Ações fiscais com auditoria de FGTS				Total
	situação regular	(%)	situação irregular*	(%)	
0 a 10 empregados	82.826	48,7	101.331	62,6	184.157
11 ou mais empregados	87.090	51,3	60.618	37,4	147.708
TOTAL	169.916	100	161.949	100	331.965

Fonte: Sistema Federal de Inspeção do Trabalho – SFIT. Elaboração própria.

Obs: *Irregularidade é definida como infração quanto ao tempo ou modo de recolhimento do FGTS devido. Para definição de Relatórios de Inspeção - RIs com irregularidade no atributo FGTS, foram contabilizados aqueles com resultado fiscal "atributo regularizado sob ação fiscal" e "atributo mantido irregular após ação fiscal".

ANEXO IV
(Projeto de Lei n.º 450/2015)

PROJETO DE LEI Nº 450/2015 , DE 2015

(Do Sr. Júlio Delgado)

Institui o Programa de Inclusão Social do Trabalhador Informal (Simples Trabalhista) para as microempresas e empresas de pequeno porte de que trata o art. 3º da Lei Complementar nº 123 (Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte), de 14 de dezembro de 2006, na forma que especifica.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte lei.

Art. 1º Fica instituído o Programa de Inclusão Social do Trabalhador Informal (Simples Trabalhista) com o objetivo de promover a geração de emprego formalizado no âmbito das microempresas e empresas de pequeno porte.

Art. 2º As microempresas e empresas de pequeno porte, assim definidas no art. 3º da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, poderão optar pela participação no Simples Trabalhista, mediante preenchimento de termo de opção a ser entregue no Ministério do Trabalho e Emprego, observado modelo estabelecido no Regulamento.

§ 1º O Simples Trabalhista somente se aplica aos trabalhadores das microempresas e empresas de pequeno porte que não estejam registrados nos termos do art. 13 e 29 da CLT.

§ 2º O Ministério do Trabalho e Emprego criará uma comissão tripartite com representantes governamentais, trabalhadores e empregadores para: a) elaborar o modelo de opção; b) estabelecer critérios de desenquadramento do Simples Trabalhista c) propor normas regulamentadoras; e, d) acompanhar a execução dos acordos ou convenções coletivas de trabalho específicos.

Art. 3º Às pessoas jurídicas optantes pelo Simples Trabalhista, aplicam-se as seguintes normas:

I – acordos ou convenções coletivas de trabalho específicos poderão:

a) fixar regime especial de piso salarial (REPIS);

b) dispensar o acréscimo de salário previsto no § 2º do art. 59 do Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 (Consolidação das Leis do Trabalho – CLT), se o excesso de horas de um dia for compensado pela correspondente diminuição em outro dia, de maneira que não exceda, no período máximo de um ano, à soma das jornadas semanais previstas, nem seja ultrapassado o limite máximo de dez horas diárias;

c) estabelecer, em casos de previsão para participação nos lucros ou resultados da empresa nos termos da Lei 10.101/2001, os critérios, a forma e a periodicidade do correspondente pagamento;

d) permitir o trabalho em domingos e feriados, sem prejuízo da exigência de compensação de que trata a alínea b);

II - acordo escrito firmado entre o empregador e o empregado poderá:

- a) fixar o horário normal de trabalho do empregado, durante o gozo do aviso prévio;
- b) prever o pagamento da gratificação salarial instituída pela Lei n. 4.090, de 13 de julho de 1962, de responsabilidade do empregador, em até seis parcelas;
- c) dispor sobre o fracionamento das férias do empregado, desde que observado limite máximo de três períodos;

III - para os fins previstos no art. 790-B da CLT e na Lei Federal nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, a microempresa e empresa de pequeno porte será beneficiária da assistência judiciária;

IV – é facultado ao empregador de microempresa e empresa de pequeno porte fazer-se substituir ou representar perante a Justiça do Trabalho por terceiros que conheçam dos fatos, ainda que não possuam vínculo trabalhista ou societário, nos termos do disposto no art. 54, da Lei Complementar 123/2006;

V - O depósito prévio para a interposição de recursos perante a Justiça do Trabalho será reduzido:

- a) para as microempresas em 75% e,
- b) para as empresas de pequeno porte em 50%.

VI - os conflitos individuais do trabalho poderão ser conciliados nos termos da Lei nº 9.397, de 23 de setembro de 1996, conforme cláusula compromissória de eleição da via arbitral;

VII - poderá ser celebrado contrato de trabalho por prazo determinado, nos termos da Lei nº 9.601, de 21 de janeiro de 1998 e do art. 443 da CLT, independentemente das condições estabelecidas em seu § 2º, em qualquer atividade desenvolvida pela empresa, desde que o contrato implique acréscimo no número de empregados formais da empresa;

VIII - o percentual a que se refere o art. 15 da Lei nº 8.036, de 15 de maio de 1990, será igual àquele previsto no art. 2º, II, da Lei 9.601, de 21 de janeiro de 1998, em contratos que venham a ser celebrados a partir da vigência desta lei, desde que:

- a) o contratado não tenha conta individualizada no Fundo de Garantia de Tempo de Serviço (FGTS), de que trata a referida Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990, ou, na existência de conta, nela não tenham sido efetivados depósitos há mais de dois anos; e,
- b) o contratado aceite, mediante acordo firmado com o empregador, o percentual fixado neste inciso.

§ 1º Os acordos ou convenções coletivas de trabalho específicos a que se refere o inciso I se sobrepõem a qualquer outro de caráter geral.

§ 2º A aplicação do disposto no inciso VIII fica limitada ao prazo de cinco anos, contados da data da assinatura do contrato.

§ 3º Na vigência do contrato, a partir do prazo de que trata o § 2º, o percentual estabelecido no inciso VIII, in fine, aumentará à razão de dois pontos percentuais ao ano até atingir o limite fixado no art. 15 da Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990.

§ 4º O Ministério do Trabalho e Emprego fica autorizado a instituir modelo de acordo-padrão para as hipóteses de que trata o inciso II, com vistas à uniformização e à simplificação dos acordos individuais.

§ 5º O Sistema Único de Saúde e os Ministérios do Trabalho e Emprego e da Previdência Social, observado o disposto em regulamento, deverão oferecer os serviços necessários para o cumprimento dos programas de segurança e medicina do trabalho, às pessoas jurídicas optantes pelo Simples Trabalhista.

Art. 4º O pagamento de todos os débitos trabalhistas, em relação aos empregados que já trabalhavam na própria empresa empregadora, de responsabilidade de pessoa jurídica optante pelo Simples Trabalhista, se efetivados no prazo de 1(um) ano, contado da data de sua inscrição no Programa, extingue, quanto aos referidos débitos e exigências legais, a pretensão punitiva do Estado e impedem a imposição de quaisquer penalidades pecuniárias ou administrativas.

Parágrafo único. Fica criado o parcelamento especial dos débitos trabalhistas devidos pelas empresas optantes pelo Simples Trabalhista competindo à comissão tripartite fixar critérios e procedimentos para parcelamento dos recolhimentos em atraso.

Art. 5º A exclusão do Simples Trabalhista será feita de ofício ou mediante comunicação das pessoas jurídicas optantes que:

I – mantiverem, em seus quadros, qualquer trabalhador informal, 1(um) ano após sua inscrição no Programa;

II – descumprirem qualquer norma constante desta lei.

§ 1º Às pessoas jurídicas excluídas do Simples Trabalhista, de ofício ou voluntariamente, não se aplica o disposto no art. 3º e no art. 4º, caso não tenham ainda exercido a prerrogativa nele prevista, observado que os acordos celebrados em virtude do estabelecido nesta lei prevalecerão até seu respectivo termo final de vigência.

§ 2º Às pessoas jurídicas excluídas do Simples Trabalhista, de ofício ou voluntariamente, se aplicam as convenções coletivas de trabalho das respectivas categorias.

§ 3º As regras previstas neste artigo e o modo de sua implementação serão regulamentados pela comissão tripartite.

§ 4º O descumprimento do disposto nos acordos e convenções coletivas de trabalho específicos, nos termos desta Lei, sujeita o empregador a multa de hum mil reais, por trabalhador contratado.

Art. 6º O empregado de pessoa jurídica optante pelo Simples Trabalhista, ressalvada carência de um ano, contada de sua admissão na empresa, poderá a qualquer tempo sacar recursos em seu nome depositados no Fundo de Garantia de Tempo de Serviço (FGTS), desde que, comprovadamente, para custeio de gastos com sua qualificação profissional.

Art. 7º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Deputado JÚLIO DELGADO

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 22, n.º 66, p. 13-64, set-dez. 2002.

ALMEIDA, Amador Paes de. *Comentários ao Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte*. São Paulo: Saraiva, 2009.

ANTUNES, Ricardo. *Os Sentidos do Trabalho*: ensaio sobre a afirmação e negação do trabalho. 3ª ed. São Paulo: Boitempo, 2000.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 7ª ed. São Paulo: LTr, 2011.

ATIENZA, Manuel. Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista. *Observatório da Jurisdição Constitucional*. Ano 7, nº 2, jul./dez. 2014.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 7ª ed. São Paulo: LTr, 2011

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: _____. (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3. ed. revista. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARZOTTO, Luis Fernando. Justiça Social: gênese, estrutura e aplicação de um conceito. *Direito e Justiça*, Porto Alegre, vol. 25, n.º 28, 2003.

BIAVASCHI, Magda Barros. *O direito do trabalho no Brasil, 1930-1942: a construção do sujeito de direitos trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2007

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional* : pressupostos de fato e teóricos reveladores do seu papel e de seus limites. Junho de 2008. 393 p. Tese (doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, 2008.

BRANDÃO, Cláudio Mascarenhas. *Jornada excessiva de trabalho provoca acidentes*. Revista Consultor Jurídico, out. 2009. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2009-out-20/jornada-excessiva-trabalho-provoca-acidentes>>. Acesso em 22/05/2016.

BRASIL. *Manual de Orientação da Relação Anual de Informações Sociais (RAIS)*: ano-base 2015. Brasília: MTPS, 2015. 49 p.

BRASIL. Serviço Brasileiro de Apoio as Micro e Pequena Empresa - SEBRAE. *Anuário do Trabalho na Micro e Pequena Empresa 2013*. Disponível em <<http://www.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/Anexos/>>. Acesso em 16/01/2015.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO NETTO, Menelick. A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (org.). *Jurisdição constitucional e os direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (org.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CHAUÍ, Marilena. *O que é ideologia*. 2ª ed. São Paulo: editora Brasiliense, 2001.

DELGADO, Gabriela Neves. DELGADO, Maurício Godinho. *Constituição da República e Direitos Fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho*. São Paulo: LTR, 2015.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 14ª Ed. São Paulo: LTr, 2015.

_____. Direitos fundamentais na relação de trabalho. *Revista de direitos e garantias fundamentais*, n.º 2, p. 11-40. 2007.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *O império do direito*. Tradução Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FARIA, José Eduardo. Direitos sociais e Justiça. In: ORTIZ, Maria Elena Rodrigues (org.). *Justiça social: uma questão de direito*. Rio de Janeiro: DP&A editora. 2004.

FREITAS FILHO, Roberto. *Crise do Direito e juspositivismo: a exaustão de um paradigma*. 2ª ed. Brasília: Brasília jurídica, 2003.

_____. A doutrina e a diferença entre princípios e regras. In: _____. *Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e das cláusulas gerais*. Porto Alegre: Sérgio Fabris editor, 2009.

_____; CASAGRANDE, Renato. O problema do tempo decisório nas políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 47, n.º 187, p. 21-34, jul/set. 2010.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição Federal de 1988*. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

GUSTIN, Miraci Barbosa de Souza; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *O Conceito de Direito*. 3ª edição. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1994.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. 20ª edição alemã. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução de José Lamego. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEAL, Roger Stiefelmann. *Direitos sociais e a vulgarização da noção de direitos fundamentais*. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo>>. Acesso em 24/01/2016.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Decidindo sobre Recursos Escassos: raciocínio jurídico e economia. In: *Direitos Sociais: teoria e prática*. São Paulo: Método, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MEZZAROBBA, Orides; SEVILHA, Cláudia. *Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito*. 2º ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por Acidente do Trabalho*. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2014.

POLANYI, Karl. *A grande transformação: as origens de nossa época*. Tradução de Fanny Wrabel, 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

POPPER, Karl. Ciência: problemas, objetivos e responsabilidades. In: _____. *O mito do contexto: em defesa da ciência e da racionalidade*. Lisboa: Edições 70, 1996.

RODRIGUES, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. 3ª ed. Tradução de Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, 2000. E-book. ISBN 85-7322-652-8 - Código 1960.1.

SANCHÍS, Luis Prieto. Del mito a la decadencia de la Ley: la Ley en el estado constitucional. In: *Ley, principios, derechos*. Madrid: Dykinson, 1998. p. 5-45

_____. Sobre el neoconstitucionalismo y sus implicaciones. In: *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11ª edição. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012. E-book. ISBN 978-85-7348-789-3.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988. In: _____. (Org). *Direito Público em Tempos de Crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1999.

SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. Os direitos fundamentais nos paradigmas liberal, social e pós-social (Pós-Modernidade Constitucional?). In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Crise e desafios da Constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da. Direitos Fundamentais, garantismo e direito do trabalho. *Revista do TST*, Brasília, vol. 77, n.º 3, p. 274-292, jul/set. 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *Revista de Direito do Estado*, nº 4, p. 23-51, out./dez. 2006.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Do direito à desconexão do trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*. Campinas, nº 23, 2003. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/do-direito-%C3%A0-desconex%C3%A3o-do-trabalho>>. Acesso em 22/05/2016.

STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do estado*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

VALE, André Rufino do. *A estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores*. 286 p. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito)-Universidade de Brasília, Brasília, 2006.

VIANA, Márcio Túlio. A proteção social do trabalhador no mundo globalizado: o direito do trabalho no limiar do século XXI. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 37, p. 153-186, 2000.

WEBLEY, Lisa. Chapter 38 – Qualitative approaches to empirical legal research. In: CANE, Peter; KRITZER, Herbert M.(orgs). *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*. Oxford: Oxford University Press, 2010.